

4

CURSO DE DIREITO CIVIL

Fábio Ulhoa Coelho

DIREITO DAS COISAS • DIREITO AUTORAL

4^a edição

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

CURSO DE DIREITO CIVIL

DIREITO DAS COISAS • DIREITO AUTORAL

4

4ª edição
2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR:
0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14)

3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ / PIAUÍ / MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85)

3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –

Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e
Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

– Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS / TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone:
(62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –

Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682

– Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-

8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91)

3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho

– Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81)

3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16)

3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel

– Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-

9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51)
3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11)
3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16206-8

Coelho, Fábio Ulhoa
Curso de direito civil, volume 4
: direito das coisas,
direito autoral / Fábio Ulhoa
Coelho. — 4. ed. — São Paulo :
Saraiva, 2012.
1. Direito civil 2. Direito civil -
Brasil I. Título.
CDU-347

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito civil 347

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria
Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Camilla Bazzani de
Medeiros

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de
Freitas / Sônia de Paiva Lima

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati /
Olivia Duarte

Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius
Asevedo Vieira

Capa Roney Camelo

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição:
21-10-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

À Mônica.

ÍNDICE

QUINTA PARTE

DIREITO DAS COISAS

CAPÍTULO 41

INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS COISAS

1. Objeto do direito das coisas
2. Direito obrigacional e direito real
3. Características do direito real
4. Classificação dos direitos reais

CAPÍTULO 42

A POSSE

1. Conceito de posse
 - 1.1. Objeto da posse

1.2. Natureza da posse

1.3. Efeitos da posse

2. Classificação da posse

3. Aquisição e perda da posse

3.1. Os frutos

3.2. Os sucessos negativos da coisa

3.3. As benfeitorias

4. Defesa da posse

4.1. Autotutela

4.2. Direito aos interditos

4.3. Exceção de domínio

5. Teorias da posse

5.1. Teoria subjetiva

5.2. Teoria objetiva

5.3. Elementos da posse

CAPÍTULO 43

A PROPRIEDADE

1. Evolução do direito de propriedade

2. Classificação da propriedade

3. Os poderes do proprietário

3.1. Limitações constitucionais e legais

3.2. Limitações negociais

4. Aquisição da propriedade

CAPÍTULO 44

A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

1. A propriedade de bens imóveis

2. Extensão vertical

3. Aquisição da propriedade imóvel

3.1. Aquisição por usucapião

3.1.1. Posse geradora de usucapião

3.1.2. Espécies de usucapião

3.1.3. Usucapião e prescrição

3.2. Registro do título

3.3. Acessão natural

3.4. Plantações e construções

3.5. Construção invasora

4. Perda da propriedade imóvel

5. Empreendimentos imobiliários

5.1. Loteamento

5.2. Incorporação

5.3. Financiamento

CAPÍTULO 45

PROPRIEDADE MOBILIÁRIA

1. Aquisição da propriedade móvel
 - 1.1. Tradição
 - 1.2. Outras formas de aquisição
2. Perda da propriedade móvel
3. Descoberta

CAPÍTULO 46

CONDOMÍNIO

1. A propriedade condominial
2. Condomínio geral voluntário
 - 2.1. Os direitos dos condôminos
 - 2.2. Os deveres dos condôminos
3. Condomínio geral necessário
4. Condomínio edilício
 - 4.1. Instituição e constituição
 - 4.2. Direitos e deveres do condômino

4.2.1. A lista dos direitos

4.2.2. A lista dos deveres

4.2.3. Sanções ao descumprimento dos deveres

4.3. Administração do condomínio

4.3.1. Assembleia dos condôminos

4.3.2. Síndico

4.3.3. Conselho fiscal

4.4. Obras no condomínio

5. Fundos de investimentos

CAPÍTULO 47

DIREITOS DE VIZINHANÇA

1. Os vizinhos

2. Uso anormal da propriedade

3. Árvores limítrofes

4. Passagem forçada

5. Águas

6. Direito de tapagem

7. Direito de construir

CAPÍTULO 48

DIREITOS REAIS SOBRE COISA ALHEIA

1. Direito de superfície

1.1. Características gerais do direito de superfície

1.2. Características específicas do direito de superfície em imóvel rural ou urbano

2. Servidão

2.1. Classificação da servidão

2.2. Exercício da servidão

2.3. Extinção da servidão

2.4. Proteção possessória

3. Usufruto

3.1. Objeto do usufruto

3.2. Direitos do usufrutuário

3.3. Deveres do usufrutuário

3.4. Usufruto de universalidades

3.5. Extinção

4. Uso e habitação

5. Direito real do promitente comprador de imóvel

CAPÍTULO 49

DIREITOS REAIS DE GARANTIA E EM GARANTIA

1. As garantias reais

1.1. Proibição do pacto comissório

1.2. Indivisibilidade da garantia

1.3. Vencimento antecipado da obrigação garantida

2. Direitos reais de garantia

2.1. Penhor

2.1.1. Penhor comum

2.1.2. Penhor especial

2.1.3. Penhor legal

2.2. Hipoteca

2.2.1. Hipoteca de segundo grau

2.2.2. Alienação do bem hipotecado

2.2.3. Hipoteca legal

2.3. Anticrese

3. Direitos reais em garantia

3.1. Alienação fiduciária em garantia

3.2. Proprietário fiduciário

3.3. Efetivação da garantia

3.4. Cessão fiduciária de direitos creditórios

SEXTA PARTE

DIREITO AUTURAL

CAPÍTULO 50

INTRODUÇÃO AO DIREITO AUTORAL

1. A propriedade intelectual
2. O direito autoral
 - 2.1. Copyright
 - 2.2. Droit d'auteur
 - 2.3. Direito autoral e globalização
 - 2.4. Direito autoral e inovação tecnológica
3. Os direitos autorais
4. Características fundamentais dos direitos autorais
5. Proteção na Constituição e em convenções internacionais
6. As ideias sem proteção

CAPÍTULO 51

O AUTOR E SUA OBRA

1. Uma ligação muito especial
2. Conceito de autor
3. Identificação do autor

- 4. Autoria e titularidade dos direitos autorais
- 5. A obra protegida
 - 5.1. Lista legal das obras
 - 5.2. Criações do intelecto não protegidas como obras
 - 5.3. A exigência da novidade
 - 5.4. Obra sob encomenda
 - 5.5. Obra criada por empregado
 - 5.6. A identificação da obra
 - 5.7. Obra originária e obra derivada
- 6. Integração de obras
 - 6.1. Obra comum
 - 6.2. Obra coletiva
- 7. Registros das obras

CAPÍTULO 52

DIREITOS MORAIS DO AUTOR

- 1. Noção introdutória dos direitos morais
- 2. Características dos direitos morais do autor
- 3. Lista dos direitos morais
- 4. Direitos morais nas obras audiovisuais
- 5. Direitos morais do arquiteto
- 6. Transmissibilidade aos sucessores

7. Direitos morais do autor e a integridade do suporte

CAPÍTULO 53

DIREITOS PATRIMONIAIS DO AUTOR

1. Relevância pública dos direitos patrimoniais do autor
2. Características dos direitos patrimoniais do autor
3. Direito de utilizar, fruir e dispor
 - 3.1. Direito de comunicar
 - 3.2. Direito de reproduzir
 - 3.3. Direito de sequência
4. Duração dos direitos patrimoniais
5. Negócios jurídicos sobre direitos patrimoniais do autor
 - 5.1. Transferência de direitos autorais
 - 5.2. Edição
 - 5.3. Contrato de produção de obra audiovisual
6. As licenças legais
7. Controle do pagamento dos direitos autorais

CAPÍTULO 54

OUTROS DIREITOS AUTORAIS

1. Continuidade do direito autoral

2. Direitos conexos

2.1. Artistas, intérpretes e executantes

2.2. Produtor fonográfico

2.3. Empresas de radiodifusão

3. Programas de computador

3.1. Licença de uso de programa de computador

3.2. *Software* livre

Bibliografia

**DIREITO
DAS
COISAS**

INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS COISAS

1. OBJETO DO DIREITO DAS COISAS

O Direito é o sistema social estruturado para a superação dos conflitos de interesses surgidos na convivência humana. A ordem positiva (Constituição, lei e outras normas jurídicas) fornece os parâmetros para o juiz resolver o conflito em favor de um ou de outro sujeito titulares dos interesses em choque.

No plano imediato, todo conflito de interesse versa sobre o comportamento de uma pessoa humana. A alguém interessa que outra pessoa aja de uma maneira, mas a esta última não interessa agir assim. *Antonio* quer que *Benedito* lhe pague certo valor, mas *Benedito* não quer pagar o pretendido por *Antonio*. Qualquer conflito de interesses diz respeito a certa conduta humana, querida por um, mas não pelo outro sujeito de direito.

Já no plano mediato, alguns conflitos versam sobre bens, isto é, animais (exceto o *Homo sapiens*), vegetais e minerais postos a serviço das necessidades e querências de homens e mulheres. A conduta desejada por um, mas não por outro sujeito, refere-se ao aproveitamento de bens. *Carlos* tem interesse num pedaço de terra ocupada por *Darcy*, e deseja que este lhe entregue. *Carlos* considera ser dele o bem, em vista da leitura que faz de certos documentos. *Darcy* recusa-se a ter o comportamento querido por *Carlos*, por não compartilhar do mesmo entendimento acerca desses documentos. Ainda versa o conflito sobre comportamentos dos envolvidos, claro; mas aqui há a especificidade do bem disputado por eles.

Há, em suma, conflitos de interesse cuja referência se esgota no plano imediato das condutas queridas por uns e não por outros; e há os que se referem a condutas relacionadas a bens ou ao seu aproveitamento. A superação destes últimos norteia-se por normas jurídicas agrupadas em

torno da noção de *direito das coisas*.

Coisa é uma expressão ambígua.

De um lado, corresponde a tudo o que existe fora os sujeitos de direito — do ar atmosférico até o relógio de pulso, dos peixes que habitam o mar abissal até o dinheiro, da neve a cobrir os picos de montanhas altas até as frutas postas à venda na banca da feira. Nesse sentido largo, *coisa* compreende não só aquilo que tem valor econômico para o ser humano (os *bens*) como também o que é insuscetível de mensuração pecuniária.

De outro lado, *coisa* significa os bens corpóreos, dotados de existência física, que ocupam lugar no espaço (Beviláqua, 1934, 1:261). Nesse sentido estreito, a expressão alcança apenas uma parte daquilo que tem valor para o ser humano. Não são coisas, aqui, os bens incorpóreos (obra literária, marca registrada, programa de computador etc.) e os direitos (participação em sociedade empresária, direito à vida, crédito etc.).

Em síntese, coisa, no sentido largo, é gênero (tudo o que existe além dos sujeitos) do qual os bens são espécies (o que tem valor econômico); no sentido estreito, ao contrário, é espécie (corpóreos) do gênero bens.

E m *direito das coisas* emprega-se a expressão no sentido estrito, isto é, de bens corpóreos. Os conflitos de interesses cuja superação é norteadas pelas normas agrupadas no Livro III da Parte Especial do Código Civil

versam, *em princípio*, a respeito de bens corpóreos, como terreno, casa, apartamento, veículo, moedas, minerais, cabeças de gado etc. Institutos como propriedade, usucapião, usufruto, servidão, penhor e demais do direito das coisas têm por objeto bens que têm existência física, e não meramente conceituais.

Não são aplicáveis os preceitos do Livro do Direito das Coisas do Código Civil a bens incorpóreos ou direitos, a não ser que a lei expressamente admita a aplicação. Por exemplo, as ações de emissão de sociedade anônima não são bens corpóreos. Elas só podem ser gravadas por penhor, usufruto ou alienação fiduciária em garantia porque a lei contempla expressa menção nesse sentido (LSA, arts. 39 e 40); mas não podem ser adquiridas por usucapião ou ter a respectiva titularidade defendida por meio de ação possessória, exatamente por não existir norma expressa que lhes estenda tais institutos típicos dos bens corpóreos. Outro exemplo, os direitos creditórios podem ser objeto de cessão fiduciária, em virtude da qual passam à propriedade resolúvel do cessionário, submetendo-se então a instituto próprio do direito das coisas, porque a lei expressamente previu a hipótese (Lei n. 4.728/65, art. 66-B, § 3º). Não fosse a previsão expressa, não seria cabível estender um instituto do direito das coisas à cessão de crédito, tratada pelo das obrigações. Terceiro exemplo, a propriedade intelectual diz respeito a bem incorpóreo, tanto no ramo do *direito autoral*

(obra literária, artística ou científica, programa de computador, direitos conexos etc.) como no do *industrial* (marcas registradas, patentes de invenção etc.). Cabe falar em propriedade, que é instituto do direito das coisas, sobre bens intelectuais — por definição, incorpóreos — porque a lei expressamente contempla a figura (Cap. 50).

A aplicação de normas do direito das coisas a bens incorpóreos ou direitos, quando prescrita, pode abrigar-se e *in lei esparsa*, como no caso do usufruto das ações emitidas pelas sociedades anônimas ou da cessão fiduciária de direitos creditórios; ou no próprio *Código Civil*, como no caso do penhor de títulos de crédito (CC, art. 1.451).

O direito das coisas reúne as normas legais e institutos jurídicos que norteiam a superação de conflitos de interesses relacionados, em última instância, ao aproveitamento pelos seres humanos de bens valiosos para eles.

Aplicam-se as normas e institutos do direito das coisas aos bens corpóreos; e, só no caso de expressa previsão legal, aos incorpóreos e direitos.

É certo que o STJ já admitiu, inclusive por entendimento sumulado (Súm. 193: o direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião), uma hipótese de usucapião de direitos. Entretanto, não se pode perder de vista que se tratava, naquele caso, de proteger os consumidores titulares de direitos de uso de linha telefônica, antes da privatização das empresas do sistema TELEBRÁS, em 1998. Os mais jovens certamente terão dificuldade em imaginar como seria, mas houve um tempo no Brasil em que a linha telefônica era considerada um bem do patrimônio do consumidor dos serviços de telefonia (constava das declarações do Imposto de Renda, era partilhada em inventário, penhorada em execuções judiciais, alugada etc.). A distorção provinha da absoluta incapacidade de as empresas estatais de telefonia universalizarem o serviço. Desde que, no início dos anos 1990, as concessionárias, já privatizadas, atenderam à extraordinária demanda reprimida por serviços de telefonia, não tem tido mais aplicação aquela súmula; isso demonstra representar o referido entendimento sumulado mera solução — um tanto imprecisa, porém justa — para decidir conflitos nascidos num quadro econômico extremamente distorcido e, felizmente, passado.

2. DIREITO OBRIGACIONAL E DIREITO REAL

Os direitos patrimoniais classificam-se, como estudado, em obrigacionais e reais (Cap. 5, item 3.c). Alguma doutrina

costuma distingui-los a partir da estrutura da relação jurídica. Vislumbra nos direitos obrigacionais um vínculo entre dois sujeitos, em virtude do qual um deles deve uma prestação ao outro; e, nos reais, um vínculo entre sujeito e coisa, em que aquele pode opor a todos os demais sujeitos indistintamente o seu poder sobre esta (cf. Noronha, 2003, 1: 272/273; Gomes, 1957:114/117). A ideia de vínculo jurídico entre sujeito e coisa, porém, não é a mais operacional. A relação jurídica, mesmo no campo dos direitos reais, aproxima invariavelmente sujeitos de direito: os envolvidos no conflito de interesses cuja superação é estruturada pela ordem jurídica. O titular do direito real, enquanto não é perturbado em seus interesses relativos à coisa, não entra em relação jurídica com ninguém (relativamente a tais interesses). Entra somente quando perturbado, mas, nesse caso, já são dois sujeitos disputando a mesma coisa. A estrutura da relação jurídica, assim, é igual tanto nos direitos obrigacionais como nos reais — nos polos encontram-se sujeitos de direito, nunca uma coisa (*sentido largo*).

Outro modo de estrear os direitos obrigacionais dos reais leva em conta a indeterminação do seu titular. Trata-se de critério muito próximo ao anterior, relativo à estrutura da relação jurídica, mas que comporta exame próprio. Os direitos reais são exercitáveis independentemente de quem seja seu titular, ao passo que os obrigacionais são ligados às pessoas do credor e do devedor. Um exemplo ajuda a

aclarar esse modo de entender a distinção. Considere que seja útil para alguém construir no imóvel vizinho um canal para escoamento de águas pluviais; e que as partes, conversando, cheguem a um acordo: o vizinho autoriza a construção do canal em seu imóvel e seu uso por dez anos em troca de certa remuneração. Esse acordo pode revestir a forma de um contrato de locação ou de servidão — no primeiro caso, constitui-se direito obrigacional; no segundo, real. Qual a diferença? A locação não vigora, em princípio, se o imóvel locado for alienado, porque o locador estava obrigado a respeitá-la, mas não o novo dono. Já a servidão continua a vigor mesmo após a alienação do imóvel, vinculando o novo titular da propriedade, em razão de sua *realidade*.

A distinção por meio da indeterminação do titular nem sempre se verifica. Os direitos obrigacionais também podem ser preservados independentemente do titular da posição negocial, por meio da transmissão (cessão de direitos ou assunção de obrigações) ou de cláusulas especiais. Do mesmo modo, os direitos reais podem ter a vigência vinculada à titularidade por determinado sujeito de direito. A locação pode ser cedida ou contemplar cláusula de vigência em caso de alienação; a servidão pode ser instituída sob a condição de se extinguir na hipótese de venda do imóvel dominante. Quer dizer, a indeterminação do titular nem sempre define a categoria a que pertence o direito.

Também se distinguem os direitos obrigacionais dos reais destacando a natureza relativa dos primeiros e absoluta destes últimos (Dantas, 1944:11/14). Como direito relativo, o obrigacional só é oponível ao outro sujeito da relação jurídica; já o direito real, por ser absoluto, como os direitos da personalidade, é oponível a qualquer um, mesmo que o titular não tenha com ele relação jurídica anterior. Os direitos reais são, em suma, oponíveis *erga omnes*.

Ademais, cabe mencionar a distinção a partir do princípio regente da disciplina jurídica. Enquanto o relacionado aos direitos obrigacionais é o da *atipicidade*, rege a disciplina dos direitos reais o da *tipicidade*. O sujeito pode vincular-se a direito obrigacional não disciplinado especificamente na lei, como no caso de celebrar um contrato atípico (CC, art. 425). Mas as partes não podem vincular-se a direito real não previsto em norma legal; não se insere nos limites da autonomia privada a criação de direito real.

Diversos critérios distinguem os direitos obrigacionais dos reais, mas a importância da classificação é decrescente.

No campo do direito processual, tem importância definir se determinada ação versa sobre direito obrigacional ou real, por variarem os respectivos pressupostos. As ações de direito real referentes a bem imóvel, por exemplo, só podem ser propostas por pessoa casada com a autorização do cônjuge (CPC, art. 10).

Mas, excluída a questão processual, a importância da distinção entre direitos obrigacionais e reais é decrescente. Por óbvio, as normas aplicáveis a cada um desses direitos são diferentes. Não se pode submeter a obrigação a preceitos do direito das coisas; tampouco a posse, propriedade e outros direitos reais devem ser considerados à luz das disposições do direito obrigacional. Para tanto, contudo, não é necessário resolver as intrincadas questões propostas pela tecnologia civilista, na classificação dos direitos patrimoniais.

3. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO REAL

As características do direito real, em parte já mencionadas no item anterior, são três: trata-se de direito absoluto e típico, que adere à coisa a que se refere.

a) *Direito absoluto*. O direito real é oponível *erga omnes*. Lembre que um direito absoluto não é ilimitado. Aliás, não existem direitos ilimitados. O direito de propriedade, por exemplo, é real, mas está limitado pela função social e pelo respeito aos direitos de vizinhança. Quando se classifica certo direito como absoluto, destaca-se unicamente sua oponibilidade pelo titular a qualquer um que o tenha lesado, mesmo que inexistente relação jurídica entre esses sujeitos.

Uma das consequências do caráter de absoluto do direito real é a *sequela*. O titular do direito real pode defendê-lo onde quer que se encontre a coisa a que se refere. O proprietário, por força do direito de sequela, pode reivindicar o bem que lhe pertence de quem injustamente o possui; o credor hipotecário pode executar seu crédito mediante constrição judicial do imóvel gravado, ainda que ele tenha sido vendido pelo credor, e assim por diante.

b) *Direito típico*. Não podem os sujeitos diretamente interessados criar um direito real não previsto em lei. A autonomia privada não tem esse alcance. A tipicidade é característica ínsita aos direitos reais: só existem os disciplinados em norma legal.

Alguns autores se valem do conceito de *numerus clausus* para nomear a característica da tipicidade, mas isso não é correto. Um dispositivo pode ser *numerus clausus*, quando contempla relação exaustiva, mas não um conjunto de direitos. Mesmo o preceito do Código Civil que relaciona direitos reais não pertence a essa categoria. O art. 1.225 do CC lista os seguintes direitos reais: propriedade, superfície, servidão, usufruto, uso, habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca, anticrese, concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso. Trata-se, contudo, de rol *exemplificativo* (cf. Viana, 2004:7/10). Há direitos reais não referidos nesse dispositivo, como a posse e a cessão fiduciária de direitos creditórios.

Bem entendida, a característica da tipicidade exige que o direito real esteja previsto em lei para que possa ser instituído com fundamento na vontade das partes. Não é indispensável que esteja especificamente relacionado no dispositivo que elenca as principais hipóteses de direito real.

As características do direito real são três: trata-se de direito absoluto e típico, que adere à coisa (em geral, corpórea) a que se refere.

c) *Aderência à coisa.* Por fim, a característica da aderência do direito real à coisa a que se refere. Esse direito afeta o bem no sentido de ligar-se a ele e não ao sujeito que o titula; quer dizer, continua a existir mesmo que mude o seu titular (Ascensão, 2000:53/55). Em alguns direitos reais, como no caso da servidão, essa característica é patente: qualquer que seja o dono do prédio dominante, ele pode valer-se da servidão instituída sobre o serviente. Em outros, é menos visível. Assim na posse: pode ser defendida contra ameaça, turbação ou esbulho independentemente de quem a titule.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS REAIS

O principal critério de classificação distingue os direitos

reais *sobre coisa própria* e os incidentes *sobre coisa alheia*.

São direitos reais sobre coisa própria a propriedade e os direitos reais *em garantia*. A propriedade é o mais importante dos direitos reais, à qual correspondem os mais amplos poderes de sujeição da coisa ao ser humano — quer dizer, os mais amplos *admissíveis* no atual estágio de evolução da cultura jurídica, que os limitam em atenção aos interesses de outros proprietários e da sociedade em geral (Caps. 43 a 46). Já os direitos reais em garantia importam a propriedade resolúvel sobre a coisa; isto é, que deixa de existir quando implementada a condição resolutiva a que se encontrava ligada. Esses direitos visam garantir, de modo mais eficiente do ponto de vista jurídico, obrigações ativas do seu titular, isto é, a satisfação de créditos em seu favor. Quando cumprida a obrigação, a garantia não tem mais serventia, e a propriedade se resolve. São direitos reais em garantia os relacionados à propriedade fiduciária (Cap. 49, item 3).

Por sua vez, os direitos reais sobre coisa alheia se subdividem em três categorias: direitos de gozo, de garantia e à aquisição.

Os direitos reais de gozo sobre a coisa alheia atribuem ao sujeito o poder de usar ou fruir bens de que não é o proprietário. Nessa categoria se encontram o usufruto, uso, habitação, servidão e superfície (Cap. 48, itens 2 a 5). Veja que o poder de usar ou fruir bens alheios pode derivar

exclusivamente de vínculo obrigacional entre o proprietário e quem passa a titularizá-lo, como no caso dos contratos de locação e comodato. Aqui, a coisa não sofre nenhum gravame, uma vez que o vínculo jurídico derivado do negócio é *pessoal*. Quando o poder de usar ou fruir coisa alheia deriva também de direito real, ainda que originado de negócio jurídico, surge um vínculo *real*, afetado ao bem e independente de quem seja a pessoa que o titulariza.

Os direitos reais *de* garantia (atente para a preposição) têm a mesma finalidade dos *em* garantia: assegurar o cumprimento eficiente da obrigação garantida. Por recaírem os direitos reais de garantia sobre coisa alheia, porém, não importam a titularidade de propriedade sobre o bem onerado, nem mesmo a resolúvel. Nessa categoria estão a hipoteca, o penhor e a anticrese (Cap. 49, item 2). Nos dois primeiros, o titular tem o direito de ver o seu crédito satisfeito preferencialmente com o produto da venda judicial do bem onerado; na anticrese — instituto que, embora previsto no direito positivo brasileiro desde meados do século XIX, nunca chegou a ter importância e está há tempos em completo desuso —, os frutos da coisa imóvel onerada são atribuídos ao credor, para a satisfação de seu crédito.

Por fim, o direito real à aquisição de coisa alheia confere ao seu titular a prerrogativa de reivindicar a propriedade de bem objeto de compromisso de compra e venda, após o integral pagamento do preço. Titula-o, pois, o promitente

comprador. Como se discutirá ao seu tempo, a importância desse instituto era maior antes da entrada em vigor do Código Reale, por não existir até então no direito positivo brasileiro nenhuma regra geral assegurando ao contratante a execução específica das obrigações inadimplidas (CC, art. 475). Com a introdução dessa regra geral na lei, tanto o *promitente comprador* como o *comprador*, em qualquer contrato de compra e venda, podem reivindicar a transferência do domínio, depois de pagarem o preço ajustado, independentemente de qualquer direito real sobre a coisa objeto de contrato.

Classificam-se os direitos reais em direitos sobre a própria coisa e direitos sobre coisa alheia.

A propriedade e o direito real em garantia são direitos sobre a própria coisa. Os demais são direitos sobre coisa alheia.

Os direitos sobre coisa alheia se subdividem em três classes: direitos reais de gozo (servidão, usufruto, uso etc.), de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) e à aquisição (titulados pelo promitente comprador).

A posse é direito real — malgrado a existência de entendimentos em sentido contrário (Cap. 42, subitem 1.2). Ela pode enquadrar-se tanto na categoria dos direitos reais sobre a própria coisa como na dos sobre coisa alheia. O proprietário pode ser ou não o possuidor da coisa que lhe pertence; sendo possuidor, pode defender a posse como direito autônomo, inconfundível com o de propriedade. Do mesmo modo, o possuidor pode ser ou não o dono da coisa possuída; mesmo não o sendo, pode defender sua posse até mesmo contra o titular da propriedade; pode, ademais, em certos casos, tornar-se o legítimo proprietário (Cap. 42).

A POSSE

1. CONCEITO DE POSSE

Posse é o exercício de fato de um ou mais poderes característicos do direito de propriedade. Essa noção deriva do conceito de possuidor, com o qual o Código Civil inaugura o Livro III da Parte Especial, atinente ao direito das coisas (art. 1.196). Quem titula a posse de algum bem age, assim, tal como o seu proprietário. O possuidor pode ser, e muitas vezes é, também o titular do direito de propriedade. Mas, mesmo não sendo o proprietário, o possuidor tem certos direitos tutelados pela ordem jurídica. Aliás, ele está protegido, em alguns casos, até mesmo contra o proprietário (subitem 4.3).

Posse e propriedade são conceitos jurídicos distintos, com os quais o profissional do direito logo se habitua a lidar: o locatário tem a posse do bem locado, mas não a

propriedade; o proprietário pode estar ou não na posse da coisa; quem possui não é necessariamente o dono — são assertivas familiares aos estudantes e profissionais da área. As diferenças entre posse e propriedade, contudo, não se encontram a partir do exame da conduta do sujeito em relação à coisa. Tanto o possuidor proprietário como o não proprietário agem do mesmo modo — quer dizer, usam, fruem e dispõem da coisa em igual medida. É na qualificação jurídica da conduta deles, feita pela lei, que residem as diferenças entre um e outro instituto. Esquemáticamente, pode-se dizer que a posse se encontra a meio caminho entre, de um lado, a propriedade (direito fundamental amplamente protegido, inclusive no plano constitucional) e, de outro, a detenção (que comporta apenas a autotutela, ou seja, o legítimo afastamento da ameaça por desforço imediato do próprio detentor).

Para entender melhor a questão, considere três exemplos. No primeiro, o engenheiro agrônomo, em seu escritório em Uberlândia, Minas Gerais, envia mensagem eletrônica ao administrador da fazenda situada em Sorriso, Mato Grosso, comunicando a decisão de ampliar a área de plantio de soja e reduzir a dos pastos para gado. No segundo, o trabalhador põe a nova fotografia do filho como plano de fundo da área de trabalho do computador que utiliza no emprego. No terceiro, uma pessoa monta banca em rua movimentada para oferecer cigarros à venda. Nos três

casos, a conduta dos sujeitos (o engenheiro em relação à fazenda, o empregado, ao computador, e o vendedor ambulante, aos cigarros) é igual. Podemos defini-la como uma relação de sujeição, subordinação, submissão, poder. Os três valem-se da coisa para o atendimento de seus interesses. A decisão do engenheiro importa a *fruição* da fazenda, isto é, sua exploração econômica; o trabalhador *usa* o computador objetivando ter recordações agradáveis durante a jornada de trabalho; o ambulante *dispõe* dos cigarros, vendendo-os aos transeuntes pelo preço apregoado.

A relação de sujeição de coisas apresenta-se com as mesmas características essenciais, mas pode ter, segundo o disposto em lei, diferentes qualificações jurídicas. As três relações acima exemplificadas, embora sejam essencialmente o mesmo *fato*, são *fatos jurídicos* diferentes. Não é possível saber, pelas informações indicadas, se o engenheiro, o trabalhador e o ambulante são ou não proprietários das coisas que submetem à sua vontade; não se sabe, a rigor, sequer se são possuidores ou meros detentores. Somente a partir de um complexo referencial normativo se poderá concluir qual é o estatuto jurídico de cada relação e, conseqüentemente, que direitos titulam os sujeitos. O engenheiro agrônomo pode ser o dono da fazenda, seu possuidor ou apenas o representante deles; sendo o computador da propriedade do empregador, o trabalhador

não tem a posse do equipamento, mas só a detenção; por fim, o ambulante pode não ser o legítimo proprietário dos cigarros que vende, se provier sua posse de criminosa receptação. Somente o exame do atendimento a outros tantos requisitos legais poderá esclarecer se a relação de sujeição da coisa à vontade da pessoa é *posse, propriedade* ou *detenção*.

A distinção entre posse e propriedade é feita tendo em vista a *origem* do poder de sujeição sobre a coisa. Dependendo de como teve início o vínculo de subordinação, considera-se o titular do direito um possuidor ou proprietário. Se tenho às mãos as chaves do apartamento onde moro (nele guardo minhas roupas, móveis, pertences; recebo a visita dos amigos; a ele me recolho no fim do dia etc.), é necessário pesquisar a origem desse poder, isto é, verificar se loquei o imóvel ou o adquiri. O locatário é possuidor, mas não proprietário; já o adquirente é possuidor e proprietário.

A posse, de outro lado, distingue-se da detenção em função da dependência entre o detentor (*servidor* ou *fãmulos da posse*) da coisa e outra pessoa (*senhor da posse*) em nome da qual submete a coisa ao seu poder. A lei considera “detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas” (CC, art. 1.198). É o caso típico do empregado, que usa

equipamentos, ferramentas e outros recursos materiais da propriedade do empregador para o desempenho de suas funções laborais. Também é detentor o hóspede em relação aos cômodos da casa em que se dá a hospedagem; ou o amigo a quem se empresta o carro por algumas horas. O poder que essas pessoas exercem sobre as coisas do empregador, hospedeiro ou amigo não se caracteriza, juridicamente, como posse. Entre aquele que tem a coisa em seu poder e o titular de algum direito possessório ou de propriedade sobre ela há um vínculo de dependência que desnatura a relação de sujeição como posse. O empregado, o hóspede e o amigo que tomou emprestado o veículo são servidores da posse e, por isso, ao submeterem a seu poder a coisa, devem observar as instruções recebidas do senhor da posse. O detentor submete a coisa não à sua vontade, mas à de outrem. O possuidor submete a coisa à sua vontade, sem estar vinculado a qualquer orientação de outro titular de direito sobre a mesma coisa. Algumas posições doutrinárias negam ao detentor qualquer direito sobre a coisa. Mas, a rigor, quando a detenção é ameaçada, turbada ou esbulhada, o detentor tem direito à autotutela, podendo valer-se de atos físicos que afastem diretamente a ameaça, quando imediatos e proporcionais à ofensa (cf. Pereira, 1970:104). Não resultando frutífera a autotutela, resta ao detentor unicamente avisar do fato o titular da posse em nome de quem agia. Só este último terá o direito de invocar

em juízo a proteção possessória.

A posse é o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Distingue-se desta e da detenção não pela conduta do titular em relação à coisa, que muitas vezes é igual à do proprietário e do detentor, mas pela qualificação jurídica a partir da lei.

Na introdução ao instituto, convém examinar o objeto (subitem 1.1), a natureza (subitem 1.2) e os efeitos da posse (subitem 1.3).

1.1. Objeto da posse

Só bens corpóreos podem ser objeto de posse; os incorpóreos, não. Nem todos os bens sobre os quais pode recair a propriedade são, portanto, suscetíveis de posse. Os bens intelectuais, como a patente de invenção, o registro de marca ou a obra literária, são objetos do direito de propriedade titulado pelo inventor, empresário ou autor, respectivamente. Mas não cabe falar em posse nesses casos, em razão da imaterialidade do bem em referência. Considera-se que podem ser possuídos unicamente os bens suscetíveis de apreensão material. Embora a posse seja exercitável independentemente da apreensão (como no caso do engenheiro agrônomo que, a distância, define como deverá ser explorada a fazenda), não se reputa caracterizada essa específica relação de sujeição quando a coisa usada, fruída ou disposta não é corpórea.

A discussão atinente ao objeto da posse tem implicações principalmente processuais (Gomes, 1958:34). Antes de se consolidar, por exemplo, no direito brasileiro o cabimento do mandado de segurança na defesa de direitos líquidos e certos contra ato administrativo ilegal, advogados como Rui Barbosa procuraram valer-se das ações possessórias para discutir em juízo a validade da exoneração de funcionário público. Rui sustentou, embora sem sucesso, a tese da posse do cargo público. Atualmente, estando plenamente consolidado o princípio de que a cada direito corresponde uma ação que o assegura, apenas os bens

corpóreos se consideram objeto de posse. Cogitou-se também, naquele tempo, da figura da turbação não material da posse, exemplificando-a com o ato administrativo declarando bem de particular como público (Espínola, 1956:114), também com o mesmo objetivo de sustentar o cabimento da ação possessória nas hipóteses atualmente tuteladas por mandado de segurança.

Desse modo, a empresa de radiodifusão que vê sua frequência “invadida” por sinais de concorrente, os quais prejudicam a recepção dos dela, não pode buscar proteção em juízo por meio de ação possessória. A banda de frequência de ondas eletromagnéticas não é bem corpóreo, descabendo por isso considerar a empresa de radiodifusão titular de direito de posse sobre ela. Isso não significa, contudo, que os interesses dessa empresa estejam ao desabrigo. Pelo contrário, a interferência em seus sinais é ato ilícito passível de coibição judicial. A empresa de radiodifusão deve, contudo, valer-se nesse caso das medidas de repressão à concorrência desleal e não dos interditos possessórios (Gallo, 2000:262/263).

O objeto da posse é necessariamente um bem corpóreo. Quando empregada a locução em referência a direitos sobre bens incorpóreos, trata-se de simples analogia.

Também os direitos não podem ser objeto de posse, como muito se discutiu no passado. Para Moreira Alves, o emprego da palavra “posse” em referência a relações jurídicas estranhas ao direito real — ele cita o exemplo da *posse de estado* — não tem em vista qualquer manifestação exterior da propriedade ou direito aos interditos, traduzindo, portanto, unicamente uma analogia (1990, 2.1:214).

1.2. Natureza da posse

Além da questão relacionada ao objeto da posse, outra discussão que tem preocupado a tecnologia jurídica é a pertinente à sua natureza. A posse seria um direito ou simplesmente um fato? A polêmica encontra-se já no direito

romano, atravessa a Idade Média e repercute ainda hoje (Alves, 1990, 2.1:69/137).

Penso que o pano de fundo da controvérsia é a afirmação da propriedade como direito ilimitado sobre a coisa. Entendo, por isso, que o assunto está um tanto superado, uma vez que tal afirmação corresponde a necessidade ideológica há tempos descartada. Ao conferir à posse o estatuto de fato, contraposto ao de direito à propriedade, a doutrina desenhava certa hierarquia entre os institutos, na qual reservava a este último a posição de supremacia. Idêntico objetivo parece inspirar as abordagens que justificavam a proteção liberada à posse pela noção de aparência de direito. O possuidor devia ser amparado, segundo essas abordagens, porque a posse corresponde à situação aparente do direito de propriedade (cf. Espínola, 1956:98).

O tema da natureza da posse — acerca do qual, a rigor, nunca se mostraram as implicações tecnológicas — atualmente é desprovido até mesmo de interesse ideológico. O direito de propriedade sofre cada vez mais limitações, estando completamente superada a feição liberal do instituto (Cap. 43, item 1). Em decorrência, fórmulas ambíguas e obscuras (*a posse seria um fato com consequências jurídicas; ou seria na origem um fato, e, quanto aos efeitos, um direito* etc.), além de nada auxiliarem na solução dos conflitos de interesse, perdem por completo a função de

distanciar ideologicamente a posse da propriedade.

Não há como negar a ambiguidade da expressão “posse”. De um lado, significa o fato descrito em norma jurídica como antecedente do direito aos interditos ou à aquisição da propriedade por usucapião (Cap. 10, item 1). Mas também “propriedade” será, nesse sentido, expressão ambígua, indicativa do fato descrito em norma jurídica como antecedente do direito de reivindicar a coisa, explorá-la economicamente, usá-la ou dela dispor. De outro lado, “posse” pode ser entendida como referência a direito subjetivo, isto é, faculdade de agir (Cap. 5, item 3). Quem tem a posse tem um direito, o de invocar a proteção judicial contra quem a ameaça, turba ou esbulha. E nesse mesmo sentido de faculdade de agir também se emprega a expressão “propriedade”. A qual desses significados corresponderia a essência do conceito é questão metafísica, sem qualquer relevância tecnológica.

A posse, em suma, pode ser vista como um fato jurídico ou direito tanto quanto a propriedade. São, por óbvio, fatos jurídicos ou direitos diferentes. O que interessa é conhecer os parâmetros que a ordem positiva fornece para nortear conflitos de interesses entre possuidores ou entre possuidor e proprietário. Quando conflitam os direitos de posse e propriedade, ora prevalece um, ora outro. O proprietário que pretende haver a posse de seu bem diretamente (ameaçando, turbando ou esbulhando a posse alheia) será barrado por

ordem judicial expedida em proteção ao possuidor; já o proprietário que reivindica em juízo a posse do bem obtê-la-á em detrimento dos interesses do possuidor. Quando o locador (possuidor indireto) turba a posse do locatário (possuidor direto) sobre o bem locado, norteia a lei que o conflito de interesses deva ser superado mediante a proteção da posse deste último, ainda que o primeiro seja titular também do direito de propriedade. Essas e outras regras jurídicas podem ser estudadas, interpretadas e aplicadas, independentemente da resposta que se dê à questão da natureza da posse. Mesmo identificando a ambiguidade da expressão e desqualificando, por essa via, a importância da controvérsia — como feito acima —, o conceito jurídico de posse continua operacionalizável.

A expressão posse é ambígua e designa tanto o fato jurídico que, na norma, é descrito como antecedente do direito aos interditos ou à aquisição por usucapião como a faculdade de agir em defesa de seus interesses, quando ameaçados ou lesionados.

Quando empregada a expressão no sentido de direito, posse é direito real, por reunir todas as características dessa categoria.

Note, o Código Civil brasileiro, aparentemente visando não tomar partido na discussão sobre a natureza da posse, disciplinou-a no Título inaugural do Livro sobre os Direitos

das Coisas, e não a listou entre os “direitos reais” no art. 1.225. Repetiu a mesma solução do diploma de 1916, cujo autor entendia a posse como um “estado de fato” (Beviláqua, 1934, 3:11/12). Mas a posse reúne todas as características dos direitos reais, como a tipicidade, a oponibilidade erga omnes e a aderência à coisa corpórea (cf. Monteiro, 2003, 3:20).

Em outros termos, quando a expressão “posse” é empregada no sentido de direito, a referência é feita a direito classificado como real. Nos estreitos limites da questão (Cap. 41, item 2), a posse não pode ser considerada direito pessoal. Quer dizer, as ações possessórias devem ser consideradas como tendo por objeto direito real, não podendo ser ajuizadas, quando versarem sobre bem imóvel, por pessoas casadas senão com a autorização do cônjuge (CPC, art. 10).

1.3. Efeitos da posse

Independentemente de ser a posse considerada *fato jurídico* ou *direito*, as suas implicações para o possuidor se encontram suficientemente bem definidas na lei.

Em primeiro lugar, a posse assegura ao possuidor o manejo de determinadas ações judiciais em defesa dos seus interesses (subitem 4.2). São as ações possessórias (ou *interditos*). Note que a tendência do Direito tem sido a de evitar a disciplina de temas processuais em leis

substantivas, decorrência da clara distinção entre o direito de ação e o material, ponto nuclear da moderna processualística (Marcato, 2004:165). Mas, no estudo da posse, a separação não pode ser rígida. Não é possível compreender o instituto civil sem menção às ações possessórias. As relações complexas entre os direitos do possuidor e os do proprietário somente se entendem no contexto das medidas processuais manejáveis por cada um deles. Por exemplo, sem levar em conta a proibição da exceção de domínio na ação possessória — uma questão processual — não é possível delinear a extensão dos direitos do possuidor não proprietário quando conflitam com os interesses do proprietário.

A segunda implicação da posse é o direito do possuidor em relação aos frutos da coisa possuída. Em determinadas hipóteses, ao perder a posse do bem, o possuidor pode legitimamente incorporar ao seu patrimônio alguns dos frutos por ele gerados. Varia a extensão do direito segundo o possuidor desconheça ou não os vícios que obstam à aquisição da coisa possuída; e também de acordo com a natureza do fruto, se percebido ou pendente (subitem 3.1).

Outra implicação da posse diz respeito à perda ou deterioração da coisa enquanto se encontrava em mãos do possuidor. Também aqui a ignorância dos vícios é fundamental na definição da existência e extensão da obrigação de indenizar o proprietário (subitem 3.2).

A posse apresenta, em quarto lugar, implicações tocantes às benfeitorias introduzidas pelo possuidor no bem. Vindo a perder a posse, poderá o possuidor, quando presentes certas condições, exigir a indenização de algumas benfeitorias por ele feitas. Variará a extensão do direito, uma vez mais, em função da boa ou má-fé do possuidor e também da natureza da benfeitoria (subitem 3.3).

Finalmente, a posse pode ter o efeito de tornar o possuidor proprietário da coisa possuída. Uma das formas de aquisição da propriedade é a usucapião (Caps. 44, subitem 3.1, e 45, item 2). Por esse instituto, a posse pacífica se transforma em propriedade pelo decurso do tempo. O Direito não parece confortável com as situações em que o bem pertence a um sujeito, mas se encontra na posse de outro. Institutos como a usucapião sugerem que um dos seus objetivos seria o de procurar reunir, na medida do possível, a posse e a propriedade das coisas sob a titularidade do mesmo sujeito (cf. Ascensão, 2000:74).

Os efeitos da posse no direito positivo brasileiro são cinco: acesso aos interditos, direito aos frutos, à indenização por benfeitorias, irresponsabilidade pela perda ou deterioração da coisa e aquisição da propriedade por via da usucapião.

2. CLASSIFICAÇÃO DA POSSE

A classificação da posse tem importância na definição dos direitos titulados pelo possuidor: o prazo da usucapião, por exemplo, será diferente segundo a posse seja de boa ou má-fé; o possuidor indireto não tem acesso aos interditos contra o direto, mas este o tem contra aquele, e assim por diante. Das diversas classificações da posse, importa considerar sete:

a) *Posse direta e indireta*. A noção de sobreposição de posses é relativamente recente na teoria jurídica. Trata-se de conceito construído no fim do século XIX, pela doutrina alemã (subitem 5.2), e incorporado ao direito positivo brasileiro desde o Código Beviláqua. A posse direta é a titulada pelo não proprietário que, por força de contrato ou direito real, passa a possuir legitimamente algum bem. O exemplo típico de sobreposição de posse encontra-se na locação. Enquanto dura o contrato de locação, o bem locado se encontra legitimamente sob a posse do locatário. Ele tem a posse *direta* (também chamada de *imediate* ou *subordinada*). O locador — que é, em geral, o proprietário do bem, mas não necessariamente — não perde por completo a posse do bem locado, na medida em que tem a obrigação legal de a defender contra turbação ou esbulho perpetrado por terceiros (Lei n. 8.245/91, art. 22, II). Mas a sua posse é, por óbvio, diferente da do locatário. Diz-se que titula a posse *indireta* (*mediata* ou *autônoma*).

Outros exemplos de sobreposição de posses encontram-se no usufruto, no penhor, no comodato e no depósito. Titulam a posse direta o usufrutuário, o credor pignoratício, o comodatário e o depositário; e a indireta, o proprietário da coisa dada em usufruto, o devedor, o comodante e o depositante. Note que a posse direta se caracteriza sempre pela temporalidade (cf. Lopes, 2001:158). Vencido o contrato, a garantia ou exaurido o direito real, a sobreposição de

posse desaparece e o antigo titular indireto passa a ser o único possuidor do bem.

Em conflitos de interesses entre o possuidor direto e o indireto, a melhor posse é a do primeiro. Enquanto dura o usufruto, por exemplo, o proprietário não pode reivindicar a posse da coisa contra o usufrutuário; nem pode o devedor, enquanto não solvida a obrigação garantida pelo penhor, pretender reassumir a posse direta do bem empenhado; o depositário tem o direito de reter a posse da coisa enquanto o depositante não pagar as despesas do depósito. A lei dispõe nesse sentido: “A posse direta, de pessoas que têm a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto” (CC, art. 1.197).

Característica essencial da sobreposição de posses, como dito, é a temporalidade. Manifesta aqui, novamente, o Direito seu desconforto com a situação em que posse (a direta) e propriedade sobre um mesmo bem se encontram sob a titularidade de sujeitos diferentes. Assim que desaparecido o vínculo contratual ou de direito real que a desmembrara em direta e indireta, volta a posse a se concentrar nas mãos do titular do direito de propriedade.

A posse se desmembra em direta e indireta por força de contrato ou direito real. Tanto os possuidores diretos (locatário, credor pignoratício, usufrutuário etc.) como os indiretos (locador, devedor, proprietário da coisa dada em usufruto etc.) podem defender a posse contra terceiros. Num conflito possessório entre o possuidor direto e o indireto, prevalece o interesse do primeiro.

b) Posse justa e injusta. A definição legal de posse justa é feita por negativas. Estatui a lei ser “justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária” (CC, art. 1.200). Em

decorrência, a posse injusta define-se como a violenta, clandestina ou precária.

Violenta é a posse obtida mediante o uso indevido da força. O novo possuidor desapossa o antigo usando de força física direta (empurra-o para fora do veículo), ameaçando a vida ou integridade deste (aponta-lhe arma de fogo), rompendo travas, cercas, fechaduras ou outros tipos de obstáculos (desativa o segredo do cofre) etc. O uso da violência física é pressuposto desse vício da posse (Gomes, 1958:40). Para ser justa, a posse deve ser mansa, pacífica, tranquila.

Clandestina é a posse ocultada daquele que titula o direito de a ela se opor. Se alguém subtrai o relógio do colega da repartição, adotando todas as cautelas para que este último não lhe possa imputar a autoria do delito, a posse é clandestina. Pouco importa se o novo possuidor do bem o exhibe ostensivamente nos lugares públicos que o antigo não costuma frequentar. A posse continua clandestina enquanto estiver ocultada especificamente do sujeito legitimado a questioná-la em ação possessória. Enquanto o novo possuidor esconder a posse do antigo, ela permanece na clandestinidade. Note, a posse clandestina normalmente é mansa; é difícil ocultar do desapossado a agressão insita à posse violenta. Justa, assim, é a posse ostensiva, pública, de ninguém encoberta.

Precária, por fim, é a posse obtida por abuso de

confiança. O empregado que se apropria do bem confiado aos seus cuidados pelo empregador exerce posse injusta sobre ele, caracterizada pela precariedade. Não há necessariamente violência: o empregado já detém a coisa em seu poder e não precisa valer-se da força física para apreendê-la. Tampouco a clandestinidade é inerente à precariedade: o usurpador da posse pode quebrar a confiança de modo ostensivo, sem pruridos. Considera-se justa, desse modo, a posse firme, certa, induvidosa.

Posse justa é a mansa, pública e induvidosa; ou seja, não foi obtida mediante violência, não foi encoberta de quem tinha legitimidade para a questionar em juízo e não derivou de abuso de confiança.

Quando a posse é injusta (violenta, clandestina ou precária), o possuidor não tem direito aos interditos contra quem titulava posse justa sobre a coisa, mas somente contra terceiros que pretendam tomá-la de modo igualmente injusto.

Em princípio, tanto a posse justa como a injusta dão ao possuidor direito aos interditos. Se o possuidor está tomando todas as cautelas para que a invasão perpetrada não seja percebida pelo dono da fazenda, não há dúvidas de que sua posse é clandestina e injusta. Se este último, porém, ao perceber o esbulho, providencia imediatamente a remoção do invasor de suas terras, valendo-se de meios proporcionais à agressão sofrida (autotutela), o possuidor não poderá defender sua injusta posse por via dos interditos. Mas se, enquanto durar a clandestinidade, qualquer um — exceto o dono da fazenda (ou alguém agindo em seu nome) — ameaçar, turbar ou esbulhar a posse do invasor, ele poderá defendê-la, a despeito de sua injustiça. Quer dizer, contra terceiros (isto é, pessoas não desapossadas de modo injusto), o possuidor que obteve a posse de modo violento, clandestino ou precário tem acesso aos interditos quando ela é ameaçada, turbada ou esbulhada.

c) *Posse de boa-fé e de má-fé.* Na definição da lei, “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa” (CC, art. 1.201). Se alguém, sem o saber, celebra contrato de compra e venda de certo bem com pessoa que não é o seu legítimo proprietário, e dela recebe a posse, reputa-se esta de boa-fé. O possuidor ignora ter-se envolvido em aquisição *a non*

domino. Acredita que o título de sua posse é justo e, quando o afirma, fá-lo pela crença que deposita nesse fato. Outro exemplo: se o herdeiro, ao tomar posse de imóvel recebido por herança, equivoca-se e ocupa o terreno contíguo, passa a exercer posse de boa-fé, porque crê estar usando e fruindo o bem de sua propriedade. Tanto a situação de erro *de direito* como a *de fato* dão azo à configuração da posse de boa-fé (Lopes, 2001:173/175).

No campo dos direitos reais, a boa-fé é sempre considerada em seu aspecto subjetivo, isto é, com acento na virtude moral (cf. Cordeiro, 1983:443/466). A boa-fé objetiva (exigida das partes do contrato tanto nas negociações como em sua execução e mensurada pelo respeito aos direitos dos outros contratantes) é conceito não operacionalizável na classificação da posse. Está de boa-fé, assim, o possuidor que acredita no que diz e diz apenas o que acredita; quer dizer, afirma ser o titular exclusivo dos direitos sobre a coisa porque crê firmemente nisso (Cap. 26, subitem 6.1).

Perde a boa-fé o possuidor que toma conhecimento da existência de obstáculos para a legítima aquisição da propriedade da coisa possuída. Normalmente, a notificação extrajudicial ou citação em ação possessória ou reivindicatória, promovidas pelo titular do domínio, demarca o momento em que a boa-fé cede lugar à má-fé.

A lei presume estar de boa-fé o possuidor com justo título (CC, art. 1.201, parágrafo único). Se alguém, mediante

escritura pública regularmente aceita à averbação na matrícula correspondente pelo Registro de Imóveis, adquire lote num condomínio à beira-mar e nele edifica casa de veraneio, milita em seu favor a mais plena boa-fé da posse que exerce. Caso, em seguida, terceiros venham a ser declarados em juízo os verdadeiros proprietários da área em que o condomínio havia sido implantado e todos os registros imobiliários correspondentes às diversas vendas dos respectivos lotes sejam judicialmente anulados, aquele adquirente terá os direitos de um possuidor de boa-fé. Poderá, por exemplo, pleitear indenização pela casa que edificou no local, segundo o valor de mercado da época do desapossamento.

A boa ou má-fé da posse repercute em questões como o prazo para usucapir, existência e extensão do direito aos frutos e indenização por benfeitorias, conforme se examinará a seu tempo. Mas tanto ao possuidor de boa-fé como ao de má-fé se libera a proteção dos interditos possessórios.

De boa-fé é a posse daquele que ignora os vícios ou obstáculos que impedem a aquisição da coisa possuída. A partir do momento em que passa a conhecê-los, configura-se a posse de má-fé.

Note que a posse de boa-fé pode ser injusta, assim como pode ser justa a de má-fé. Se o proprietário nunca teve em suas mãos a posse do bem que lhe pertence e resolveu tomá-lo violentamente do possuidor, ele passou a titular posse de boa-fé (não há obstáculos à aquisição da propriedade, que, aliás, já é dele), porém injusta (em razão da violência perpetrada) (Fulgêncio, 1936:40). De outro lado, se alguém encontra na rua um envelope com dinheiro, cujo dono não é possível identificar, e, em vez de o levar à autoridade policial, resolve apropriar-se do bem, exerce posse de má-fé (tem plena consciência de que aquele dinheiro não é dele), mas justa (mansa, pública e induvidosa).

d) *Posse viciada e sem vício*. A conjugação dos dois critérios de classificação anteriores resulta na distinção entre posse com ou sem vício. A posse viciada é a injusta ou de má-fé; a sem vício, a justa ou de boa-fé. Os vícios da posse podem ser objetivos ou subjetivos (Gomes, 1958:41). Os primeiros são chamados de objetivos porque afetam o vínculo entre possuidor e coisa. Já os vícios subjetivos se relacionam à crença do possuidor acerca da qualidade de seus direitos sobre a coisa.

Em princípio, a posse mantém sua natureza viciada ou não viciada. O surgimento ou desaparecimento do vício deve ser provado por quem dele se beneficia, em vista da presunção legal: “salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida” (CC, art. 1.203). A questão, contudo, envolve uma complexidade considerável. No campo dos vícios objetivos, a posse viciada pode ser sanada, mas o inverso só ocorre no caso de precariedade; no dos subjetivos, a posse sem vício se vicia, mas apenas excepcionalmente se verifica o contrário. Em outros termos, a posse injusta pode se tornar justa (Pereira, 1970:33) e a de boa-fé pode se transmutar para de má-fé; mas a justa nem sempre se convola em injusta, nem a de má-fé, via de regra, se transforma em posse de boa-fé.

Os vícios objetivos dizem respeito ao modo pelo qual se originou o vínculo entre possuidor e coisa. Quando proveniente de violência, clandestinidade ou abuso de

confiança, a posse é viciada. Pois bem, enquanto não cessa a mácula, ela não se torna justa. Se o desapossado responde à violência defendendo sua posse mediante a autotutela ou os interditos possessórios, o vício remanesce. A posse só deixa de ser violenta se o antigo possuidor não se interessa pela retomada do bem ou, não obtendo sucesso no exercício do desforço imediato, desiste da luta. Desaparecendo a violência nesse caso, a posse se torna justa. Também em relação à clandestinidade e ao abuso de confiança, verifica-se igual transformação sempre que o titular do direito possessório não o defende. Se o desapossado toma conhecimento do esbulho sofrido, cessa a clandestinidade. A posse que lhe estava sendo ocultada não apresenta mais tal marca. Mas, não tendo interesse em defender a antiga posse, pelos meios que a lei lhe assegura, dá ensejo ao saneamento do vício objetivo. Do mesmo modo, some o vício da precariedade — malgrado alguns entendimentos em contrário (Rodrigues, 2003, 5:29) — quando o desapossado tolera o abuso e renuncia ao exercício de qualquer direito sobre a coisa. Em suma, o desinteresse do desapossado em defender sua posse descaracteriza a origem viciada da do novo possuidor.

Como os vícios objetivos dizem respeito à forma pela qual a posse se originou — uma forma repudiada pela ordem social e jurídica —, sua caracterização depende da vinculação, entre os que disputam a posse, por um negócio

jurídico fundado na confiança. Como eles nunca estiveram unidos por contrato, a posse justa não se torna injusta, isto é, a posse que começa mansa, pública e indubitosa não perde, neste caso, essas características. Se o titular de uma posse adquirida sem vício é constrangido, para a defender, a usar a violência (no limite do autorizado pela autotutela), ocultar a coisa de quem a pretende ou mesmo enganá-lo ardilosamente, não há nenhuma ilicitude nessas condutas. Quando inexistente qualquer relação negocial entre as partes, o vício objetivo se manifesta ou não unicamente no ato de aquisição da posse. Manifestado, pode desaparecer em função da resposta que o desapossado oferece. Não manifestado o vício objetivo na origem, não há mais como aparecer.

A posse justa somente se torna injusta se os envolvidos forem, por exemplo, partes de um contrato de comodato. A posse direta do comodatário é justa, porque obtida em cumprimento das obrigações contratuais contraídas pelo comodante, possuidor indireto. Uma vez, porém, instado a restituir o bem dado em comodato, se o comodatário a tanto resiste, sua posse passa a ser injusta, por *precariedade*. Tratando-se de bem, cuja posse o comodatário desfrutava graciosamente, a recusa em restituí-lo importa quebra da confiança que ele originariamente despertara no comodante. Cabe ação possessória para o possuidor indireto reaver a posse direta de seu bem.

Há tecnólogos que admitem a transformação da posse justa em injusta na hipótese do locatário que, ao término do contrato de locação, não restitui o bem locado ao locador (Pereira, 1970:33). Noto, porém, que não há nenhum abuso de confiança por parte do locatário quando deixa de adimplir uma de suas obrigações contratuais. Ele é apenas um inadimplente. No início da locação, o locador transferiu a posse direta do bem ao locatário não por depositar nele qualquer tipo de confiança, mas simplesmente porque havia se vinculado por um contrato, devendo cumprir as obrigações contraídas. O locatário não é alguém que recebe a *detenção* da coisa e, traindo a confiança do possuidor, resolve tomá-la para si. Não existe nenhuma precariedade, portanto, no ato do locatário de ficar com o bem locado quando o devia devolver. Além disso, o descumprimento da obrigação de restituir o objeto da locação ao fim do contrato não dá ensejo a nenhuma questão possessória. A ação judicial do locador visando a restituição do bem será apreciada à luz do direito das obrigações e não do das coisas — se o bem locado for imóvel, será necessariamente uma ação de despejo (Lei n. 8.245/91, art. 5º); se móvel, não será também possessória, mas ordinária. Se a posse do locatário se tornasse injusta, caberia a reintegração de posse, o que não é verdade.

A seu turno, o vício subjetivo relaciona-se com a crença do possuidor. Se ele ignora a existência de obstáculos à

aquisição da propriedade da coisa, sua posse é de boa-fé; se os conhece, de má-fé. A posse de boa-fé perde essa natureza quando não é mais crível a ignorância do possuidor acerca de sua condição de não proprietário (ou de não adquirente). O recebimento de notificação extrajudicial ou de citação judicial, ou qualquer outra circunstância que impeça o possuidor de continuar afirmando desconhecer o obstáculo à aquisição da propriedade da coisa, marca o aparecimento do vício subjetivo (CC, art. 1.202). Uma vez ciente o possuidor de sua real e precária situação jurídica, não há mais volta. Para fins jurídicos, não é possível *em princípio* retornar ao estado de ignorância.

Há uma só hipótese em que a posse de má-fé se torna de boa-fé: o obstáculo à aquisição da posse muda, desfigurando o vício. Pode ocorrer de o possuidor, alertado para a inexistência dos direitos de proprietário ou adquirente da coisa, procurar adotar providências tendentes a regularizar a situação. Mas pode ocorrer também de as providências adotadas serem, novamente, imperfeitas em vista dos objetivos do possuidor. Ele continua enfrentando obstáculos à aquisição, diferentes dos primeiros, mas também ignorados. Desaparece, nesse caso, a má-fé, porque se renovam as razões para a crença na legitimidade dos direitos do possuidor. Trata-se, no entanto, de situação excepcional, que se deve admitir unicamente em vista de circunstâncias particularíssimas. Em regra, o possuidor que

perde a boa-fé não mais a recupera.

A posse é viciada quando injusta (vício objetivo) ou de má-fé (vício subjetivo). A lei presume manter a posse seus eventuais vícios, de modo que cabe a prova da mudança do seu caráter a quem se beneficia com o surgimento ou desaparecimento deles.

Em outros direitos, como o francês, a descontinuidade da posse também a vicia, podendo qualquer interessado suscitar a falta de exercício contínuo dos poderes de possuidor sobre a coisa para a contestar (Voin-Goubeaux, 1999:264). No direito brasileiro, a descontinuidade não vicia a posse, podendo o possuidor defendê-la de ameaça, turbação ou esbulho ainda que use ou frua a coisa de modo

intermitente.

e) *Posse nova ou velha*. A posse nova (ou *de força nova*) é a que se defende em juízo dentro do prazo de *ano e dia* contado da turbação ou esbulho. Se o interdito possessório é ajuizado depois desse prazo, considera-se a posse velha (ou *de força velha*). Imagine que alguém está tentando tirar certo bem da minha posse. Enquanto não consegue seu desiderato, verifica-se a *turbação*; se vier a ser desapossado, o *esbulho*. Posso defender minha posse, nos dois casos, ingressando em juízo com a ação possessória. Se a medida judicial for proposta dentro de um ano mais um dia da data da turbação ou esbulho, a posse é nova; se proposta depois disso, velha.

A única implicação dessa classificação diz respeito ao procedimento a ser observado na ação possessória. Na defesa de posse nova, o procedimento admite a expedição liminar de mandado de manutenção ou reintegração de posse. Quando provados os fatos na petição inicial, expedese o mandado sem oitiva do réu; quando nem todos os fatos se encontram provados nessa peça, a ordem liminar pode ser expedida se o autor os provar em audiência de justificação (CPC, arts. 924, 928 a 930). Em suma, o procedimento judicial de manutenção ou reintegração de posse nova prevê medidas destinadas ao pronto socorro ao direito do desapossado. Ultrapassado o prazo de ano e dia, a turbação ou esbulho só pode ser defendido mediante ação tramitada

pelo procedimento ordinário.

Posse nova é a turbada ou esbulhada há no máximo um ano e um dia. O possuidor pode requerer sua manutenção ou reintegração liminar. A posse velha, ao contrário, é aquela em que a turbação ou esbulho ocorreu há mais de ano e dia.

A classificação da posse em nova ou velha tem relevância, como dito, apenas no plano do procedimento a ser observado no interdito possessório. Mas, mesmo nesse campo, perde cada vez mais importância. Com a introdução de instrumentos no procedimento ordinário visando o pronto atendimento dos direitos postulados em juízo, como a antecipação de tutela, por exemplo, também a posse velha

pode ser protegida liminarmente contra a turbacão ou esbulho (cf. Casconi, 2001).

f) *Posse com e sem justo título*. Essa classificao  ´til na definio das condioes para a usucapião do bem possuído. Quando exercida posse com justo título, o prazo para a aquisio do direito de propriedade  menor.

Na definio de justo título, duas posioes tecnológicas se divisam. De um lado, há tecnólogos que consideram indispensável  configurao do justo título a existência de um *documento*, isto , um instrumento escrito em mãos do possuidor, que seria hábil  transferência do domínio se tivesse sido outorgado pelo verdadeiro proprietário (Rodrigues, 2003, 5:110; Nunes, 2000:27). De outro, há os que se contentam com a existência de um negócio jurídico, não necessariamente escrito, desde que revestido da aparência de aptidão  transferência do domínio (Gomes, 1958:169/171; Monteiro, 2003, 3:126/127). Este último  o entendimento mais correto. O justo título pode ser oral, principalmente quando se trata de usucapião de bens móveis, mas também quando destinado  aquisio da propriedade imobiliária.

Importa para a caracterizao do justo título que o possuidor tenha participado dum negócio jurídico que se *destinava*  transferência da propriedade do bem. Ocorre que, por qualquer razão, esse negócio jurídico não se revela inteiramente apto a tal finalidade. Título justo não 

sinônimo de *legítimo*. Este corresponde a negócio jurídico que visa à transferência da propriedade de que participa, na qualidade de alienante, o verdadeiro proprietário do bem. O título legítimo referente à transmissão da propriedade imobiliária, por exemplo, atende a todos os requisitos subjetivos e objetivos para o seu registro no Registro de Imóveis e aquisição do direito real pelo adquirente. O título justo, ao contrário, deixou de atender a um ou alguns desses requisitos, mas não a todos, e por essa razão não cumpre a finalidade a que estava predestinado. O exemplo mais corriqueiro de justo título é o referente à venda *a non domino*: quem participa do contrato como alienante não é, a rigor, proprietário da coisa alienada; como, porém, quem participa como adquirente acredita estar praticando negócio jurídico inteiramente válido e eficaz, a lei o trata de forma diferente, mais benéfica, daquele outro possuidor que simplesmente se apossou do bem. Quando o negócio jurídico praticado tinha a aparência de uma compra e venda, o possuidor com justo título pagou pela coisa, enquanto este último nada desembolsou para ter a posse dela.

Qualquer negócio jurídico pode dar ensejo à configuração da posse com justo título, desde que as partes tivessem a intenção de proceder, por meio dele, à transferência da propriedade sobre a coisa. Assim, um contrato de doação ou mesmo um testamento pode servir de justo título se o doador ou testador se considerava o

proprietário do bem que pretendia transferir. Nesses casos, evidentemente, o possuidor com justo título nada paga pelo bem, mas continua a gozar de tratamento mais benéfico, porque a lei sempre procura proteger a aparência de direito.

Em geral, o possuidor com justo título tem boa-fé, por ignorar os vícios existentes à aquisição da propriedade, mas são se confundem as correspondentes categorias de classificação da posse. De fato, pode ocorrer de o possuidor, ao tentar levar a registro o instrumento pelo qual aparentemente adquiriu a propriedade de bem imóvel, tomar então conhecimento de que adquiriu de quem não era dono (aquisição *a non domino*). Nesse momento, ele perde a boa-fé, porque não mais ignora os obstáculos à aquisição do domínio, mas continua a titular posse com justo título. A distinção é meramente conceitual, porque o tratamento benéfico liberado pela lei em favor do possuidor com justo título — isto é, a abreviação dos prazos para usucapião — tem por pressuposto também a boa-fé do possuidor. Perdida esta, de nada vale ao possuidor exhibir o justo título, porque para usucapir o bem deverá aguardar o decurso do prazo mais dilatado.

Posse com justo título é aquela em que o possuidor é parte de um negócio jurídico destinado a transferir a propriedade da coisa possuída. Como esse negócio jurídico é aparente e não está inteiramente apto a produzir esse efeito, a propriedade somente será adquirida pelo possuidor após o decurso de certo prazo, ou seja, por meio da usucapião.

g) *Posse singular e composses*. O mesmo bem pode ser possuído por uma só pessoa ou por mais de uma simultaneamente. No primeiro caso, a posse é singular; no segundo, verifica-se a composses. Nas duas hipóteses, inclusive nesta última, os direitos de possuidor são

exercidos com exclusividade. Quer dizer, um copossuidor não pode ser turbado ou esbulhado por outro copossuidor (Lopes, 2001:114). Todos podem exercer seus atos possessórios sobre o objeto da composesse, desde que não excluam os dos demais, principalmente se a coisa é indivisa (CC, art. 1.199).

A coisa pode estar na posse de um ou mais sujeitos de direito. Quando dois ou mais sujeitos titulam a posse de uma mesma coisa, verifica-se a composesse.

Se *Antonio* e *Benedito* possuem em comum um escritório, nenhum deles pode impedir o ingresso do outro no local, nem o uso das instalações e equipamentos. Não havendo qualquer acordo sobre o exercício da composesse, entende-se que os dois copossuidores podem simultaneamente usar todo o bem. Se *Antonio* tentar impedir que *Benedito* ingresse ou use o escritório, este pode

defender sua posse contra aquele mediante a autotutela ou os interditos. Se *Carlos* ameaçar, turbar ou esbulhar a posse que *Antonio* e *Benedito* exercem sobre o escritório, qualquer destes últimos tem legitimidade para a defender isoladamente.

3. AQUISIÇÃO E PERDA DA POSSE

“Posse”, relembro, é expressão ambígua, que designa tanto o fato jurídico correspondente ao vínculo de sujeição da coisa à vontade de uma pessoa como o direito real sobre a coisa possuída que fundamenta a defesa desse vínculo. Nesse último sentido, como todo direito, a posse adquire-se e se perde. Diversos negócios jurídicos têm por objeto mediato ou imediato a transmissão da posse: a entrega das chaves do apartamento ao usufrutuário logo após a assinatura do instrumento de instituição do usufruto configura a aquisição da posse por meio da tradição simbólica do bem; se do contrato de compra e venda de imóvel consta a cláusula prevendo a permanência do bem na posse do vendedor, em contrapartida ao pagamento de aluguel mensal ao comprador (*constituto possessório*), este último adquiriu a posse indireta da coisa; a entrega da coisa empenhada, no ato de instituição da garantia real, opera a transmissão da posse do devedor para o credor pignoratício.

A posse não se transmite somente por negócios jurídicos. Fatos jurídicos também implicam a transferência da

posse, como por exemplo a morte do possuidor, que a transfere aos seus herdeiros. Qualquer que seja, entretanto, a causa jurídica da transmissão, ocorre sempre a perda da posse por uma pessoa e sua aquisição imediata por outra. Como direito exclusivo, a posse não pode ser adquirida por alguém sem que outrem a perca simultaneamente. Na aquisição e perda da posse, assim, um sujeito de direito sempre é substituído por outro na titularidade do direito sobre a coisa.

De início, convém distinguir entre aquisição justa e injusta da posse. Na primeira, não há violência, clandestinidade ou precariedade no ato que origina a substituição do titular do direito sobre a coisa. O antigo possuidor cede seus direitos ao novo, mediante remuneração contratada livremente entre eles, por exemplo. Na aquisição injusta, ao contrário, a violência, clandestinidade ou precariedade é a causa da substituição do titular.

A aquisição justa da posse, por sua vez, pode ser originária ou derivada. É originária se entre o antigo e o novo possuidor não se estabelece vínculo de sucessão (negocial ou *causa mortis*). Se alguém joga no lixo um bem qualquer e outra pessoa o recolhe, a posse titulada por esta última é originária. Quando o proprietário obtém em juízo a imissão na posse, também a adquire originariamente. Na transmissão derivada, a seu turno, o adquirente é sucessor

do alienante nos direitos e vícios emergentes da posse que adquire. Ela pode decorrer dum negócio jurídico ou do falecimento do possuidor. Assim, se alguém vende a posse que titula sobre um bem, a aquisição pelo comprador será derivada. Também será derivada a posse do sucessor na morte do possuidor.

A distinção entre aquisição originária ou derivada é importante para a classificação da posse. Na primeira, eventuais vícios dos possuidores anteriores não se transmitem ao atual. Quem recolhe do lixo um bem *normalmente* passa a exercer sobre ele uma posse de boa-fé e justa — crê ser o dono da coisa recolhida sem violência, clandestinidade ou abuso de confiança. É irrelevante se quem o descartou exercia posse de má-fé ou injusta, porque tais vícios não se transferem na aquisição originária. Do mesmo modo, o proprietário imitado na posse não adquire os eventuais vícios que a maculavam.

Na derivada, *presume-se* a transmissão dos vícios. No caso de sucessão negocial, a presunção é *relativa*; no de sucessão por morte, *absoluta*. Tomem-se dois exemplos para entender a diferença. Em primeiro lugar, um relacionado à transmissão por negócio jurídico: considere que *Darcy* é possuidor de certo imóvel e sabe que seu título não é hábil para assegurar-lhe a propriedade do bem, por ter já recebido de *Evaristo*, o legítimo dono, notificação extrajudicial reivindicando a posse. Se *Darcy* vender o imóvel a *Fabício*,

ocultando-lhe a existência do obstáculo à aquisição da propriedade, a presunção é a de que a posse se transmitiu também viciada. Quando *Evaristo* for reivindicar em juízo o imóvel, basta-lhe exibir a notificação contra *Darcy* para que milite em seu favor a presunção de má-fé de *Fabrício*. Caberá a este último, então, o ônus da prova de que ignorava os obstáculos à aquisição da propriedade do bem reivindicado. É relativa a presunção da transmissão dos vícios na aquisição derivada de negócio jurídico porque o adquirente pode desconstituí-la provando a boa-fé ou a justiça da posse. O segundo exemplo diz respeito à transmissão *mortis causa*. Imagine que falece o possuidor de má-fé, sem que os herdeiros tivessem ciência dos obstáculos à aquisição da coisa de cuja posse são sucessores. Também eles são possuidores de má-fé, a despeito da ignorância, porque adquiriram posse viciada. Mas, nesse caso, a lei não admite prova em contrário, estabelecendo uma presunção absoluta de transmissão dos vícios (CC, art. 1.206). Quem recebe por herança ou legado posse de má-fé ou injusta suporta todas as consequências dessa classificação. Ainda que ignore os obstáculos à aquisição da propriedade, por exemplo, não terá direito à indenização pelas benfeitorias úteis que introduzir na coisa, porque esse direito só o titula o possuidor de boa-fé.

Assim como transmite os vícios, a aquisição derivada também transfere ao adquirente os mesmos direitos do

possuidor anterior. Tanto na sucessão a título universal como na singular, o adquirente da posse passa a titular os direitos do alienante. O direito de usucapir o bem possuído, por exemplo, transmite-se ao novo possuidor — quando adquire a título universal, porque passa a titularizar todos os direitos inerentes à posse adquirida; se a título singular, porque tem o direito de unir à sua a posse do alienante (CC, art. 1.207). Desse modo, vindo *Germano* a adquirir de *Hebe* a posse de imóvel que ela exerce há doze anos, poderá ingressar com a ação de usucapião depois de transcorridos mais três.

Quando a aquisição é injusta, a lei procura definir com maior precisão o momento em que se opera a substituição do titular da posse. A regra geral é a de que a posse adquire-se desde o momento em que se torna possível a alguém o exercício em nome próprio de qualquer poder inerente à propriedade (CC, art. 1.204). Quando a posse é injustamente adquirida, porém, o novo possuidor vale-se da violência, clandestinidade ou abuso de confiança e pode, desde logo, usar e fruir a coisa. Isso não significa, porém, que seja já o titular do direito de posse. Os atos violentos ou clandestinos não autorizam a aquisição da posse senão depois de cessada a violência ou clandestinidade — isto é, no caso de o desapossado não exercer seus direitos em defesa da posse. Do mesmo modo, a tolerância do possuidor relativamente ao abuso da confiança não induz à

transmissão da posse (art. 1.208). Não é suficiente, na aquisição injusta, que o usurpador já esteja exercendo qualquer dos direitos inerentes à propriedade para considerar-se possuidor com direitos sobre a coisa. É necessário ainda que o desapossado renuncie à defesa de sua posse, fazendo cessar com isso a violência, clandestinidade ou precariedade que impediam a aquisição da posse (art. 1.224).

A aquisição injusta da posse é originária. Nem os vícios da posse perdida, nem os direitos dela emergentes, transmitem-se à injustamente adquirida.

Como a posse é direito exclusivo, sua aquisição por uma pessoa implica necessariamente a perda por outra.

A substituição do titular da posse pode ser justa (por exemplo, contrato entre as partes ou sucessão por morte) ou injusta

(por força de violência, clandestinidade ou abuso de confiança).

A aquisição justa pode ser originária ou derivada; esta última, a título universal ou singular.

Na aquisição derivada, universal ou singular, ao adquirente se transmitem todos os direitos e vícios emergentes da posse.

A aquisição injusta é sempre originária.

Na questão da substituição do titular da posse (isto é,

da aquisição e perda), importa examinar quais os direitos e obrigações do antigo possuidor. Em algumas hipóteses, por exemplo, ele deverá ser indenizado pelo adquirente da posse; em outras, responderá pela perda ou deterioração da coisa. Para tratar desses assuntos, cabe focar os frutos (subitem 3.1), os sucessos negativos da coisa (subitem 3.2) e as benfeitorias (subitem 3.3).

3.1. Os frutos

Os frutos são acessórios da coisa periodicamente renováveis. Dividem-se em naturais, industriais e civis, de acordo com a origem do ciclo de renovação. Os frutos naturais se renovam pelo ciclo biológico, sem qualquer interferência humana; os industriais, quando essa interferência é a causa da renovação; os civis, por fim, são os rendimentos gerados pela coisa principal. São frutos, assim, a colheita de produto agrícola, os animais de pasto gerados por inseminação artificial e a renda de aluguel da casa. Enquanto estão ligados à coisa principal, os frutos se consideram *pendentes*; se já se separaram, chamam-se *colhidos* (naturais) ou *percebidos* (industriais ou civis).

O possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos durante a posse, bem como às despesas de produção e custeio dos frutos pendentes (CC, art. 1.214). Imagine que *Irene* obteve em juízo, contra *João*, a imissão na posse da fazenda de sua propriedade. Até a citação, *João* era

possuidor de boa-fé, por acreditar ser o legítimo dono das terras, onde plantava cana-de-açúcar. Desse modo, tudo o que colheu até aquela data é dele, não podendo *Irene* reivindicar qualquer indenização. Mas a cana-de-açúcar que aguardava ser colhida na época da citação pertence a *Irene*, tendo *João* direito apenas a ser reembolsado com as despesas feitas na plantação. A norma visa evitar o enriquecimento indevido do adquirente da posse. Note que, se o processo judicial se arrastar e *João* continuar plantando e colhendo na fazenda objeto de litígio, deverá indenizar *Irene* no valor do resultado líquido de todas as safras posteriores à citação, porque desde então é possuidor de má-fé.

Quando se trata de fruto civil, considera-se que sua percepção ocorre “dia a dia” (CC, art. 1.215, *in fine*). Quer isso dizer que a renda mensal ou anual extraída da fruição da coisa deve ser calculada proporcionalmente aos dias em que dura a posse, na definição da parte cabível ao possuidor de boa-fé.

O possuidor de boa-fé tem direito aos frutos naturais ou industriais colhidos ou os civis percebidos durante o prazo em que exerceu a posse. Em relação aos frutos pendentes, tem direito apenas ao reembolso das despesas de produção e custeio. Já o possuidor de má-fé deve, se perder a posse, indenizar o adquirente na medida do resultado líquido da fruição econômica dada ao bem.

Sendo de má-fé a posse perdida, todos os frutos, inclusive os colhidos e percebidos durante o seu exercício,

pertencem a quem passa a titulá-la. O possuidor de má-fé tem apenas direito ao reembolso das despesas de produção e custeio em que incorreu, para evitar, como dito, o enriquecimento indevido do adquirente da posse (CC, art. 1.216). Considere que *Laurindo* tomou posse clandestinamente de parte da fazenda de *Marco* para usar como pasto de seu gado. A posse classifica-se como de má-fé porque *Laurindo* tem pleno conhecimento de que *Marco* é possuidor da área invadida. Imagine que *Marco* só descobre o esbulho depois de passados mais de ano e dia, razão pela qual a ação de reintegração por ele proposta não segue o procedimento mais célere de defesa de posses novas. Quando obtiver a reintegração, *Marco* terá direito de exigir de *Laurindo* a indenização pelos frutos colhidos desde a invasão, calculada em função do resultado líquido da atividade pecuária exercida em suas terras.

3.2. Os sucessos negativos da coisa

A coisa pode se perder ou se deteriorar enquanto se encontra na posse de quem não titula o domínio. Se o sucesso negativo deriva de culpa do possuidor, ele é responsável pela indenização ao proprietário, independentemente da natureza da posse. Fosse ela de boa ou má-fé, justa ou injusta, a obrigação de indenizar o proprietário será decorrência do ato ilícito praticado pelo possuidor (CC, art. 927). Aquele que habita uma casa cuja

posse é reivindicada pelo proprietário e, por dolo, negligência ou imprudência, dá causa a incêndio que a consome por completo deve não só restituir o terreno como também pagar o valor do prédio perdido (cf. Rodrigues, 2003, 5:69). Estudou-se anteriormente que a coisa perece para o dono (*res perit domino*), salvo em caso de culpa de outrem, inclusive daquele em cuja posse ela se encontrava (Cap. 14, subitem 2.2).

Quando, porém, a deterioração ou perda deriva de ato de terceiros ou caso fortuito, o antigo possuidor não é responsável por indenizar o novo se exercia posse de boa-fé (CC, art. 1.217). Já o titular de posse de má-fé responde pelos sucessos negativos da coisa, ainda que provenientes de fortuito ou de culpa de terceiros. Deixará de ter responsabilidade somente se provar que a perda ou deterioração aconteceria mesmo se o novo possuidor estivesse na posse do bem (art. 1.218).

Imagine que o objeto de litígio seja um carro que ficou seriamente danificado em razão de acidente de trânsito ocorrido sem culpa de quem o dirigia. Se a posse questionada era de boa-fé, o adquirente não pode pleitear a indenização dos prejuízos contra o possuidor; deverá demandá-la do culpado pelo acidente. Mas se era de má-fé, o antigo possuidor é obrigado a ressarcir os danos ao novo para, depois, voltar-se em regresso contra o causador do acidente; livra-se de responsabilidade apenas provando que

o sucesso negativo aconteceria mesmo que o bem já estivesse em posse do adquirente, como no caso da deterioração natural do veículo.

Quanto aos sucessos negativos da coisa, o possuidor de boa-fé responde apenas em caso de ter agido com culpa, enquanto o de má-fé é responsável mesmo na hipótese de fortuito ou culpa de terceiros, exceto se provar que a perda ou deterioração aconteceria do mesmo jeito se o bem não estivesse mais sob sua posse.

Atente que a lei só cuida especificamente de hipóteses de sucesso negativo da coisa quando o vício da posse é subjetivo. Deve-se, então, considerar que, sendo objetivo o vício, a responsabilidade civil do possuidor rege-se pelas normas gerais. Quer dizer, aquele que possui injustamente (violenta, clandestina ou precariamente) é responsável pelos danos que ocasionar à coisa; mas deixa de ser provando a inexistência de liame de causalidade entre tais danos e qualquer conduta culposa a ele imputável (Cap. 24, item 3).

3.3. As benfeitorias

As benfeitorias são bens acessórios que alteram parcialmente o principal. Como bens acessórios, distinguem-se das pertenças por se incorporarem à coisa principal. A varanda agregada à casa é benfeitoria; a geladeira e fogão são pertenças.

Podem ser de três tipos as benfeitorias: necessárias, úteis ou voluptuárias (CC, art. 96). Necessárias são aquelas destinadas à conservação ou salvação do bem — quando o prédio ameaça ruir, as obras de contenção e reforço de fundações são benfeitorias desse tipo. Úteis são as que ampliam ou facilitam o uso ou fruição do bem — construção de novo dormitório na casa de veraneio é benfeitoria útil. Por fim, as voluptuárias são as benfeitorias fúteis, destinadas ao deleite ou recreio — substituição das esquadrias apenas para atender à moda enquadra-se nessa categoria.

Na posse de boa-fé, o possuidor tem direito de ser indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis, podendo até mesmo reter a coisa enquanto não receber o pagamento. A lei não só lhe assegura o direito ao ressarcimento como também o de retenção. O vencedor da demanda judicial não se reintegrará ou imitirá na posse enquanto não pagar a quem a perdeu a indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis. Em relação às voluptuárias, o possuidor de boa-fé não faz jus à respectiva indenização, em razão da futilidade do acessório, mas terá o direito de as levantar, desde que isso não prejudique a coisa (CC, art. 1.219).

Na posse de má-fé, por sua vez, o possuidor tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias somente. Não será ressarcido pelas úteis, nem poderá levantar as voluptuárias, ainda que o possa fazer sem prejudicar a coisa. Ademais, a lei expressamente nega ao possuidor, nesse caso, qualquer direito de retenção, até mesmo das benfeitorias necessárias (CC, art. 1.220).

Outra significativa diferença entre os direitos do possuidor de boa ou de má-fé reside nos critérios de mensuração da indenização devida. O possuidor de boa-fé tem sempre direito ao pagamento das benfeitorias indenizáveis pelo valor atual, vale dizer, o de mercado segundo a valorização agregada à coisa. Se o imóvel valeria x sem as benfeitorias necessárias e úteis incorporadas pelo possuidor de boa-fé, e vale y com elas, a preços de mercado

na época da imissão ou reintegração da posse, a diferença entre esses valores corresponde ao *quantum* da indenização. Já o possuidor de má-fé pode ser indenizado pelas benfeitorias necessárias pelo valor atual, assim calculado, ou pelo custo em que incorreu, abstraindo-se a valorização decorrente da incorporação. A opção por um ou outro valor cabe exclusivamente ao devedor da indenização, isto é, o imitido ou reintegrado na posse da coisa, que tenderá evidentemente a escolher o menor deles (CC, art. 1.222).

O possuidor de boa-fé tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis e pode levantar as voluptuárias, se não houver prejuízo para a coisa. Tem, ademais, direito de retenção da coisa enquanto não for pago. A indenização será calculada em função da valorização atual do

junção ou valorização alguma ao bem.

Por sua vez, o possuidor de má-fé tem direito apenas à indenização pelas benfeitorias necessárias, mas não pode reter a coisa para forçar seu pagamento. A indenização poderá ser calculada, por escolha do imitido ou reintegrado na posse, em função apenas dos custos incorridos.

A indenização pelas benfeitorias, em qualquer caso, só é devida se elas ainda existirem na época da perda da posse. Ademais, o imitido ou reintegrado pode compensar o valor das benfeitorias com o de danos causados ao bem pelo antigo possuidor (CC, art. 1.221). Desse modo, se a

benfeitoria necessária está tão velha que precisa ser refeita, o possuidor não poderá pleitear qualquer ressarcimento, mesmo sendo sua posse de boa-fé. Por outro lado, se for devedor de qualquer pagamento em razão de sucessos negativos ocorridos com a coisa (subitem 3.2), da indenização a que fizer jus será debitada sua obrigação.

4. DEFESA DA POSSE

Uma das mais importantes consequências descritas na norma legal para o fato jurídico da posse é o direito de o possuidor a defender. Seu exercício é a resposta a atos praticados por quaisquer pessoas (tenha ou não com elas o possuidor algum vínculo jurídico prévio) de *esbulho* ou *turbação* da posse, ou mesmo sua simples *ameaça*.

O esbulho se verifica quando o possuidor perde a posse do bem. O vínculo de sujeição da coisa à vontade dele se desfaz em razão do ato perpetrado pelo usurpador. Pode ser violento ou pacífico; o que interessa à caracterização do esbulho é o desapossamento, a impossibilidade de o possuidor continuar a exercitar em relação à coisa qualquer dos direitos inerentes à propriedade. O possuidor esbulhado tem direito à reintegração de posse, isto é, a refazer o vínculo de sujeição, retomando a coisa em suas mãos. Quando há violência a pessoa, grave ameaça ou concurso de mais de duas pessoas, o esbulho é tipificado como crime (CP, art. 161, § 1º, II).

A turbação ocorre quando atos de qualquer pessoa põem em risco a posse de alguém sobre certa coisa. Também não precisa ser necessariamente violento para se configurar. Havendo a possibilidade de a conduta do agressor vir a redundar na perda da posse pelo agredido, há turbação. Não basta, porém, a simples ameaça. O turbador pratica atos com o claro objetivo de romper o vínculo de sujeição da coisa ao seu possuidor; enquanto não alcança seu desiderato, não se configura o esbulho, mas a turbação. O possuidor exposto ao risco de perder a posse tem o direito de ser nela mantido. A turbação, mesmo a violenta, não é crime.

Por fim, a ameaça de turbação ou esbulho se caracteriza pelos atos preparatórios de uma ou outra prática. É a tentativa de dar início à usurpação da posse. Tem desde logo o possuidor direito de se defender, pleiteando ao juiz que fixe pena pecuniária ao potencial agressor caso venha a concretizar a ofensa.

Na verdade, as diferenças entre ameaça, turbação e esbulho decorrem unicamente do momento em que o possuidor se defende eficazmente dos atos tendentes a usurpar-lhe a posse. Se a defesa é exercida enquanto o usurpador se prepara para agir, houve apenas ameaça; se é exercida após iniciados os atos de agressão, mas ainda não atingindo o objetivo do desapossamento, turbação; se, finalmente, é exercida pelo desapossado, ocorreu esbulho.

O possuidor tem direito de defender sua posse contra o esbulho (sendo reintegrado), turbação (sendo mantido) e até mesmo a simples ameaça (obtendo ordem judicial que proíba a usurpação).

Desdobra-se o direito de defesa da posse em dois. De um lado, na prerrogativa reconhecida na lei de o possuidor defender a posse com seus próprios meios, independentemente de socorro ao Judiciário. É a defesa via autotutela (subitem 4.1). De outro lado, no direito subjetivo de mover em face do usurpador a ação judicial específica de proteção da posse. Trata-se do acesso aos interditos possessórios (subitem 4.2). O direito do possuidor de defender a posse existe, em determinada hipótese, até mesmo quando o ofensor titula o domínio da coisa. Nela, o direito de posse sobrepõe-se temporariamente ao de

propriedade (subitem 4.3).

4.1. Autotutela

Sabem todos que a ordem jurídica repudia o exercício dos direitos pelas próprias mãos. O repúdio chega a ponto de criminalizar as condutas dessa natureza: o art. 345 do CP tipifica “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite” como crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, punindo-o com detenção, de 15 dias a um mês ou multa, além da pena correspondente à eventual violência. Se qualquer pessoa é agredida em seus direitos, determina a ordem jurídica que ela se socorra do Poder Judiciário para obter a cessação da agressão e o devido ressarcimento. Isso é condição para a convivência ordeira em sociedade. Presume a ordem jurídica que, se todos pudessem legitimamente *lutar* pelo que é seu, a instabilidade social seria insuportável. Assim, mesmo que o lesionado titule o direito (que pretende ver atendido mediante o uso dos próprios recursos), deve, no plano civil, propor em face do agressor a medida judicial correspondente.

Para a pessoa perseguir licitamente a realização de seu direito com emprego de meios próprios, é necessário que a lei expressamente o permita. Não existindo permissão expressa do exercício da autotutela, será ilícita a defesa do direito pelo titular, por meio de seus próprios recursos.

Uma das hipóteses em que a lei consagra essa permissão excepcional é a da defesa da posse. A autotutela do direito de posse está assegurada no art. 1.210, § 1º, do CC: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. Nele se encontram os requisitos para o exercício desse direito, que são a imediação e a proporcionalidade. Só pode valer-se da autotutela o possuidor que agir logo em seguida à turbação ou esbulho e empregar meios proporcionais à agressão experimentada. Demorando a agir ou incorrendo em excessos, extrapola o possuidor os limites legais da licitude da resposta dada à agressão.

Desse modo, se o fazendeiro sabe que um grupo de posseiros está se organizando para invadir suas terras, pode contratar vigias armados para as defender; se tem conhecimento de que alguns deles derrubaram cercas e estão ingressando na fazenda, pode expulsá-los usando força física razoável e reconstruir as defesas destruídas; se encontra posseiros residindo em habitações erguidas no seu imóvel, pode mandar derrubá-las (com o cuidado de não ferir nenhum deles) e enxotá-los do lugar. Mas, para serem legítimos, tais desforços físicos devem ser imediatos e proporcionais. A cada dia que passa sem que o fazendeiro aja em defesa da posse, perde o direito à autotutela. Não há

na lei, nem poderia haver, fixado um prazo de decadência desse direito. O essencial é constatar que as providências tendentes à contenção ou expulsão do agressor tiveram início tão logo conhecida a ameaça, turbação ou esbulho e não pararam desde então. Para exercer a autotutela, o possuidor não pode vacilar. A disposição de se defender diretamente deve ser firme e constante. Por outro lado, em razão da exigência da proporcionalidade dos meios, não são tolerados excessos. Se, por exemplo, o fazendeiro, ao demolir as habitações dos posseiros construídas em sua propriedade, põe em risco a vida ou integridade física deles, perde o direito à autotutela. Considera-se, então, que agiu de forma ilícita.

A autotutela consiste na autorização dada pela lei ao possuidor para defender sua posse valendo-se dos próprios meios, inclusive o emprego de força física, para afastar o turbador ou retomar o bem do esbulhador.

Alguns autores distinguem a *autotutela* da *legítima defesa da posse*, relacionando a primeira à retomada, por esforços próprios, da posse momentaneamente perdida e a segunda, à reação física aos atos atentatórios (Miranda, 1963, 10:385/392). Em outros termos, a autotutela, para esses autores, tem lugar no caso de esbulho, enquanto a legítima defesa, no de turbação. Não há, contudo, implicações relevantes da distinção.

4.2. Direito aos interditos

As ações possessórias são três: manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório (Armelin, 2003). Dependendo do grau de ofensa ao direito possessório do autor da demanda, cabe uma ou outra ação. A manutenção de posse coíbe a turbação; a reintegração de posse, o esbulho; e o interdito proibitório, a ameaça (CC, art. 1.210; CPC, arts. 926 e 932). Mas não há prejuízo para o possuidor se ingressa com a medida inadequada ou se muda a situação de fato no curso do processo (a turbação torna-se esbulho, por exemplo), desde que os requisitos de ação apropriada estejam atendidos. A dificuldade na exata definição dos limites de cada hipótese de agressão e a dinâmica dos fatos não podem, por certo, prejudicar o possuidor. Por isso, a lei prescreve que “a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam comprovados” (CPC, art. 920). É a regra da fungibilidade das ações possessórias.

Na ação possessória não cabe discutir o domínio da coisa objeto de litígio (CC, art. 1.210, § 2º). O conflito de interesses a ser decidido pelo juiz, nessa ação, circunscreve-se à questão da posse. Quer dizer, ele vai decidir o conflito em favor do litigante que titular a *melhor posse*, seja ou não o proprietário do bem.

O direito positivo brasileiro em vigor não contempla nenhum dispositivo hierarquizando as posses, de modo a

nortear o julgador na definição da melhor. A tecnologia jurídica, assim, deve esforçar-se no sentido de fornecer a pauta para essa decisão. E são dois os critérios doutrinários para definir qual a melhor posse, quando dois possuidores impedidos de discutir o domínio disputam o mesmo bem.

O primeiro diz respeito aos vícios objetivos: a posse justa prevalece sobre a injusta. Aquele que se vale de violência, clandestinidade ou abuso de confiança para se tornar possuidor de alguma coisa não é merecedor de amparo judicial quando a disputa com alguém que mantém (ou mantém) essa mesma coisa de modo pacífico, ostensivo e indubitável. Se *Nair* possui imóvel rural, do qual *Orlando* toma para si uma parte por meio de atos violentos, ocultados dela ou quebrando a confiança nele depositada, a ação possessória proposta pela primeira deve ser julgada procedente. A posse dela é melhor que a dele, porque, enquanto *Nair* titula uma posse justa, *Orlando* titula uma injusta. A ação possessória será julgada em favor de *Nair*, ainda que eventualmente *Orlando* seja o proprietário da área que tomou. Isso porque é vedado a *Orlando*, ao responder a ação possessória, suscitar a discussão do domínio. Na ação possessória em que conflitam posse justa e injusta, a decisão judicial deve ser dada em favor do titular da primeira.

O segundo critério de hierarquização da posse diz respeito ao tempo de duração. Quando conflitam duas posses injustas, deve prevalecer a mais antiga. Pode ocorrer

de os dois litigantes na ação possessória titularem posse violenta, clandestina ou precária. Nesse caso, o juiz deve superar o conflito de interesse em favor daquele que tomou a posse da coisa em primeiro lugar. Suponha-se que, antes de *Nair* saber do esbulho perpetrado por *Orlando*, *Pedro* resolve tomar para si a mesma porção de terra, e o faz de modo violento, clandestino ou precário. Estabelece-se então o conflito de interesses entre dois possuidores titulares de posse injusta. A posse de *Orlando* ainda é injusta porque não cessou a violência, clandestinidade ou abuso de confiança que macula sua origem; o esbulho perpetrado por *Pedro* também deu ensejo a uma posse injusta. Nesse caso, o juiz deve resolver o conflito em favor de *Orlando*, por ter sido ele o primeiro dos litigantes a possuir aquele disputado pedaço de chão.

No segundo exemplo, deve-se proteger a posse de *Orlando* ainda que, por hipótese, *Pedro* fosse o proprietário do imóvel. Imagine que este último tivesse adquirido de *Nair* a parcela da fazenda possuída por *Orlando*. Em outros termos, imagine que *Pedro*, por força do regular registro da escritura de compra e venda no Cartório de Imóveis, é o legítimo e único proprietário do bem. Como na ação possessória referente ao esbulho praticado contra *Orlando* o direito de propriedade não se pode alegar ou discutir, a demanda será julgada em favor dele. As duas posses são injustas, mas a de *Orlando* prevalece, por ser a mais antiga.

Nas ações possessórias (manutenção de posse, reintegração de posse ou interdito proibitório), não se discute o domínio da coisa disputada, mas unicamente a justiça ou tempo da posse titulada pelos litigantes.

Se entre os demandantes um deles titula a posse justa, ele tem direito de ser mantido ou reintegrado nela ou obter o interdito proibitório. Quando as duas posses são injustas, a mais antiga merece a proteção judicial.

A melhor posse, em suma, é a justa ou, entre duas injustas, a mais antiga. A partir desses critérios, o juiz decide as ações possessórias. Não há, por fim, a hipótese de a ação possessória versar sobre conflito entre duas posses justas, já que o pressuposto inafastável da demanda é a ameaça, turbação ou esbulho (que exige pelo menos um dos litigantes empregando meios violentos, clandestinos ou precários para tomar a coisa).

4.3. Exceção de domínio

Houve tempo em que a prova da propriedade não era fácil de produzir. Como se trata de direito fundado na legitimidade da origem, demonstrar a filiação entre os diversos títulos até o do proprietário atual era uma prova complexa. Na Idade Média, ela era considerada diabólica. Justificava-se, então, a proibição de discutir a propriedade na ação possessória como meio de assegurar a celeridade da prestação jurisdicional. Jhering, no fim do século XIX, ainda explicava assim a vedação. Mesmo hoje, há doutrinadores repetindo essa antiga lição (Rodrigues, 2003:55). Mas a dificuldade de provar o domínio é passada. Hoje em dia, a propriedade de bens imóveis prova-se sem dificuldade nenhuma, mediante a exibição da certidão atualizada do registro imobiliário; a dos principais bens móveis também se

dá por presumida com a exibição de documento escrito, como o registro dos veículos automotores no DETRAN ou a nota fiscal emitida pelo fornecedor. A proibição da discussão do domínio na ação possessória (a vedação da *exceptio dominii*) não pode mais ser explicada em função das dificuldades ligadas à questão probatória. Fosse essa a razão de ser da vedação da exceção, não haveria mais motivos para a lei continuar a adotá-la (cf. Lopes, 2001:241). Por que, então, persiste a proibição?

A explicação não é difícil. Vimos que a ordem jurídica não tolera o exercício arbitrário dos direitos. Aquele cujo direito é desrespeitado não pode valer-se dos próprios meios para o fazer prevalecer. Em nome da paz social, o ofendido *tem* de se socorrer do Poder Judiciário se pretende a cessação do desrespeito e a devida compensação. A autotutela só pode ser exercida quando a lei expressamente o permitir. Pois bem, é indubitável que, em relação à posse, a lei confere ao titular o direito à autotutela (subitem 4.1), mas não se encontra igual permissão relativamente à propriedade.

O titular da propriedade, em outros termos, não goza da autotutela. Desrespeitos ao seu direito só podem ser coibidos por via de ação judicial. Para que o proprietário possa usar, fruir e dispor da coisa, em geral é necessário que tenha também a posse. Quando o proprietário não é o possuidor da coisa que lhe pertence, tem direito de passar a

possuí-la, desapossando quem titula somente a posse. Mas esse direito ele não pode exercer pelas próprias mãos. Deve ir a juízo e propor a ação competente de reivindicação da posse. Essa ação judicial não é possessória, porque o fundamento do autor não é a posse (que ele não titula), mas a propriedade do bem em disputa. A reivindicação se faz por ação de *imissão na posse*, classificada em doutrina como ação petítória (uma homenagem à tradição que remonta ao direito romano).

Não se confundem, portanto, as ações possessória e petítória. Enquanto na ação possessória o autor é possuidor e pretende exercer o direito de posse (*jus possessionis*), na petítória é proprietário e intenta ver respeitado o seu direito de possuir (*jus possidendi*) (Pereira, 1970:28). Enquanto a ação possessória tem caráter defensivo, a petítória é medida judicial de natureza ofensiva (Lopes, 2001:109).

Sempre que o *proprietário não possuidor* tenta valer-se dos próprios meios para obter a posse do bem, incorre num ilícito — aliás, pratica crime. Como não titula a posse do bem, não tem direito à autotutela. No plano civil e processual civil, essa prática ilícita do *proprietário não possuidor* é sancionada pela vedação da *exceptio dominii* na ação possessória. Quer dizer, os atos por ele praticados para ter a coisa em suas mãos são considerados ameaça, turbção ou esbulho. Se, ao ingressar com a ação de reivindicação da posse, o proprietário não possuidor preferiu buscar

diretamente a satisfação do seu direito, não pode ver seu ilícito prevalecer na demanda judicial. Por essa razão, na ação possessória não cabe a discussão do domínio, para impedir que a ameaça, turbação ou esbulho perpetrados pelo proprietário não possuidor perca seu caráter de ilicitude.

O art. 924 do CPC obsta à discussão da propriedade da coisa, seja pelo autor ou pelo réu da ação possessória, enquanto esta tramitar. Prescreve o dispositivo: “Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”. Se antes de se definir o cabimento do interdito possessório fosse possível a discussão da propriedade, o exercício arbitrário das próprias razões pelo proprietário não possuidor acabaria se tornando ato lícito. Claro que, a final, a posse da coisa disputada será entregue ao proprietário, porque prevalecerá o direito de propriedade. Mas admitir a ação petítoria enquanto tramita a possessória equivaleria a tolerar a autotutela da propriedade — o proprietário não possuidor que usurpasse a posse da coisa não poderia dela ser afastado em razão da ação petítoria proposta ou da alegação de domínio na ação possessória.

*Num conflito de interesses entre
o possuidor não proprietário e o*

proprietário não possuidor, *deve prevalecer o interesse do primeiro na ação possessória (manutenção ou reintegração de posse ou interdito proibitório) e o do segundo, na ação petitória (imissão na posse).*

Na ação possessória não se admite a exceção de domínio, e, durante sua tramitação, seu autor e seu réu estão impedidos de intentar a ação de reconhecimento da propriedade.

Primeiro se deve decidir quem tem a melhor posse; só depois se pode discutir quem é o

proprietário, a quem a coisa deverá ser, então, entregue.

O objetivo dessa sistemática é impedir que a autotutela do direito de propriedade (que a lei não admite) seja alcançada por meios transversos, isto é, mediante o esbulho da posse titulada pelo não proprietário.

Em suma, o proprietário que não possui a coisa (e a quer) deve forçosamente ingressar em juízo com a ação petítória (imissão na posse). Se não conseguiu amigavelmente a posse do bem, não lhe resta outra alternativa, já que a lei não lhe confere a autotutela. Quando não propõe a ação reivindicatória da posse e busca obtê-la por seus próprios meios, incorre necessariamente em ameaça, turbacão ou esbulho. Quer dizer, se o proprietário não possuidor conseguir a posse dessa maneira, ela será injusta. Nesse contexto, o possuidor não proprietário tem a

melhor posse, porque ou será justa (mansa, ostensiva e indubitável) ou a mais antiga entre os dois. No final, acabará prevalecendo o direito de propriedade, e a coisa deverá ser entregue ao dono; mas a conduta ilícita dele não pode passar sem a devida punição. Quer dizer, ele deverá aguardar o fim da ação possessória e ver o possuidor não proprietário ser assegurado, mantido ou reintegrado na posse para só então ter o direito subjetivo à ação reivindicatória.

Podem parecer um tanto estranha a sistemática da lei brasileira — se, afinal, a posse do bem deve caber mesmo ao proprietário, por que não lha entregar desde logo? A estranheza, porém, é infundada. De início, porque essa sistemática corresponde a instituto encontrado em diversos outros países. Apesar de problematizada em alguns deles, como no alemão (Sacco-Caterina, 2000:352/354), e relativizada em outros, como no italiano, em que a jurisprudência tem admitido a *exceptio dominii* para evitar prejuízos irreparáveis aos proprietários (Comporti, 2004:420), a rígida separação dos juízos petitório e possessório tem sido prestigiada nos direitos da família românica há séculos. É certo que, nos da família anglo-saxônica, não se conhece nem ao menos a divisão das ações em possessória e petitória, não se cogitando, portanto, da proibição de cumulação (Sacco-Caterina, 2000:26/29); mas a lei brasileira não poderia mesmo deixar de refletir a filiação de nosso Direito. Além disso, e principalmente, a vedação da exceção

do domínio nas ações possessórias é o único meio de evitar o exercício arbitrário do direito de propriedade, ao qual a ordem jurídica não reservou a autotutela.

5. TEORIAS DA POSSE

A tecnologia civilista brasileira nutre excepcional *entusiasmo* por uma polêmica ocorrida na Alemanha, no fim do século XIX, acerca da interpretação do instituto da posse no direito romano e suas implicações no direito contemporâneo. Nenhum doutrinador nacional inicia o estudo da posse sem o ambientar nessa polêmica, conferindo-lhe singular importância (cf., por todos, Venosa, 2001:45/63; Rodrigues, 2003, 5:15/21). Parece até mesmo que não seria possível sequer estudar o instituto sem ter sempre presente tal discussão. Não se encontra o mesmo entusiasmo na literatura estrangeira, inclusive nos países que, a exemplo do Brasil, também sofreram forte influência da cultura jurídica alemã, como a Itália ou Portugal.

A polêmica a que me refiro foi a suscitada por Jhering acerca do pensamento de Savigny sobre a posse. Bem ao gosto das discussões daquele tempo, é marcada não só por uma sucessão de ironias e frases de efeito como pelo esforço de construir uma *teoria* definitiva sobre o tema. Por isso, o entendimento de Savigny sobre a posse ficou, a partir dela, conhecido como teoria subjetiva, e o questionamento de Jhering, como teoria objetiva.

Antes de encerrar o estudo da posse, convém apresentar alguma notícia sobre essas teorias, com o objetivo de ilustrar a matéria.

5.1. Teoria subjetiva

A obra em que Savigny construiu sua teoria da posse foi publicada, pela primeira vez, em 1803, quando contava o autor com apenas 24 anos de idade. É o *Tratado da posse*, trabalho voltado ao reexame do direito romano pertinente ao instituto, em que se formula, ao fim, uma nova concepção. De acordo com Savigny, haverá posse jurídica (geradora de usucapião e protegida pelos interditos) quando for possível a identificação de dois elementos: o *corpus* e o *animus*, sendo o primeiro traduzido pelo poder físico sobre a coisa possuída e o último, pela vontade de ser o seu dono.

Pesquisando os elementos essenciais da noção de *possessio* do direito romano, Savigny toma por ponto de partida a ideia geral de detenção, ou seja, o fato “físico” que tem a propriedade por correlativo jurídico; constata que este fato nem sempre produz os efeitos jurídicos da prescrição aquisitiva ou do acesso à proteção pelos interditos possessórios. Nem sempre a detenção é amparada juridicamente no sentido de deferir ao detentor as ações de proteção da posse e o direito de usucapir o bem sobre o qual exerce o poder de fato. Para ser considerada posse e produzir tais efeitos, a detenção deve ser, no dizer de

Savigny, intencional. Não basta a alguém ter a coisa em seu poder para ser considerado possuidor; é necessário que tenha a vontade de a possuir. Ora, argumenta, se a detenção é o fato físico correspondente ao fato jurídico da propriedade, o *animus possidendi* não pode ser outra coisa senão a vontade de exercer o direito de propriedade (1803:88).

A intenção de exercer o direito de propriedade — prossegue Savigny — pode manifestar-se de duas diferentes formas: a de exercer o próprio direito ou o alheio. Se, quando detenho algo, realizo no plano fático o que juridicamente se entende por propriedade, isso não significa que o faço sempre pretendendo ser o proprietário; faço-o, por vezes, sabendo que a coisa pertence a outrem; nesse caso, minha intenção é exercer o direito de propriedade não meu, mas de outra pessoa. Pois bem. Somente quando a intenção do detentor é exercer seu próprio direito de propriedade revestir-se-á a detenção de características suficientes a produzir os efeitos da prescrição aquisitiva e da proteção pelos interditos. Apenas nessa hipótese há mais que detenção: há posse. Em outros termos, quando o detentor tem a intenção de exercer o direito de propriedade alheio, configura-se a mera detenção, que não é pressuposto de direito nenhum; quando tem a de exercer o seu próprio direito de propriedade, verifica-se a posse, fundamento de certos direitos. Neste último caso, o *animus possidendi* é

nada mais que o *animus domini*.

É precisamente essa disposição do detentor em ter a coisa como sua, essa vontade de ser o proprietário da coisa, o elemento imprescindível à caracterização da posse em Savigny. Faltando esse elemento, ainda que existente o poder de fato sobre a coisa, posse não haverá, mas somente detenção (*naturalis possessio*). Ressalto que Savigny não exige, para a caracterização da posse, que o possuidor tenha a convicção íntima de ser o proprietário do bem possuído. Exige, isto sim, a intenção; quer dizer, a vontade, o desejo de ser proprietário (1803:89/90). São conceitos inconfundíveis o *animus domini* e o *opinio domini* — só o primeiro é elemento constitutivo da posse. Se alguém é ou não o proprietário da coisa possuída — ou ainda se pensa ser ou não — é fato irrelevante para a configuração da posse. Basta que possua a coisa com vontade de ser o proprietário para que tenha acesso aos interditos e possa beneficiar-se da usucapião.

Os elementos da posse, então, para Savigny são dois: o *corpus*, representado pelo poder físico sobre a coisa possuída, e o *animus domini*, consistente na vontade de ser seu dono. Em razão deste último elemento, convencionou-se chamar a formulação savignyana de teoria subjetiva da posse. Por ela, é necessário imiscuir-se na intimidade cerebral do sujeito que detém a coisa para pesquisar a intenção a animá-lo. Sem invadir a vontade do detentor, para

conhecer-lhe o desejo em relação à coisa em seu poder, nada cabe afirmar acerca da natureza da detenção: se *naturalis possessio*, indigna de amparo jurídico, ou se *possessio civilis*, merecedora de proteção.

Os opositores de Savigny logo lembraram que, em Roma, conferia-se por vezes proteção possessória a pessoas *semanimus domini*, como o credor pignoratício ou o depositário de coisa litigiosa. Na segunda edição do seu *Tratado*, Savigny responde à questão sustentando que, nessas hipóteses, ocorre transferência da posse por vontade do proprietário, quando ele está seguro da incontestabilidade de seu direito por parte do detentor. Posteriormente Savigny abandonará essa formulação, quando, na sexta edição da obra, valer-se do conceito de *posse derivada* para explicar a situação daqueles que detêm alguma coisa *semanimus domini*, mas que tinham acesso, no direito romano, aos interditos. Trata-se de uma terceira categoria de poder físico sobre coisas, situada entre a simples detenção e a posse, com a qual procurou compatibilizar essa situação e a teoria subjetiva. Para Savigny, o mais irregular nessa categoria intermediária não é tanto a existência de posse *semanimus domini* do credor pignoratício ou depositário de coisa litigiosa; mas antes a da posse *sem corpus* daquele que detém o *animus* e sabe que sua propriedade não é contestada pelo possuidor derivado. Este último, assim, ao buscar a proteção dos interditos,

estaria a agir como verdadeiro representante do proprietário. Insiste Savigny que a posse derivada não é, a rigor, posse pela ausência do *animus domini*. A proteção pelos interditos conferida ao possuidor derivado decorre da necessidade de garantir o bem alheio em suas mãos, não propriamente em decorrência da natureza do vínculo que os une (coisa e sujeito), mas em atenção aos direitos do possuidor originário. A posse derivada é categoria autônoma, situada entre a detenção simples e a posse, não se confundindo com a primeira, por admitir a proteção possessória, nem com a última, por lhe faltar o elemento subjetivo de caracterização.

A teoria subjetiva, de Savigny, considera que a posse só se caracteriza com a presença de dois elementos, sendo um deles físico (a sujeição da coisa ao poder do possuidor), chamado de corpus, e o outro psíquico (a

vontade do possuidor de ser o dono da coisa), referido pela expressão *animus domini*.

Quando é ausente o elemento psíquico, configura-se a mera detenção ou posse derivada. No primeiro caso, quando o detentor não tem direito aos interditos possessórios e não pode usucapir a coisa detida; no segundo, quando tem o direito aos interditos como forma de se garantir indiretamente os interesses do possuidor originário.

Em síntese, pela teoria subjetiva, a posse resulta da conjugação de dois elementos: um físico, consistente na sujeição da coisa ao poder do possuidor, e outro, psíquico, que é a vontade deste último de ser o proprietário dela. Sem os dois elementos conjugados, não há posse e, portanto, não há direito aos interditos e à usucapião (os únicos efeitos da posse considerados por Savigny). Quando certos titulares de direitos sobre a coisa não têm *animus domini* (por exemplo, o credor pignoratício), há posse derivada, hipótese em que a lei concede proteção por interdito possessório na defesa, em última análise, dos direitos do possuidor originário (devedor que empenhou a coisa).

5.2. Teoria objetiva

Depois de desenvolver sua teoria objetiva da posse em obras de fôlego (1869, 1889, entre outras), Jhering escreveu um pequeno opúsculo destinado a difundir-la (1890), em que inicia por apontar a confusão que os leigos fazem entre os conceitos de posse e propriedade e especular sobre sua causa. Acredita que a confusão reside na circunstância de que as duas se exteriorizam de idêntica forma. Além disso, na situação normal, o possuidor é também o proprietário da coisa, caso em que não tem utilidade qualquer distinção conceitual. A necessidade de distinguir posse de propriedade existe quando se verifica desequilíbrio nessa situação normal; quer dizer, quando o proprietário não é o

possuidor ou o possuidor não é o proprietário.

Possuidor, para Jhering, é aquele que detém um poder “de fato” sobre a coisa, enquanto o proprietário detém um poder “de direito”. Esses dois poderes normalmente são exercidos pela mesma pessoa, mas podem ocorrer situações anormais em que o proprietário não exerce o poder de fato, mas sim quem não titula o poder de direito. Tais situações ocorrem porque o proprietário transferiu, por sua livre vontade, o poder de fato sobre a coisa para outra pessoa (no caso da locação, comodato, penhor etc.), ou porque esse poder lhe foi subtraído contra sua vontade (esbulho). No primeiro caso, quem tem o poder de fato exerce uma posse justa, que deve ser protegida mesmo contra o proprietário; no segundo, é injusta e não poderá ser protegida contra o titular do poder de direito (1890:93).

A ligação entre os direitos de propriedade e de possuir decorre da circunstância natural de ser a posse a condição de utilização econômica da propriedade. Não haveria pleno gozo do direito de propriedade se nele não estivesse contido o de possuir. O direito de exercer um poder de fato sobre a coisa é condição para viabilizar sua exploração econômica. Em outras palavras, a lei deve reconhecer aos proprietários o direito de possuir, porque a posse é condição da exploração econômica da coisa. Por isso, somente por vontade do proprietário tem pertinência o desvincular da posse e propriedade. Nisso reside a ideia central da teoria

possessória de Jhering: protege-se a posse, exterioridade da propriedade, como complemento necessário da proteção desta; e, porque se protege a posse com o objetivo de proteger a propriedade, os possuidores não proprietários acabam sendo também beneficiados pela mesma proteção (1869:59). A proteção de quem não titula o poder de direito, mas apenas o de fato, é uma implicação não desejada, mas inevitável, da ampla tutela que a propriedade deve encontrar no direito. Não se justificaria afastar a proteção possessória reservada aos proprietários, como elemento da proteção jurídica de seu direito de propriedade, para evitar seu eventual aproveitamento pelo mero possuidor. Assim, ilustra Jhering, se um ladrão tiver sua posse molestada por outro ladrão, o primeiro poderá beneficiar-se dos interditos e ver assegurado em juízo seu direito de possuidor. Protegem-se os ladrões (excepcionalmente) para, afinal, protegerem-se os proprietários. Para Caio Mário da Silva Pereira, a explicação de Jhering sobre o fundamento para a proteção da posse não convence, porque tem um pressuposto não confirmado pelos documentos históricos — a de um ordenamento sistemático em torno da propriedade e do seu sistema de defesa (1970:43).

A posse, portanto, é entendida como condição para o pleno exercício do direito de propriedade. Mas, note, se isso resolve a questão dos fundamentos da proteção possessória (o credor pignoratício que teve já o seu crédito satisfeito não

pode se opor à pretensão do devedor de reaver a coisa empenhada, mas ser-lhe-á concedida a proteção perante terceiros que intentem esbulhar ou turbar sua posse sobre essa mesma coisa), não é suficiente para delimitar o que seja, afinal, a posse. Para definir os elementos caracterizadores do instituto, Jhering parte da crítica à concepção savignyana. Primeiro, põe em questão a ideia de *corpus* como um poder físico sobre a coisa; depois, descarta o *animus domini* como essencial à configuração da posse.

Jhering mostra que, para haver posse, o possuidor não precisa necessariamente exercer sobre a coisa possuída um poder efetivo, real. “Não se pode racionalmente falar de poder físico sobre a coisa senão quando se está perto dela, ou quando se guarda de tal modo que é impossível tomá-la ao primeiro que chegue. Eu tenho um poder de fato sobre um terreno distante, quando estou *perto* ou *sobre* ele, porém desde que me alheio o poder cessa, e não posso impedir que outro o ocupe. É abusar gravemente das palavras falar nesse caso de um poder físico porque, de que modo manifesta-se esse poder? De modo algum! É um poder físico de que se escarnecem as lebres que comem as ervas do meu campo, e as crianças que brincam no meu trigal” (1869:194). Em outros termos, o poder físico sobre a coisa possuída que Savigny elegera como elemento caracterizador da posse é algo absolutamente irrelevante para se conceder ou negar a proteção possessória. Imagine-se o caso do proprietário do

imóvel situado em lugar que nunca visitara. Ele não pode, por óbvio, exercer qualquer poder físico sobre essa coisa. Se acaso fosse esbulhado ou turbado em sua posse, não teria direito à reintegração ou manutenção? Evidentemente que sim, malgrado sequer conhecer o bem possuído (muito menos exercer sobre ele qualquer forma de poder físico). É incorreto pretender o exercício de um poder efetivo, real, concreto sobre a coisa possuída como elemento da posse e condição da proteção possessória, até porque tal relação de sujeição não é suscetível de permanente exercício sobre todas as coisas possuídas por cada sujeito.

Na verdade, a teoria objetiva não nega a existência de um vínculo entre sujeito e coisa como elemento característico da posse. Admite, em outros termos, o *corpus*, embora o defina de modo completamente diferente do de Savigny. Há situações em que o possuidor não exerce poder físico nenhum sobre a coisa possuída, mas, segundo estejam presentes certos fatores, pode-se afirmar a existência da posse. Ele lembra que as salinas de Berchtesgaden buscam a lenha necessária ao aquecimento de suas águas salgadas em bosques nas montanhas. Lá, as árvores são cortadas, divididas em toros e lançadas num riacho inavegável. As águas levam a lenha até as proximidades das salinas. Não há dúvida de que os administradores das salinas conservam a posse dos troncos durante a trajetória, apesar de não terem nenhum poder de fato sobre eles. Qualquer pessoa pode,

materialmente falando, retirar do riacho a lenha. Se, porém, o riacho transbordar e os troncos forem arrastados para além das margens, a posse se perderá (cf. Fulgêncio, 1936, 1:22/23). Pois bem. O que autoriza Jhering a afirmar que no primeiro caso (transporte da lenha pelo riacho) conservava a administração das salinas a posse sobre a madeira e que no segundo (inundação) a perda não é certamente o poder físico, inexistente nas duas hipóteses. O vínculo que aproximava os administradores das salinas (sujeito do direito possessório) da madeira cortada em toros (objeto desse direito) pode-se ou não definir como posse em função da normalidade da destinação econômica. Havia posse no caso do transporte da madeira pelo riacho e inexistia no da dispersão pelo transbordamento porque, naquele, a madeira se encontrava em situação *normal* relativamente à sua destinação econômica e, neste, em situação *anormal*.

Há posse sempre que a coisa se encontra em situação de normalidade em vista de sua destinação econômica. Se alguém encontra material de construção em terreno baldio no qual se edifica um prédio, não o pode pegar, mesmo que não haja cercas a protegê-lo ou qualquer vigia. Não pode pegá-lo porque, sob o ponto de vista da utilização econômica, o material de construção se encontra em estado de normalidade. Mas, para Jhering, se num bosque deserto a mesma pessoa acha uma cigarreira, pode levá-la sem praticar crime, porque não é normal utilizar-se desse bem em tal

situação. Neste último caso, o dono *perdeu* o bem, mas não no primeiro, embora em nenhum deles estivesse exercendo qualquer poder físico. Em Jhering, a destinação econômica normal, e não a sujeição presente, caracteriza o *corpus* como elemento da posse. Se a situação em que a coisa se encontra é de normalidade relativamente à destinação econômica, haverá posse; caso contrário, não. Quando Jhering se vale da expressão *poder de fato*, não está se referindo ao *corpus*, isto é, ao elemento material de caracterização da posse, mas sim à sua distinção em face da propriedade, definida como *poder de direito*.

A teoria objetiva questiona também, e principalmente, a noção de *animus domini* de Savigny. Aliás, a denominação *objetiva* dada à formulação jheringiana justifica-se pelo modo com que caracteriza o elemento imaterial da posse. A vontade de ser dono, em Jhering, é irrelevante para distinguir o possuidor do detentor. Trata-se de mera decorrência do *corpus*, de sorte que, presente esse elemento — isto é, a situação de normalidade da exploração econômica da coisa —, de pouco vale perquirir a existência ou não da vontade de ser proprietário. Se há algum elemento volitivo na posse, ele é, para a teoria objetiva, a intenção de ter a coisa em condições de ser economicamente explorada (*animus tenendi*). O comportamento do possuidor similar ao do proprietário não caracteriza — e sua ausência não descaracteriza — a posse.

O elemento imaterial de caracterização da posse em Jhering, assim, não coincide com o volitivo. Para a teoria objetiva, o que distingue a detenção da posse é a *norma jurídica*, e não a vontade de ser proprietário (1889:403). A discriminação entre os dois institutos faz-se em razão de disposições legais que excluem o detentor da proteção possessória. A teoria de Jhering é considerada objetiva porque desconsidera o sujeito na definição da detenção ou posse e leva em conta apenas a ordem jurídica positiva.

A teoria objetiva da posse identifica dois elementos: o corpus, definido não como poder físico, mas sim como a normalidade da destinação econômica da coisa, e a inexistência de regra de direito que afasta a proteção possessória.

A detenção se distancia da posse em razão deste último elemento, na medida em que a lei subtrai do detentor certas medidas de proteção do possuidor.

Jhering considerou útil destacar em fórmulas lógicas as diferenças entre a teoria dele e a de Savigny. Nelas, a posse

é designada por x , a detenção por y , o corpus por c , o animus por a , o elemento volitivo por α e a disposição legal negativa de direitos possessórios ao detentor por n . Na teoria subjetiva (vista, claro, pela perspectiva da objetiva), a fórmula da posse é $x = a + \alpha + c$, enquanto a da detenção é $y = a + c$; na objetiva, por sua vez, a posse é $x = a + c$, e a detenção, $y = a + c - n$ (1889:45/46).

5.3. Elementos da posse

Desde o direito romano, a posse tem sido caracterizada mediante a conjugação de elementos material e imaterial. Embora diverjam também relativamente ao elemento material, a essência da distinção entre as teorias subjetiva e objetiva da posse reside na caracterização do imaterial. Enquanto Savigny o tomou como elemento volitivo (*animus domini*), Jhering fez referência à lei (melhor, à falta de norma subtraindo a proteção possessória). Pode-se, então, sintetizar a questão no seguinte quadro comparativo:

	Elemento corpóreo	Elemento volitivo
Savigny (Teoria subjetiva)	Poder físico (<i>Corpus</i>) (*)	<i>Arbitrio</i> (<i>Animus</i>) (**)
Jhering (Teoria objetiva)	Destinação econômica normal (<i>Corpus</i>) (*)	<i>Arbitrio</i> (<i>Animus</i>) (**)

(*) Elemento material caracterizador da posse

(**) Elemento imaterial caracterizador da posse

Uma das implicações da definição dos elementos da posse é a identificação dos que caracterizam a detenção, isto

é, a sujeição de certo bem ao poder físico de quem não possui nenhum direito sobre ele. São detentores, por exemplo, os empregados ao se utilizarem dos equipamentos ou utensílios do empregador para a realização das tarefas laborais ou os hóspedes relativamente aos bens do hospedeiro. Eles não titulam nenhum direito sobre tais bens, e, mesmo quando defendem a sujeição com atos de desforço físico (autotutela), fazem-no em nome dos possuidores, seus empregadores ou hóspedes. Pois bem. Em Savigny a detenção se caracteriza pela ausência do *animus domini*, a intenção de se tornar o proprietário da coisa detida; já em Jhering, pela supressão, na lei, do direito aos interditos (Alves, 1990, 1:227/232; ver também o quadro em Wald, 2002:35).

A

PROPRIEDA

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O ser humano apropria-se da natureza, para pô-la a serviço de suas necessidades e querências. Essa sujeição por vezes é caracterizada juridicamente como propriedade; outras vezes, como já visto, tem estatuto jurídico diverso, como posse ou detenção. O conceito de que homens e mulheres são *donos* de coisas, a essência da propriedade, é muitíssimo antigo. Na verdade, não há ainda elementos confiáveis que permitam identificar o momento da pré-história da humanidade em que teria surgido, ou se o conceito acompanha o ser humano desde sempre. Há quem

enxergue a propriedade como *natural* ao homem, que, por isso, existe desde o início e existirá até o fim da aventura da humanidade no universo; e há quem sustente que, nos primórdios da trajetória humana, não havia propriedade (Engels, 1884). Essa divergência por enquanto não se consegue resolver por falta de dados arqueológicos ou outros elementos científicos.

Uma coisa é certa, porém: a noção de propriedade (isto é, a de que homens e mulheres são donos de algumas coisas) antecede em muito a mais embrionária forma de organização social a que se poderia chamar *ordem jurídica*. A história não registra nenhuma etapa da evolução humana em que houvesse Direito, mas não o direito de propriedade. Mesmo as experiências inspiradas na utopia marxista — como a da estrutura econômica vivenciada na União Soviética entre a Revolução Russa (1917) e a queda do Muro de Berlim (1989) — não implicaram a completa abolição da propriedade privada. Marx acreditava que o exame científico da história possibilitava antever a superação do capitalismo por meio da revolução social patrocinada pela classe proletária — ou, como defendido pelas variações leninistas do marxismo, liderada pelo partido político proletário —, que conduziria ao fim da propriedade privada dos meios de produção (fábricas, terras produtivas, bancos etc.), mas não dos de consumo. Pelo menos enquanto a humanidade não pudesse escrever em suas bandeiras “*de cada um segundo*

sua potencialidade a cada um segundo sua necessidade”, moradia, roupas, alimentos e outros bens continuariam objeto de propriedade privada. As experiências históricas inspiradas no marxismo não conseguiram extinguir sequer a propriedade privada de todos os bens de produção. Não há, enfim, registro de sociedade juridicamente organizada que desconheça o direito de propriedade.

Pois bem, se a história da noção de propriedade não pode ainda ser completamente escrita, a da ideologia que a cerca é, ao contrário, bem conhecida; e dela cabe destacar dois marcos importantes para a construção de argumentos referentes ao direito de propriedade.

O primeiro marco é a Revolução Francesa (1789). Nele, o direito de propriedade é proclamado como natural, ilimitado e individualista. Para a declaração dos direitos do homem e do cidadão, a propriedade é um direito “inviolável e sagrado”. Define-o, por outro lado, o Código Napoleão — expressão da mesma ideologia burguesa impulsionadora da Revolução Francesa — como “o direito de gozar e dispor das coisas *da maneira mais absoluta*”.

O segundo marco é a flexibilização a que se obrigou o Estado capitalista ao longo do século XX para sobreviver ao avanço do socialismo. Ela reclamou uma profunda alteração no direito de propriedade, cujo exercício passou a se subordinar ao atendimento da função social. Deixou de ser afirmado como um direito egoísta para se compatibilizar com

a realização do interesse público (Savatier, 1950). O altruísmo do proprietário, que a nova formulação procurou estimular, contribuía assim para a redução dos conflitos de classe.

As mudanças na ideologia da propriedade refletiram-se na disciplina do direito de propriedade na ordem positiva. Enquanto vicejava a ideologia da propriedade como direito individualista, as limitações que a ordem jurídica admitia ao seu exercício eram poucas. Muitas delas, aliás, visavam apenas coordenar o exercício do direito pelos proprietários, tratando das questões de vizinhança. Desde sempre, porém, cultivou-se alguma ideia de respeito ao bem comum, por embrionária que fosse, como uma espécie de baliza da propriedade. Quando surgiu a concepção ideológica da propriedade subordinada à função social, diversas outras limitações levantaram-se, como as referentes à proteção do patrimônio histórico e cultural (tombamento), à organização do espaço urbano (zoneamento), à sustentação ambiental, à segurança pública, à higiene e outros valores. A subutilização da propriedade ou seu abandono em prejuízo a interesses coletivos, difusos ou públicos passaram a ser juridicamente reprováveis segundo o novo regime jurídico.

Na ordem positiva brasileira, a propriedade tem sido constitucionalmente protegida como direito fundamental desde a Constituição do Império. Até a Carta de 1937, a única limitação constitucional disse respeito à desapropriação (transferência compulsória da propriedade

para o Estado, para atendimento do interesse público). Na Constituição de 1946, estabeleceu-se que o uso da propriedade estava condicionado ao *bem-estar social*; nas de 1967 e 1969, bem como na atual, de 1988, o constituinte empregou o conceito de *função social* para limitar o exercício do direito (CF, arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III).

Afirma-se que a propriedade privada é protegida no plano constitucional porque representa, ao lado da garantia do emprego e do salário justo (CF, arts. 7º e 170, VIII) e dos serviços públicos, *um* dos meios de os sujeitos proverem seu sustento (entendido num sentido bastante amplo, que compreende o acesso à moradia, alimentação, saúde, lazer etc.) e o de sua família (Comparato, 1986). Esse aspecto da propriedade privada relacionada à contribuição para o sustento das pessoas corresponde à sua *função individual* (Grau, 1990:231/248). O interesse do proprietário prestigiado pela ordem constitucional diz respeito a essa função. Em outros termos, a lei não pode impedir que o proprietário tenha em sua propriedade uma das fontes de sustento próprio e da família, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Garantido o cumprimento da função individual, deve o uso da propriedade compatibilizar-se com os demais interesses que gravitam em torno dela. Ao determinar que a propriedade cumpra também sua função social, a Constituição prestigia os interesses dos não proprietários que podem ser afetados pelo exercício do

direito de propriedade (Silva, 1976:254/256). Desse modo, o dono de imóvel no qual existe uma floresta cuja preservação interessa à sociedade pode ter o exercício do seu direito limitado (pela função social), desde que continue contando como bem como alternativa de sustento (função individual).

Desse modo, a Constituição, ao proteger a propriedade privada e determinar que seu uso atenda à função social, prescreveu: de um lado, não se podem sacrificar os interesses público, coletivo e difuso para atendimento do interesse do proprietário; mas também não se pode aniquilar este último em função daqueles. A propriedade, em suma, deve estar apta a cumprir simultaneamente as funções individual e social que dela se espera.

O direito de propriedade, atualmente, deve ser exercido de modo a atender à sua função social.

A ordem jurídica, ao disciplinar a propriedade, não leva em conta unicamente os interesses do proprietário, mas prestigia os dos não proprietários que igualmente gravitam em torno da coisa objeto do direito.

O direito de propriedade é o mais importante dos direitos reais. Todos os demais institutos desse ramo do direito civil se definem como exteriorização (posse), desdobramento (usufruto, uso etc.) ou limitação (servidão e direitos reais de garantia) do direito de propriedade.

2. CLASSIFICAÇÃO DA PROPRIEDADE

Interessa examinar cinco critérios de classificação do direito de propriedade:

a) *Propriedade corpórea ou incorpórea*. O objeto da propriedade podem ser bens corpóreos ou incorpóreos. Os primeiros são os bens dotados de existência física, providos de materialidade, de corpo e que, por isso, ocupam espaço, enquanto os incorpóreos são alguns direitos que existem apenas enquanto conceitos jurídicos. A casa, o automóvel, o microcomputador são bens corpóreos, enquanto a obra intelectual, as marcas registradas, patentes de invenções, incorpóreos. A propriedade será corpórea ou incorpórea segundo a classificação do bem a que se refere.

A propriedade corpórea é também chamada de domínio (Monteiro, 2003, 3:83) e encontra-se regida nos arts. 1.228 e seguintes do CC. Dela se ocupa o direito das coisas. Já a propriedade incorpórea está disciplinada em normas esparsas. Uma de suas mais importantes espécies é a propriedade intelectual, estudada tanto pelo direito civil (direitos autorais) como pelo comercial (propriedade industrial). Outros exemplos são a titularidade de participações societárias (cotas de sociedade limitada ou ações emitidas por sociedades anônimas), do fundo de empresa (o sobrevalor que a organização de estabelecimento empresarial cria) ou de crédito cedido fiduciariamente.

Os regimes legais de cada categoria de propriedade são

autônomos. Não se pode aplicar à propriedade incorpórea preceito estabelecido para a corpórea, nem vice-versa, salvo havendo específica previsão legal no sentido da extensão do regime de uma categoria à outra. Por exemplo, as ações de emissão de sociedades anônimas, por serem bens incorpóreos, não são adquiríveis por usucapião, por inexistir, na lei regente da matéria, disposição que preveja essa forma de aquisição; mas o acionista pode instituir sobre elas usufruto, por a lei expressamente acolher a figura (LSA, art. 40).

Nessa parte do presente *Curso*, dedicada ao direito das coisas, estuda-se unicamente a propriedade corpórea.

A propriedade corpórea tem por objeto bem dotado de materialidade, denomina-se “domínio”, está disciplinada nos arts. 1.228 e seguintes do Código Civil e é objeto de estudo do direito das coisas.

A incorpórea tem por objeto alguns direitos, rege-se por leis esparsas e é estudada pelo direito autoral e comercial.

b) Propriedade imobiliária ou mobiliária. Nesse critério de classificação, acomoda-se apenas a propriedade corpórea, que se subdivide em imobiliária ou mobiliária, de acordo ainda com a natureza do objeto do direito.

Imóveis são, pela lei, “o solo e tudo quanto se lhe

incorporar natural ou artificialmente” (art. 79). Exemplificando: a fazenda, o terreno no condomínio fechado, o edifício de apartamentos ou de escritório, a plantaçoão etc. Lembro que continuam imóveis as casas transportáveis sem comprometimento da estrutura (art. 81, I), bem como se classificam nesse tipo de bem corpóreo, por força de norma legal específica, os direitos reais imobiliários e o direito à sucessão aberta (art. 80, I e II). Por sua vez, móveis são, de acordo com a definição da lei, “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (CC, art. 82). São bens desse tipo os animais (domésticos, de criação, exibição etc.), livros, veículos, peças de mobiliário, vestimenta, utensílios e equipamentos etc. (Cap. 9, item 2.a).

Diversas diferenças existem na disciplina da propriedade imobiliária e mobiliária, conforme se examina com maior vagar à frente (Caps. 44 e 45).

Segundo tenha por objeto bem móvel ou imóvel, a propriedade é mobiliária ou imobiliária.

Diferem-se em vários aspectos, como, por exemplo, os prazos de usucapião e os modos de aquisição e perda.

c) Propriedade plena ou restrita. Propriedade plena é aquela sobre a qual o proprietário não criou, por declaração negocial de vontade, nenhuma limitação ao exercício do seu direito. Todos os poderes associados ao direito de propriedade estão concentrados nas mãos do proprietário, que sujeita a coisa por inteiro. As limitações ao exercício da propriedade plena são exclusivamente as constitucionais e legais. De outro lado, restrita é a propriedade em que o exercício do direito esbarra em limites estabelecidos por negócio jurídico celebrado pelo seu titular.

Desse modo, quando o proprietário institui sobre o objeto de seu direito o usufruto, a propriedade deixa de ser

plena e passa a se classificar como restrita. Pelo usufruto, o proprietário transfere temporariamente a outra pessoa (usufrutuário) a posse, uso e administração da coisa, bem como o direito aos frutos. Como se dizia antigamente, ele conserva, enquanto dura o usufruto, apenas a *nua propriedade*. Ao término do usufruto, volta a ser pleno o direito titulado pelo proprietário.

Presume-se plena a propriedade até prova em contrário (CC, art. 1.231). Quer dizer, cabe a quem alega ser o beneficiário da limitação negocial o ônus de provar a declaração de vontade do proprietário, instituindo-a validamente. Se quem alega ser usufrutuário não provar a instituição do usufruto em seu favor, será considerado mero possuidor da coisa. Além disso, o estado normal da propriedade é a plenitude, tendo as restrições necessariamente caráter provisório.

A propriedade presume-se plena, no sentido de enfeixar todos os poderes a ela associados no patrimônio do proprietário.

Quando ela sofre alguma limitação por declaração de vontade do próprio proprietário (locação, usufruto etc.), a propriedade é restrita.

d) Propriedade singular ou copropriedade. Esse critério leva em conta a quantidade de titulares do direito de propriedade. Singular é aquela em que um só sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, é o proprietário; copropriedade (condomínio, comunhão ou propriedade coletiva), por sua vez, se verifica quando dois ou mais sujeitos dividem o direito de propriedade sobre o mesmo objeto.

Qualquer bem, móvel ou imóvel, divisível ou indivisível, pode ser objeto de condomínio. Alguns, inclusive, são obrigatoriamente sujeitos à copropriedade, como, por exemplo, as áreas comuns dos edifícios de apartamentos ou escritórios (Cap. 46, item 4).

A propriedade pode ser singular ou coletiva (também chamada “condomínio”) segundo o direito seja titulado por um ou por mais de um sujeito, pessoa física ou jurídica.

e) *Propriedade perpétua ou resolúvel.* A propriedade pode ser perpétua, no sentido de durar enquanto o proprietário por ela se interessa, ou resolúvel, hipótese em que deixa de existir quando implementada a condição.

A propriedade em geral é perpétua. O dono de um apartamento, enquanto viver, normalmente deixa de titular o

direito de propriedade sobre o bem apenas quando decide aliená-lo. Claro que, não cumprindo obrigação passiva, poderá perder o apartamento numa execução judicial; é certo, por outro lado, que, deixando de manifestar oposição à posse exercida por terceiro sobre o mesmo bem durante certo tempo, também perderá a propriedade em razão da prescrição aquisitiva — mas ainda nesses casos o término do direito de propriedade terá derivado de ato de vontade do proprietário, de inadimplir a obrigação ou de não reivindicar a posse da coisa. A perpetuidade é, assim, característica da propriedade em geral, na medida em que ela dura enquanto o proprietário, por ato direto ou indireto de vontade, quiser titulá-la.

Exemplo de propriedade resolúvel, a seu turno, é a fiduciária. Trata-se da mais corriqueira forma de resolução da propriedade. Por ela, o devedor aliena ao credor um bem, sob a condição de voltar a titular a propriedade quando pagar a dívida no vencimento. O credor fiduciário titula a propriedade resolúvel do bem porque o implemento da condição — isto é, o pagamento pontual da obrigação garantida pelo devedor — importa o término de seu direito real (Cap. 49, item 3).

Encontram-se também exemplos de propriedade resolúvel no fideicomisso, na doação com reversão e no contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda (Gonçalves, 1979:151/205). No fideicomisso, o testador

define para quem a herança ou legado deve ser transmitido quando do falecimento do herdeiro ou legatário (CC, art. 1.951). Se *Antonio*, ao legar uma casa a *Benedito*, estipula que, na morte deste último, o bem será transmitido a *Carlos*, opera-se o fideicomisso. A propriedade de *Benedito*, fiduciário, é resolúvel (art. 1.953), porque deixa de existir com o implemento da condição de sua morte antes da de *Carlos*, fideicomissário. Por sua vez, na doação com reversão, o doador estabelece que, se sobreviver ao donatário, o bem doado retorna à sua propriedade (art. 547). Nesse caso, a propriedade do donatário sobre o bem se resolve com o implemento da condição de falecer antes do doador. Finalmente, na retrovenda, o vendedor de imóvel reserva-se o direito de recobrar a propriedade do bem no prazo máximo de três anos, mediante a restituição do preço e o reembolso das despesas do comprador (art. 505). Nesse caso, o comprador titula a propriedade resolúvel da coisa objeto de contrato na medida em que a tempestiva declaração de vontade do vendedor corresponde ao implemento de condição resolutiva, em virtude da qual ela retorna ao seu antigo proprietário (cf. Fachin, 2003:319/320).

A resolução da propriedade implica também a dos direitos reais sobre ela concedidos antes do implemento da condição resolutiva (CC, art. 1.359). O sujeito em favor do qual se opera a resolução, em outros termos, recebe a propriedade plena do bem, livre de quaisquer ônus ou

limitações geradas por negócio jurídico celebrado com o proprietário anterior. Imagine que *Darcy* vendera uma fazenda a *Evaristo*, com cláusula de retrovenda, e este último, enquanto titulava a propriedade do bem, instituiria nele usufruto em benefício de seu pai, *Fabício*. Pois bem, se *Darcy* retomar a propriedade do bem, resolve-se não só a propriedade titulada por *Evaristo* como também o usufruto em favor de *Fabício*. O sujeito beneficiado pela resolução da propriedade pode, assim, reivindicar a coisa de quem quer que a possua ou detenha. *Darcy* pode, portanto, mover a ação reivindicatória contra *Fabício*.

Acaso a propriedade se resolva por causa superveniente, o possuidor se torna proprietário pleno da coisa, restando ao sujeito em favor de quem a resolução operaria apenas o direito de demandar o titular da propriedade resolvida (CC, art. 1.360). Note, mesmo a doação com reversão pode ser revogada por ingratidão, quando o donatário, por exemplo, atenta contra a vida do doador (art. 557, I). Nesse caso, a propriedade do donatário se resolve não pelo implemento da condição contida na cláusula de reversão — que, aliás, nem ocorreu, porque ele continua vivo —, mas por força do ato revogatório. Se, ao tempo em que o doador revogou a doação por ingratidão, o bem doado havia se transferido a terceiro, este não terá seus direitos prejudicados (art. 563). Quer dizer, o doador não retoma a propriedade da coisa e, assim, não a pode reivindicar do

terceiro adquirente, tendo unicamente a alternativa de demandar do donatário ingrato a indenização no valor da coisa doada (Beviláqua, 1934, 3:191).

A propriedade em geral é perpétua, porque termina apenas quando o proprietário quiser, ainda que por ato indireto de vontade.

Mas ela pode ser resolúvel, quando termina por força do implemento de condição ou causa superveniente.

O art. 1.360 do CC menciona, ao final, a hipótese de o sujeito em favor de quem a resolução se operaria reivindicar daquele cuja propriedade se resolveu “a própria coisa”, mas

não é possível aplicar essa parte da norma sem prejudicar os direitos do “possuidor” que ela visa preservar. A contradição em que incorre a norma é insuperável.

3. OS PODERES DO PROPRIETÁRIO

O direito de propriedade diz-se exclusivo ou excludente porque o seu titular dispõe dos meios legais para impedir que qualquer outra pessoa, contra a vontade dele, possa desfrutar, ainda que minimamente, da coisa. Se um bem pertence a determinado sujeito, isso significa que ninguém pode, contra a vontade do proprietário, extrair dele qualquer proveito, direto ou indireto, material ou moral. Claro que, concordando o titular do domínio com o uso ou fruição da coisa por outrem, não há nenhum desrespeito à natureza exclusiva do direito de propriedade. Mas a lei presume a exclusividade (CC, art. 1.231), de modo a imputar ao não proprietário interessado em extrair do bem qualquer proveito o ônus de provar a declaração de vontade do titular do domínio autorizando-o.

A exclusividade do direito alcança todos os poderes associados à propriedade. Esses poderes, enumerados no art. 1.228 do CC, são quatro: “usar, gozar e dispor da coisa”, bem como “reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Examine-se cada um deles em separado.

Usar. Esse poder significa o de desfrutar dos proveitos

diretamente proporcionados pelo bem. Quem mora numa casa a usa; o motorista que se locomove pela cidade num carro o está usando; uso o microcomputador quando arquivo nele as fotografias do churrasco com os amigos ou envio um correio eletrônico etc.

Não é ilimitado o poder de usar a coisa. Em primeiro lugar, deve amoldar-se à função social da propriedade, isto é, não acarretar o uso dado ao bem qualquer prejuízo aos interesses metaindividuais privilegiados pela ordem jurídica que o cercam. O dono de imóvel tombado, por exemplo, não tem o direito de o usar com atividades que exponham a risco sua estrutura ou estética. Além disso, deve o proprietário respeitar os direitos de vizinhança sempre que for desfrutar de seus bens, ainda que isso implique prejuízo ao aproveitamento que deles gostaria de ter. Ninguém titula o direito, por exemplo, de ouvir suas músicas em volume alto, por indiscutível que seja sua propriedade sobre os respectivos suportes (CD, MP3 etc.) e o equipamento de som. Outro exemplo: o proprietário é obrigado a tolerar a entrada do vizinho em seu imóvel, mediante prévio aviso, quando necessita reparar, construir, reconstruir ou limpar sua casa ou o muro divisório, ou ainda apoderar-se de coisas suas, como a bola chutada pela criança ou o animal (CC, art. 1.313). Dessas limitações pertinentes às relações vicinais tratarei mais à frente (Cap. 47).

Mas, principalmente, o direito de usar a coisa objeto de

propriedade não pode ser exercido abusivamente (CC, arts. 187 e 1.228, § 2º). Aquele que, ao usar bem de sua propriedade, tem a intenção de prejudicar outrem incorre em abuso de direito, que é ato ilícito. Se o uso emprestado ao bem não traz nenhuma utilidade ou comodidade ao proprietário e visa apenas amolar, perturbar ou causar danos a outra pessoa, extravasou-se o limite legal imposto pelo exercício regular do direito de propriedade. Em outros termos, o proprietário não tem o poder de usar abusivamente seus bens (Caps. 11, item 2, e 22, subitem 2.3).

Gozar. O poder de gozar (ou de *fruir*) o bem corresponde ao de explorá-lo economicamente, isto é, extrair dele frutos. Gozar é obter renda ou lucro da coisa. Frui do galpão, assim, o dono que o aluga; da fazenda, o que nela planta cana-de-açúcar; da granja, o que cria frango; do terreno baldio urbano, o que o emprega no desenvolvimento de atividade empresarial de prestação de serviços de estacionamento e assim por diante.

Tal como no exercício do poder de usar, o proprietário também não pode gozar a coisa desatento às limitações constitucionais e legais ou de forma abusiva. Não tem, desse modo, o direito de instalar indústria em imóvel urbano situado em zona residencial, caso em que estaria exercendo poder de proprietário sem atender à função social da propriedade; não pode, por outro lado, executar música no seu bar em volume incômodo à vizinhança, porque isso

significaria desrespeito ao direito ao sossego dos moradores dos prédios da redondeza; por fim, incorre em abuso de direito e, portanto, em ato ilícito se, ao alugar o prédio comercial, recusa a proposta do vizinho e, apenas para o prejudicar, aceita a de concorrente deste último feita em idênticas bases.

Em decorrência do poder de gozar inerente ao exercício do direito de propriedade, os frutos, em princípio, pertencem ao proprietário da coisa, mesmo quando dela apartados (CC, art. 1.232). A propriedade da coisa deixa de alcançar também a dos frutos apenas diante de expressa previsão legal que atribua os frutos a outrem — como no caso dos percebidos pelo possuidor de boa-fé (art. 1.214) ou no do usufrutuário (art. 1.394). Assim sendo, se o bem pertencente a uma pessoa encontra-se na posse de outra, que sabe não ser a dona (posse de má-fé, portanto), todos os frutos serão da propriedade da primeira; quer dizer, ao acolher a ação reivindicatória, o juiz deve condenar o possuidor de má-fé ao pagamento ao proprietário de indenização por todos os frutos percebidos enquanto resistira à entrega do bem.

Dispor. O terceiro poder sobre a coisa associado ao direito de propriedade é o de dispor dela. Abrange tanto, de um lado, o poder de destruir, total ou parcialmente, o bem objeto de propriedade, reformá-lo, fundi-lo ou em qualquer medida alterar-lhe a substância (*disposição material*) como, de outro, o de abandoná-lo, aliená-lo ou dá-lo em garantia

(disposição jurídica). O dono pode fazer da coisa o que quiser e bem entender, incluindo sua destruição física e o descarte ao lixo. Em princípio, o único senhor do interesse de manter ou conservar a coisa é o proprietário.

A função social da propriedade alcança igualmente o poder de dispor. O dono do suporte material de obra de arte culturalmente relevante, como um quadro de famoso pintor brasileiro, não o pode retaliar nem vendê-lo a comprador residente no exterior, porque estaria, nos dois casos, dispondo da propriedade em sentido diverso do cumprimento da função social: no primeiro, por comprometer a obra artística de importância para nossa cultura; no segundo, por tornar mais difícil a exibição do trabalho aos brasileiros. Veja que, se o quadro não tem nenhuma relevância cultural, o dono pode dele dispor como aos seus sapatos velhos, ainda que contrariando a vontade do pintor, já que nesse caso a propriedade cumpre unicamente a função individual (Cap. 52, item 7).

Também as demais limitações ao exercício do direito de propriedade constroem o poder de dispor a coisa. Muitas leis municipais, por exemplo, obrigam os condomínios de edificação a providenciarem a pintura exterior do prédio de tempos em tempos. É válida a exigência, não podendo o condomínio pretender exonerar-se de seu cumprimento escudando-se no poder de dispor materialmente da coisa. Abuso no exercício desse poder também torna ilícita a

conduta do proprietário. Se, no exemplo acima, do quadro sem valor cultural, o pintor propõe recomprá-lo, o proprietário não pode mais destruir o bem, porque se o fizesse estaria praticando ato de pura emulação. A destruição não traria ao proprietário proveito econômico nenhum, e por isso receber o preço oferecido pelo artista, por menor que seja, representaria inegável ganho. Se o dono insistir na desmaterialização do suporte, estará fazendo isso apenas com o objetivo de prejudicar o pintor, transgredindo o limite imposto pelo art. 1.228, § 2º, do CC.

Reivindicar. Por último, tem o proprietário o poder de reivindicar o bem das mãos de quem injustamente o possui ou detém. Como assentado no exame da posse (Cap. 42, subitem 4.3), o direito de propriedade não pode ser objeto de autotutela. Se o dono pretender tomar diretamente a coisa que lhe pertence, esse comportamento será coibido pela ordem jurídica. O possuidor, valendo-se da ação possessória, poderá legitimamente rechaçar a iniciativa do proprietário e conservar a coisa em suas mãos enquanto não for decidida pelo juiz, *na subsequente ação petítória*, a questão do domínio. A reivindicação da posse da coisa pelo titular da propriedade, assim, é feita necessariamente por meio de processo judicial.

O poder de reivindicar a coisa *não* existe quando ela consiste em área extensa na qual possuidores de boa-fé, em número expressivo, realizaram obras ou serviços de

relevância social ou econômica, sempre que a posse deles durar mais de 5 anos (CC, art. 1.228, § 4º). É o caso, por exemplo, da favela erguida em imóvel particular de extensão considerável. Se o dono não o reivindica no prazo referido de 5 anos, perde esse poder sobre a coisa. Garante-lhe a lei, nessa hipótese, o direito à justa indenização, a ser paga, em princípio, pelos possuidores interessados em adquirir a propriedade do bem (§ 5º). Enquanto o dono não recebe o pagamento da indenização fixada pelo juiz, ainda é ele o titular da propriedade; mas o seu direito é restrito por não ter o poder de reivindicar a coisa. Noto que não cuidou a lei aqui de mais uma hipótese de usucapião, e sim de uma limitação ao direito de propriedade conjugada com a de venda compulsória do bem.

Os poderes associados ao direito de propriedade são quatro : usar (desfrutar, aproveitar), gozar (fruir, explorar economicamente) e dispor (destruir, abandonar ou alienar) da coisa, bem como reivindicá-la de quem injustamente a possua ou detenha (buscar em juízo a ordem de imissão na posse do bem).

Os poderes do proprietário, como dito e repetido, não são ilimitados. Pelo contrário, enfrentam limites ditados pela ordem jurídica, por meio de normas constitucionais ou legais (subitem 3.1), ou por negócio jurídico celebrado pelo proprietário (subitem 3.2).

3.1. Limitações constitucionais e legais

As limitações ao direito de propriedade erguidas pela ordem positiva (em normas constitucionais ou legais) visam atender a dois valores distintos. De um lado, há limitações que privilegiam os interesses transindividuais (coletivos ou difusos) ou públicos. O proprietário é constrangido em seus poderes de usar, gozar, dispor da coisa ou reivindicá-la de quem a possui ilegítimamente, ou é até mesmo privado deles, para que prevaleça interesse tido pelo Direito como de maior envergadura, por afetar um número considerável de pessoas ou a sociedade indistintamente. A perda do poder de reivindicar a coisa decretada pelo § 4º do art. 1.228 do Código Civil, vista acima, é exemplo dessa categoria de limitações normativas ao direito de propriedade. De outro lado, a ordem positiva estatui limitações com o objetivo de amparar interesses privados, de outros proprietários. Os direitos de vizinhança exemplificam-nas.

A algumas das limitações derivadas de norma jurídica já se tem feito referência desde o início do exame do direito de propriedade. Convém retomá-las aqui, com o objetivo de apresentar o tema de forma sistemática. As principais limitações dessa categoria são cinco:

a) *Função social*. Para alguns tecnólogos, a função social da propriedade não pode ser vista como uma limitação ao exercício do direito titulado pelo proprietário. Ela seria, na visão deles, elemento estrutural desse direito (Silva, 1990:254). A rigor, essa discussão tem relevância meramente

ideológica. Os pensadores de inspiração liberal tendem a ver a função social como limite ao direito, procurando caracterizá-la como acessória e temporária. Os limites, nessa perspectiva, podem ser flexibilizados ou reduzidos, a fim de que a propriedade ilimitada encontre brechas para reaparecer. De outro lado, os de inspiração neoliberal ou socialista afirmam a função social como elemento da estrutura do direito de propriedade porque a querem definitivamente incorporada ao instituto. Sob o ponto de vista tecnológico, isto é, da definição das pautas para nortear a superação de conflitos de interesses relacionados à matéria, é um tanto indiferente a qualificação dada à função social, se limitação ou elemento estrutural. Nas duas hipóteses, se determinado uso da propriedade não se admitir por incompatível com a função social, pouco importa se nisso foi extrapolado um limite imposto pela ordem jurídica ou desconsiderada a estrutura do direito. Tal uso não se admite e pronto.

A limitação do direito de propriedade ligada à realização da função social enraíza-se, como já mencionado, na Constituição Federal. Tanto na disciplina dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII) como na dos princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), o constituinte referiu-se a ela. Disso decorrem algumas consequências sensíveis: a lei que limitar o exercício do direito de propriedade não será inconstitucional se visar,

com a restrição, garantir o atendimento à sua função social; na interpretação teleológica de norma legal, o atendimento à função social do direito de propriedade é argumento decisivo para explicitar-lhe o conteúdo; mesmo não existindo na lei previsão de certa limitação ao direito de propriedade, se ela for indispensável ao atendimento da correspondente função social, vigorará a restrição por força da aplicação direta dos preceitos constitucionais indicados.

No Código Civil, a função social da propriedade emerge do disposto no art. 1.228, § 1º, primeira parte: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”. Apesar de não mencionar o conceito, a lei ordinária prevê nesse dispositivo uma limitação ao direito de propriedade que traduz igual noção: as “finalidades econômicas e sociais” da propriedade são as alcançadas quando atendida sua “função social”. Note que a segunda parte do dispositivo apresenta modestíssimo rol de aspectos em que se manifesta o exercício do direito de acordo com suas finalidades econômicas e sociais. Ao preceituar que devem ser “preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, o Código Civil evoca alguns dos principais valores concretizados pelo atendimento da função social da propriedade.

A função social da propriedade é conceito jurídico bastante largo, em que se abriga, a rigor, a justificativa para toda e qualquer restrição aos direitos dos proprietários, exceto os destinados a privilegiar os interesses privados de outros proprietários. Em vista de tal amplitude, limitações ditadas pelo zoneamento, tombamento, proteção ao patrimônio histórico e cultural, legislação sobre níveis de ruídos e tantas outras, bem como a supressão do poder de reivindicar a posse de área extensa ocupada por número significativo de possuidores de boa-fé, também encontram seus fundamentos últimos no instituto da função social da propriedade.

b) Desapropriação e requisição. A desapropriação é a transferência compulsória da propriedade do particular para o Estado (ou ente estatal) com o objetivo de atender a interesse público de natureza permanente. Pressupõe a prévia e justa indenização do proprietário e se executa mediante acordo com este ou decisão judicial. Já a requisição de coisa corpórea diz respeito ao seu uso, que passa temporariamente ao Estado, que dela precisa para prevenir ou combater perigo público iminente. É, por sua essência, autoexecutável, e a indenização, se houver, será paga posteriormente ao ato requisitório (cf. Mello, 1980:711/716 e 750; Meirelles, 1964:561/568 e 590). O Código Civil lembra essas hipóteses de limitações ao direito de propriedade no § 3º do art. 1.228, mas a matéria é objeto de

estudo pelo direito administrativo.

c) *Limitações administrativas.* As limitações administrativas não se confundem com a desapropriação e requisição. Em primeiro lugar, porque delas não decorre nenhuma transferência (do direito de propriedade ou de qualquer dos poderes a ele associados) do particular para o Estado. Além disso, não são indenizáveis, não fazendo o administrado jus a qualquer compensação pecuniária pelas restrições que experimenta no exercício de seu direito de propriedade. Nas limitações administrativas, finalmente, a constrição tem natureza geral e alcança todos os proprietários encontráveis na situação descrita pela norma jurídica, enquanto a desapropriação e a requisição são atos direcionados à limitação da propriedade titulada por sujeitos determinados (cf. Meirelles, 1964:593/596). Assim, quando norma jurídica estabelece o rodízio de automóveis no centro da cidade, proibindo, de acordo com o dia da semana, a circulação dos veículos portadores de placa com certos finais, estabelece uma limitação administrativa. O dono do automóvel não pode questionar a proibição invocando seu direito de propriedade, nem faz jus a qualquer indenização pelos transtornos que experimenta.

Os exemplos de limitações administrativas são extensos, compreendendo desde as relacionadas à ordenação urbana (zoneamento, limites de ruídos, trânsito de veículos) até as vocacionadas à proteção da saúde pública, segurança,

preservação do patrimônio histórico e cultural (tombamento), sustentabilidade ambiental e outros valores cultivados pela sociedade.

d) Direitos de vizinhança. As limitações à propriedade estabelecidas pelo Código Civil com vista a coordenar os direitos dos proprietários foram reunidas nessa categoria. O respeito aos direitos de vizinhança constrange o exercício dos poderes de proprietário não em função de interesses transindividuais ou públicos que visam a coisa objeto da propriedade. Essa limitação visa garantir (ou pelo menos estimular) a convivência a mais harmoniosa possível entre os proprietários de imóveis lindeiros. Dos direitos de vizinhança cuidarei adiante (Cap. 47).

Entre as limitações ao direito de propriedade abrigadas em preceito normativo, constitucional ou legal, encontram-se as ligadas ao atendimento da função social, desapropriação, requisição e a coibição ao seu exercício abusivo.

e) *Coibição ao abuso do direito de propriedade.* Para encerrar a lista das limitações ao direito de propriedade fundadas em preceito normativo, relembro a coibição, abrigada no art. 1.228, § 2º, do CC, aos atos de emulação. Como qualquer outro direito, o da propriedade deve ser exercido sem abuso. Quem usa, goza ou dispõe da coisa de modo que não lhe traz nenhum proveito, comodidade ou utilidade incorre em ato ilícito se causar prejuízo a outrem. A teoria do abuso de direito inspirou-se em casos judiciais relacionados ao exercício irregular do direito de propriedade. Um dos mais famosos foi o caso *Clément-Bayard*: um fazendeiro do interior da França, vizinho do hangar de

construtor de dirigíveis, ergueu, nos limites de sua fazenda, uma estranha divisória, consistente em altas colunas de madeira encimadas por varas de ferro pontiagudas. A divisória em nada aproveitava ao fazendeiro, embora pusesse em sério risco as manobras com os dirigíveis do vizinho. A justiça francesa considerou que o fazendeiro não estava exercendo seu direito de propriedade com o objetivo de satisfazer interesse sério e legítimo (Cap. 11, item 2). Semeada no campo do exercício do direito de propriedade, a teoria do abuso de direito alargou seu alcance e, atualmente, se encontra em diversos outros ramos jurídicos.

3.2. Limitações negociais

O exercício do direito de propriedade pode também ser limitado por declaração de vontade dos sujeitos envolvidos. A obrigatoriedade dessas limitações funda-se no negócio jurídico que prevê sua instituição. Subdividem-se em três categorias as limitações negociais.

Limitações reais. Nessa hipótese de limitação negocial, o negócio jurídico visa criar um direito real incidente sobre a coisa objeto de propriedade, mas titulado por outra pessoa que não o proprietário. São diversos os institutos que importam limitações de direito real ao exercício dos poderes de proprietário: usufruto, hipoteca, servidão, promessa de venda etc. Ao instituir o usufruto, por exemplo, o proprietário abre mão temporariamente de poderes

substanciais sobre a coisa, tais o de usar e fruir. Eles são transferidos ao usufrutuário. A limitação real, por derivar da declaração de vontade do titular do domínio, terá a duração estabelecida no negócio jurídico que visa instituí-la. No seu transcurso, o proprietário conserva no patrimônio o poder de dispor juridicamente do bem e o de reivindicá-lo de terceiros que ilegítimamente o possua ou detenha.

Limitações convencionais. Em negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais podem as partes assumir obrigações que correspondem a restrições no exercício do direito de propriedade. Quando o dono do imóvel celebra contrato de locação, transferindo ao locatário o uso ou gozo da coisa, ele se despoja momentaneamente dos poderes correlativos. Submete-se igualmente às limitações contratadas o proprietário de lote em convenção firmada pelos vizinhos, ao aderir às regras de construção ou uso estabelecidas de comum acordo para o local (cf. Meirelles, 1961:66/69).

Quando convencional, a limitação negocial não é propriamente matéria de estudo do direito das coisas, mas do das obrigações. Quer dizer, nesse caso, a inobservância da limitação implica o inadimplemento de obrigação contratual. Os legitimados a reclamar são, então, exclusivamente os sujeitos vinculados ao mesmo negócio jurídico, aos quais a lei abre as alternativas de exigir sua execução forçada em juízo ou pleitear o desfazimento do

vínculo negocial, sempre com direito a indenização pelos danos sofridos (CC, art. 475).

Negócios jurídicos também são fonte de limitações ao direito de propriedade. Desde contratos, como o de locação, em que o proprietário transfere temporariamente ao locatário os poderes de uso e fruição do bem, até a imposição pelo testador da cláusula de inalienabilidade sobre o bem testado, a vontade do titular do domínio cria ou contribui para a criação duma restrição aos seus direitos de proprietário ou aos de outrem.

Limitações-encargos. Por fim, situadas como que numa zona intermediária entre as convencionais e as reais, encontram-se as limitações que acompanham atos de liberalidade e configuram encargos a serem suportados pelos seus beneficiários. São as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, que os testadores e doadores podem estipular nos testamentos e doações. Somente nos negócios jurídicos gratuitos se admitem tais formas de limitações. Elas têm o sentido de encargo porque reduzem o âmbito da liberalidade praticada pelo testador ou doador. Para terem plena eficácia, as limitações-encargos devem ser averbadas no registro imobiliário (Pereira, 1970:103/106).

Pela cláusula de inalienabilidade, o beneficiário (donatário, herdeiro ou legatário) está impedido de transmitir a outrem o bem recebido por liberalidade; a de incomunicabilidade obsta a comunicação ao cônjuge, independentemente do regime de bens do casamento; pela de impenhorabilidade, por fim, ficam os credores privados do direito de executar seus créditos sobre o bem clausulado. A instituição da cláusula de inalienabilidade pelo testador ou doador implica também a incomunicabilidade e impenhorabilidade do bem (CC, art. 1.911). Quer dizer, impondo o sujeito que pratica a liberalidade a inalienabilidade da coisa, mesmo que se omita quanto à incomunicabilidade e impenhorabilidade, tais limitações

também vigoram.

Quando a alienação do bem clausulado for economicamente conveniente ao proprietário, ele pode requerer autorização judicial para a promover. O produto da venda, porém, deverá ser empregado na aquisição de outros bens, que ficarão igualmente clausulados. Quer dizer, a inalienabilidade, incomunicabilidade ou impenhorabilidade sub-rogam-se nos novos bens (CC, art. 1.911, parágrafo único).

4. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE

Classifica-se a aquisição da propriedade por pelo menos cinco critérios.

a) Segundo a natureza da coisa. Por esse critério, são diversos os modos de aquisição da propriedade imobiliária, de um lado, e mobiliária, de outro. A natureza do bem objeto do direito de propriedade, se imóvel ou móvel, define os modos possíveis de aquisição.

Os típicos da propriedade imobiliária são o registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis (a hipótese mais corriqueira) e a acessão (derivada da alteração da realidade física do imóvel), que pode ser natural (mudança do curso do rio, por exemplo) ou industrial (construção de prédio) (Cap. 44, item 3).

Já os modos típicos de aquisição da propriedade mobiliária são a tradição (entrega efetiva, simbólica ou ficta

do bem), ocupação (apropriação de coisas sem dono), achado de tesouro (em terra firme), especificação (transformação de matéria-prima em espécie nova) e a mistura de coisas pertencentes a pessoas diferentes, por confusão (quando líquidas), comistão (sólidas) ou adjunção (justaposição de coisas) (Cap. 45, item 1).

Há um único modo de aquisição comum aos bens imóveis e móveis, que é a usucapião, em que o titular da posse, atendidas certas condições da lei, adquire a propriedade do bem depois de o possuir por muito tempo.

b) Segundo o fundamento ou título. A aquisição da propriedade pode fundar-se tanto em negócio jurídico, bilateral ou unilateral, como em fato jurídico. O comprador de bem imóvel ou móvel adquirirá a sua propriedade — respectivamente após o registro da escritura no Registro de Imóveis ou a tradição — com fundamento num negócio jurídico bilateral, o contrato de compra e venda de que participou. O beneficiário de testamento — também após o atendimento dos requisitos específicos do modo de adquirir cada tipo de bem — será titular de direito de propriedade fundado num negócio jurídico, mas desta vez unilateral, que é o testamento. Quem usucape a coisa, por fim, adquire propriedade fundada em fato jurídico, o decurso do tempo.

Sob a vigência do Código Beviláqua, identificar a aquisição da propriedade com o contrato ou com o modo (registro ou tradição) era uma questão de implicações

relevantes para as partes da relação negocial. Para alguns tecnólogos, o consentimento dos contratantes era suficiente para a transmissão do domínio, sendo o registro no Registro de Imóveis ou a tradição do bem móvel apenas *condições de efetividade* da declaração negocial expendida (por todos, Bessone, 1996:167/168). A maioria da tecnologia, contudo, entendia que para a aquisição da propriedade era insuficiente o consentimento, uma vez que a transmissão da propriedade se operava necessariamente pelo registro ou tradição (por todos, Dantas, 1944:203). A implicação relevante da discussão residia na hipótese de o vendedor recusar a outorga da escritura ou a entrega da coisa. O Código Beviláqua, lembro, previa como consequência do inadimplemento contratual apenas a rescisão do contrato com direito a indenização por perdas e danos em favor do contratante adimplente (CC/16, art. 1.092, parágrafo único). O comprador, diante da recusa do vendedor em cumprir sua obrigação de transferir o domínio da coisa, podia somente reclamar a indenização dos danos sofridos, mas nunca o bem objeto de contrato. Cabia então discutir se a propriedade não teria sido transmitida com o contrato, porque, em caso positivo, ao comprador estaria aberta a possibilidade de reivindicar a coisa mesma, e não somente a de postular o ressarcimento dos prejuízos. Como a maioria da doutrina considerava adquirida a propriedade apenas com o registro ou a tradição, e não com o contrato, então o vendedor

inadimplente continuava proprietário do bem objeto do negócio inadimplido, não tendo o comprador nenhum direito sobre ele, muito menos real.

O Código Reale mudou significativamente o direito das obrigações na disciplina das implicações do inadimplemento contratual, e, ao fazê-lo, desqualificou a questão debatida no campo dos direitos reais. Desde janeiro de 2003, o comprador pode reivindicar a coisa do vendedor com base no art. 475 do CC, que assegura ao contratante a execução específica do contrato inadimplido. Vale dizer, se o vendedor hoje recusar a outorga da escritura do imóvel ou a entrega do bem móvel, o comprador pode optar entre a resolução do contrato ou seu cumprimento, sem prejuízo, em qualquer caso, das perdas e danos a que tem direito. Em suma, por força da consagração da regra geral da execução específica dos contratos, é absolutamente indiferente para a superação do conflito de interesses relacionado ao inadimplemento da compra e venda por parte do vendedor decidir em que momento se transfere a propriedade — se no consentimento *ou* no registro ou tradição. Qualquer resposta que se dê a essa questão conduz atualmente ao mesmo resultado, quando em foco as relações entre as partes do contrato.

Veja que, no direito positivo brasileiro, o negócio jurídico *nunca* transmite a propriedade da coisa. Ele pode ser o fundamento da aquisição — um possível pressuposto necessário, mas não suficiente —, mas a propriedade

adquirir-se-á, via de regra, pelo registro do título aquisitivo (se o bem é imóvel) ou pela tradição (se móvel). Enquanto não verificado o modo peculiar de aquisição da propriedade, para todos os efeitos, inclusive perante terceiros, o vendedor ainda é o titular do domínio. Claro que o comprador, em optando por exigir em juízo o cumprimento do contrato de compra e venda, obterá o suprimento da vontade do vendedor na outorga da escritura relativa ao imóvel *ou* a busca e apreensão do bem móvel para fins de lho entregar, tornando-se, então, o seu novo proprietário. A regra geral da execução específica dos contratos inadimplidos não significa que o comprador passou a titular sobre o bem objeto de contrato de compra e venda um direito real, muito menos o de propriedade. A mudança operada no direito das obrigações retirou a importância de certa discussão doutrinária cultivada no direito das coisas, mas não alterou este último.

A afirmação, portanto, de que certo sujeito se tornou dono de algo por ter contratado sua compra corresponde a noção imprecisa perante a ordem positivada (tanto antes como depois da entrada em vigor do Código Reale) — uma noção de sentido meramente figurativo. Por vezes, uma simplificação de finalidades didáticas — preferir frases como “*o bem adquirido pelo comprador*” a “*o bem que o comprador pretende adquirir*” — facilita (para o autor) a redação do texto e (para o leitor) sua compreensão, sem

grandes prejuízos à precisão conceitual.

c) *Segundo a filiação*. De acordo com esse critério, a aquisição da propriedade pode ser *originária* ou *derivada*. A aquisição originária é aquela em que o adquirente não tem, com o proprietário anterior do bem, nenhuma relação jurídica que fundamente a aquisição. A usucapião é exemplo típico. O possuidor adquire a propriedade independentemente da existência ou não de relação jurídica com o seu titular anterior; e independentemente da natureza de relação, se existente. Também são modos originários de aquisição da propriedade a ocupação e a acessão. Já a aquisição derivada consiste na transmissão do direito de um proprietário a outro. Dá-se a filiação, inexistente na originária. O melhor exemplo é o registro do título ou a tradição de bem objeto de contrato de compra e venda. Adquirem igualmente de modo derivado o herdeiro e o legatário.

Em suma, na aquisição originária, o antigo proprietário não transfere ao novo a propriedade. Na derivada, opera-se tal transferência.

Essa classificação é importante porque quem adquire pelo modo originário não sofre nenhuma consequência por atos do antigo titular da propriedade. Se alguém adquire bem por modo derivado, o negócio jurídico pode ser desconstituído uma vez caracterizada, por exemplo, a fraude contra credores. O adquirente perderá a propriedade em razão do ato do alienante. Mas na aquisição originária, por

não existir filiação, isto é, qualquer relação jurídica entre o antigo e o novo proprietário, tal implicação descabe. O credor de quem perdeu a propriedade em razão da usucapião nenhum direito de crédito tem contra o novo proprietário do bem.

d) *Segundo a amplitude.* Essa classificação contempla a aquisição *a título singular e a título universal*. Na primeira, opera-se a transferência da propriedade de um ou alguns bens individuados do patrimônio do alienante para o do adquirente; na segunda, transfere-se o patrimônio como um todo, com a totalidade de seus ativos, direitos e obrigações. Quem titula propriedade fundada em contrato de compra e venda adquire a título singular. Já o herdeiro, na sucessão por falecimento do antigo titular da propriedade, adquire os bens herdados a título universal. Também dão ensejo à aquisição a título universal as operações de incorporação e fusão de pessoas jurídicas. A incorporadora adquire o patrimônio da incorporada e a resultante da fusão o das fusionadas, configurando essa espécie de aquisição.

A natureza do bem adquirido, aqui, é em tudo irrelevante. Universalidades, como o estabelecimento empresarial, podem ser objeto de aquisição a título singular ou universal. Quem celebra trespasse adquire o estabelecimento a título singular, enquanto, numa incorporação de sociedade empresária, a incorporadora é seu adquirente a título universal.

A aquisição da propriedade classifica-se em: (a) imobiliária e mobiliária, segundo a natureza imóvel ou móvel do bem adquirido; (b) derivada ou originária, caso exista ou não relação jurídica entre o antigo e o novo proprietário; (c) negocial ou factual, conforme o fundamento da aquisição resida em negócio ou fato jurídico; (d) a título singular ou universal, em razão do alcance; (e) a título gratuito ou oneroso.

Aqui também a implicação da classificação diz respeito à imputabilidade ao adquirente de consequências de atos praticados pelo alienante. Nesse caso, a imputação diz respeito especificamente às obrigações do antigo titular da propriedade. Quem adquire patrimônio passa a titularizar todos os seus elementos, incluindo os passivos. O credor do alienante pode demandar o cumprimento da obrigação do adquirente a título universal; mas nenhum direito tem de exigir o seu adimplemento do adquirente a título singular.

e) *Segundo a onerosidade ou gratuidade.* Por fim, a aquisição da propriedade pode ser a título oneroso ou gratuito. Naquele, quem adquire a propriedade paga ao alienante o valor entre eles acertado; neste, não existe tal pagamento. A aquisição da propriedade fundada em compra e venda é a título oneroso, porque o comprador somente cumpre o contrato pagando ao vendedor o preço. Já a fundada em doação ou sucessão hereditária é aquisição a título gratuito (Bessone, 1996:165/166).

A PROPRIEDA IMOBILIÁRI

1. A PROPRIEDADE DE BENS IMÓVEIS

Dispor de um lugar para ficar, dormir, proteger-se do frio e guardar coisas corresponde a uma das mais básicas e primitivas necessidades humanas. Talvez por essa razão, a propriedade imobiliária tem sido considerada, em nossa sociedade, uma das conquistas mais importantes que homens e mulheres podem almejar. Além disso, muitos veem

nela a mais relevante forma de riqueza e privilegiam o investimento em bens imóveis. Ser dono da casa ou apartamento em que mora é, ademais, fonte de segurança psicológica. Em suma, tamanha é a importância que tem e se dá à propriedade imobiliária que o direito não poderia deixar de dispor sobre o assunto de modo particular. Quanto mais relevante (econômica, social e psicologicamente falando) for certo bem, mais intrincados tendem a ser os conflitos de interesses relativos ao seu desfrute. Em consequência, maior atenção ao tema deve dar o Direito.

O conceito doutrinário tradicionalmente adotado para bens imóveis dá destaque ao comprometimento da sua integridade no caso de transporte. Imóvel é o bem que não se consegue transportar sem destruir (Beviláqua, 1934, 1:261). Essa forma de conceituar a classe de bens, contudo, não é satisfatória. O solo, imóvel por excelência, não se transporta. Remover a terra de um campo para depositar em outro certamente não é mudar o solo de lugar. Ele continuará onde sempre esteve, mesmo que esburacado. Outro bem que inegavelmente pertence à categoria dos imóveis, a casa, pode ser transportada sem perda de integridade (CC, art. 81, I). A lei reproduziu, indiretamente, esse conceito, ao definir a classe oposta, ou seja, os móveis, mencionando a inalterabilidade da substância ou destinação econômico-social no caso de movimento (CC, art. 82). Ao tratar dos imóveis, porém, foi sábia em limitar-se a listá-los.

O solo e tudo o quanto se incorpore a ele, natural ou artificialmente, são imóveis (CC, art. 79). Mas a categoria não se exaure nesses bens. A lei classifica determinados direitos como bens imóveis. São os direitos reais e ações sobre bens imóveis e os relacionados à sucessão aberta, independentemente da natureza das coisas deixadas pelo falecido (art. 80, I e II). O objetivo buscado com essa equiparação é estender a tais direitos as formalidades e garantias legalmente instituídas para a proteção dos interesses que cercam a propriedade imobiliária.

Imóveis são os bens listados no art. 82 do CC: o solo e tudo quanto se lhe incorpora, natural (plantações) ou artificialmente (construções). Além deles, também são imóveis os direitos reais correspondentes (isto é, incidentes sobre bens imóveis) e os relacionados à sucessão aberta, mesmo que o espólio seja composto exclusivamente por bens móveis.

Sobre a propriedade imobiliária, convém estudar a questão da extensão vertical (item 2), sua aquisição (item 3) e perda (item 4), bem como os empreendimentos imobiliários

(item 5).

2. EXTENSÃO VERTICAL

Em 1945, Thomas Lee e Tinie Causbys, fazendeiros da Carolina do Norte, pleitearam no Judiciário a cessação de voos sobre sua propriedade, provando inclusive que estavam tendo prejuízo econômico. As galinhas deles aparentemente se assustavam tanto com o barulho de aviões militares voando a baixa altitude que punham menos ovos; e algumas delas chegavam até mesmo a morrer na desesperada tentativa de fugir do galinheiro. O fundamento do pleito era a vetusta doutrina do direito de propriedade imobiliária, assente na *common law*, que adotava por limites aéreos “*the periphery of the universe*”. A causa foi aceita pela Suprema Corte. Mas, ao julgá-la, os juízes evidentemente afastaram a antiga concepção e negaram qualquer direito aos Causbys de impedir o tráfego aéreo sobre sua fazenda (Lessig, 2004:1/13). Também nos direitos de filiação românica, no passado, considerava-se que o direito de propriedade imobiliária se estendia para cima até as estrelas, e para baixo até o centro do planeta — *qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad inferos*.

Esse critério começou a se mostrar imprestável quando as inovações tecnológicas e científicas possibilitaram a exploração econômica do espaço aéreo e, de forma mais intensiva, do subsolo. Para nós, hoje, parece natural que o

avião possa cruzar os céus independentemente de qualquer autorização (ou remuneração) dos muitos proprietários dos imóveis situados abaixo de seu trajeto. Do mesmo modo, o metrô pode construir e explorar suas linhas férreas no subsolo indiferente a quem seja o dono do imóvel acima. Ninguém pensaria em reclamar em juízo algum tipo de compensação pecuniária pelo trânsito de aeronaves sobre seu bocado de terra, ou de trens sob ele.

A extensão vertical da propriedade imobiliária é atualmente definida em função do interesse do proprietário. Diz a lei que “a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las” (CC, art. 1.229). Não vai a propriedade imobiliária, portanto, até os confins do universo e ao centro da Terra, mas somente até onde for útil aos interesses do seu titular. Ninguém pode, por exemplo, erguer sobre os imóveis vizinhos ao meu (um de cada lado) enormes plataformas e uni-las por uma ponte alguns metros acima do telhado de minha casa. Como tenho interesse na preservação da insolação e, ademais, posso vir a ter o de construir prédio mais alto, a união das tais estruturas lesa meu direito de propriedade e configura mesmo esbulho da posse que exerço sobre o imóvel.

O espaço aéreo é, assim, bem público. Sua utilização está obviamente sujeita à observância de normas administrativas: ninguém pode voar num balão a pequena distância de aeroportos, por exemplo. Não integra o espaço aéreo, portanto, a propriedade dos proprietários dos imóveis abaixo dele.

Em relação ao subsolo, alguns bens são expressamente excluídos da extensão vertical da propriedade do solo. Quer dizer, mesmo que eventualmente alcançados pelo interesse do proprietário, tais bens, quando encontrados no subterrâneo, não lhe pertencem. São as jazidas, minas e demais recursos minerais, bem como os monumentos arqueológicos (CC, art. 1.230).

Assim como o potencial de energia hidráulica, os recursos minerais são todos da propriedade da União, por força de norma constitucional (CF, arts. 20, VIII e IX, e 176). Sua exploração econômica cabe não ao proprietário do solo correspondente, mas sim àqueles empresários a quem a União outorgar, por concessão ou autorização, o correspondente direito. Ao titular da propriedade do solo cabe uma participação nos resultados dessa exploração (CF, art. 176, § 2º), equivalente a 50% do valor devido ao Poder concedente pela concessão ou autorização da lavra (Código de Mineração, Dec.-Lei n. 227/67, art. 11). Desse modo, se alguém encontrar em sua propriedade rural uma fonte de água quente, não pode construir ao redor um parque de

diversões aquáticas com o objetivo de explorar atividade turística. Embora o solo seja de sua propriedade, a fonte pertence à União. Para levar adiante o projeto, ele deve obter, respeitadas as normas legais aplicáveis, o direito de lavra da fonte.

Os monumentos arqueológicos não pertencem ao proprietário do solo, mas igualmente à União, também em decorrência de previsão constitucional (CF, art. 20, X). Não pertencerá, assim, ao titular da propriedade do solo o sítio arqueológico descoberto sob os alicerces da residência nele erguida. Claro, caso o Estado considere oportuno pesquisar o sítio ou expô-lo ao público, o proprietário será indenizado pelo prejuízo imposto ao seu patrimônio. Mas não lhe cabe nenhum direito sobre o monumento, seja de usá-lo, fruí-lo ou dele dispor.

A propriedade de imóvel se estende para cima e para baixo do solo na medida do que for útil ao interesse do proprietário.

As jazidas, minas e demais recursos minerais, assim como os monumentos arqueológicos encontrados no subsolo, pertencem à União.

Os recursos minerais do subsolo só pertencem ao proprietário deste quando puderem ser empregados diretamente na construção civil, isto é, sem transformação industrial (CC, art. 1.230, parágrafo único). A areia, pedra e água do subsolo podem ser, assim, usadas pelo dono do terreno na construção de casa no local.

3. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Há três grandes modos de aquisição da propriedade imóvel. Em primeiro lugar, a *usucapião*, consistente no exercício de posse durante certo tempo do bem, atendidas as condições da lei (subitem 3.1). Em segundo, o *registro do título*, que corresponde ao modo mais usual na atualidade (subitem 3.2). Por fim, a aquisição por *acessão*, que deriva de fatos jurídicos relacionados à transformação física do bem imóvel. A acessão pode derivar de fatores naturais (subitem 3.3) ou de ação humana (subitens 3.4 e 3.5).

3.1. Aquisição por usucapião

A ordem jurídica parece sempre desconfortável com a situação em que o bem é da propriedade de um sujeito, mas se encontra na posse de outro, sem que o primeiro saiba dela ou tenha com ela concordado. Se a propriedade se expressa pelos poderes de usar, fruir e dispor da coisa, sua posse em mãos alheias acaba por esvaziar aquele direito. De um lado, quem está em condições de usar, fruir e, em certo sentido, até mesmo dispor da coisa não é o seu proprietário; de outro, o titular do direito de propriedade está privado dos poderes que a lei lhe assegura — daí o aparente desconforto da ordem jurídica. Parece que a situação de fato não corresponde aos dizeres da norma.

Por outro lado, é racional, econômico e justo que a posse reiterada de uma pessoa sobre certo bem, quando ninguém se opõe a essa situação, implique a atribuição ao

possuidor do direito de propriedade. Como afirmado no estudo da prescrição, o decurso do tempo consolida situações jurídicas (Cap. 12). A aquisição da propriedade por meio da usucapião importa essa consolidação. Por ter a posse da coisa, sem contestação, por muito tempo, o possuidor torna-se seu proprietário. Esvai-se, então, o desconforto da ordem jurídica.

O tempo exigido pela lei para a aquisição da propriedade por usucapião não precisa corresponder necessariamente ao da posse do adquirente. Admite-se a *accessio possessionis* (ou *accessio temporis*), isto é, a soma de tempos de posses sucessivas, desde que revestidas das mesmas características (CC, art. 1.243). Como entende a jurisprudência, é indispensável à soma dos prazos que os possuidores sucessivos tenham transferido a posse da coisa um para o outro. Não tendo havido nenhum negócio jurídico entre o possuidor anterior e o posterior, não se caracteriza a sucessão (Theodoro Jr., 1991:417/421).

A lei faculta ao possuidor que atende às condições legais estabelecidas para usucapir o bem imóvel requerer em juízo a declaração da existência de seu direito; após obtê-la, poderá levar a sentença judicial a registro no Registro de Imóveis (CC, art. 1.241 e parágrafo único). A ação de usucapião, destaque, é declaratória, porque basta o atendimento dos requisitos estabelecidos na lei para que o possuidor adquira desde logo a propriedade da coisa. A

declaração por sentença judicial, bem como o registro desta no Registro de Imóveis, visam apenas *facilitar* a prova do direito de propriedade. De outro lado, por não ser constitutiva a ação, a usucapião pode ser alegada também como matéria de defesa em reivindicatória.

A propriedade imobiliária adquire-se por usucapião quando a posse atende às características da lei e perdura, de forma contínua e pacífica, pelo prazo nela previsto.

Não podem ser adquiridos por usucapião os imóveis públicos (CF, arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único). Os bens públicos são imprescritíveis para que o interesse particular do possuidor não venha a se sobrepor ao da coletividade. Quem possui imóvel que integra o patrimônio de pessoa jurídica de direito público, por mais tempo que nele

permanença, nunca adquirirá o domínio.

3.1.1. Posse geradora de usucapião

Em todas as espécies de usucapião, há três elementos comuns à posse: continuidade, inexistência de oposição e a intenção de dono do possuidor. São os elementos que, aliados aos requisitos próprios de cada espécie (subitem 3.1.2), caracterizam a posse que dá ensejo à aquisição do imóvel por usucapião; a chamada posse *ad usucapionem*.

Não ocorre a usucapião se a posse não foi ininterrupta ao longo de todo o período necessário à aquisição da propriedade. A posse, para gerar a usucapião, não pode ter sofrido a menor descontinuidade, ainda que brevíssimo o interregno entremeado. Se o possuidor, por sua vontade, deixa o imóvel por algum tempo, em princípio perderá o direito de o adquirir contando o prazo anteriormente transcorrido. Vindo a possuí-lo novamente, recomeça a correr o lapso temporal. Somente se tiver negociado a transferência da posse para alguém e depois voltar a adquiri-la (do antigo adquirente ou de um sucessor negocial dele), a descontinuidade não se configura, em vista da admissão da soma dos prazos de posses sucessivas (subitem 3.1.3).

E, se o possuidor foi forçado a abandonar o imóvel, isto é, a interrupção deu-se contra a sua vontade, também fica desfigurada a posse geradora de usucapião, ainda que venha a retomá-la depois. A desfiguração não ocorre, aqui,

tanto pela descontinuidade, que não pode ser imputada ao possuidor, mas em razão do outro elemento indispensável à caracterização da posse *ad usucapionem*: a inexistência de oposição. Se o possuidor perdeu a posse contra sua vontade, ela não era pacífica.

A posse contestada não dá ensejo a usucapião. A origem da oposição é irrelevante — proveniente do proprietário ou de terceiros, perde o possuidor o direito de usucapir o imóvel, se sua posse é objeto de contestação. Assim, se o possuidor tem ou teve de defender sua posse, diretamente (autotutela) ou por meio judicial (interditos possessórios), de esbulhos ou turbações praticados contra ela, ou mesmo se o proprietário do imóvel a reivindica, não poderá adquirir-lhe a propriedade por usucapião.

Esses dois elementos se justificam em vista das finalidades da usucapião. O objetivo do instituto, como se viu, é consolidar uma situação de fato que existe há considerável tempo. Se a posse não é contínua, por ter experimentado lapsos em que deixou de ser exercida, ou se há quem a ela se oponha, então carecem os fatos da persistência e tranquilidade que tornem justa sua consolidação.

Para gerar usucapião, a posse deve ser contínua, sem oposição e exercida com a intenção de titular a propriedade.

A intenção de possuir o imóvel como um proprietário (*animus domini*) é o terceiro requisito indispensável à configuração da posse *ad usucapionem*. Por ele objetiva a lei, em primeiro lugar, descartar a hipótese de usucapião pelo detentor (empregado ou preposto do possuidor) ou por quem tem o uso ou a fruição do imóvel em razão de negócio jurídico celebrado com o proprietário (locatário, usufrutuário, comodatário etc.).

Além disso, se não tinha o possuidor a intenção de ter a coisa como se fosse o dono, tampouco existirá qualquer situação de fato correspondente ao direito de propriedade que reclame consolidação. O possuidor desprovido de *animus domini*, que não age como dono da coisa, está disposto a entregá-la ao proprietário tão logo instado a fazê-lo. A situação de fato em que se encontra não se incompatibiliza com o exercício, pelo titular do domínio, do

direito de propriedade.

3.1.2. *Espécies de usucapião*

Variam nas espécies de usucapião os requisitos legalmente estabelecidos para a aquisição da propriedade pelo sujeito titular da posse contínua e mansa. Em alguns casos, diverso é o tempo exigido para dar-se a usucapião; noutros, a natureza da posse. Há também espécie sujeita a requisitos relacionados ao bem usucapido e seu aproveitamento econômico. São, nesse contexto, sete as espécies de usucapião imobiliária:

a) *Usucapião extraordinária geral*. Nessa espécie de usucapião, exige-se o decurso do prazo de 15 anos (CC, art. 1.238). São irrelevantes, aqui, as características específicas da posse. Desde que apta a gerar a usucapião, a posse pode ser de má-fé e sem justo título. Também pouco importa se o possuidor deu ao imóvel algum aproveitamento econômico ou não, se nele mantinha sua residência ou uma simples cabana de pesca. Essa é a hipótese mais ampla de usucapião, destinada a consolidar em direito de propriedade a situação de fato surgida com *qualquer* tipo de posse.

b) *Usucapião extraordinária abreviada*. Quando o possuidor mora no imóvel ou nele realiza obras ou serviços produtivos, o prazo para a usucapião extraordinária baixa para 10 anos (CC, art. 1.238, parágrafo único). Para se beneficiar do abreviamento do prazo, o possuidor deve ter

estabelecido no imóvel sua residência. Não se exige tenha sido ele o construtor do prédio, mas que tenha fixado ali sua moradia habitual. Também se beneficia da redução o possuidor que tenha dado ao imóvel uma finalidade econômica útil, por meio de obras ou serviços produtivos. É o caso, por exemplo, do possuidor que constrói coberturas no imóvel possuído para nele explorar a atividade de estacionamento de veículos.

c) Usucapião ordinária geral. Na usucapião ordinária, exige-se da posse que ostente duas características específicas. Ela deve ser de boa-fé e com justo título. Quer dizer, o possuidor deve ignorar os obstáculos à regular aquisição da propriedade e demonstrar a existência dum negócio jurídico (contrato de compra e venda, doação, beneficiário em testamento etc.) na origem de sua posse. Quando atendidos esses pressupostos, o prazo para a aquisição da propriedade será de 10 anos (CC, art. 1.242).

d) Usucapião ordinária abreviada. A lei reduz o prazo da usucapião ordinária para 5 anos (CC, art. 1.242, parágrafo único) quando presentes duas circunstâncias concomitantes. A primeira diz respeito à aquisição onerosa do bem, com base em registro do Registro de Imóveis que vem a ser posteriormente cancelado. Para atender a essa condição, o possuidor deve ter pago pela coisa a quem parecia ser, pelo constante do Registro de Imóveis, o verdadeiro proprietário do bem. A segunda está relacionada

à destinação dada ao imóvel. Para que se beneficie do prazo menor, o possuidor deve ter fixado no local sua moradia (ainda que não habitual) ou feito nele um investimento com importância social ou econômica.

e) Usucapião especial de imóvel rural. Quando o imóvel é rural e mede menos de 50 hectares, o prazo para a usucapião é de 5 anos quando o possuidor a tornou produtiva com o seu trabalho ou de sua família. É necessário, ademais, que o possuidor não seja proprietário de nenhum outro imóvel, urbano ou rural (CF, art. 191; CC, art. 1.239). Essa espécie é também denominada “usucapião *pro labore*”, porque pressupõe que o possuidor tenha com o seu esforço pessoal e de seus familiares dado à terra rural alguma destinação econômica (explorando nela agricultura, pecuária, granja, fruticultura etc.).

f) Usucapião especial de imóvel urbano. Também é de 5 anos o prazo de usucapião quando o imóvel urbano tem até 250 metros quadrados e é usado como moradia do possuidor ou de sua família. Nesse caso, também é indispensável, para a aquisição da propriedade, que o possuidor não seja dono de nenhum outro imóvel, urbano ou rural (CF, art. 183; CC, art. 1.240; Estatuto da Cidade, art. 9º). Como se destina o instituto a amparar interesses da população de baixa renda, tanto a norma constitucional como as ordinárias limitaram o reconhecimento do direito à usucapião especial de imóvel urbano a certo possuidor por uma só vez.

g) *Usucapião especial coletiva*. Na usucapião especial coletiva, o imóvel urbano mede mais que 250 metros quadrados e está na posse de pessoas de baixa renda, não sendo possível discriminar a porção ocupada por cada família. Nesse caso, a exemplo do exigido para as outras usucapiões especiais, os possuidores não podem ser proprietários de qualquer imóvel, urbano ou rural. Essa espécie de usucapião dá origem a um *condomínio* entre os possuidores. Seu prazo é, também, de 5 anos (Estatuto da Cidade, art. 10 e seus parágrafos).

De início, a usucapião pode ser extraordinária, quando não depende de boa-fé e justo título, ou ordinária, quando depende.

No primeiro caso, o prazo para usucapir é de 15 anos. Mas, se o imóvel serve de moradia habitual do possuidor ou abriga obras ou serviços produtivos por ele

serviços produtivos por ele realizados, reduz-se para 10 anos.

No segundo, o prazo é de 10 anos, abreviado para 5 quando tiver sido adquirido onerosamente com base em registro imobiliário posteriormente cancelado, desde que o imóvel tenha servido de moradia do possuidor ou recebido investimentos de relevância social ou econômica.

Além dessas espécies, existe a usucapião especial, em que o prazo para usucapir é sempre de 5 anos. Ela pode dizer respeito a imóvel rural (tornado produtivo pelo trabalho do possuidor) ou

urbano (quando serve à sua moradia), bem como beneficiar um conjunto de moradores de baixa renda.

Relembrando, em qualquer espécie de usucapião, incluindo as previstas na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), para ocorrer a aquisição do imóvel, a posse deve atender aos requisitos acima indicados: ser contínua, sem oposição e exercida com intenção de dono (subitem 3.1.1).

3.1.3. Usucapião e prescrição

Refere-se à usucapião também pela expressão *prescrição aquisitiva*. Em comum com a prescrição das pretensões, que as extingue (CC, arts. 189 a 206), há o transcurso do tempo como fator de *mutação* de direitos. Nos dois institutos, altera-se o titular do direito. Se o credor deixa de cobrar o devedor durante certo lapso temporal, o direito do primeiro de cobrar em juízo seu crédito desaparece; mas concomitantemente nasce o direito do devedor de não ser cobrado judicialmente pela obrigação. Na usucapião, o

possuidor adquire o direito de propriedade sobre a coisa possuída, enquanto o seu antigo titular o perde. O objeto da prescrição, contudo, varia segundo seja extintiva ou aquisitiva: naquela, extingue-se a pretensão do sujeito prejudicado pelo passar do tempo; nesta última, o sujeito beneficiado pelo transcurso do tempo adquire o direito de propriedade. Abstraida a diferença de objetos, a questão se reduz à ênfase conferida a um ou outro aspecto da mutação dos direitos — o desaparecimento no caso da prescrição extintiva e o surgimento, no da usucapião.

A proximidade entre os institutos da usucapião e da prescrição extintiva permite à lei estender ao possuidor as disposições sobre as causas que obstat, suspendem ou interrompem a prescrição, equiparando-o ao devedor (CC, art. 1.244). Por exemplo, sendo menor de 16 anos o proprietário do imóvel, o prazo da usucapião fica suspenso (ou não é iniciado) até que ele alcance essa idade; isso porque contra os absolutamente incapazes não corre a prescrição (CC, art. 198, I).

Usucapião é um caso de prescrição (aquisitiva), isto é, mutação de direitos em decorrência do decurso do tempo.

3.2. Registro do título

A propriedade imobiliária, por sua relevância, é objeto de disciplina jurídica extremamente formal. Dono de certo imóvel é o sujeito identificado como tal no registro imobiliário, e nenhum outro. A formalidade extremada visa conferir a mais absoluta segurança à definição do titular do direito de propriedade, quando imóvel o seu objeto. Em consequência, a regra geral de aquisição da propriedade imobiliária é o registro do título translativo no Registro de Imóveis (CC, art. 1.245) (Diniz, 1997).

Se adquirir um imóvel, celebrarei com o proprietário dele um contrato de compra e venda. Esse contrato terá obrigatoriamente a forma de escritura pública, quando o valor do bem ultrapassar 30 salários mínimos (CC, art. 108), e poderá ter a de instrumento particular, se valer menos. A

outorga da escritura ou assinatura do documento privado não é suficiente para a transmissão da propriedade. Nem sequer a completa execução do contrato, com o pagamento do preço avençado e entrega da posse, bastará para que adquira a propriedade do bem. Apenas o registro do título de transmissão no Registro de Imóveis opera a transferência do bem do patrimônio do alienante para o do adquirente. Somente essa específica formalidade importa a aquisição da propriedade pelo comprador. Enquanto não for providenciado o registro, o alienante continuará sendo o dono do imóvel (art. 1.245, § 1º).

Todo imóvel se encontra sob a circunscrição de um Cartório de Registro de Imóveis, e, em princípio, a cada um corresponde uma matrícula. O número da matrícula nada diz sobre sua localização ou características. Isso porque, em 1973, quando a lei instituiu a figura registrária, determinou que fossem abertas as matrículas segundo a ordem cronológica dos registros que se fizessem a partir de sua vigência. Quer dizer, há imóveis ainda sem matrícula; são aqueles sobre os quais não se constituiu nenhum novo direito real desde aquele ano. Para os que, nesse período, foram objeto de qualquer registro imobiliário, abriu-se a correspondente matrícula. Nela, procede-se aos atos previstos no art. 167 da Lei n. 6.015/73, que são os registros (de compra e venda, permuta, instituição de hipoteca, sentença declaratória de usucapião, incorporação, partilha

no inventário etc.) e averbações (cancelamento de hipoteca, cláusula de inalienabilidade, contrato de locação, sentenças de separação judicial ou divórcio etc.) concernentes ao bem. O Cartório não pode praticar nenhum ato registral além dos expressamente elencados nesse dispositivo.

A eficácia do registro imobiliário se projeta desde a prenotação do título no livro de protocolo (CC, art. 1.246; Lei n. 6.015/73, arts. 173, I, e 182), tendo o Cartório, em regra, os 30 dias seguintes para lançá-lo na matrícula do imóvel. Desse modo, se o adquirente apresenta hoje ao Cartório de Imóveis a escritura pública de compra e venda de certo apartamento, esse órgão registrário, após a conferência formal e inicial do documento, prenota-o mediante lançamento no livro de protocolo. Daqui a alguns dias, irá registrar na matrícula correspondente a alienação. Para todos os efeitos, a propriedade se transmitiu hoje, dia da prenotação, e não no futuro, quando do registro.

A importância do registro imobiliário é considerável. Mas não se pode descartar que ele, como qualquer outro ato humano, pode estar equivocado. Qualquer que seja a causa — fraude ou lapso accidental —, pode ocorrer de o constante dos assentamentos do Registro de Imóveis não corresponder à verdade. Quando for esse o caso, o prejudicado pode reclamar a retificação (pelo próprio Cartório) ou anulação (em juízo), dependendo das circunstâncias (CC, art. 1.247). Assim, se, por exemplo, o

registro menciona como adquirente pessoa diversa da referida como tal pela escritura de compra e venda, bastará ao interessado requerer a retificação pelo próprio órgão registrário, que, alertado para o equívoco em que incorreu, deve corrigi-lo de ofício (Lei n. 6.015/73, art. 213, I, *a*). Se, outro exemplo, alguém com documentos falsos apresenta-se ao tabelião de nota fazendo-se passar pelo proprietário de certo imóvel e a escritura de venda e compra então lavrada é levada a registro, resta ao lesado apenas a via judicial. Provando a fraude, obterá em juízo a invalidação da escritura e do registro.

Quando, por força da retificação ou anulação do registro imobiliário, outro sujeito de direito passa a ser identificado na matrícula como o real proprietário do bem, terá ele direito à reivindicatória, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente (CC, art. 1.247, parágrafo único). Imagine que *Antonio* é proprietário de um terreno, segundo consta da respectiva matrícula. *Benedito*, fazendo-se passar por ele mediante a exibição de documentos falsos de identidade, vende o imóvel a *Carlos*. A escritura é levada a registro. *Carlos* revende o terreno a *Darcy*. Os dois estão de boa-fé, por desconhecerem a falsificação perpetrada por *Benedito*. Pois bem. Uma vez registrada a escritura correspondente a esta última venda, vem *Antonio* a ter conhecimento da fraude de que foi vítima. Depois de obter em juízo a invalidação das escrituras e registros

mencionados, ele reivindica de *Darcy* a posse do terreno. É dele o direito, mesmo sendo *Darcy* possuidor de boa-fé dotado de justo título. Claro, *Darcy* e *Carlos* têm direito de regresso contra *Benedito*, pelos prejuízos que experimentaram.

O modo mais usual de aquisição da propriedade imobiliária é o registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis. “Quem não registra não é dono” — diz um sábio brocardo popular.

Note-se que, enquanto tramita a ação de invalidação do registro e não se procede ao seu cancelamento, proprietário do bem será aquele que a matrícula correspondente apontar como titular da propriedade (CC, art. 1.245, § 2º). No exemplo acima, a menos que Antonio tenha obtido algum provimento cautelar ou antecipatório que impeça novos registros e

averbações, Darcy pode exercer em relação ao terreno em questão todos os direitos de proprietário, inclusive os de oneração e disposição.

3.3. Acesso natural

O bem imóvel pode “aumentar” por razões naturais ou pelo trabalho humano. Quando um rio naturalmente muda seu curso, o antigo leito torna-se pedaço de chão agregado à propriedade de alguém. Também se agrega, com sua construção, o prédio ao solo. Nesse caso, verifica-se a aquisição da propriedade por acessão, isto é, por união ou incorporação de algo ao bem objeto do direito. São cinco as hipóteses de aquisição por acessão, listadas no art. 1.248 do CC: formação de ilhas, aluvião, avulsão, abandono de álveo e plantações ou construções. As quatro primeiras são fatos jurídicos caracterizados por ato da natureza (*acessão natural*), examinada neste subitem; a derradeira da lista deriva de intervenção humana (*acessão industrial*) e será estudada nos próximos subitens.

a) Formação de ilhas. No leito de correntes (rios, riachos, córregos, ribeirões, canais etc.) podem se formar naturalmente ilhas. Estas pertencerão ao titular do domínio sobre a corrente. Se no rio que passa pela fazenda de uma sociedade empresária agropecuária se forma uma pequena ilha, a pessoa jurídica proprietária do imóvel rural será também a da ilhota. A questão resolve-se, inicialmente, pela

simples identificação do titular da propriedade da corrente aquática que abriga a nova formação terrestre.

De acordo com o Código de Águas (Dec. n. 24.643/34 — CA), são de domínio público as ilhas formadas em águas públicas, e, de domínio privado, as surgidas em águas privadas (art. 23). Segundo esse mesmo diploma legal, a navegabilidade ou fluviabilidade da corrente confere-lhe o caráter de bem público (art. 2º). Assim, se o riacho é navegável ou fluviável, não pertencerá ao particular, ainda que nasça e deságue nos limites de uma propriedade privada. Apenas a corrente inútil à navegação ou flutuação pertence aos particulares. Os rios públicos são da União ou dos Estados, observado o critério constitucional de repartição. Quer dizer, pertencem à União os existentes em terrenos de seu domínio, banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, nasçam ou se estendam a território estrangeiro (CF, art. 20, III). Os demais rios públicos pertencem aos Estados em que se situam (art. 26).

Quando a ilha se forma em corrente privada em que cada margem pertence a proprietário ou proprietários diferentes, a lei estabelece o critério para a atribuição da propriedade ou sua repartição entre eles. Desse modo, deve-se traçar uma linha dividindo o *álveo* — que é “a superfície que as águas cobrem sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto”, segundo a definição do art. 9º do CA — pela metade. Se a ilha se formou no espaço entre essa linha e uma

das margens, ela pertence ao proprietário ou proprietários dos imóveis ribeirinhos fronteiros dessa mesma margem (CC, art. 1.249, II; CA, art. 23, § 2º). Se a linha atravessar a ilha, ela é dividida proporcionalmente às testadas entre os proprietários dos imóveis ribeirinhos das duas margens, considerando-se as porções situadas entre a linha e cada uma das margens (CC, art. 1.249, I; CA, art. 23, § 1º).

Para simplificar, considere um trecho do rio absolutamente reto com a distância de 10 metros entre suas margens. Na margem direita, o terreno ribeirinho fronteiro pertence a *Evaristo*; na esquerda, a *Fabício*. Se nesse rio se forma uma ilha absolutamente circular, com 2 metros de diâmetro à distância de 2 metros da margem direita, ela pertencerá inteiramente a *Evaristo*. Se tiver 4 metros de diâmetro e formar-se à distância de 3 metros de cada uma das margens, porções iguais da ilha pertencerão a *Evaristo* e *Fabício*. Se tiver os mesmos 4 metros de diâmetro, mas formar-se àquela distância de 2 metros da margem direita, a porção equivalente aos 3 metros de diâmetro à direita da ilha pertence a *Evaristo* e o restante, a *Fabício*.

Quando a ilha se forma por desdobramento de novo braço de rio, ela continua a pertencer ao proprietário do imóvel à custa do qual se constituiu (CC, art. 1.249, III; CA, art. 24). Se o rio do exemplo anterior aos poucos invade as terras de *Fabício* e acaba formando um braço, nada da ilha será da propriedade de *Evaristo*. Note-se que, sendo esse

desdobramento navegável ou fluutuável, tornar-se-á público o domínio dessas águas se o particular cujas terras se transformaram em corrente for indenizado previamente (CA, art. 24, parágrafo único).

b) Aluvião. Aluvião é o acréscimo sucessivo e imperceptível derivado de depósito e aterro naturais às margens das correntes ou por desvios das águas destas. É o acrescentamento insensível vagarosamente feito pelo rio às suas margens (Monteiro, 2003:111). Esse processo importa, por óbvio, a diminuição do álveo e o aumento da terra ordinariamente seca. Os acréscimos pertencem aos proprietários dos terrenos marginais, pelos quais não devem qualquer indenização. Havendo em tais terrenos prédios de proprietários diferentes, reparte-se a aluvião entre eles proporcionalmente às testadas de cada um sobre a antiga margem (CC, art. 1.250; CA, arts. 16 a 18).

As aluviões se classificam em próprias ou impróprias, correspondendo as primeiras aos acréscimos por depósito ou aterro, e as últimas ao afastamento de águas que torna descoberto parte do álveo. Essa classificação, porém, é desprovida de qualquer interesse jurídico, posto serem idênticas as consequências tanto de uma quanto de outra categoria. Quer dizer, seja a aluvião própria ou imprópria, os proprietários dos imóveis das margens se beneficiam do aumento físico das porções de terra.

Alguns tecnólogos admitem a figura da aluvião artificial,

isto é, não proveniente de ação da natureza, mas de obra humana (Viana, 2004:141/142). Não concordo com essa forma de entender a questão. Os acréscimos artificiais (o aterro de corrente ou do mar feito pelo homem, por exemplo) não são aluvião. Tampouco o Código das Águas assim os define, ao disciplinar os acréscimos artificialmente formados em águas públicas ou dominicais (art. 16, §§ 1º e 2º). Ou seja, o proprietário de terreno situado à margem de uma corrente (se não for também o dono dela) não tem o direito de o ampliar por depósito ou aterro para depois reivindicar a propriedade do acréscimo, sob a alegação de que se trata de aluvião. Se o fizer, estará incorrendo em esbulho possessório. A aluvião, assim, é sempre um processo natural (Monteiro, 2003:113).

c) *Avulsão*. Por avulsão se entende o processo natural violento em que uma parte de terra se destaca de uma propriedade para se juntar a outra. Ao contrário da aluvião, que é lenta e imperceptível, a avulsão é brusca e visível. Ademais, a avulsão se processa por justaposição ou mesmo sobreposição, ficando em qualquer dos casos sujeita à mesma disciplina jurídica. Os imóveis envolvidos no processo natural não precisam estar necessariamente separados por corrente hídrica. Se, durante uma forte chuva, ocorre grande desmoronamento, considerável volume de terra pode ser transferido de uma propriedade para outra. Nesse caso, também ocorre avulsão.

Note-se que se trata de aquisição de propriedade

imobiliária. Em outros termos, só ocorre a acessão por avulsão quando se desprende especificamente uma porção de terra. Quando outras partes de imóveis se desmembram e alcançam propriedade alheia, elas são consideradas coisas perdidas (Cap. 45, item 3). Nesse sentido, se uma inundação derruba certo cômodo de um prédio e leva tijolos, madeiras, esquadria, telhas e outros bens a ele incorporados na construção, o titular do imóvel em que eles forem parar não os pode adquirir por acessão. Deve, ao contrário, restituir incontinenti esses bens ao seu proprietário (Gomes, 1958:156).

Quando verificada, o proprietário do imóvel desagregado tem o prazo decadencial de um ano, a contar da data da avulsão, para reclamar a porção de terra perdida. Feita a reclamação no prazo, abrem-se ao proprietário do imóvel ao qual ela se agregou duas alternativas: pagar a indenização ao antigo titular da parte acrescida, tornando-se o novo proprietário dela, ou permitir que ele a remova (CC, art. 1.251; CA, arts. 19 e 20). Perdido o prazo para reclamar a parte avulsa, ela é adquirida por acessão, independentemente do pagamento de qualquer indenização, pelo proprietário do imóvel ao qual está agregada.

d) Abandono de álveo. Se a corrente naturalmente abandona seu leito e abre novo curso sobre outras terras, diz-se que ocorreu abandono de álveo. Os proprietários dos imóveis lindeiros adquirem a propriedade da nova terra

ordinariamente seca, dividindo-as até o meio do antigo álveo. Eles não são obrigados a indenizar os proprietários dos imóveis inundados, tendo em vista que a aquisição e perda de propriedades derivaram exclusivamente de processo natural (CC, art. 1.252; CA, art. 26). Em retomando a corrente naturalmente o seu curso anterior, a propriedade imobiliária restitui-se ao estado anterior ao do abandono (CA, art. 26, parágrafo único); isto é, os que titulavam as terras que haviam sido inundadas voltam a ser proprietários delas e os que se tinham beneficiado pelo abandono perdem a titularidade sobre a porção de terra correspondente ao álveo retomado.

As hipóteses de acessão natural são quatro: formação de ilhas, aluvião (acréscimo imperceptível de terra), avulsão (acréscimo abrupto de terra) e abandono de álveo (desvio do curso do rio).

Quando o curso de uma corrente é artificialmente desviado, não se verifica a acessão. Se o desvio fez-se para atender ao interesse público, os proprietários do chão ocupado pelo novo álveo devem ser indenizados, e a nova terra ordinariamente seca correspondente ao antigo curso pertence ao Poder Público (CA, art. 27).

3.4. Plantações e construções

As plantações e construções existentes em certo imóvel presumem-se feitas pelo proprietário e à custa dele. Quer dizer, cabe a quem alega titular qualquer direito sobre as plantações e construções a prova de que o proprietário não as fez ou não as custeou (CC, art. 1.253). Em que hipótese, porém, alguém titula algum direito sobre plantaçoão ou construção em imóvel alheio? Isso se verifica sempre que o sujeito provar ter sido ela feita com suas sementes, plantas ou materiais. Ressalvo que, em princípio, a propriedade do recurso da plantaçoão ou construção (semente, planta ou material) é adquirida por acessão pelo dono do imóvel plantado ou construído; mas o proprietário do recurso pode ter algum direito de crédito em razão do emprego de bens de sua propriedade na plantaçoão ou construção.

O direito titulado pelo dono da semente, planta ou material empregado na plantaçoão ou construção em imóvel de outrem varia segundo diversas circunstâncias.

Em primeiro lugar, é necessário verificar se quem plantou ou construiu foi o dono do imóvel ou o da semente, planta ou material. Pode ter ocorrido de o proprietário do imóvel ter usado semente, planta ou material alheio em sua propriedade; mas pode também ter sido o caso de o dono da semente, planta ou material ter plantado ou construído no terreno de outrem. Em segundo lugar, deve-se considerar se os envolvidos estavam de boa ou má-fé. Abrem-se, então, as seguintes possibilidades:

1^a) Se o dono do imóvel empregou semente, planta ou material alheio na plantação ou construção, ele os adquire por acessão. Se agiu em boa-fé, porque acreditava legitimamente que o recurso empregado lhe pertencia, está obrigado a pagar ao dono da semente, planta ou material apenas o valor correspondente. Se, porém, estava de má-fé, porque não poderia legitimamente ignorar que o recurso empregado não era dele, além do valor da semente, planta ou material, deve pagar também a indenização (CC, art. 1.254).

2^a) Se o dono da semente, planta ou material emprega-os em plantação ou construção feita em imóvel que não lhe pertence, perde a propriedade do recurso para o proprietário do solo plantado ou construído. Se obrou em boa-fé, plantando ou construindo onde se imaginava autorizado a fazê-lo, terá o direito de ser indenizado, independentemente da boa ou má-fé do dono do imóvel; se agiu, contudo, de má-fé, não tem direito a nenhum pagamento, nem mesmo do

valor das sementes, plantas ou materiais perdidos, a menos que o dono do imóvel também tenha agido de má-fé (CC, art. 1.255).

3^a) Na hipótese anterior, se o valor da plantação ou construção for consideravelmente maior que o do imóvel plantado ou construído, o dono da semente, planta ou material tem o direito de adquirir o imóvel plantado ou construído, mediante o pagamento ao dono do valor correspondente. Se não chegarem a consenso relativamente ao valor a ser pago, o juiz arbitrará (CC, art. 1.255, parágrafo único).

4^a) Ainda na hipótese de alguém semear, plantar ou edificar em imóvel alheio, quando caracterizada a má-fé dos dois envolvidos, a propriedade da semente, planta ou material é adquirida por acessão pelo dono do imóvel, mas ele fica obrigado a ressarcir o valor desses recursos (CC, art. 1.256). Desse modo, se o titular da semente, planta ou material sabia que semeava, plantava ou edificava em imóvel alheio e o titular deste tinha conhecimento do que se passava, mas a nada se opunha, configura-se a má-fé dos dois sujeitos. Então, o proprietário do imóvel fica obrigado a pagar o valor da semente, planta ou material empregado na plantação ou construção para adquirir-lhe a propriedade por acessão.

Quando alguém planta ou constrói em imóvel alheio usando as sementes, plantas ou material próprio ou de terceiro, o dono do imóvel os adquire por acessão.

Também se verifica a aquisição da propriedade desses recursos por acessão quando o dono do imóvel planta ou constrói usando semente, planta ou material alheio.

Nesses casos, porém, dependendo da boa ou má-fé das pessoas envolvidas, o proprietário da semente, planta ou material terá direito de ser pago pela

perda da propriedade.

5^ª) Ademais, na hipótese de o plantador ou construtor não ser proprietário nem do recurso empregado (semente, planta ou material) nem do imóvel, verifica-se também a aquisição por acessão da plantação ou construção em favor do dono do solo. Se o plantador ou construtor tiver agido de boa-fé, o dono da semente, planta ou material tem o direito de ser indenizado. Ele poderá cobrar o ressarcimento do dono do imóvel se não puder havê-lo do plantador ou construtor (CC, art. 1.257 e parágrafo único).

3.5. Construção invasora

A acessão industrial pode se verificar, finalmente, quando uma construção invade parte de imóvel vizinho. Nesse caso, a aquisição da propriedade, quando se verifica, beneficia o construtor invasor. O proprietário do imóvel invadido, quando perde a porção invadida, tem direito de ser indenizado. São quatro situações a considerar:

1^ª) Se a construção erguida em imóvel próprio invade propriedade alheia, o construtor tem o direito de adquirir por acessão a porção invadida se reunidos os seguintes requisitos: (i) a invasão não ultrapassou um vigésimo do imóvel invadido; (ii) o construtor estava de boa-fé, ou seja, tinha motivos para acreditar não estar invadindo

propriedade alheia; (iii) o valor da construção excede o da parte invadida. Presentes essas condições, o construtor deverá pagar pela porção de terra adquirida e indenização, que inclua não só o valor desta como também a desvalorização da parte remanescente (CC, art. 1.258).

2^a) No caso anterior, se o construtor estava de má-fé, para que ele adquira por acessão a propriedade da porção (de até um vigésimo) do imóvel invadido, é necessário que o valor da construção seja *consideravelmente* superior ao da área da invasão e não seja possível demolir a parcela invasora do edifício sem prejuízo grave para o restante dele. Nesse caso, ademais, o valor da indenização será multiplicado por 10 (CC, art. 1.258, parágrafo único).

3^a) Agora, se a construção invade porção superior à vigésima parte do imóvel contíguo, estando de boa-fé o construtor, adquire ele a propriedade da área invadida, desde que pague indenização que inclua, além do valor desta área e da desvalorização do restante da propriedade, também a valorização do seu imóvel em função do acréscimo (CC, art. 1.259, primeira parte).

4^a) Por fim, na hipótese anterior, estando de má-fé o construtor, não ocorre nenhuma aquisição de propriedade por acessão. Ao contrário, ele é obrigado a demolir a obra invasora e pagar em dobro a indenização pelas perdas e danos (CC, art. 1.259, *in fine*).

Se o construtor de boa-fé invade imóvel vizinho, ele tem o direito de adquirir por acessão a porção invadida, mediante pagamento ao seu proprietário, desde que atendidas diversas condições previstas em lei, relacionadas à dimensão da invasão (se menor ou maior que a vigésima parte) e o valor da obra em relação ao da área indevidamente ocupada.

4. PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL

A propriedade imobiliária pode se perder absoluta ou relativamente. No primeiro caso, perece o próprio objeto da

propriedade, e, por isso, ninguém mais tem como titular qualquer direito sobre o imóvel. O incêndio com perda total ou desabamento do prédio exemplifica a perda absoluta da propriedade imobiliária (CC, art. 1.275, IV). Já no caso da perda relativa, a coisa é preservada, de modo a continuar apta a ser objeto da propriedade de algum sujeito de direito. Na perda relativa, no mais das vezes, o que se verifica, a rigor, é a simples mudança na titularidade do direito de propriedade sobre determinado imóvel. O proprietário anterior perde a propriedade para que um novo a adquira.

Em qualquer das hipóteses de aquisição de propriedade imobiliária referida ou examinada acima (item 3), ocorre simultaneamente a perda. Quando um sujeito adquire por usucapião certo terreno, o antigo proprietário o perde; no registro da escritura de venda e compra, enquanto o comprador adquire a propriedade, o vendedor a perde (CC, art. 1.275, I); se o dono do imóvel acrescido por avulsão opta por indenizar o do desagregado, o primeiro adquire a propriedade perdida por este último, e assim por diante.

Outras hipóteses de perda relativa de propriedade imobiliária encontram-se também listadas na lei: renúncia, abandono e desapropriação (CC, art. 1.275, II, III e V). Com esta última não se preocupa o direito civil. Trata-se da perda da propriedade por ato expropriatório do Poder Público, mediante prévia e justa indenização do desapropriado — matéria de estudo do direito administrativo (cf., por todos,

Perde-se a propriedade quando perece o bem, por renúncia do titular do direito ou sempre que algum outro sujeito de direito a adquire — por desapropriação, registro de título translativo, usucapião, acessão ou arrecadação de imóvel abandonado e vago.

O abandono de imóvel se configura, inicialmente, quando o proprietário manifesta a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio. Não exige manifestação formal, bastando para a caracterização do abandono, por exemplo, que o dono deixe de usar o bem para qualquer finalidade ou

mesmo de o conservar. A intenção de abandonar é, aliás, presumida pela lei de modo absoluto se o proprietário cessar quaisquer atos de posse e deixar de pagar os tributos incidentes sobre a propriedade imobiliária. Pois bem, decorridos 3 anos do abandono, se nenhuma outra pessoa se encontrar na posse do imóvel, ele pode ser arrecadado como bem vago pelo Município (ou pelo Distrito Federal) em que se encontre, quando for urbano, ou pela União, se rural (CC, art. 1.276 e §§ 1º e 2º). Torna-se, assim, o imóvel vago arrecadado um bem de domínio público do ente arrecadante, oportunidade em que o antigo titular da propriedade perde seu direito real.

Outra hipótese de abandono como forma de aquisição da propriedade está no art. 1.479 do CC. Nela, o adquirente de imóvel hipotecado que não assumiu o compromisso de pagar a obrigação garantida pela hipoteca pode, para exonerar-se de qualquer responsabilidade, abandonar o bem ao credor hipotecário. Este último adquire a propriedade e se extingue o direito real de garantia. Aqui, o abandono exige declaração expressa do titular da propriedade.

A renúncia à propriedade imobiliária, por sua vez, é negócio jurídico praticado pelo titular do direito real. Não se exterioriza por meros atos, como o abandono, mas pressupõe declaração expressa de vontade. Ela pode ser feita em benefício de pessoa determinada ou simplesmente veicular o despojamento, tornando a coisa de ninguém (*res nullius*). A

partir do registro da renúncia no Registro Imobiliário, opera-se a perda da propriedade pelo sujeito declarante. Não basta essa formalidade, porém, para que alguém concomitantemente adquira o mesmo bem. Se e enquanto o beneficiário da renúncia não manifestar, por ações ou declarações, a aceitação do imóvel, ele não adquire a propriedade. Além disso, quando a renúncia não nomeia qualquer beneficiário, ninguém adquire de imediato a propriedade perdida pelo renunciante. Apenas com o tempo, verificando-se a arrecadação do imóvel abandonado ou a usucapião, o bem passará a pertencer a outro sujeito de direito.

5. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

A propriedade imobiliária pode ser explorada economicamente de duas formas: *rendeira* e *empresarial*. Ao fazer a exploração econômica *rendeira* do bem, o proprietário o aluga e se contenta com os frutos do aluguel. Na exploração *empresarial*, o imóvel é insumo da atividade econômica. Nessa forma, abrem-se duas alternativas. Na primeira, o proprietário usa o imóvel como elemento de seu estabelecimento empresarial. É o caso, por exemplo, do fazendeiro dono da fazenda produtiva, do industrial proprietário do imóvel fabril, do comerciante titular do domínio da loja etc. Na segunda, o imóvel é o *objeto* da atividade econômica. O proprietário o comprou com objetivo

de revender com lucro. Explora, então, atividade característica de empresário do ramo imobiliário. É dele que vou tratar neste item.

Pensando economicamente, o lucro na negociação de imóveis em geral não surge do nada. Para que o valor do bem no ato da revenda seja maior que o despendido na compra, gerando o retorno esperado pela atividade empresarial imobiliária, é necessário que algo aconteça com o imóvel entre um e outro ato. Esse algo pode ser fato independente da atuação do proprietário, como o simples decurso do tempo, a urbanização ou industrialização do entorno ou a execução, nas vizinhanças, de obra pública viária. Aqui, o lucro na revenda do imóvel tem forte sentido especulativo, já que o proprietário nada agregou ao bem; lucrou por ter tido paciência, conhecimentos, inteligência ou esperteza.

Quando não é especulativo o lucro em negócio imobiliário, ele decorre da agregação de valor ao imóvel pelo empresário imobiliário. Em outros termos, origina-se da transformação física do bem, com vistas a torná-lo apto a atender as necessidades de consumidores. Os empreendimentos imobiliários são os vocacionados a produzir tal transformação. Compreendem desde a reforma de apartamentos antigos até a edificação de prédios residenciais ou comerciais.

Empreendimentos imobiliários são os que agregam valor ao imóvel, mediante sua transformação física, tais como loteamento, construção de edifícios, reforma etc.

Dos empreendimentos imobiliários serão estudados o loteamento (subitem 5.1), a incorporação (subitem 5.2) e o financiamento (subitem 5.3).

5.1. Loteamento

O loteamento é uma das espécies de parcelamento do solo urbano. Caracteriza-se pela divisão de imóvel grande (gleba) em porções destinadas à comercialização como bens autônomos para fins de construção de prédios (lotes), quando ocorrer a abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das existentes. Se a divisão da gleba em lotes

aproveita as vias de circulação existentes, o parcelamento denomina-se “desmembramento”. A regência da matéria encontra-se na Lei n. 6.766/79.

O empresário imobiliário dedicado ao ramo de loteamentos adquire imóveis de considerável dimensão, normalmente em área de expansão urbana, para o dividir em lotes. Define a parte da gleba em que será feita a implantação de novas vias de circulação (ruas, avenidas, praças) e os melhoramentos urbanos (posto de saúde, escola) e comunitários (área de lazer), que se tornarão bens públicos. Nisso reside a essência de sua atividade empresarial. Pode, porém, com o objetivo de agregar mais valor ao negócio, construir as vias de circulação, dando-lhes pavimento e guias, bem como providenciar a infraestrutura básica, representada pelos equipamentos urbanos de escoamento de águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar.

Não se confunde o loteamento com os chamados condomínios fechados, nos quais as vias de circulação eventualmente existentes são áreas de propriedade comum dos condôminos, e, como tais, continuam a ser propriedade privada; não se tornam públicas.

Adquirida a gleba, o empresário deve providenciar, em primeiro lugar, a aprovação administrativa do projeto de loteamento. O projeto deve atender às normas da lei federal

(os lotes não podem medir, por exemplo, menos de 125 m²; as áreas destinadas à circulação devem ser proporcionais à ocupação prevista para a região etc.) e municipal (sobre zoneamento, melhoramentos urbanos e comunitários etc.). A aprovação compete à Prefeitura, encarregada de conferir o atendimento dessas normas. Aprovado o projeto, o loteador deve, nos 180 dias seguintes, registrar o loteamento no Registro de Imóveis. Ultrapassado o prazo, caduca a aprovação administrativa do projeto e ele deve reiniciar o processo junto à Prefeitura.

No Registro de Imóveis, aferida a regularidade imobiliária do loteamento (quem o projeta é titular do domínio, pagou todos os impostos etc.), será feito o seu registro, com indicação de cada lote, averbação das alterações na gleba, abertura de ruas, praças e áreas livres, bem como dos equipamentos urbanos previstos. Desde a data desse registro, passam a integrar o domínio público do Município as partes da gleba a ele destinadas, enquanto a propriedade de cada lote remanesce no patrimônio do instituidor do loteamento. Esse registro e as averbações só poderão ser cancelados por ordem judicial ou a pedido do loteador, com a concordância da Prefeitura e dos adquirentes de todos os lotes objeto de contrato.

O loteamento consiste na divisão de grande imóvel urbano (gleba) em porções destinadas à comercialização como bens autônomos (lotes), em que parte daquele se torna via de circulação, área livre ou outro equipamento urbano ou comunitário do domínio do Município.

Para a comercialização dos lotes, é necessário o registro do loteamento no Registro de Imóveis, e este tem por pressuposto a aprovação administrativa do respectivo projeto pela Prefeitura.

A comercialização dos lotes só pode ter início depois de registrado o loteamento no Registro de Imóveis (Lei n. 6.766/79, art. 37). O desrespeito a essa regra, além de configurar prática de crime por parte do empresário, dá aos adquirentes dos lotes o direito de suspender o pagamento das prestações contratadas até a completa regularização do parcelamento.

5.2. Incorporação

Incorporação de imóveis é a atividade econômica de *organização* da construção de edificações compostas por unidades autônomas (Pereira, 1965:229/394). O incorporador pode ser também o construtor; é comum, porém, sua especialização nos aspectos comerciais do empreendimento imobiliário, ficando os construtivos a cargo de empresa de engenharia contratada pelo incorporador. Podem ser incorporados edifícios residenciais ou comerciais, assim como casas em condomínios fechados e quaisquer outros empreendimentos imobiliários. Destinam-se os imóveis incorporados à comercialização das unidades autônomas (apartamentos, escritórios, lojas etc.), não se caracterizando a incorporação quando comercializados sem divisão.

A lei se preocupa em tutelar os interesses dos adquirentes ou promitentes compradores de unidades

autônomas de prédio em construção, bem como dos cessionários de direitos referentes a elas ou à fração ideal do terreno em que será erguida a edificação; em suma, preocupa-se com o *consumidor*. De um lado, o incorporador precisa comercializar as unidades autônomas durante a construção — ou mesmo antes de seu início — para obter, com as prestações a serem pagas pelos consumidores, recursos financeiros que empregará no custeio do empreendimento. Vender o prédio *na planta* é fundamental para o empreendedor que não dispõe de capital próprio para custear a construção. Quanto mais recursos ele levantar mediante a comercialização das unidades autônomas, de menos financiamento precisará. Mas, nessa hipótese, parte dos riscos associados à construção é transferida aos consumidores. Durante a obra, muitas coisas podem acontecer, que retardam a conclusão ou até mesmo dificultam sua viabilização, como a falência do incorporador, por exemplo. O consumidor que compra apartamento ou escritório em prédio pronto não corre tais riscos, porque a obra está concluída; mas quem compra *na planta* expõe-se a eles. Por essa razão, aliás, o preço da unidade autônoma neste último caso costuma ser inferior ao que terá depois de finalizada a obra.

Preocupada com o consumidor, a Lei n. 4.591/64 impõe ao incorporador diversas obrigações e disciplina mecanismos de preservação de seus interesses.

O incorporador é o titular da propriedade do terreno em que será construída a edificação (ou de direito real ou pessoal que lhe assegure a aquisição da propriedade, lastreado em instrumento irrevogável e irrevogável) ou mandatário do proprietário (devendo, nesse caso, ser construtora ou corretor de imóvel). Sua identificação deverá permanecer ostensivamente no local da obra e constar de todos os anúncios e instrumentos negociais relativos ao empreendimento imobiliário. Não haverá construção de edifício composto de unidades autônomas destinadas à comercialização sem a obrigatória organização do empreendimento por um incorporador (Lei n. 4.591/64, art. 31 e seus parágrafos).

Antes de começar a comercializar o edifício, o incorporador é obrigado a arquivar no Registro de Imóveis, entre outros documentos, o projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades administrativas (em geral, a Prefeitura somente). Também deverá registrar o cálculo das áreas da edificação, discriminando a global (dimensão de todo o edifício), a comum (partes destinadas ao uso de todos os futuros condôminos, como entrada da garagem, portaria, salão de festas etc.) e a privativa (de cada unidade autônoma). Outros documentos que o incorporador deve registrar no Registro de Imóveis são o memorial descritivo da obra projetada, a discriminação da fração ideal correspondente a cada unidade autônoma, a declaração

sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à sua guarda. São os elementos a partir dos quais o Registro de Imóveis abrirá uma matrícula para cada unidade autônoma, tornando-a objeto de direitos reais específicos, inconfundíveis com os referentes às demais ou ao terreno.

Somente depois de arquivar esses documentos no Registro de Imóveis poderá o incorporador iniciar a comercialização das unidades autônomas (Lei n. 4.591/64, art. 32). Uma vez concluída a obra e obtida a licença de ocupação da Prefeitura (antigamente chamada *habite-se*), o incorporador deve requerer a averbação da construção no Registro de Imóveis, que abrirá para cada unidade autônoma a matrícula correspondente (art. 44).

Incorporador é o empresário do ramo imobiliário que organiza a construção de edificação composta de unidades autônomas destinadas à comercialização (apartamentos, escritórios, lojas

etc.).

Em atenção aos interesses dos consumidores, a lei imputa ao incorporador certos deveres, como o de registrar a discriminação das unidades autônomas no Registro de Imóveis (além de outros documentos) antes de dar início à sua comercialização.

Também em atenção a esses interesses, a lei autoriza que a incorporação seja feita em regime fiduciário, hipótese em que os direitos e obrigações relacionados ao empreendimento constituem um patrimônio do

constitua um patrimônio de afetação.

A incorporação pode ser feita, a critério do incorporador, em regime fiduciário. Isso significa que o terreno e as acessões de certo empreendimento, bem assim os direitos e obrigações a ele vinculados, ficam separados do patrimônio do incorporador enquanto não concluída a obra. Pelo regime fiduciário de incorporação, atenua-se o risco dos consumidores associados à falência do incorporador. Se ela for decretada, os bens do patrimônio de afetação responderão somente pelas obrigações ligadas ao respectivo empreendimento. Esse regime preserva de contaminação cada incorporação, impedindo que o insucesso de um ou alguns negócios imobiliários prejudique a regular continuidade e conclusão dos que foram bem-sucedidos.

Imagine, para ilustrar, que um incorporador está organizando dois empreendimentos: o *Mansão das rosas*, prédio residencial de apartamentos de alto padrão, e o *Mall World*, edifício comercial.

Considere, em primeiro lugar, que nenhum dos dois empreendimentos é feito em regime fiduciário. Nesse caso, todos os direitos e obrigações do incorporador, além da

propriedade dos terrenos e acessões do *Mansão das rosas* e do *Mall World*, integram um só patrimônio. Acontece que, embora o *Mansão das rosas* tenha sido completamente comercializado, o *Mall World* é um fracasso comercial. Vindo o incorporador a falir antes do término das obras, todos os bens do falido, incluindo os ligados a esses empreendimentos, serão arrecadados pelo juízo falimentar e vendidos para, com o produto da venda, proceder-se ao pagamento de suas dívidas, devendo os adquirentes de unidades autônomas do *Mansão das rosas* e do *Mall World* habilitar-se como credores privilegiados, para receber de volta — se a massa falida tiver meios para o restituir — o valor das prestações pagas. Como há credores com preferência a serem satisfeitos antes dos privilegiados (trabalhistas, fiscais e credores com garantia real), é comum a massa não dispor de recursos para devolver as prestações pagas. Expõem-se a essa desastrosa consequência até mesmo os consumidores do *Mansão das rosas*, malgrado a falência tenha decorrido do insucesso do *Mall World*.

Se a incorporação do *Mansão das rosas* for feita, no entanto, em regime fiduciário, separam-se do patrimônio do incorporador os bens, direitos e obrigações relacionados a esse empreendimento. Não há comunicação entre o patrimônio de afetação e o patrimônio do incorporador (Lei n. 4.591/64, art. 31-A, § 1º). Desse modo, vindo a falir o incorporador antes do término dos empreendimentos, os

bens, direitos e obrigações do patrimônio de afetação do *Mansão das rosas* (incluindo o terreno, as acessões, ou seja, o que já se ergueu do prédio) não integram a massa concursal. Se, por exemplo, os salários dos empregados do incorporador e os tributos que ele deve, assim como a remuneração do empreiteiro do *Mall World*, estavam em atraso, por essas dívidas não respondem os bens e direitos do patrimônio de afetação do *Mansão das rosas*. O terreno em que esse edifício residencial está sendo construído não poderá ser vendido pelo juízo falimentar para satisfação de tais obrigações. Os consumidores do empreendimento se organizarão em *condomínio de construção* para o concluir, ficando a salvo do risco de falência do incorporador por força do regime fiduciário (Lei n. 4.591/64, art. 31-F).

Quem define se a incorporação será ou não empreendida sob regime fiduciário é o incorporador. Se quiser constituir o patrimônio de afetação, deve averbar termo de sua declaração nesse sentido no Registro de Imóveis. A lei admite que a incorporação iniciada fora do regime fiduciário seja nele concluída, desde que com isso concordem os adquirentes das unidades autônomas (Lei n. 4.591/64, art. 31-B).

5.3. Financiamento

Em 1964, a Lei n. 4.380 criou o *Sistema Financeiro da Habitação* (SFH), destinado a facilitar e promover a

construção e aquisição da casa própria ou moradia, especialmente por pessoas de baixa renda. Um de seus integrantes era o Banco Nacional da Habitação — BNH, empresa pública federal cuja principal função era coordenar o SFH e financiar a aquisição da casa própria. Mecanismos como isenções de tributos e intervenção do Estado na economia, por meio desse sistema, procuravam motivar empreendimentos imobiliários acessíveis aos assalariados. Em 1986, época em que o modelo intervencionista já dava claros sinais de esgotamento, foi extinto o BNH, sucedendo-o em suas obrigações e direitos a Caixa Econômica Federal (Dec.-Lei n. 2.291/86).

O financiamento dos empreendimentos imobiliários atendia, no âmbito do SFH, ao modelo então largamente praticado no setor: o incorporador oferecia o terreno (e as acessões que nele iria erguer) em *hipoteca* em favor do banco mutuante, como garantia do pagamento do empréstimo. Com o dinheiro obtido nesse financiamento, o incorporador custeava a construção do edifício. Após a entrega das chaves, se o adquirente completava o pagamento do preço do apartamento, o incorporador usava parte desses recursos para quitar o financiamento e levantar a hipoteca sobre a fração ideal do terreno e acessões correspondentes. Quando o adquirente não tinha os recursos para fazer a quitação de seus compromissos, ele os buscava no SFH. O incorporador, então, recebia o restante

do preço do BNH (ou de outra instituição financeira credenciada no SFH), do qual o adquirente se tornava mutuário. Nesse momento, o incorporador deixava de ser o devedor hipotecário, enquanto o consumidor assumia essa condição. A hipoteca, por sua vez, deixava de recair sobre a fração ideal do terreno e suas acessões e passava a onerar as unidades autônomas cuja aquisição estava sendo financiada.

Esse modelo, porém, não preservava minimamente o consumidor do risco de interrupção da construção por falência do incorporador antes da entrega das chaves. Ao contrário, a instituição financeira hipotecária tinha preferência no processo falimentar; ao pagamento do crédito dela eram destinados os recursos produzidos pela venda judicial do terreno e suas acessões. Os consumidores titulavam crédito privilegiado, que, como estudado, é atendido *depois* dos credores com garantia real, *se* sobram na massa falida recursos para tanto (CC, art. 961; Cap. 18, item 7). Esse modelo, em suma, não permitia a adequada proteção dos interesses dos adquirentes de unidades autônomas de edifícios em construção. Mais que isso, ao assegurar o atendimento do crédito do banco hipotecário em detrimento dos direitos dos consumidores, acirrava conflitos sociais ao invés de contribuir para sua atenuação.

Em 1993, a Construtora Encol era considerada a maior empresa brasileira de construção civil. Havia já concluído

430 empreendimentos em todo o País e, naquele ano, somente no interior do Estado de São Paulo, estava construindo simultaneamente 70 edifícios residenciais. Quatro anos depois, em 24 de novembro de 1997, a Encol, tornando pública a enorme crise financeira em que mergulhara, impetrou concordata preventiva; não a cumpriu e teve, 2 anos depois, a falência decretada. Estima-se que sua quebra trouxe prejuízos imediatos a cerca de 42.000 consumidores em todo o Brasil.

Quatro dias antes de a Encol impetrar sua concordata preventiva, foi sancionada a Lei n. 9.514/97. Destinada a criar instrumentos para o financiamento de empreendimentos imobiliários, em função dos quais se pudessem compatibilizar os interesses dos adquirentes de unidades autônomas em prédios em construção e os dos agentes financiadores, na hipótese de falência da incorporadora, sua aprovação foi saudada como a solução para os problemas de graves repercussões econômicas e sociais como os causados pela crise da Encol. A lei introduziu no direito brasileiro complexos instrumentos jurídicos e financeiros, como a securitização de recebíveis imobiliários, regime fiduciário de créditos imobiliários e o patrimônio segregado.

O financiamento dos empreendimentos imobiliários é hoje disciplinado na Lei n. 9.514/97, que instituiu o SFI — Sistema Financeiro Imobiliário.

Instituiu-se, então, o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), cujo objetivo, mais largo que o do SFH, é o de promover o financiamento imobiliário em geral. Pelo SFI, o empresário do ramo imobiliário (incorporador ou loteador) pode custear o seu empreendimento, mediante diversos instrumentos financeiros. Além do antigo modelo, de hipoteca do imóvel para a obtenção de financiamento bancário, a lei menciona a cessão fiduciária de direitos creditórios (Cap. 49, subitem 3.4), a caução de direitos creditórios, que é modalidade de penhor (Cap. 49, subitem 2.1.2), e a alienação fiduciária em garantia do imóvel (Cap. 49, item 3).

PROPRIEDA MOBILIÁRI

1. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE MÓVEL

Bens móveis são os “susceptíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (CC, art. 82). Nessa categoria jurídica se enquadra, assim, imensa gama de coisas da natureza postas por homens e mulheres a seu serviço: todos os animais, vegetais e minerais desprendidos do solo, a energia, assim como os produtos industriais.

As formas pelas quais se adquire a propriedade de bem móvel não são inteiramente iguais às estabelecidas para os imóveis. As diferenças decorrem, de um lado, das

características físicas de cada categoria e, de outro, da importância econômica conferida pelos seres humanos às coisas que apropriam. Um objeto de valor pode ser desenterrado, devendo a lei, então, definir a quem pertence; mas um imóvel, por sua natureza física, obviamente não tem como passar pela mesma situação. Além disso, se qualquer bem pode ser entregue a certa pessoa, esse ato importa a aquisição da propriedade apenas dos móveis, em razão do maior valor econômico tradicionalmente atribuído aos imóveis (cuja propriedade, lembro, transmite-se mediante a formalidade do registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis).

O Código Civil disciplina seis modos de aquisição da propriedade móvel. Examinamos um deles em separado, a tradição, por ser o mais corriqueiro (subitem 1.1). Os demais, como a usucapião, especificação e outros, são referidos em seguida (subitem 1.2).

1.1. Tradição

A tradição (entrega) é a forma usual de aquisição da propriedade de bens móveis. Ao adquirir brinquedo para presentear a filha em seu aniversário, o consumidor torna-se dono do produto assim que o retira na seção de pacotes. Do mesmo modo, se compro certo eletrodoméstico visitando o *site* da loja de utilidades na internet, adquiro a propriedade do bem ao recebê-lo em casa. É a entrega da coisa móvel ao

adquirente o ato que lhe transmite a propriedade. Esse ato denomina-se “tradição” e marca o momento a partir do qual os riscos incidentes sobre a coisa deixam de correr por conta do alienante (Cap. 30, item 5).

Quando o objeto do negócio jurídico é bem móvel, os atos que antecedem a tradição, como a celebração do contrato e o pagamento do preço, não produzem o efeito jurídico de transmitir a propriedade. Claro que tais atos já podem operar — e normalmente operam — efeitos no campo do direito obrigacional. Se o negócio é de compra e venda, a celebração do contrato já obriga, por exemplo, o vendedor a entregar a coisa móvel. Mas apenas com a tradição da coisa a propriedade passa a ser do adquirente (CC, art. 1.267).

Mesmo no caso daqueles bens móveis para os quais a ordem jurídica instituiu registro, a tradição será o ato de transferência de propriedade. Como sabido, os proprietários dos veículos automotores devem ser cadastrados no Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN). Mas esse registro gera apenas uma presunção relativa (isto é, passível de afastamento por provas em contrário) da propriedade do automóvel. O decisivo é a tradição. Desse modo, se *Antonio* vendeu seu carro a *Benedito* e, no mesmo ato, recebeu o preço e entregou as chaves, operou-se por força deste último gesto a transferência da propriedade. Para a completa regularização do negócio perante o direito administrativo, *Antonio* deve assinar o documento expedido pelo DETRAN

(Certificado de Registro de Veículo) e *Benedito* deve requerer a atualização do cadastro junto a esse órgão. Mas, reforço, não é o registro da transferência no DETRAN que importa a aquisição da propriedade do veículo pelo adquirente, mas a tradição. Mesmo após o registro, enquanto o vendedor não entregar o veículo, ainda é dele o bem. Desse modo, se o automóvel vendido sofre danos antes da tradição, *Antonio* não se exonera de os suportar alegando que o cadastro do DETRAN já indicava *Benedito* como proprietário; e não se exonera exatamente porque a transferência da titularidade da coisa somente ocorreria com a sua entrega ao comprador.

Há três espécies de tradição: real, simbólica e ficta.

Na tradição real, a coisa é entregue fisicamente; quer dizer, a posse do bem deixa de ser exercida por um sujeito (alienante) e passa a sê-lo por outro (adquirente). É a hipótese mais corriqueira no mercado de consumo, em que o consumidor, ao deixar o estabelecimento do fornecedor, leva às mãos o produto adquirido. Também se observa com frequência nas relações contratuais civis, em que a pronta e concomitante execução das obrigações pelas partes é uma boa alternativa à adoção de formalidades visando garantir o adimplemento do contratado.

É simbólica a tradição quando se entrega uma coisa ou documento *representativo* do objeto da propriedade transmitida. Quando o alienante passa às mãos do

adquirente as chaves do automóvel, ocorre esse tipo de tradição. As chaves representam o veículo correspondente. Se a coisa se encontra depositada num armazém-geral, o endosso dos títulos representativos dessa mercadoria (*warrant* e conhecimento de depósito) também importa sua tradição simbólica.

Por fim, a tradição ficta se verifica quando apenas se altera a qualificação jurídica da posse do bem e não a situação de fato correspondente. Um de seus exemplos é o *constituto possessório*, em que o alienante continua a possuir o bem alienado, embora a outro título. Se a compra e venda é conjugada com a imediata locação do bem vendido ao próprio vendedor, ele se torna locatário da coisa de que tinha o domínio. No plano fático, não houve nenhuma mudança na relação de sujeição da coisa; juridicamente, porém, é como se o bem tivesse sido entregue ao adquirente (transferindo a propriedade) e, na sequência, ao locatário (em cumprimento ao contrato de locação). Essas entregas, porém, são fictas — inclusive a translativa da propriedade (que interessa por ora) —, na medida em que não se verifica o desapossamento efetivo do bem; altera-se, contudo, sua qualificação jurídica: a posse do alienante deixa de ser exercida em nome próprio porque o adquirente passou à condição de possuidor indireto. Também é ficta a tradição se o adquirente já se encontra na posse do bem alienado, embora a outro título (*traditio brevi manu*). Imagine, agora,

a hipótese inversa do constituto possessório: o locatário compra o bem locado. Como ele já se encontrava, por força da locação, na posse da coisa adquirida, não ocorre nenhuma entrega física ou simbólica, mas simplesmente a alteração da qualificação jurídica da situação de fato (CC, art. 1.267, parágrafo único).

Para que a tradição redunde na aquisição da propriedade, é indispensável que o *tradens* (aquele que entrega) seja o proprietário do bem. Em princípio, se o *tradens* não era titular do direito de propriedade, a hipótese é de aquisição *a non domino*, negócio jurídico inexistente em relação ao proprietário. Admite-se, no entanto, a transferência da propriedade da coisa móvel quando o *tradens* não é o titular do domínio em duas hipóteses. *Primeira*, se ele vier a adquirir a propriedade após a tradição. Verificada essa condição, o adquirente considera-se titular do domínio desde o momento em que recebeu a coisa (CC, art. 1.268, § 1º). *Segunda*, para proteger o adquirente de boa-fé alcançado por situações aparentes. Assim, a coisa oferecida ao público (em leilão ou estabelecimento comercial) por quem se afigura seu dono transfere-se à propriedade do adquirente de boa-fé (art. 1.268, *in fine*). O dono aparente, por certo, responderá perante o verdadeiro pelos danos que seu comportamento lhe infligiu, mas o bem é da propriedade do adquirente de boa-fé.

A tradição corresponde ao modo usual de aquisição da propriedade mobiliária. Consiste na entrega física do bem (tradição real), de coisa ou documento que o represente (simbólica) ou na mudança da qualificação jurídica da posse exercida pelo alienante, denominada “constituto possessório”, ou pelo adquirente (ficta).

A tradição originada em negócio jurídico nulo também não transfere a propriedade. Se o absolutamente incapaz diz vender bem móvel de seu patrimônio a determinada pessoa e lho entrega, a transmissão da propriedade não se realiza por

ser nulo o negócio jurídico que a originou (CC, art. 1.268, § 2º).

1.2. Outras formas de aquisição

a) *Ocupação*. Quem se apossa de coisa móvel sem dono adquire-lhe, desde logo, a propriedade (CC, art. 1.263). É o modo de aquisição de propriedade, típico das coisas móveis, chamado “ocupação”. Por ela, exemplificando, o caçador devidamente autorizado segundo o Código de Caça (Lei n. 5.197/67) torna-se titular do domínio do animal caçado, assim como o pescador do pescado no mar ou em rio público. Tanto podem ser objeto de ocupação as coisas sem dono (*res nullius*) como as por ele abandonadas ou renunciadas (*res derelictae*).

Note-se que, para ocorrer a aquisição da propriedade por ocupação, é necessário que o bem não pertença a ninguém. Quem se apodera da coisa encontrada *não* adquire o domínio se alguém for dela proprietário, ainda que desconhecido. No caso de existir dono, a figura jurídica adequada para qualificar o achado não é a ocupação, mas sim a descoberta; e a coisa deve ser restituída ao proprietário ou entregue à autoridade competente (item 3). São as circunstâncias que determinarão se o objeto encontrado tem ou não dono. Quem vê uma carteira de dinheiro na calçada não está autorizado a ficar com ela porque a circunstância indica que alguém provavelmente a

perdeu. Isto é, a coisa tem dono, e a apropriação não configurará, por isso, ocupação. Já aquele que encontra no lixo um aparelho de som pode levá-lo como seu porque os elementos circunstanciais autorizam a concluir que se trata de coisa abandonada. Ou seja, ela não tem mais dono, e quem a tomar para si fica o novo titular do domínio.

Não existe ocupação como forma de aquisição da propriedade imobiliária porque a ordem jurídica considera público (as chamadas “terras devolutas”) todo imóvel não registrado em nome de pessoa privada. Quem se apossa de imóvel, portanto, nunca adquire *desde logo* sua propriedade. Se for bem particular, dependerá do decurso do tempo para se tornar, em função da posse, titular do domínio (usucapião).

b) Achado do tesouro. Encontrado valioso bem móvel que estava enterrado, emparedado ou guardado em compartimentos ocultos do prédio (ou mesmo de peças de mobiliário antigas), é necessário, de início, verificar se o seu dono é identificável. Em caso positivo, trata-se de *descoberta*, e quem achou o bem tem a obrigação legal de o restituir (item 3). Mas, se não houver como identificar o dono do achado, em princípio, ele pertencerá ao titular da propriedade do imóvel em que se encontrava.

Abre a lei uma única exceção a essa regra de princípio. O tesouro será dividido em partes iguais entre o proprietário do prédio e quem o encontrou, se este último agia autorizado

pelo primeiro e o encontro foi acidental (CC, art. 1.264). Desse modo, se o dono de um casarão antigo contrata empreiteiro para o demolir e, durante os trabalhos de demolição, é achado pequeno cofre com joias preciosas escondido num compartimento secreto, a coisa não pertencerá inteiramente ao primeiro. Aqui, como o empreiteiro trabalhava autorizado pelo proprietário do imóvel em demolição e a descoberta foi acidental, ele terá direito à metade do valor do tesouro encontrado.

Se quem encontrou o bem móvel escondido não estava autorizado a fazer a pesquisa ou havia sido contratado pelo dono do prédio precisamente para prospectar tesouros, não terá direito nenhum de propriedade sobre o que achar. No primeiro caso, porque não pode ser premiado pela conduta ilícita em que incorreu. No segundo, por faltar o elemento acidental no encontro do bem valioso. Aplica-se, aqui, a regra geral que dá ao dono do prédio o completo domínio do tesouro (CC, art. 1.265).

Os preceitos do Código Civil aplicam-se somente à hipótese de tesouro achado em prédio (e de propriedade de particular). Em relação aos tesouros marítimos, disciplina a matéria a Lei n. 7.542/86. Em linhas gerais, pertencem à União os bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas territoriais brasileiras, em terreno de marinha e seus acrescidos e nos terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, quando o responsável

não solicitar, em 5 anos, licença para os remover ou demolir. Decorrido esse prazo, quando os bens têm valor artístico ou interesse histórico ou arqueológico, a União pode contratar seu resgate por particular, recompensando-o em até 40% do valor das peças recuperadas.

c) *Especificação*. Por especificação se entende a transformação de coisa móvel decorrente de ação racional de um homem ou mulher. A coisa especificada chama-se “matéria-prima” antes da especificação, e “espécie nova” depois. Quando a matéria-prima e a espécie nova são da propriedade do mesmo sujeito de direito, a especificação não desperta qualquer questão jurídica no campo do direito real. Quer dizer, se o fabricante de calçados adquire couro e faz sapatos, ele é dono tanto da matéria-prima (couro) como da espécie nova (sapatos), e não surge nenhum conflito de interesses atinentes à propriedade desta. Quando, porém, o especificador não é dono da matéria-prima, ou dela tem apenas parte do domínio, é necessário definir a quem caberá a propriedade da espécie nova.

Para aplicação das normas de aquisição de propriedade por especificação, é necessário definir, antes de mais nada, a sua reversibilidade. Por força de critério geral construído por Justiniano (Monteiro, 2003, 3:194), cabendo a reversão da especificação, a espécie nova pertence ao dono da matéria-prima, indenizando-se o especificador; sendo, contudo, irreversível a especificação, a espécie nova é do

especificador, indenizando-se o dono da matéria-prima. Esse critério é o adotado pela lei brasileira vigente quando a propriedade da matéria-prima pertencia *em parte* ao especificador (CC, art. 1.269).

Considere que duas pessoas (*Carlos e Darcy*) compraram em conjunto um tecido visando fazer, com ele, no futuro, uma cortina. *Carlos*, porém, toma a iniciativa de costurar, com o tecido, uma colcha. Ocorreu, então, especificação de matéria-prima pertencente em parte ao especificador. Para saber de quem é a propriedade da colcha, é preciso verificar se cabe ou não sua reversão; isto é, se ela pode ser desfeita e o tecido reutilizado, inclusive na feitura da cortina. Não sendo possível a reversão da especificação, a colcha será do especificador *Carlos*, que deve pagar a *Darcy* a indenização dos prejuízos; sendo possível, será de *Darcy*, a quem cabe indenizar *Carlos*.

Quando a matéria-prima não é do especificador, as regras de atribuição da propriedade continuam dependendo da reversibilidade ou não da especificação, mas comportam exceções. Assim, sendo reversível a especificação, a espécie nova será do dono da matéria-prima, *exceto* se o valor da primeira for muito superior ao da segunda, quando então pertencerá ao especificador (CC, art. 1.270, § 2º). Quando for irreversível a especificação, a espécie nova será do especificador, *exceto* se tiver agido de má-fé, hipótese em que pertencerá ao dono da matéria-prima

independentemente de qualquer indenização (arts. 1.270, *caput* e § 1º, e 1.271).

Imagine que o artista plástico construa uma instalação usando sucata que não lhe pertencia. As características físicas de sua obra de arte permitem a reversão do suporte para o estado em que se encontrava antes da especificação. O ferro sucateado ainda pode ser refundido e tornar-se apto ao reaproveitamento industrial. A reversibilidade da especificação, portanto, é factível. Pois bem, nesse caso é necessário perquirir se a tal instalação é uma obra de arte valiosa. Se não tiver grande valor de mercado, ela pertencerá ao dono da matéria-prima, por força da regra geral. O artista terá direito à indenização por eventuais prejuízos. Mas sendo valiosa a obra de arte, incide a regra de exceção: a espécie nova pertencerá ao artista plástico, que deve indenizar o dono da sucata pelos danos.

Se um escultor toma mármore alheio, e, esculpindo-o, cria uma obra de arte, ocorre especificação. Ela é irreversível, por certo, já que não é possível reagregar à pedra o que dela foi esculpido. A escultura (espécie nova) pertence ao escultor se ele havia agido de boa-fé (se, por exemplo, pensava que estava trabalhando em suporte de sua propriedade). Cabe-lhe, porém, indenizar o dono do mármore, pagando-lhe o valor da pedra. Provada, entretanto, a má-fé do escultor, incide a norma excepcional que transfere ao dono do mármore a propriedade da escultura,

independentemente de indenização.

d) *Confusão, comistão e adjunção*. Coisas móveis, de vez em quando, se misturam. Se elas pertencem ao mesmo sujeito de direito, não há conflito de interesses possível acerca da propriedade da mistura. Se eram de sujeitos diversos, que concordam em misturá-las, pressupõe-se que negociam também a questão da propriedade do resultante da mistura. Quando, porém, a mistura não intencional torna impossível a individuação das coisas misturadas, surge a questão de definir o proprietário da coisa resultante.

Confusão é a mistura de coisas (pertencentes a sujeitos diversos) que se encontravam em estado líquido; quando é sólido o estado das coisas (de sujeitos diferentes) misturadas, a mistura chama-se *comistão* (e não “comissão”, como equivocadamente consta do Código Civil); se justapostas as coisas (de vários donos) em qualquer estado, *adjunção*.

Para solucionar a questão da propriedade da mistura nas hipóteses de confusão, comistão e adjunção, a lei estabelece três regras. *Primeira*, se a separação é possível sem deterioração das coisas misturadas, cada qual retorna à titularidade de seu dono. Imagine a comistão de grãos de café de dois cafeicultores. Se cada um deles era dono de um tipo diferente de grão, a separação é possível. Não sendo muito custosa, deve ser feita para que os cafeicultores voltem a ter a posse de seus grãos. *Segunda*, não havendo

como fazer a separação, ou sendo ela muito dispendiosa, institui-se o condomínio sobre a mistura, proporcionalmente ao valor das coisas misturadas, que, antes da confusão, comistão ou adjunção, pertencia a cada condômino. No exemplo anterior, caso fossem do mesmo tipo os grãos de café misturados, os cafeicultores tornar-se-iam coproprietários deles, cabendo a cada um a fração ideal proporcional à quantidade que titulava antes da comistão. Claro que esse condomínio, como os demais, pode ser desfeito a qualquer tempo, oportunidade em que os grãos seriam repartidos na proporção da fração ideal. Até que a dissolução da copropriedade ocorresse, porém, os cafeicultores seriam condôminos do café misturado.

Terceira, se qualquer das coisas misturadas pode considerar-se principal, o dono dela adquirirá a propriedade das demais, mediante indenização dos antigos titulares (CC, art. 1.272 e parágrafos). O exemplo citado pela doutrina é o da colagem acidental de selos de vários colecionadores no álbum filatélico de um deles. O dono do álbum (principal) adquirirá a propriedade dos selos colados (acessórios) quando indenizar os demais colecionadores (Monteiro, 2003, 3:197).

Ressalvo que essas regras têm aplicação apenas no caso de a mistura não gerar coisa diferente. Gerando, aplicam-se as da especificação (CC, art. 1.274). É relevante a distinção quando o causador da transformação nas coisas

(especificador ou misturador) tiver agido de má-fé. Na especificação, viu-se que ele perde a propriedade da espécie nova e não tem direito à indenização. Já na confusão, comistão e adjunção, o misturador de má-fé será indenizado pelo valor das coisas dele envolvidas na mistura sempre que a outra parte optar por adquirir-lhe a propriedade (art. 1.273).

Ocupação (apossamento de coisa sem dono), achado de tesouro (quando accidental), especificação (transformação de matéria-prima em espécie nova), confusão (mistura de coisas em estado líquido), comistão (mistura de coisas em estado sólido), adjunção (justaposição de coisas) e usucapião são também formas de aquisição da propriedade mobiliária.

e) *Usucapião*. Quando a posse exercida por quem não titula o domínio do bem móvel se estende no tempo, o possuidor adquire a propriedade por usucapião. Para tanto,

ela deve ser contínua, sem oposição e exercida com ânimo de dono, como visto (Cap. 44, subitem 3.1.1). Há duas espécies de usucapião de bens móveis: a ordinária, em que o possuidor tem justo título e boa-fé, verificada com o decurso do prazo de 3 anos (CC, art. 1.260); e a extraordinária, em que o possuidor adquire a propriedade independentemente de justo título e boa-fé no prazo de 5 anos (art. 1.261).

Não existe usucapião de bens incorpóreos se não vier a ser expressa e especificamente contemplada a hipótese na lei. Em razão da tipicidade dos direitos reais, não se usucapem bens incorpóreos porque dessa forma de aquisição de titularidade não cuida a lei. Ações de emissão de sociedade anônima, por exemplo, não são usucapíveis por esse motivo.

2. PERDA DA PROPRIEDADE MÓVEL

A propriedade mobiliária perde-se por alienação, renúncia, abandono, perecimento da coisa ou desapropriação. Na hipótese de alienação, o titular do domínio a perde por disposição de vontade, expressa em negócio jurídico como o contrato de venda e compra ou doação. Na renúncia, ele declara inequivocamente a vontade de não mais ser proprietário da coisa. Exige manifestação expressa e indubitosa. Ninguém renuncia tacitamente à propriedade, exceto quando a lei especificamente o prevê — como, por exemplo, no caso de o responsável por coisas

afundadas no mar não requerer a licença para as recuperar ou demolir em 5 anos (Lei n. 7.542/86, art. 7º). No abandono, a intenção de despojar-se da coisa é manifestada pela conduta de jogá-la fora, depositando-a, por exemplo, na lixeira. Em perecendo a coisa, também perde o dono a propriedade correspondente. Por fim, a desapropriação, que consiste na perda compulsória da propriedade em decorrência de ato do Estado, pode também dizer respeito a bens móveis.

3. DESCOBERTA

Um brocardo popular de larga difusão no Brasil afirma que “achado não é roubado”. Ele é mentiroso. Quem acha coisa perdida por alguém tem o dever legal de a restituir ao proprietário ou legítimo possuidor. Se fica com ela, comete ilícito penal (CP, art. 169, parágrafo único, II). Apenas se as circunstâncias que cercam a coisa permitirem concluir que houve abandono ou renúncia poderá quem a encontrou tornar-se seu dono por ocupação. Indicando, porém, tais circunstâncias que o proprietário da coisa desapossou-se dela involuntariamente, ela deve ser restituída (CC, art. 1.233, *caput*). Descoberta é o ato jurídico pelo qual um sujeito (descobridor) encontra coisa alheia em lugar provavelmente ignorado pelo proprietário dela.

O descobridor (na lei anterior esse sujeito era chamado de “inventor”), ao restituir a coisa perdida ao seu dono, tem

direito a recompensa de até 5% do seu valor, bem como ao ressarcimento das despesas incorridas com conservação e transporte dela. Quem deve pagá-los é evidentemente o proprietário, a menos que declare ter abandonado ou prefira abandonar o bem. Nessas hipóteses, o descobridor, querendo, torna-se o titular do domínio por ocupação (CC, art. 1.234).

Pode ocorrer, naturalmente, de o descobridor ignorar quem seja o titular da coisa descoberta. Nesse caso, deverá identificá-lo, adotando as medidas que razoavelmente estejam ao seu alcance. Revelando-se infrutíferas tais medidas, o descobridor tem o dever de entregar a coisa à autoridade competente (CC, art. 1.233, parágrafo único) em até 15 dias (CP, art. 169, parágrafo único, II, *in fine*). Por autoridade competente se entendem, aqui, os responsáveis pelo local em que houve a descoberta. Dada na via pública, tem o descobridor o dever de levar a coisa à delegacia de polícia. Se encontrada no trem do metrô, deve encaminhá-la ao setor de achados e perdidos da empresa exploradora dos serviços de transportes urbanos subterrâneos. Verificada em estabelecimento empresarial, o descobridor cumpre seu dever entregando a coisa ao funcionário mais próximo. Caberá ao empresário titular do estabelecimento, então, providenciar as medidas razoáveis para a identificação do dono ou o encaminhamento à autoridade policial, e assim por diante.

Sofrendo a coisa danos enquanto permanece sob a custódia do descobridor, ele não é responsável pela indenização do proprietário, a menos que os tenha causado dolosamente (CC, art. 1.235). Estará exonerado de responsabilidade civil se não for culpado pelo sucesso negativo (deterioração ou perda) ou mesmo se tiver contribuído para sua ocorrência com imprudência, negligência ou imperícia. Seria injusto imputar ao descobridor, que, afinal, está fazendo um favor ao proprietário, a mesma responsabilidade de outros detentores da coisa.

A descoberta ocorre quando alguém acha coisa alheia. O descobridor tem o dever legal de encaminhá-la ao verdadeiro dono, adotando medidas razoáveis para o identificar se não o conhece. Sendo infrutíferas essas providências, deve entregar a descoberta à autoridade competente.

O descobridor não adquire a propriedade da coisa descoberta, a menos que o proprietário declare que a abandonou.

Diz a lei que à autoridade competente cabe divulgar pela imprensa a notícia da descoberta e, se o valor da coisa comportar, publicar editais para ampliar a divulgação. Se nos 60 dias seguintes não aparecer quem prove ser o

proprietário, a coisa descoberta será vendida em hasta pública. O produto, depois do desconto das despesas e da recompensa do descobridor, pertencerá ao Município (CC, arts. 1.236 e 1.237). Esse procedimento, contudo, muito dificilmente é observado, em vista da falta de interesse jornalístico na maioria dos casos, bem como dos transtornos e custos que representa, os quais quase nunca se compensam pelo valor da descoberta.

CONDOMÍNIO

1. A PROPRIEDADE CONDOMINIAL

Dois ou mais sujeitos podem simultaneamente titular o mesmo direito sobre um único objeto. No campo do direito obrigacional, nunca se problematizou essa hipótese: do mesmo crédito podem ser credores várias pessoas, sem que isso pareça minimamente estranho. No do direito de família, também não: os casados no regime de comunhão universal titulam os mesmos direitos sobre os bens de cada um deles anteriores e posteriores ao casamento. No direito de sucessões, igualmente se admite sem reservas a simultânea titularidade sobre certo objeto de igual direito: enquanto não partilhada a herança, os herdeiros se encontram nessa situação.

No direito das coisas, porém, a pluralidade subjetiva ou a simultaneidade de direitos iguais sobre o mesmo objeto

desperta por vezes, na tecnologia civilista brasileira, certa resistência. Como admitir que o direito de propriedade, por essência excludente, pode ser partilhado? Muitos autores iniciam a discussão sobre a copropriedade ou tratam de sua extinção no contexto dessa problematização (Lopes, 2001:350/358; Gomes, 1958:213; Monteiro, 2003, 3:204/206; Diniz, 2002, 4:184/185). Possivelmente estão influenciados em demasia por Clóvis Beviláqua, para quem o condomínio é um “estado anormal da propriedade” (1934, 3:168). Não se encontra a mesma preocupação, porém, em doutrinas estrangeiras, inclusive produzidas em países da família românica (Planiol-Ripert, 1958, 3:280/288; Comporti, 2004:398/401); e mesmo alguns autores nacionais têm escapado à tendência de considerar o condomínio uma espécie de *problema* a ser discutido e superado (Miranda, 1963, 12:35/50; Venosa, 2001:341/342).

Na verdade, nada há de anormal no condomínio. A propriedade de um mesmo bem pode ser titulada simultaneamente por dois ou mais sujeitos de direito, sem que tal situação configure qualquer tipo de anomalia. A propriedade condominial é também excludente, porque os coproprietários têm o poder de excluir qualquer pessoa estranha ao condomínio do uso, fruição e disposição da coisa. É certo que nenhum deles pode opor aos demais qualquer direito de exclusividade sobre o bem objeto de condomínio, posto serem todos igualmente donos dele. Mas

isso não levanta qualquer dificuldade insuperável ao tratamento do tema.

A propriedade condominial corresponde a modelo jurídico de larga utilização, bastando lembrar para demonstrar sua relevância e presença na economia que, de um lado, todos os prédios de apartamento ou escritório e, de outro, os fundos de investimento são condomínios. Há, ademais, importantes atividades econômicas exploradas não por sociedades empresárias, mas por condomínios, como é o caso de diversos *shopping centers*.

O direito de cada condômino a utilizar o bem comum desde que não exclua o uso dos demais é característica encontrada em várias modalidades de propriedade condominial, mas não em todas. No condomínio formado entre os quotistas de fundos de investimento, por exemplo, os bens comuns (ativos financeiros, títulos e valores mobiliários) não podem ter sua utilização decidida por nenhum dos condôminos; eles serão destinados pelo administrador do fundo a investimentos rentáveis aptos a aumentar o patrimônio comum, segundo o previsto no respectivo regulamento. Também aqueles que, antes da regulação administrativa da matéria, consideravam típicas de condôminos as relações entre os consorciados em consórcio para aquisição de bens duráveis não sustentavam o direito de eles usarem os recursos em comum (isto é, os fundos administrados pela administradora do consórcio) como bem

quisessem (Cap. 39, subitem 3.3).

Além da pluralidade subjetiva, é elemento característico da propriedade condominial a atribuição a cada condômino de uma *fração ideal* sobre o bem comum. Em qualquer forma de condomínio, geral ou especial, voluntário ou necessário, encontra-se esse ingrediente. O dono do apartamento titula também uma fração ideal das áreas comuns do edifício (*hall*, salão de festas, de ginástica, entrada das garagens, piscina, quadra de tênis etc.); as quotas do fundo de investimento tituladas pelo investidor representam a fração ideal; quem divide um imóvel em partes iguais com parente ou amigo tem a metade ideal do bem etc.

Vem do direito romano a noção segundo a qual os condôminos são titulares de fração ideal do objeto da copropriedade — o antigo direito germânico não a conheceu e considerava a própria coletividade dos condôminos a titular do direito de propriedade (Pereira, 1970:159/162; Azevedo, 2003).

Note, a fração ideal *não* delimita o âmbito do poder sobre a coisa comum de cada condômino. Na verdade, ou todos têm os poderes de proprietário exercitáveis sobre a totalidade do bem objeto de copropriedade, embora com limitações (subitem 2.1.a), ou nenhum dos condôminos o tem. Quando cada parte do bem corresponde a um proprietário, não há a pluralidade subjetiva característica do condomínio, mas propriedade singular. A fração ideal serve,

assim, à simples mensuração do valor do direito do condômino numa propriedade condominial. Quem participa de propriedade condominial com direito à fração ideal de 50% duma casa não tem, em seu patrimônio, o valor integral dela, embora a possa usar por inteiro; tem a metade ideal da casa.

A propriedade condominial é aquela em que mais de um sujeito de direito titula simultaneamente os poderes de proprietário em relação a certo objeto.

Pode ser geral ou especial, subdividindo-se a primeira em voluntária ou necessária.

Em qualquer hipótese de condomínio, cabe a cada condômino uma fração ideal do bem objeto de copropriedade.

O condomínio é classificado em *geral* e *especial*, de acordo com a disciplina a que se submete.

O condomínio geral está disciplinado nos arts. 1.314 a

1.330 do Código Civil e diz respeito à divisão da propriedade da generalidade dos bens corpóreos, divisíveis ou indivisíveis, em cotas-partes ideais entre os condôminos. São exemplos de condomínios gerais: irmãos colecionadores de automóveis antigos adquirem um Karmann Ghia 1962; homossexuais que vivem juntos abrem conta conjunta num banco; vizinhos erguem muro na divisa de seus imóveis, dividindo os custos; o fundo de pensão faz investimento em *shopping center*, repartindo a propriedade do complexo comercial com empresário do setor etc. O condomínio geral se subdivide em voluntário (item 2) e necessário (item 3), segundo a origem de sua constituição seja o encontro da vontade dos condôminos direcionada à divisão da propriedade ou o interesse em usar divisória de imóvel erguida pelo vizinho.

O condomínio especial, por sua vez, está disciplinado em normas específicas, que tratam de aspectos particulares de algumas formas de copropriedade. Aqui, trato de duas hipóteses mais conhecidas e importantes de condomínio especial: o edifício, disciplinado nos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil (item 4), e os fundos de investimento, sujeitos à regência da Instrução CVM n. 409/2004 (item 5).

2. CONDOMÍNIO GERAL VOLUNTÁRIO

Quando o condomínio geral origina-se de declaração de vontade direcionada especificamente à divisão da

propriedade, é chamado de “voluntário”. Dois ou mais sujeitos de direito se conhecem e têm interesses convergentes, que podem perseguir por meio da propriedade em comum de certo bem. Alguns advogados, por exemplo, podem comprar em condomínio os escritórios em que pretendem exercer a advocacia. Poderiam a isso preferir a constituição duma sociedade de advogados, a qual adquiriria os mesmos bens em nome dela. Veja que somente no primeiro caso, em que os advogados concordam em dividir a propriedade dos escritórios, constitui-se condomínio geral voluntário; na hipótese de se tornarem sócios, a propriedade dos escritórios não é condominial, mas singular, porque titulada por um só sujeito de direito, a pessoa jurídica da sociedade de advogados.

Embora seja direito do condômino, nessa modalidade de propriedade condominial, desfazer o condomínio a qualquer tempo, não cabe identificar nela, hoje em dia, uma necessária temporariedade. Muitos condomínios são constituídos com o intuito de se perpetuarem no tempo. Principalmente quando têm por finalidade a exploração de atividade econômica em conjunto, em preferindo os sujeitos a propriedade condominial dos bens correspondentes à formação de sociedade empresária, normalmente não definem os condôminos qualquer limite temporal para o condomínio. Enquanto frutificar a atividade, gerando a renda ou lucros pretendidos por eles, a copropriedade se mantém.

Nada, em sua natureza ou características, força o desaparecimento do condomínio, a não ser o fim do interesse de um ou mais condôminos em continuar dividindo a propriedade da coisa comum.

Em outros termos, o condomínio, quando temporário, não o é por carecer de vocação intrínseca à perpetuidade — não por ser, em outros termos, uma forma anômala de propriedade —, mas simplesmente pela perda por um ou mais dos condôminos do interesse em dividir a coisa com os outros. Quer dizer, assim como a vontade dos condôminos originara o condomínio, ela também pode dar ensejo ao seu término.

Os condôminos podem estabelecer, por negócio jurídico, as condições do exercício da copropriedade. Convém que o façam, aliás. As questões despertadas pela divisão da propriedade podem ser objeto de negociação entre os condôminos, de modo a reduzir o grau de incerteza no exercício dos direitos de cada um sobre a coisa comum ou no cumprimento de seus deveres. O negócio jurídico entre os condôminos costuma chamar-se *convenção condominial*. No condomínio geral voluntário, a convenção é facultativa e existe apenas quando os condôminos consideram, pelas mais variadas razões, interessante formalizar o acordo quanto ao uso, fruição e administração da coisa, bem como as responsabilidades por sua manutenção e demais aspectos concernentes às relações

entre os condôminos. Se os membros de condomínio dedicado à exploração de atividade econômica, por exemplo, pretendem impedir a alienação de fração ideal a concorrentes, a formalização da proibição em documento escrito — ou seja, na convenção condominial — torna mais fácil conferir-lhe efetividade ou prová-la em juízo.

A administração do bem objeto de condomínio caberá ao escolhido pela maioria dos condôminos (CC, art. 1.323). A escolha pode recair sobre qualquer deles ou mesmo sobre pessoa estranha ao condomínio. Nesta última hipótese, normalmente são atribuídas as funções de administrador a profissional, pessoa física ou jurídica. Ao deliberarem sobre a matéria, os condôminos devem também definir se será ou não remunerada a função. Não existindo decisão quanto a esse tópico, presume-se gratuito o exercício da administração quando for administrador um dos condôminos e remunerado, quando for profissional. Enquanto não definido o interesse predominante na comunhão condominial, o condômino que administrar a coisa sem oposição dos demais presume-se o representante da comunhão de interesses (art. 1.324). Pelos atos dele à testa da administração do condomínio respondem os condôminos, salvo aquele que provar ter manifestado oposição à sua prática. A convenção poderá ditar regras também sobre a escolha e remuneração do administrador, bem como detalhar sua competência.

O condomínio geral voluntário deriva de convergentes declarações de vontade dos condôminos direcionada diretamente à divisão da propriedade de certo bem.

É, em geral, conveniente documentar as negociações dos condôminos referentes ao uso, fruição e administração da coisa, bem como a responsabilidade pela manutenção dela e demais aspectos das relações internas ao condomínio.

O documento em que se assenta

esse acordo de vontade é chamado, normalmente, de convenção condominial.

No condomínio geral voluntário, a convenção é facultativa.

Como se verá, o exercício dos direitos (subitem 2.1) e o cumprimento dos deveres do condômino (subitem 2.2) guardam constante relação com o valor da sua fração ideal. A presunção da lei é a de que as frações ideais (ou quinhões) são iguais (CC, art. 1.315, parágrafo único). Quer dizer, sendo dois os condôminos, presume-se que a cada um cabe a metade ideal do bem; sendo cinco, um quinto; dez, um décimo, e assim por diante. Cuida-se de presunção relativa, que não prevalece quando declarações de vontade (dos condôminos, do doador ou testador que instituíram a copropriedade) fixarem quinhões de valor diferente. Se da escritura de compra e venda do imóvel consta que um comprador ficará com três quartos do bem e o outro, com o quarto restante, a mensuração das frações ideais não obedece à presunção legal, mas ao disposto no instrumento

negocial; assim também se o doador repartiu a coisa doada de forma mais generosa para um dos donatários ou o testador atribuiu a um dos legatários porção ideal maior do legado.

Em suma, sendo omissa o instrumento negocial que repartiu a propriedade do bem, serão iguais as frações ideais dos condôminos; disposta a respeito, prevalecerá a declaração de vontade.

2.1. Os direitos dos condôminos

Quando o direito de propriedade é titulado por mais de um sujeito, evidentemente os poderes sobre a coisa sofrem algum tipo de limitação. A divisão da titularidade do direito impede que o coproprietário possa agir, em relação ao bem, como um proprietário singular. A simultaneidade do direito impõe limites aos poderes característicos da propriedade, já que não há como, materialmente falando, desdobrar a coisa objeto do direito sem a reduzir em tamanho ou valor. Em outros termos, os condôminos devem-se mútua satisfação e precisam negociar diversos aspectos relacionados ao bem em condomínio. Surgem, então, naturalmente, conflitos de interesses, cuja superação deve ser norteadas pelas normas legais sobre a copropriedade.

De acordo com tais normas (CC, arts. 504, 1.314, 1.319, 1.320, 1.322, parágrafo único, 1.323, 1.325 e 1.326), os condôminos são titulares dos seguintes direitos:

a) *Usar e fruir a coisa objeto de condomínio.* O coproprietário pode usar e fruir a coisa objeto de condomínio. Seu poder, porém, não é o mesmo do proprietário singular, por sofrer restrições derivadas de dois fatores.

O primeiro fator de limitação do poder do coproprietário diz respeito à destinação da coisa. A maioria dos condôminos define os usos pertinentes ao bem, e nenhum deles o pode utilizar para fins diversos. O proprietário singular, atento às balizas das posturas administrativas ou derivadas de declaração de sua vontade, pode alterar a destinação da coisa livremente. O dono de fazenda de café, querendo, pode transformá-la em sítio turístico, sem dar satisfação a quem quer que seja. Já se a fazenda pertence a várias pessoas, e a maioria quer destiná-la à produção cafeeira, nenhum dos condôminos pode explorá-la em atividade turística.

A segunda limitação decorre da compatibilização do exercício dos direitos de uso e fruição da coisa com a indivisão da propriedade. Em outros termos, nenhum condômino pode excluir qualquer dos demais do uso e fruição do bem comum. Nenhum deles pode apropriar-se sozinho da coisa em condomínio, impedindo de qualquer forma que os demais condôminos exerçam também seu direito de propriedade. Claro que o uso e fruição simultâneos da coisa depende de acordo entre os interessados. Se dois

irmãos são condôminos de casa de veraneio, eles devem estabelecer o critério de sua utilização harmoniosa do bem. O critério será, normalmente, temporal (definem as épocas em que cada um pode usar toda a casa) ou espacial (definem os cômodos que cada um pode usar, a qualquer tempo, e quais são de uso comum), mas pode ser de qualquer espécie, desde que eleito de comum acordo (sorteio, ordem de chegada etc.). É óbvio que o proprietário singular não se depara com nenhum limite parecido com esse, podendo usar e fruir a coisa a qualquer tempo e em toda sua extensão.

b) Alienar ou gravar a fração ideal. No condomínio geral voluntário, o condômino tem o direito de alienar a fração ideal sobre o bem objeto de propriedade. Sendo este divisível, a alienação pode ocorrer a qualquer tempo, independentemente de consulta aos demais condôminos. Quando o condomínio disser respeito a coisa indivisível, a alienação pressupõe o respeito ao direito dos demais condôminos à preferência (subitem 2.1.g). Quer dizer, dependendo da natureza da coisa objeto de propriedade condominial, se divisível ou indivisível, será mais ou menos livre o exercício do direito de alienar a fração ideal titulada pelo condômino. Como a lei assegura aos condôminos de coisa indivisível a preferência na aquisição da fração ideal, aquele que a pretende vender não pode concluir a transferência ao terceiro com quem negocia a venda sem antes dar aos coproprietários a oportunidade de a comprar

por igual preço. Não manifestando nenhum dos demais condôminos interesse em adquirir a fração ideal oferecida, considera-se o interessado livre para a alienar.

Igual condição (preferência dos condôminos) deve ser observada na submissão da fração ideal sobre coisa indivisível a gravame, como hipoteca ou penhor, já que a execução judicial da garantia real importará também sua alienação.

No exercício do poder de dispor juridicamente da fração ideal da coisa em condomínio, portanto, o coproprietário pode estar mais constrangido que o proprietário singular. Constrangem-no limitações ditadas pela indivisão. É bem verdade que a fração ideal de bem objeto de copropriedade, principalmente se indivisível, não costuma ser frequentemente negociada com terceiros. O interesse em ser condômino não é tão difundido quanto o de se tornar proprietário único. Exatamente em razão das limitações impostas ao poder de usar, fruir e dispor da coisa, bem como da complexidade inerente à relação condominial, a procura por negócios de aquisição ou oneração de frações ideais em condomínio indivisível é bem pequena. Ocorrendo, porém, interesse de alguém em tais negócios, o condômino, depois de oferecer sua parte ideal aos coproprietários em igualdade de condições, estará inteiramente livre para os celebrar caso nenhum deles se interesse em ampliar sua porção condominial.

Para que o coproprietário de coisa divisível seja obrigado a dar preferência aos demais na hipótese de pretender aliená-la, é necessária expressa previsão nesse sentido na convenção condominial.

c) Defender a posse e reivindicá-la de terceiro. No exercício desse direito, o condômino se encontra em idêntica situação jurídica que o possuidor ou proprietário singular. A defesa da posse da coisa objeto de copropriedade contra ameaça, turbção ou esbulho, bem como a sua reivindicação de quem injustamente a possui, pode ser buscada por qualquer condômino isolado. Tanto para o ajuizamento da ação possessória ou petítoria como para o exercício da autotutela dos direitos possessórios, quando cabível, o condômino não necessita do concurso dos demais. Cada um individualmente enfeixa em suas mãos todos os poderes reivindicatórios de proprietário e os direitos do possuidor.

d) Participar das deliberações sobre a coisa. O bem objeto de propriedade condominial deve ser destinado, usado, fruído e administrado da forma que melhor atenda aos interesses predominantes entre os condôminos. A vontade da maioria deles prevalece sobre a da minoria nas deliberações atinentes a tais aspectos da coisa em copropriedade. Todos, porém, têm o direito de participar dessas deliberações.

A participação dos condôminos na deliberação não é igualitária. A lei estabelece que a maioria será calculada pelo

valor dos quinhões (CC, art. 1.325). Desse modo, se há três condôminos, mas um deles é titular de dois terços das frações ideais e os outros dois dividem o terço restante em partes iguais, ao primeiro caberá sozinho definir o interesse predominante no condomínio. Embora, nesse exemplo, em caso de divergência com os demais condôminos, o titular de dois terços do condomínio seja numericamente minoritário, é a vontade dele que prevalece, porque representa a maioria dos quinhões. É essa a regra, porque os riscos das decisões são proporcionais à participação do condômino na propriedade condominial. Quanto maior a participação, maior o risco assumido em decorrência das decisões adotadas. Havendo dúvidas acerca do valor do quinhão, ele será avaliado judicialmente (art. 1.325, § 3º).

Em princípio, para ser aprovada qualquer proposta na comunhão de condôminos, basta que a maioria deles a apoie. Em uma só hipótese a lei condiciona a validade da decisão à concordância unânime dos condôminos: a transferência da posse, uso ou fruição do bem a terceiros estranhos ao condomínio (subitem 2.2.b). Para escolha do administrador, definição dos critérios de uso e fruição da coisa, aprovação de despesas e demais deliberações, a maioria dos condôminos interpreta o interesse predominante no condomínio.

As deliberações tomadas pela maioria absoluta dos condôminos — proporcionalmente aos quinhões que titulam

— são obrigatórias (CC, art. 1.325, § 1º), ou seja, vinculam todos os coproprietários, mesmo os que votaram vencido ou se omitiram. Atende o requisito da maioria absoluta a manifestação favorável por parte de condômino ou condôminos que titulam mais da metade dos quinhões em que se divide o condomínio. Se a deliberação, por exemplo, é adotada em reunião, nem sempre será suficiente para sua validade o voto favorável da maioria dos presentes, mesmo se adotando a regra da proporcionalidade pelo valor do quinhão. Se a maioria dos presentes também não corresponder à das frações ideais, a deliberação não será obrigatória.

Se a maioria absoluta não for alcançada na votação de certa proposta, qualquer condômino pode levar a questão a juízo (CC, art. 1.325, § 2º). O que votou favoravelmente à aprovação pode, provando que a proposta atende ao interesse geral da comunhão, propor ação destinada a alterar o sentido do voto dos condôminos que a ela se opuseram. O juiz, nesse caso, supre a vontade dos demandados se considerar que o voto proferido está em conflito com o interesse geral. De outro lado, o condômino que votou pela rejeição pode requerer ao juiz que declare não corresponder a proposta em votação ao mais interessante para a comunhão de condôminos. Provando esse condômino o fundamento de seu pedido, o juiz profere decisão que confirma a pertinência da rejeição da proposta. Se, por fim, a

maioria absoluta não foi alcançada em razão de empate, qualquer condômino pode requerer ao juiz que desempate a questão no interesse do condomínio.

Para que prevaleçam outros critérios na apuração da vontade predominante na comunhão de interesses, é necessária expressa previsão na convenção. Assim, apenas se devem computar os votos por condômino, desprezando-se o valor da parte ideal de cada um, ou adotar *quorum* de deliberação diverso do da maioria absoluta, quando cláusula da convenção de condomínio o estabelecer de forma expressa. Na omissão ou incerteza da disposição convencional, aplicam-se os critérios da lei.

e) *Participar dos frutos da coisa.* Os frutos da coisa objeto de condomínio pertencem aos condôminos, que os titulam proporcionalmente ao respectivo quinhão (CC, art. 1.326). Assim sendo, se, por exemplo, o barco em condomínio é alugado, o valor do aluguel será destinado a cada condômino, observada a proporção de seu quinhão na copropriedade. A regra da distribuição dos frutos entre os condôminos tem aplicação ainda que eles sejam resultantes de investimento feito exclusivamente por um ou parte deles (art. 1.319, primeira parte). Se, na fazenda da copropriedade de *Antonio* e *Benedito*, o primeiro semeou, cultivou e colheu, a suas expensas, algum produto agrícola, o resultado líquido da venda deve ser repartido com o outro. *Antonio* não tem direito nem a qualquer retribuição pela iniciativa que

tomou, podendo apenas reembolsar-se dos custos para que não ocorra o enriquecimento indevido de *Benedito*.

f) *Exigir o fim do condomínio*. A qualquer tempo, o condômino pode desligar-se do condomínio mediante a alienação da fração ideal, como visto. Mas, se não conseguir encontrar interessado (ou se o que encontrou não foi aprovado pelos demais condôminos, no exercício do direito de veto eventualmente previsto em convenção), poderá exigir o fim do condomínio. É da essência do condomínio geral voluntário que ninguém está obrigado a ficar vinculado a ele contra a vontade; não fosse assim, obviamente não seria voluntário o condomínio.

Quando a coisa é divisível, o condômino tem o direito de exigir sua divisão como forma de encerrar a copropriedade. Cada condômino recebe uma parte do bem da qual se torna o único proprietário. A divisibilidade deve ser material e jurídica. Lembre-se, um bem pode ser fisicamente divisível, mas, por disposição de vontade ou norma legal ou administrativa, não admitir fracionamento (CC, art. 88). Além disso, se a divisão física importar diminuição considerável do valor ou prejuízo ao fim a que se destina, considera-se também juridicamente indivisível a coisa (art. 87). Quer dizer, apenas sendo o fracionamento do bem materialmente possível, economicamente viável e juridicamente permitido, poderá o condômino pleitear o encerramento do condomínio por via da divisão.

A divisão do bem é feita atendendo à proporção do quinhão de cada condômino. Esse critério, contudo, nem sempre é fácil de observar. A divisão de imóvel de grande extensão em tese parece fácil, bastando repartir o solo em porções correspondentes às frações ideais. Mas as dificuldades nessa proporcionalização aparecem quando se verifica que determinadas benfeitorias que valorizam o terreno (uma casa, por exemplo) ficarão necessariamente numa das partes, acarretando desequilíbrio na divisão. Na verdade, a cada condômino, na divisão da coisa divisível feita para pôr fim ao condomínio, deve ser atribuída parte dela cujo valor de mercado corresponda ao seu quinhão. A mesma quantidade de terras pode, claro, ter valores distintos. Na divisão do imóvel, interessa verificar não se cada condômino ficou com pedaço de chão em tamanho proporcional à fração que titulava, mas se o valor do que lhe foi destinado atende à regra da proporcionalidade. Para encerrar o condomínio de coisa divisível, normalmente será necessário fazer a avaliação dela na íntegra e das partes em que se propõe dividir.

Por convenção, os condôminos podem estabelecer que durante certo prazo não se dividirá o bem objeto de propriedade condominial. Esse prazo será de até 5 anos, passíveis de renovação. Se a indivisão resultar de cláusula de contrato de doação ou testamento, não poderá perdurar por mais de 5 anos, ficando a renovação nesse caso sujeita à

vontade dos donatários ou beneficiários da disposição de última vontade (CC, art. 1.320, §§ 1º e 2º). A indivisibilidade decorrente de convenção, doação ou testamento pode ser desconstituída por decisão judicial, se o condômino interessado no encerramento do condomínio justificá-la a partir de graves razões, como por exemplo a desinteligência entre os coproprietários (§ 3º).

Sendo indivisível (material, econômica ou juridicamente) o objeto da propriedade condominial, seu encerramento se faz mediante a outorga da coisa a qualquer dos condôminos que se interesse por titulá-la singularmente. Claro que o condômino outorgado deve indenizar os demais, pagando-lhes o preço correspondente ao das respectivas frações ideais. Não chegando os condôminos, contudo, a acordo relativamente a qual deles caberá a propriedade singular, ou ao valor das indenizações, o fim do condomínio será feito mediante a venda da coisa a terceiros. Nesse caso, o dinheiro líquido apurado com o negócio é dividido entre os condôminos proporcionalmente aos respectivos quinhões (CC, art. 1.322).

O condômino pode renunciar ao direito de exigir o fim do condomínio da coisa divisível ou indivisível, porque se trata de direito disponível. A renúncia pode abrigar-se na convenção condominial ou em qualquer outra declaração negocial. Ela é particularmente usual nos condomínios constituídos para a exploração em comum de atividade

Os direitos do condômino são:

- a) usar e fruir a coisa, desde que respeitando a destinação dada pela maioria e não excluindo nenhum dos demais;*
- b) alienar ou gravar a sua fração ideal;*
- c) defender a posse e reivindicá-la de terceiros;*
- d) participar das deliberações atinentes ao bem objeto da propriedade condominial;*
- e) participar dos frutos gerados pela coisa, mesmo que não tenha contribuído para a sua geração;*
- f) exigir, a qualquer*

tempo, o fim do condomínio, por meio da divisão da coisa divisível ou da venda da indivisível; g) ter preferência na venda de fração ideal ou na locação da coisa.

g) Ter preferência na alienação de fração ideal ou na locação da coisa. Por fim, o condômino tem o direito de preferência na alienação de fração ideal referente a coisa indivisível (CC, art. 504) ou na locação do bem objeto de copropriedade (art. 1.323, *in fine*).

Sendo indivisível o bem em condomínio, o condômino sofre restrição no direito de dispor da fração ideal. Ele não a pode alienar a terceiros estranhos à comunhão se outro condômino também a quiser em igualdade de condições. Aquele que pretender vender sua parte ideal, assim, é obrigado a dar notícia de sua intenção aos demais (por meio inequívoco, normalmente correspondência com aviso de recebimento ou notificação extrajudicial), fixando-lhes prazo para manifestar eventual interesse. Não havendo interessado em adquirir a fração ideal pelo preço e condições negociadas com o terceiro estranho ao condomínio, o

notificante fica livre para celebrar o contrato com este último. O condômino que não tiver sido avisado da intenção de venda pode, nos 180 dias seguintes a esta, depositar em juízo o valor pago pela fração ideal e se tornar seu titular.

Se mais de um condômino se interessar pela aquisição da fração ideal, terá preferência o que possuir na coisa comum benfeitorias de maior valor. Na falta de benfeitorias, preferirá o condômino titular de maior fração ideal. Sendo iguais as frações tituladas pelos interessados, divide-se a oferecida entre os que providenciarem o depósito judicial da parte correspondente do preço (CC, art. 504, parágrafo único).

O direito de preferência da lei não alcança a alienação de fração ideal de bem divisível nem a celebrada com quem já era condômino, inclusive quando indivisível a coisa. Nesses casos, a preferência só existe se prevista em cláusula expressa da convenção condominial.

De outro lado, se a maioria decidir alugar o bem e se houver interesse de qualquer condômino em ser o locatário nas mesmas condições que as negociadas com terceiros, será dele a locação. Quando mais de um condômino se interessar em exercer a preferência na locação da coisa, devem ser observados, por analogia, os mesmos critérios legalmente estabelecidos para a hipótese de alienação: valor das benfeitorias, medida da fração ideal e repartição entre os interessados. Não sendo, contudo, possível dividir a

locação entre os condôminos exercentes da preferência, deve ser locatário aquele que melhorar a proposta do terceiro de forma mais vantajosa para a comunhão. A ponderação da vantagem cabe à maioria dos condôminos.

2.2. Os deveres dos condôminos

A superação dos conflitos de interesse entre condôminos, no condomínio voluntário geral, guia-se também pelos deveres previstos em lei. A imputação de dever, a rigor, representa apenas um modo invertido de a norma jurídica definir um direito. Sempre que a lei atribui dever a condômino, está assegurando aos demais o direito de exigir o seu cumprimento.

São deveres dos condôminos, de acordo com a lei:

a) *Contribuir com as despesas da coisa.* As despesas com a manutenção e conservação da coisa objeto de condomínio correm por conta dos condôminos, cabendo a cada um arcar com parcela proporcional ao seu quinhão (CC, art. 1.315). As providências reclamadas pela manutenção ou conservação do bem, assim como as despesas para as atender, serão definidas pela maioria absoluta dos condôminos. Desse modo, sendo o entendimento majoritário o de ser conveniente, útil ou necessária certa medida para a manutenção ou conservação da coisa, mesmo os condôminos dissidentes estão obrigados a concorrer com suas parcelas nas despesas correspondentes. Claro que, se

a maioria abusar de seus direitos, incorrerá em ato ilícito, podendo o prejudicado se socorrer do Judiciário para buscar a invalidação da deliberação. Também são repartidos entre os condôminos os ônus da copropriedade, como, por exemplo, os impostos e taxas sobre ela incidentes.

Somente o condômino que renunciar à sua parte ideal libera-se da obrigação de contribuir com o pagamento das despesas de manutenção e conservação do bem em condomínio (CC, art. 1.316). Beneficiário da renúncia será o condômino ou condôminos que assumirem o pagamento (§ 1º). Considere que um automóvel pertence a *Darcy, Evaristo e Fabrício*, mas o primeiro não quer pagar sua parcela no IPVA e despesas com a manutenção do bem. A recusa de pagamento só será lícita se *Darcy* declarar que renuncia à sua fração ideal sobre o veículo. Nesse caso, ela é transferida a *Evaristo* ou *Fabrício*, dependendo de quem pagar a parcela das despesas e ônus da responsabilidade de *Darcy*.

Enquanto o condômino não exteriorizar a declaração de vontade no sentido da renúncia à fração ideal, ele é mero inadimplente, exposto apenas à consequência de responder pelos consectários legais (juros, correção monetária e indenização) e pelos estatuídos em convenção (multa, suspensão do direito de usar o bem comum etc.). Quer dizer, conserva a titularidade da fração ideal mesmo que sua parte nas despesas comuns venha a ser paga por um dos demais

condôminos. A lei não diz que o inadimplemento da contribuição às despesas de manutenção ou conservação da coisa importa renúncia à fração ideal; dita apenas que esta última implica a dispensa do pagamento daquelas.

b) Abster-se de dar posse da coisa a terceiro. O condômino não pode dar posse, uso e fruição da coisa comum a terceiros estranhos ao condomínio sem o consenso dos demais (CC, art. 1.314, parágrafo único, *in fine*). Nesse caso, não basta a vontade da maioria para a validade da autorização de transferência da posse, uso ou fruição, sendo indispensável a unanimidade dos condôminos. Isso porque a lei fala em consenso e não em deliberação.

c) Responder pela sua parte nas dívidas comuns. Quando todos os condôminos contraem dívida e não se pactua a solidariedade, cada um responde somente pela parte proporcional ao seu quinhão (CC, art. 1.317). De outro lado, quando um deles assume obrigação que aproveita ao condomínio, cada um responde perante o devedor em regresso pela parte proporcional à sua fração ideal (art. 1.318). Se a posse dos condôminos precisava ser defendida e somente um deles estava presente para adotar as medidas de defesa, e, para as custear, precisou contratar mútuo bancário, perante o banco credor ele é o único responsável; pagando a dívida feita em proveito de todos, porém, o condômino mutuário terá direito de cobrar dos demais a cota-parte do valor do mútuo.

A mesma regra se aplica analogicamente a qualquer outra despesa adiantada por condômino quando aproveitar ao condomínio, mesmo que o pagamento seja feito com recursos próprios e não provenientes de mútuo.

Os deveres dos condôminos são os de arcar com as despesas de conservação e manutenção da coisa, além dos ônus sobre ela incidentes, abster-se de transferir a estranhos a posse, uso e fruição dela sem a anuência de todos os outros, responder por sua parte nas dívidas contraídas em proveito comum e também pelos danos que infligirem ao bem objeto da propriedade condominial.

d) Responder pelos danos infligidos à coisa. Se qualquer dos condôminos causar dano à coisa, responde

pela indenização aos demais (CC, art. 1.319). Se Evaristo, que divide a propriedade de um automóvel com Fabrício, ao conduzir o veículo, causa acidente de trânsito, será exclusivamente dele a responsabilidade por pagar a totalidade da indenização, incluindo o conserto do bem objeto de condomínio. Ocorrendo no acidente a perda total do veículo, Evaristo deve pagar a Fabrício o correspondente à metade de seu valor.

3. CONDOMÍNIO GERAL NECESSÁRIO

Há condomínio necessário na meação de paredes, cercas, muros e valas que separam a propriedade imobiliária. Se um vizinho cerca os limites de sua propriedade erguendo essas divisórias, o outro tem o direito de adquirir-lhe a metade ideal. Deverá, claro, pagar ao vizinho que construiu a divisória o preço proporcional da obra, atualizado para a época do exercício do direito, bem como o do terreno por ela ocupado (CC, art. 1.328). Divergindo as partes sobre os valores a serem pagos pela meação necessária, prevê a lei sua fixação por arbitragem (art. 1.329). O vizinho que pretender a meação, porém, só poderá usar a divisória depois do pagamento ou depósito em juízo (art. 1.330).

As relações entre os condôminos no condomínio geral necessário regem-se também pelas normas atinentes ao direito de vizinhança (Cap. 47).

4. CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Nos prédios de apartamentos, há necessariamente áreas e bens de uso comum, como o *hall* de entrada, elevadores, jardins, portaria e outros. Essas áreas e bens pertencem aos proprietários das unidades autônomas (os apartamentos) em regime de condomínio. Tal como no condomínio geral, cada condômino tem o direito de usar a propriedade comum, desde que não exclua, com seus atos, o uso pelos demais. Mas os potenciais conflitos de interesses que podem surgir em torno do condomínio existente em prédios de apartamentos são muito mais complexos que os relacionados ao condomínio geral. Não só porque os condomínios em prédios de apartamentos existem em quantidade maior como principalmente porque neles a convivência dos coproprietários é forçada.

No condomínio geral voluntário, é raro acontecer de os condôminos não se conhecerem antes de decidir ter em comum a propriedade da coisa. Nele, os titulares da propriedade condominial costumam ser amigos, parentes, conhecidos ou pelo menos sócios num empreendimento econômico. O condomínio é, então, posterior ao conhecimento pessoal. Porque os condôminos confiam uns nos outros o suficiente para dividir a propriedade de certo bem é que surge o condomínio geral. A divisão da propriedade resulta, aqui, diretamente da vontade dos coproprietários. No condomínio em prédio de apartamentos

é diferente. Tal como no condomínio necessário, a divisão da propriedade é inevitável. Os condôminos não se conhecem, via de regra, antes de dividir os direitos de proprietários. Cada qual adquiriu seu apartamento da incorporadora e todos irão se conhecer, em geral, em razão da copropriedade. Se no condomínio geral voluntário as pessoas se conhecem e se tornam condôminas porque se conhecem, no de prédio de apartamentos ocorre o inverso: elas se conhecem porque se tornaram condôminas. Os conflitos de interesses são naturalmente mais complexos na divisão de propriedade que antecede o conhecimento pessoal entre os coproprietários.

O afirmado em relação ao condomínio em prédio de apartamentos também se verifica no de escritórios. Os donos das unidades autônomas começam a travar qualquer tipo de relacionamento em função da copropriedade que titulam, e não o inverso. Igualmente, entre os donos de vagas em edifícios-garagens, os lojistas de um *shopping center* ou os proprietários de casas em vilas ou nos chamados *condomínios fechados*, a divisão da propriedade antecede o conhecimento pessoal. A convivência entre os proprietários das unidades autônomas é, nesse sentido, forçada. Some-se a essa circunstância a locação de parte delas, a contratação de empregados ou prestadores de serviços para as necessidades comuns e as questões potencialmente conflituosas inerentes à vizinhança (Cap. 47, item 2) e o

quadro resultará em choques de interesses de grande complexidade, para cuja superação é insuficiente a disciplina do condomínio geral.

Por isso, o condomínio edilício (ou *horizontal*, como costumava ser chamado antigamente) sujeita-se a regras específicas, estabelecidas pelos arts. 1.331 a 1.358 do CC. Note que as disposições do Título I da Lei n. 4.591/64, que tratavam do condomínio em edificações, estão revogadas desde a entrada em vigor do Código Reale. A revogação não foi expressa, mas decorreu da circunstância de o Código ter regulado inteiramente a mesma matéria (LICC, art. 2º, § 1º, *in fine*). O tema, contudo, não é pacífico na doutrina (Rodrigues, 2003, 5:206).

Deve-se instituir o condomínio edilício sempre que num prédio houver partes de propriedade exclusiva do condômino e partes de propriedade comum (Pereira, 1965:55/228). Se não existir tal repartição, o condomínio ou não existe ou é geral. Quando a coisa está dividida em partes pertencentes cada uma a um proprietário, não há condomínio. Quando ela é inteira da propriedade comum de duas ou mais pessoas, o condomínio é geral. Havendo, porém, a repartição em partes de propriedade exclusiva e partes comuns, a instituição do condomínio edilício será obrigatória. O que torna edilícia a propriedade condominial, portanto, não é a reunião de unidades de moradia ou comércio numa única edificação. A concentração num só

edifício de unidades destinadas a residência, aliás, não existe em alguns condomínios edilícios, como os denominados *condomínios fechados*, compostos de casas construídas independentes. De outro lado, não basta que o prédio se desmembre fisicamente em unidades separadas para que a propriedade assuma a forma de condomínio edilício. É a segregação da coisa em partes de propriedade exclusiva dos condôminos e parte de propriedade comum o pressuposto específico do condomínio edilício. Presente essa característica no objeto do direito de propriedade, a lei determina a sua instituição e constituição.

O solo, estrutura do prédio, telhado, rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, calefação e refrigeração centrais, acesso ao logradouro público (rua, avenida, praça etc.) são exemplos das partes comuns do condomínio edilício. Elas pertencem a todos os condôminos e podem ser usadas por cada um deles (ou pelos locatários ou possuidores das partes exclusivas), desde que observadas as regras de utilização aprovadas pelo condomínio. As partes de propriedade comum, porém, não podem ser alienadas separadamente ou divididas (CC, art. 1.331, § 2º).

As partes de propriedade exclusiva do condômino chamam-se *unidades autônomas*. São os apartamentos, escritórios, lojas, salas, abrigos para veículos e outras divisões que delimitam o âmbito espacial do direito de

propriedade exclusiva do condômino. As unidades autônomas, como objeto da propriedade exclusiva do condômino, podem ser livremente alienadas e gravadas por ele (CC, art. 1.331, § 1º). Para a venda ou hipoteca da unidade autônoma, o proprietário não precisa, assim, de autorização dos demais condôminos, nem está obrigado a consultá-los de qualquer maneira. Mas, no tocante ao uso da unidade autônoma, o direito de propriedade sofre restrição. O titular da unidade autônoma não a pode usar em desconformidade com a natureza do condomínio edilício. Não pode, por exemplo, explorar qualquer atividade econômica no seu apartamento (prédio residencial), nem permitir que empregado more no seu escritório ou loja (prédio comercial).

Cada condômino é titular de fração ideal das partes comuns (CC, art. 1.331, § 3º). A fração ideal é bem acessório em relação à unidade autônoma. Quer dizer, como o acessório segue a sorte do principal, o condômino não pode alienar ou onerar a fração ideal das partes comuns em separado da unidade autônoma; além disso, se alienar ou hipotecar a unidade autônoma, também dispõe ou grava necessariamente a respectiva fração ideal (art. 1.339 e § 1º). Em relação à sua unidade autônoma, a alienação de outras partes acessórias só pode ser feita a quem já seja condômino. Para as vender a estranhos ao condomínio, são indispensáveis duas condições: permissão no ato constitutivo e não oposição da assembleia (§ 2º). Desse

modo, se alguém quiser alienar parte de sua unidade autônoma em condomínio edilício, desmembrando-a fisicamente, em regra só terá esse direito se o comprador for também condômino; se não for, o direito é condicionado à permissão expressa na convenção e liberação da assembleia.

Condomínio edilício existe quando a coisa (geralmente uma edificação) é desmembrada em partes de propriedade exclusiva dos condôminos e em partes de propriedade comum.

Os prédios de apartamento, de escritórios, shopping centers, galerias e os chamados condomínios fechados são exemplos de coisas que normalmente estão sujeitas a essa forma de propriedade condominial.

Acerca do condomínio edilício, convém examinar com mais demora a sua instituição e constituição (subitem 4.1), direitos e deveres dos condôminos (subitem 4.2), a administração do condomínio (subitem 4.3) e realização de obras (subitem 4.4).

4.1. Instituição e constituição

Institui-se o condomínio edilício por negócio jurídico, que pode ser uma declaração unilateral ou bilateral de vontade, inclusive testamento. Em geral, o incorporador do empreendimento imobiliário é o instituinte do condomínio edilício. O instrumento de instituição, que pode ser público ou privado, deve discriminar e individualizar as unidades de propriedade exclusiva e as partes comuns, determinar a fração ideal destas últimas correspondente a cada unidade e também definir a finalidade do condomínio. Esse é o conteúdo mínimo do instrumento de instituição, mas pode o instituinte nele dispor sobre quaisquer outros aspectos do condomínio instituindo. Ao definir a finalidade, por exemplo, deve estabelecer, no mínimo, se a natureza dele é residencial ou comercial; mas poderá detalhar melhor a finalidade, especificando, por exemplo, que o fim do edifício será o de abrigar exclusivamente prestadores de serviços de saúde (clínicas, consultórios médicos, laboratórios etc.). O instrumento de instituição do condomínio deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis (CC, art.

1.332).

O termo de instituição do condomínio registrado tem duas serventias. A primeira consiste em delimitar o objeto da propriedade dos futuros adquirentes das unidades autônomas. O Cartório de Registro de Imóveis abre a matrícula de cada uma delas, descreve a unidade e especifica a fração ideal das partes comuns correspondentes a partir das informações contidas no instrumento instituinte. A segunda função do negócio jurídico instituinte é normatizar as relações entre os condôminos. É esta última uma função provisória, que o instrumento de instituição deixa de cumprir assim que aprovada a *convenção condominial*. Desse modo, se a convenção alterar, por exemplo, a finalidade do condomínio, ela prevalece sobre o instrumento de instituição.

A aprovação da convenção é o ato de constituição do condomínio edilício. Constitui-se o condomínio normalmente depois de a construção do prédio estar concluída e seu uso autorizado pela Prefeitura (que expede a licença de utilização, chamada no passado de “habite-se”). Nesse momento, os condôminos se reúnem para aprovar as regras de convivência a serem observadas no uso tanto das unidades autônomas como das partes comuns. A aprovação dessas regras corresponde à constituição do condomínio, e o seu instrumento é a convenção condominial.

Note que *instituição* e *constituição* estão tratadas na lei

como atos distintos, porque o condomínio edilício, na expressiva maioria das vezes, origina-se numa incorporação imobiliária. Enquanto está em construção o empreendimento, já é necessário definir os elementos básicos do futuro condomínio edilício, isto é, as partes autônomas e as comuns, as frações ideais destas correspondentes àquelas e a finalidade do prédio. Cabe ao incorporador essa definição, até mesmo porque não conseguirá sequer comercializar o empreendimento se não estiverem estabelecidas sua dimensão e natureza. Nesse momento, contudo, não cabe falar ainda na existência de um condomínio edilício, não só porque as partes autônomas e comuns não existem física e juridicamente, mas até mesmo porque todo o imóvel que abriga o empreendimento em construção pertence a uma ou várias pessoas (quer dizer, se há condomínio, é o geral). Somente depois de concluída a obra e obtida a licença municipal de utilização, encontram-se física e juridicamente delimitadas as partes comuns das autônomas. Nesse momento, inclusive, o mais usual é existirem já adquirentes ou promitentes compradores destas últimas. É então o momento propício para a constituição do condomínio edilício.

Esse, repito, é o modelo predominante. Nada impede, porém, que a instituição e a constituição do condomínio sejam feitas simultaneamente pelo mesmo sujeito de direito, mesmo antes da conclusão da edificação. Imagine que certo

banco construiu em imóvel de sua propriedade o prédio de escritórios para abrigar a sede administrativa. Embora fisicamente dividido em escritórios autônomos, o prédio não é juridicamente um condomínio edilício. Como seria o único ocupante do prédio, o banco não teve interesse em instituí-lo. Imagine, agora, que ele resolve mudar a sede do local, e alguns empresários, sabendo disso, o procuram para comprar o edifício. Os empresários estão interessados em ficar cada um com alguns andares do prédio. Nesse caso, que evidentemente não é corriqueiro, os compradores do prédio irão instituir e constituir o condomínio edilício na mesma oportunidade. Aqui não há sentido nenhum na distinção legal feita entre instituição e constituição. Mas, como a lei deve atentar aos fatos mais comuns, e estes claramente se ligam aos condomínios edilícios originados de empreendimentos imobiliários de incorporação, a distinção acaba tendo sentido.

Instituição e constituição do condomínio edilício são atos distinguidos pela lei para melhor disciplinar a hipótese mais

corriqueira do instituto.

Na maioria das vezes, a instituição é ato do incorporador destinado a configurar o empreendimento imobiliário.

Já a constituição do condomínio edilício é a aprovação por pelo menos dois terços dos condôminos (com o voto proporcional às frações ideais) das regras de convivência, uso das unidades autônomas e administração das partes comuns, instrumentalizadas na convenção condominial.

A constituição do condomínio edilício é o ato dos proprietários das unidades autônomas descritas no instrumento de instituição pelo qual definem as regras de convivência a serem observadas entre eles no uso delas e das partes comuns. Instrumentaliza-a, como dito, a convenção de condomínio, que pode ser documentada em escritura pública ou escrito particular. Para ser obrigatória para todos os condôminos e para os ocupantes das unidades autônomas (locatários, usufrutuários, comodatários etc.), ela deve ser subscrita por titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais. A fim de produzir efeitos perante terceiros, a convenção deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis (CC, art. 1.333).

A convenção — malgrado alguns entendimentos em sentido diverso na doutrina (Gomes, 1958:230) — tem caráter estatutário ou institucional, quer dizer, vincula todos os condôminos, presentes e futuros. Desse modo, estão obrigados a observá-las e se submetem inteiramente às suas cláusulas inclusive os que, sendo já condôminos ao tempo da aprovação da convenção, não a assinaram. Também os que, sendo condôminos ao tempo da alteração, votaram vencidos ou não compareceram à assembleia ficam vinculados às regras alteradas. Por fim, igualmente estão obrigados a observar a convenção e se expõem a todas as suas consequências aqueles que não eram ainda condôminos quando de sua aprovação ou última alteração

(Pereira, 1970:130/131; Lopes, 1982:54/56).

Além dos elementos mínimos exigidos para o instrumento de instituição de condomínio, a convenção deve também dispor sobre os seguintes assuntos: *a*) a cota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio, definindo, por exemplo, como se elabora e aprova o orçamento, a data do vencimento das contribuições condominiais etc.; *b*) a maneira como o condomínio será administrado, com a identificação dos órgãos e sua competência; *c*) a forma de convocação e o *quorum* de deliberação da assembleia, bem assim sua competência; *d*) as multas e sanções aplicáveis aos condôminos ou possuidores que desobedecerem aos seus preceitos; *e*) a matéria a ser tratada pelo regimento interno e a forma de sua aprovação.

A convenção condominial pode ser alterada, a qualquer tempo, por dois terços dos condôminos, exceto na definição da destinação do edifício, cuja mudança depende da concordância da unanimidade deles (CC, art. 1.351).

4.2. Direitos e deveres do condômino

Entre o condômino e o condomínio não existe relação de consumo. O condomínio não se enquadra no conceito legal de fornecedor, já que não é empresário, não oferece ao mercado nenhum serviço e não pode ter lucro com sua

atividade (CDC, art. 3º). Trata-se da mera comunhão de interesses dos proprietários de unidades autônomas de certo edifício (ou de qualquer outra forma de organização do espaço urbano de moradia ou trabalho). Os condôminos não são os consumidores de serviços do condomínio, mas os sujeitos de direito cujos interesses comuns justificam a formação dessa entidade despersonalizada. Evidentemente, podem existir conflitos — e os há de veras — entre o condomínio (conjunto) e o condômino (uma de suas partes), do mesmo modo que se desentendem a sociedade e um sócio, a associação e um associado, a massa falida e um credor etc. Tais conflitos, contudo, não são superáveis em função das regras estabelecidas para disciplina das relações de consumo, porque não se enquadra o condomínio no perfil legalmente estatuído para o fornecedor (Coelho, 1994:51/53).

Por inexistir relação de consumo, disciplinam os direitos e deveres do condômino exclusivamente o disposto no Código Civil. As normas estabelecidas em lei para a defesa dos consumidores não são aplicáveis ao condômino em suas relações com os demais coproprietários ou com o conjunto deles. Desse modo, pelos danos sofridos pelo condômino em razão de ato ou fato imputável ao condomínio responde este sempre por culpa, e nunca objetivamente. Ademais, não existem restrições legais ao modo de cobrança das contribuições condominiais em atraso, sendo legítimo qualquer um adotado pelo condomínio que não configure

abuso de direito. Também não se opera a inversão do ônus probatório em favor do condômino, ainda que haja verossimilhança em sua alegação, e assim por diante.

Não há relação de consumo entre o condômino e o condomínio, regendo os respectivos direitos e deveres unicamente o Código Civil.

No exercício de direitos e imputação de deveres equiparam-se ao proprietário da unidade autônoma os promitentes compradores e cessionários de direitos sobre ela.

A lei equipara, na matéria concernente ao exercício dos direitos e atendimento aos deveres do condômino, ao proprietário da unidade autônoma os promitentes compradores e cessionários de direitos a ela relativos. Pequeno erro de revisão do texto legal importou a indevida localização do dispositivo, como parágrafo do artigo referente ao conteúdo da convenção condominial (CC, art. 1.334, § 2º). A equiparação legal, na verdade, deveria abrigar-se em dispositivo com remissão aos pertinentes aos direitos (art. 1.335) e deveres (art. 1.336) dos condôminos. De qualquer modo, em razão da equiparação, quando a unidade autônoma foi prometida à venda, o promitente comprador será titular dos mesmos direitos e responsável pelos mesmos deveres impostos por lei aos proprietários; assim também o cessionário de direitos sobre a unidade autônoma, na hipótese de cessão. Quer dizer, na assembleia de condôminos, os promitentes compradores e os cessionários presentes são os titulares do direito de voz e voto, e não os proprietários; a contribuição condominial deve ser cobrada, em princípio, deles e apenas subsidiariamente dos proprietários, e assim por diante.

4.2.1. A lista dos direitos

Os direitos dos condôminos listados pela lei são três.

O primeiro é o de “usar, fruir e livremente dispor da unidade autônoma” (CC, art. 1.335, I). Como titular do direito

de propriedade sobre a unidade autônoma, o condômino tem sobre ela, em princípio, os poderes de qualquer outro proprietário, quais sejam, o de usar, fruir e dispor da coisa. Note, porém, que o advérbio *livremente* não se liga, no texto da lei, senão ao poder de dispor. Isso porque o proprietário da unidade autônoma de condomínio edilício não tem inteira liberdade para usá-la ou dela fruir. Não pode explorar atividades econômicas no apartamento de prédio residencial, ainda que o zoneamento da Prefeitura o permita. Também não pode destinar sua loja no *shopping center* à moradia de quem quer que seja. Se a convenção limita o uso do escritório a determinados segmentos de comércio ou prestação de serviços, não o poderá utilizar em outras atividades econômicas. Em suma, o poder de usar e fruir a unidade autônoma não é tão amplo quanto na propriedade em geral, porque deve acomodar-se às exigências impostas pela natureza do condomínio edilício.

Outra limitação ao direito de fruir a unidade autônoma diz respeito à preferência legalmente atribuída aos demais condôminos, na hipótese de qualquer deles resolver locar a vaga na garagem (CC, art. 1.338). Apenas se nenhum dos condôminos se interessar pela locação ela poderá ser oferecida a estranhos ao condomínio.

O segundo direito titulado pelo condômino é o de “utilizar as partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais

compossuidores” (CC, art. 1.335, II). As partes comuns são de uso de todos os condôminos, mas há duas limitações a serem observadas. De um lado, a utilização deve respeitar a natureza da área comum ou preceitos da convenção. Não pode o condômino invocar esse direito, por exemplo, para guardar pertences na portaria ou no salão de ginástica do prédio. Também não pode ingressar nas casas das máquinas ou na sala da administração se não houver motivo justificável. De outro lado, a lei limita também o exercício do direito de usar as áreas comuns em razão da utilização simultânea da mesma área por outro condômino. Há áreas (salão de festa, quadra de tênis) ou bens (a esteira na sala de ginástica) que só podem ser utilizados por um condômino de cada vez. Para eles, a convenção do condomínio ou o regimento interno devem estabelecer os critérios de uso, de modo que todos tenham iguais oportunidades de desfrutar da propriedade comum. O condômino que reserva, na forma prevista na convenção ou regimento, o salão de festas para o aniversário do filho não está obrigado a receber no evento todos os vizinhos de prédio. Pode, durante o prazo da reserva, utilizar o bem comum de forma exclusiva. Mas em relação às demais áreas ou bens, porém, em que o uso por um condômino não impede o concomitante uso por outro, ninguém tem direito de exclusividade. O condômino que está praticando natação na piscina do prédio não tem o direito de impedir que crianças do condomínio brinquem nela ao

mesmo tempo, por exemplo.

O terceiro e último direito do condômino é o de voz e voto nas assembleias do condomínio (CC, art. 1.335, III). Sendo cotitular da propriedade em comum tem reconhecido o direito de decidir como ela será usada e administrada. Para o exercer, porém, deve estar quite com a contribuição condominial. O condômino que deixou de pagar qualquer contribuição, ordinária ou extraordinária, tem legalmente suspenso o direito de participar da assembleia de condomínio enquanto não emendar a mora, com os consectários devidos. A suspensão atinge tanto o direito de participar das discussões dos temas constantes da ordem do dia (voz) como das deliberações que devem ser adotadas acerca deles (voto). Mesmo o condômino que discorda do pagamento de determinada parcela que lhe foi cobrada sofre a restrição nos direitos de voz e voto. Ele não pode simplesmente inadimplir a obrigação; se considera indevida a parcela, deve buscar em juízo a invalidação da cobrança.

Os direitos dos condôminos são três: usar, fruir e livremente dispor de sua unidade autônoma, usar as partes comuns sem prejudicar o concomitante uso pelos demais e, estando em dia com o pagamento das contribuições condominiais, participar das discussões e deliberações da assembleia.

4.2.2. A lista dos deveres

Quanto aos deveres, listam-se quatro na lei.

O primeiro, e mais importante, é o de “contribuir para as despesas do condomínio” (CC, art. 1.336, I). Em toda propriedade condominial, a manutenção e a administração da

coisa devem ser custeadas pelos coproprietários. O prédio reclama pintura de tempos em tempos, os salários dos empregados e a remuneração dos prestadores de serviços precisam ser pagos, a limpeza das áreas comuns consome materiais que devem ser adquiridos e assim por diante.

As despesas do condomínio, tanto as ordinárias como as extraordinárias, devem ser rateadas entre os condôminos. O critério de rateio será o previsto na convenção. Em caso de omissão, caberá fixar a contribuição proporcionalmente à fração ideal de cada condômino (CC, art. 1.336, I, *in fine*). Assim, se o apartamento da cobertura é dúplex e a ele corresponde fração ideal nas partes comuns do edifício superior às dos demais andares, também será proporcionalmente maior a contribuição condominial devida pelo seu proprietário. É justo que assim seja, porque os condôminos usam as partes comuns de modo diferenciado, mas medir exatamente a diferença para refleti-la no valor da contribuição nem sempre é possível ou factível. Senão, veja-se. Os moradores dos andares mais altos aparentemente consomem, ao usarem o elevador, mais energia elétrica que os dos pavimentos inferiores; mas, se o apartamento do primeiro andar é habitado por família numerosa e com diversos empregados, enquanto no do último mora sozinho um viúvo, a relação pode inverter-se. Outro exemplo está no uso da água, que a concessionária cobra do condomínio pelo gasto global, embora os condôminos a utilizem em

quantidades diferentes. Individualizar, nesses casos, a parte cabível a cada condômino seria impossível, custoso ou subjetivo. A proporção fixada em função do tamanho da unidade autônoma, assim, surge como o critério mais objetivo para mensurar a diferença. Claro que, prevendo a convenção outro critério para a repartição das despesas do condomínio, descarta-se a proporção fundada na parte ideal.

Ficam fora do rateio e devem ser suportadas apenas pelos beneficiados as despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de alguns dos condôminos (CC, art. 1.340). É o caso, por exemplo, das despesas relacionadas à instalação e conservação da sala de ginástica. Os condôminos não interessados em utilizá-la estão legalmente dispensados de concorrer para tais despesas.

O segundo dever do condômino é o de “não realizar obras que comprometam a segurança da edificação” (CC, art. 1.336, II). No interior da unidade autônoma, o condômino pode fazer toda e qualquer alteração que desejar, desde que não interfira com a segurança do prédio. Se o condômino quer derrubar a parede que divide dois cômodos, para uni-los, pode fazer a obra sem precisar de autorização do condomínio; mas estará impedido de derrubar toda a parede se nela houver, por exemplo, uma coluna de sustentação do edifício.

O terceiro dever legalmente imposto ao condômino também é de abstenção e diz respeito a mudanças na

unidade autônoma, isto é, às alterações de “forma e cor da fachada, das partes e esquadrias externas” (CC, art. 1.336, III). O condômino não pode introduzir nenhuma mudança no aspecto externo de sua unidade autônoma, porque isso interfere na estética do edifício. Salvo se a convenção permitir, cada condômino deve manter inalteradas as partes externas de sua unidade, para que o edifício conserve a harmonia inicialmente concebida para ele. Se cada proprietário pudesse livremente dotar a unidade de qualquer aparência externa, o resultado muito provável seria a desarmonia estética da edificação, afetando os interesses do conjunto de condôminos.

Registro, contudo, que, no exame do cumprimento desse dever, o juiz não pode ignorar, de um lado, o desenvolvimento tecnológico, evolução do mercado de consumo e necessidades novas ditadas pela segurança dos habitantes do prédio. Deve, ao contrário, flexibilizar a norma em função desses valores (cf. Franco, 1997:62). Veja-se o caso do ar-condicionado. Nos edifícios de escritório erguidos em São Paulo até os anos 1970, não eram comuns as instalações para ar-condicionado, centrais ou não. Condicionamento de ar não era, a rigor, hábito de consumo dos paulistanos, já que a cidade não costumava passar por períodos prolongados de calor intenso. Mudaram não só o clima como também os hábitos dos moradores da cidade. A solução, nos edifícios mais antigos, foi colocar aparelhos de

ar-condicionado na parte externa dos escritórios. Sob o ponto de vista estético, ela é inegavelmente ruim, mas não se pode obstar o acesso dos condôminos a esse importante item de conforto. Também não há como impedir o condômino com filhos pequenos de instalar na varanda do apartamento redes de proteção, porque o distúrbio estético deve ser por todos suportado em função do aumento da segurança que elas proporcionam.

Finalmente, o quarto dever dos condôminos é o de usar a unidade autônoma conforme a natureza do condomínio e conviver com os demais condôminos com urbanidade. Diz a lei que o condômino deve “dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes” (CC, art. 1.336, IV). O condômino tem, assim, o dever de respeitar a natureza do edifício em que mora ou trabalha e ser sempre um bom vizinho. Descumpre esse dever, por exemplo, o condômino que ouve música em som demasiado alto, mantém na sacada aqueles irritantes móveis de inspiração oriental conhecidos como sinos da felicidade ou mensageiro dos ventos, possui animais de estimação em desacordo com a convenção, realiza obras em horários não permitidos, deixa de limpar o apartamento constante e adequadamente ou incorre em qualquer outra conduta de desrespeito ao próximo.

Os deveres dos condôminos são: pagar as contribuições condominiais, abster-se de realizar obras que comprometam a segurança da edificação, não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas, além de usar a unidade conforme a natureza do condomínio e conviver com urbanidade.

4.2.3. Sanções ao descumprimento dos deveres

Variam os parâmetros legais referentes às sanções a que ficam expostos os condôminos que descumprem seus

deveres.

O descumprimento do principal dever do condômino, que é o de pagar sua parte nas despesas do condomínio, importa a obrigação de o inadimplente suportar os consectários. De acordo com a lei, ele fica sujeito a pagar os juros moratórios e multa previstos na convenção de condomínio (CC, art. 1.336, § 1º). Em relação aos juros moratórios, a lei não estabelece nenhuma limitação. A convenção pode fixá-los livremente, desde que se valha de critérios razoáveis. Apenas em caso de omissão será devida a taxa mencionada na lei, que é de 1% ao mês. Quanto à multa, fixou-se o limite de 2%. Trata-se de limite muito baixo, que tem estimulado nos condôminos inescrupulosos o atraso no pagamento das contribuições (Maluf-Marques, 2004:73/82). No Brasil, enquanto vicejar a infeliz cultura da busca da vantagem indiscriminada (a conhecida *lei de Gérson* — referência ao jogador da seleção brasileira tricampeã que afirmava, numa propaganda de cigarro, gostar “de levar vantagem em tudo”), a lei deve estabelecer sanções pesadas, realmente aptas a desestimular o inadimplemento. Em 2004, o projeto da Lei n. 10.931 aprovado pelo Congresso Nacional previa eliminar essa excrescência legislativa de limitar em patamar tão reduzido a multa aplicável ao condômino inadimplente, mas o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva vetou a alteração.

As convenções condominiais, em suma, devem fixar a

taxa dos juros moratórios num patamar razoável, mas que verdadeiramente desestimule o inadimplemento das contribuições. Caso contrário, os condôminos adimplentes acabam arcando com o valor devido pelos inadimplentes, para que a conservação e a administração do condomínio não sejam prejudicadas.

No caso de descumprimento de qualquer dos outros deveres (como o uso indevido da unidade, perturbação do sossego etc.), o condômino fica sujeito ao pagamento da multa prevista na convenção. O limite da lei para a sanção, nesse caso, é de 5 vezes o valor da contribuição condominial mensal. Se for omissa a convenção, cabe à assembleia deliberar a pena a ser imposta, pelo voto de dois terços dos condôminos restantes (CC, art. 1.336, § 2º).

Os consectários mencionados no art. 1.336, §§ 1º e 2º, do CC não excluem os estabelecidos para o descumprimento das obrigações em geral. Desse modo, mesmo que não previstos especificamente na convenção de condomínio, será devida pelo condômino inadimplente a indenização por perdas e danos, correção monetária e honorários de advogado (Cap. 18, subitem 4.1.2). Independentemente da multa, portanto, o condômino infrator deve pagar também a indenização pelos danos infligidos ao condomínio, inclusive os de ordem moral. Se por falta de pagamento da contribuição condominial, por exemplo, o condomínio não pôde honrar certa obrigação com prestador de serviços e

teve, por isso, título protestado em seu nome, o condômino ou condôminos inadimplentes devem indenizar os danos, materiais e morais decorrentes, porque a eles deram causa.

As sanções impostas pelo condomínio ao condômino que descumpra seus deveres legais ou convencionais variam de acordo com a natureza da infração.

A multa pelo não pagamento da contribuição condominial é limitada a 2%. Quando é outro o dever descumprido, pode ser fixada em até 5 vezes o valor da contribuição mensal.

Em qualquer caso, sendo contumaz o desrespeito aos

deveres legais ou convencionais, caberá a multa suplementar de até 5 vezes o valor da contribuição condominial mensal, limite que se eleva a 10 no caso de comportamento antissocial que impossibilite a convivência com os demais condôminos.

Qualquer que seja o dever inadimplido, quando for reiterado o descumprimento, o condômino infrator expõe-se a sanção mais severa. A assembleia pode impor-lhe, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, multa suplementar, de até 5 vezes o valor da contribuição condominial (CC, art. 1.337). Cabe essa punição, por exemplo, quando o condômino é contumaz inadimplente da contribuição que lhe cabe no rateio das despesas do condomínio, estando constantemente em atraso. Esse fato forçosamente onera os demais, que são obrigados a constituir um fundo de reserva por inadimplência ou a ratear

entre eles o valor em débito enquanto não emendada a mora.

Se o dever reiteradamente descumprido consistir numa conduta antissocial que importe a incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, o limite máximo para a multa suplementar será o décuplo da contribuição condominial mensal (CC, art. 1.337, parágrafo único). Considere que o condômino tenha em seu apartamento um número expressivo de cães e gatos, dos quais cuida com displicência. O barulho, mau cheiro e doenças que essa atitude causa configuram desrespeito ao dever de urbanidade. Se o infrator, apesar da multa imposta pelo descumprimento do dever, continua a manter a criação, o condomínio pode aplicar-lhe, como sanção suplementar, outra pena pecuniária no limite de até 10 vezes a contribuição mensal, por configurada a conduta antissocial incompatível com a convivência com os demais condôminos.

Nenhuma outra sanção além da pena pecuniária nos limites legais é admissível. O condômino infrator não pode receber como punição, por exemplo, a proibição de acesso a determinadas partes comuns. Mesmo que a infração diga respeito a condutas antissociais durante o uso delas, a única pena cabível é a pecuniária. O condômino que organiza ruidosas festas no salão do edifício, cujos convidados depredam o prédio e perturbam exageradamente o sossego dos demais moradores não pode ser impedido de continuar locando o espaço para essa finalidade. Há, quanto à

natureza pecuniária das penas imponíveis aos condôminos, apenas uma exceção prevista na lei: o inadimplente relativamente ao dever principal tem suspenso o direito de voz e voto nas assembleias. Tirante essa hipótese, o condomínio só pode aplicar ao condômino infrator punição em pecúnia. Alguma doutrina acha acertada a solução do direito positivo brasileiro (Maluf-Marques, 2004:91/92), mas eu não. As sanções seriam muito mais eficientes, para bem da vida em condomínio, se não fossem limitadas à multa. Se ao condômino atrasado no pagamento das contribuições pudesse ser imposta a pena de suspensão, por exemplo, do uso da piscina ou do salão de festas, ele se sentiria menos estimulado a inadimplir. A suspensão do direito de voz e voto na assembleia também deveria, em minha opinião, caber como pena a infração de qualquer tipo e não somente ao descumprimento do dever principal.

4.3. Administração do condomínio

A lei menciona três órgãos no condomínio: a assembleia, o síndico e o conselho fiscal. A convenção condominial pode criar outros, desde que compatíveis com as normas legais, sendo muito comum a figura do subsíndico, que substitui o síndico em seus impedimentos e faltas. Quando a convenção não cria outros órgãos, fixando as funções e forma de provimento, a administração do condomínio edilício cabe ao síndico (subitem 2.4.2), de

acordo com o deliberado pela assembleia (subitem 2.4.1) e sob a fiscalização do conselho fiscal, se houver (subitem 2.4.3).

4.3.1. Assembleia dos condôminos

A assembleia é o órgão de deliberação do condomínio edilício. Integram-no todos os condôminos, assim entendidos os proprietários das unidades condominiais, seus promitentes compradores ou cessionários de direitos sobre elas. O condômino que não puder comparecer pessoalmente à assembleia poderá fazer-se representar por procurador.

Na assembleia, o condômino é titular de dois direitos, o de voz e o de voto. Como já mencionado, porém, para os exercer é necessário que esteja em dia com o cumprimento do dever principal, ou seja, com o pagamento das contribuições condominiais, ordinárias ou extraordinárias. O direito de voz é exercitável apenas nos momentos apropriados, ou seja, após a mesa diretora dos trabalhos declarar aberta a discussão de cada ponto da ordem do dia e enquanto não a encerrar. A partir do instante que a mesa declara iniciado o processo de votação de cada ponto, não pode mais o condômino exercer o direito de voz.

O voto é proporcional à fração ideal titulada pelo condômino (CC, art. 1.352, parágrafo único). Quem titula um vigésimo das frações ideais terá o voto computado

proporcionalmente a essa participação, tendo em vista a soma das participações dos condôminos presentes. Comparecendo, assim, na assembleia três condôminos e sendo um deles sozinho titular de fração ideal superior à soma das dos outros dois, o voto dele prevalecerá sobre os proferidos por estes últimos. Para que os votos sejam computados de modo diferente, sem guardar proporção com a fração ideal de cada condômino — sufrágio “por cabeça”, por assim dizer —, é indispensável expressa previsão na convenção.

Há duas espécies de assembleia condominial: ordinária e extraordinária. A primeira deve ocorrer obrigatoriamente uma vez ao ano para aprovar o orçamento das despesas, fixar o valor das contribuições dos condôminos e votar a prestação de contas do síndico. Na assembleia ordinária, se for o caso, também se pode deliberar sobre a eleição do síndico e alteração do regimento interno (CC, art. 1.350). Tirantes essas matérias, porém, as demais não podem ser objeto de discussão e votação em assembleia ordinária. Dependem, assim, necessariamente de deliberação em sessão extraordinária do órgão temas como alteração da convenção, aplicação de sanção ao condômino reiteradamente infrator, referendo à delegação de poderes feita pelo síndico e outros.

A convocação se faz pelo modo estabelecido na convenção (carta com aviso de recebimento, correio eletrônico, afixação do anúncio no elevador, por exemplo).

Mas qualquer meio de comunicação que comprovadamente faça chegar ao conhecimento dos condôminos a data, local, hora e ordem do dia pode ser empregado na convocação se a convenção não obrigar uma forma específica. A antecedência da convocação deve estar igualmente prevista na convenção condominial, cabendo, em caso de omissão, a quem convoca observar um prazo razoável para os condôminos se prepararem para o ato — algo como uma semana, pelo menos, se não houver urgência que justifique menor antecedência.

Têm competência para convocar a assembleia o síndico ou condôminos que representem pelo menos um quarto do total. Se a assembleia é ordinária, os condôminos só a podem convocar quando o síndico não o fizer (CC, art. 1.350, § 1º); se extraordinária, a competência é concorrente (art. 1.355).

Todos os condôminos devem ser convocados para a assembleia (CC, art. 1.354). Mesmo não comparecendo a ela a totalidade dos condôminos, as deliberações adotadas obrigarão inclusive os ausentes, *desde que* tenham sido convocados. Ocorrendo falha na convocação de certo condômino, ele pode questionar em juízo sua vinculação ao deliberado pela assembleia. O condômino regularmente convocado não tem legitimidade para suscitar em juízo a invalidação da assembleia ou sua vinculação ao deliberado, mesmo provando que nem todos haviam sido regularmente

convocados para a reunião — a menos (claro) que haja a possibilidade matemática de alteração do resultado da votação pelo voto dos não convocados.

A assembleia se instala validamente quando atendido o *quorum* de instalação resultante da lei. Na verdade, o Código Civil não dispõe expressamente do *quorum* de instalação, mas apenas do de deliberação; porém, é possível concluir aquele das normas referentes a esse. Assim, em primeira convocação, a instalação válida da assembleia depende da presença de condôminos titulares de pelo menos metade das frações ideais. Num edifício de 15 andares com 4 apartamentos de igual tamanho em cada um, a assembleia só se instala em primeira convocação se presentes no mínimo condôminos titulares de 30 unidades autônomas. Enquanto esse número não for alcançado, não podem ter início os trabalhos do órgão assemblear. Em segunda convocação, o *quorum* de instalação é qualquer número. Mesmo estando presente um só condômino, a assembleia pode ter início nesse caso. Como medida de racionalização e economia, é bastante comum convocar-se a assembleia para determinado horário e, desde logo, definir que ela se instalará com qualquer número 30 minutos depois, em segunda convocação.

A assembleia é o órgão deliberativo máximo composto por todos os condôminos (proprietários, promitentes compradores oucessionários de direitos sobre a unidade autônoma). Para a validade de suas deliberações, é necessária a regular convocação e o atendimento aos quorum de instalação e deliberação.

O *quorum* de deliberação corresponde à quantidade mínima de votos a serem proferidos pelos condôminos presentes à assembleia validamente instalada para que a proposta seja considerada aprovada. Em termos gerais, o *quorum* deliberativo é o de maioria simples, que corresponde

a mais da metade dos condôminos presentes à reunião (CC, arts. 1.352 e 1.353). No edifício do exemplo anterior, estando presentes 30 condôminos, instala-se em primeira convocação a assembleia e basta, em geral, que 16 deles votem favoravelmente à proposta para que se alcance a maioria simples do *quorum* de deliberação e ela seja validamente aprovada.

Ao lado do *quorum* geral de deliberação, prevê a lei alguns especiais. Dizem respeito às deliberações de maior importância, quando não basta o voto favorável da maioria simples dos condôminos presentes à assembleia para aprovação da proposta. São os seguintes os *quorum* especiais de deliberação:

a) *unanimidade dos condôminos* para a mudança da destinação do edifício (de residencial para comercial, por exemplo) (CC, art. 1.351, *in fine*) e para a construção de outro pavimento ou, no solo comum, de outro edifício destinado a abrigar novas unidades autônomas (art. 1.343);

b) *dois terços dos condôminos* para a alteração da convenção condominial (CC, art. 1.351), realização de obras voluptuárias (art. 1.341, I) e de obras úteis representadas por acréscimos destinados a facilitar ou aumentar a utilização de áreas comuns (art. 1.342);

c) *maioria absoluta dos condôminos* para aprovação das demais obras úteis, isto é, que não impliquem acréscimo destinado a facilitar ou aumentar a utilização pelos

condôminos de áreas comuns (CC, art. 1.341, II), a destituição do síndico (art. 1.349) e a extinção do condomínio ou reconstrução do edifício no caso de ser ele total ou consideravelmente destruído ou ameaçar ruína (art. 1.357);

d) dois terços dos condôminos, exceto o infrator, para aplicação da multa pelo descumprimento de dever não principal, como, por exemplo, a alteração da cor ou forma da esquadria externa de sua unidade autônoma ou desrespeito a regra de urbanidade (CC, art. 1.336, § 2º);

e) três quartos dos condôminos, exceto o infrator, para aplicação da multa suplementar por descumprimento reiterado de dever condominial, independentemente de sua natureza (CC, art. 1.337).

Em relação às demais matérias (por exemplo: votação de contas do síndico, oposição ao desmembramento de unidade autônoma para alienação a estranhos, determinação de prestação de contas extraordinárias pelo síndico, aprovação e alteração do regimento interno, eleição dos demais órgãos, definição do momento propício para a realização de obras necessárias e excessivamente custosas, mas não urgentes etc.), para as quais a lei não tiver fixado *quorum* de deliberação especial, observar-se-á o geral, bastando a aprovação da maioria simples dos condôminos presentes à assembleia para a validade da decisão adotada.

O *quorum* deliberativo geral ou especial pode ser

aumentado pela convenção. Se esta contemplar cláusula, por exemplo, submetendo a votação do regimento interno a *quorum* de dois terços dos condôminos ou a aprovação de obras voluptuárias à unanimidade, prevalecerá o dispositivo convencional sobre o legal. Não poderá, contudo, reduzir o *quorum* da lei, por se tratar de matéria de ordem pública destinada à proteção da minoria dos condôminos.

4.3.2. Síndico

O condomínio edilício é sujeito de direito despersonalizado (Cap. 6, item 5) resultante da comunhão dos interesses dos condôminos relacionados à manutenção e administração das partes comuns, contratação de empregados ou prestadores de serviços, cálculo do rateio e cobrança das contribuições condominiais etc. O síndico é o órgão encarregado não só da representação legal do sujeito de direito despersonalizado (competindo-lhe, em nome do condomínio, assinar contratos e títulos, demandar e ser demandado, negociar com terceiros etc.) como também, no plano interno, da administração dos interesses comuns (tendo a função de supervisionar o trabalho de empregados, vistoriar as obras realizadas, zelar pelo respeito às regras da convenção etc.).

O síndico pode ser pessoa física ou jurídica, condômino ou não. Será, em qualquer caso, eleito pela assembleia para o exercício de mandato em prazo não superior a 2 anos (CC,

art. 1.347).

No início, durante algum tempo, é comum o próprio incorporador ou construtor exercer a função de síndico, em razão de cláusula expressa nesse sentido inserta na convenção condominial. O objetivo dessa investidura excepcional na função é facilitar a realização dos reparos e ajustes que toda construção nova exige. Sendo síndico o próprio incorporador ou construtor, agiliza-se a tomada de decisão quanto à necessidade do reparo ou ajuste e também sua execução. Só se admite, na verdade, a validade dessa cláusula no interesse do próprio condomínio. Ela é inválida se o prazo for demasiado longo, de modo a sugerir que seu real objetivo é dificultar a responsabilização do incorporador ou construtor por eventuais defeitos no prédio. Nos Estados Unidos, para evitar o conflito de interesses, a legislação estadual por vezes proíbe o empreendedor de exercer a função de síndico, mesmo sendo dono da maioria das unidades; por vezes, limita o tempo máximo em que a pode exercer ou, de qualquer modo, prestar serviços de manutenção ou conservação ao edifício (Singer, 2005:377).

Compete ao síndico (CC, art. 1.348): *a*) convocar a assembleia dos condôminos, tanto a ordinária como a extraordinária; *b*) representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando em juízo ou fora dele os atos necessários à defesa dos interesses comuns — a menos quanto aos poderes em que a assembleia investiu

eventualmente outra pessoa (§ 1º); *c*) dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento de interesse do condomínio, de natureza judicial (uma ação de responsabilização civil por queda de objetos na rua, por exemplo) ou administrativa (instauração de processo fiscal para averiguação do pagamento dos tributos incidentes sobre a propriedade comum); *d*) cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia; *e*) diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços contratados; *f*) providenciar a elaboração do orçamento da receita e despesa de cada ano; *g*) cobrar dos condôminos as contribuições ao rateio das despesas, amigável ou judicialmente; *h*) impor aos condôminos infratores as multas devidas, segundo a convenção e a lei; *i*) prestar contas à assembleia a cada ano ou sempre que por ela exigidas; *j*) contratar os seguros obrigatórios contra o risco de incêndio ou destruição total ou parcial (art. 1.346) e os demais que a assembleia aprovar.

As funções do síndico somente podem ser delegadas se a convenção não vedar a delegação e se assembleia dos condôminos consentir (CC, art. 1.348, § 2º). Qualquer que seja o instrumento jurídico da delegação, inclusive o mandato, sua validade e eficácia estão condicionadas à aprovação da maioria simples dos condôminos presentes à assembleia em que a matéria for discutida. Sem essa

formalidade, considera-se não ter existido a delegação, e pelos atos do delegado o próprio síndico responde, para todos os efeitos, internos ou externos.

O síndico, seja ou não titular de unidade autônoma do condomínio, exerce função de confiança da assembleia, isto é, da maioria dos condôminos nela presentes. Pode, por isso, ser destituído a qualquer tempo, independentemente de motivação. O *quorum* para a destituição, porém, é mais elevado do que o de eleição. Enquanto para esta basta o geral da maioria simples, a destituição do síndico depende do voto de dois terços dos condôminos. O art. 1.349 do CC, interpretado literalmente, parece restringir a destituição do síndico à hipótese em que ele convoca a assembleia para tratar da delegação de poderes, e nela é revelada a prática de irregularidades, a falta de prestação de contas ou a inconveniência da administração do condomínio; quer dizer, não haveria base legal para outras hipóteses de destituição do síndico, incluindo a imotivada. Essa interpretação literal, entretanto, não se sustenta em razão do absurdo a que conduz. O síndico na verdade é demissível a qualquer tempo pela assembleia e independentemente de motivação, desde que atendido o *quorum* especial previsto naquele infeliz dispositivo.

O síndico é o órgão de execução do condomínio. Ele é eleito pela assembleia para mandato de até 2 anos, conforme estabelecido na convenção. Cabe-lhe, em geral, a representação legal da comunhão de interesses dos condôminos e a administração do condomínio.

O síndico pode ser profissional, quer dizer, pessoa física ou jurídica que não titule unidade autônoma no condomínio. Nesse caso, ele é necessariamente remunerado pelo exercício da função.

A função de síndico pode ser ou não remunerada, dependendo do disposto na convenção ou do deliberado em assembleia. Se os condôminos querem atribuir as funções de síndico a profissional — pessoa física ou jurídica não titular de unidade autônoma no edifício —, elas serão forçosamente remuneradas. O exercício da sindicância pode ser eventualmente gratuito quando o síndico for também condômino. Em deliberando a assembleia por remunerar o condômino eleito síndico, pode aprovar o pagamento direto de retribuição pelos serviços ou dispensá-lo da contribuição condominial — sendo esta última a alternativa mais corriqueira.

4.3.3. Conselho fiscal

O conselho fiscal é órgão facultativo da estrutura do condomínio. Compete-lhe a fiscalização da administração pelo síndico, inclusive exarando parecer sobre as contas que ele submete à assembleia. Trata-se de órgão integrado por 3 membros, condôminos ou não, eleitos pela assembleia, com mandato de até 2 anos (CC, art. 1.356), podendo a convenção prever a eleição também de um ou mais suplentes, quando for do interesse do condomínio.

Por ser órgão facultativo, sua existência depende de expressa previsão na convenção. Omissa esta a respeito, considera-se inexistente o conselho fiscal. Aliás, nos

condomínios de poucos condôminos, em que a fiscalização da administração pode ser feita diretamente, o melhor mesmo (porque menos custoso e burocrático) é não existir o órgão fiscalizador.

Assim como pode deixar de prever a existência do órgão, a convenção pode também estipular a facultatividade de seu funcionamento. Nesse caso, a assembleia decide em que exercícios convém funcionar o conselho, elegendo então os seus membros.

O conselho fiscal é órgão facultativo cuja existência e funcionamento dependem do disposto em convenção. A lei define que será integrado por 3 membros eleitos em assembleia e terá a função de dar parecer sobre as contas do síndico.

Não é incomum a convenção atribuir ao conselho fiscal as tarefas de auxiliar o síndico na administração do condomínio. Claro que, fazendo-o, desnatura o órgão. Na medida em que seus membros participam da administração, ainda que de forma consultiva, perdem a independência necessária ao exercício das funções fiscalizadoras. Quando a convenção confere ao conselho fiscal qualquer participação na gestão condominial, ela, na verdade, considerou desnecessário o órgão fiscalizador. Equivale a extensão de funções, portanto, à falta de previsão na convenção da existência do conselho fiscal.

4.4. Obras no condomínio

As regras relativas à realização de obras no condomínio variam conforme a natureza delas. A exemplo das benfeitorias, podem-se classificar as obras em voluptuárias, úteis e necessárias.

As obras voluptuárias são as destinadas exclusivamente ao aformoseamento do edifício. São exemplos o redesenho do jardim, a substituição das grades por outras mais bonitas apenas em função do valor estético envolvido, a colocação de mármore de melhor qualidade no piso do *hall* de entrada etc. Para a realização de obras dessa natureza, é necessária a aprovação da assembleia pelo *quorum* de dois terços dos condôminos (CC, art. 1.341, I).

Quer dizer, a obra voluptuária não poderá ser aprovada se à assembleia comparecerem condôminos em quantidade inferior a dois terços do total ou, comparecendo, nem todos considerarem justificável o gasto com a alteração estética do edifício.

As obras úteis, por sua vez, são aquelas que trazem alguma melhoria ao edifício. Varia o *quorum* para a sua aprovação pela assembleia dependendo do tipo de melhoria. Quando se trata de acréscimo às áreas comuns existentes visando facilitar ou aumentar sua utilização, é necessário que apoiem a proposta de realização da obra pelo menos dois terços dos condôminos (CC, art. 1.342), enquanto as demais obras úteis podem ser aprovadas por maioria absoluta (art. 1.431, II). Desse modo, se o objetivo da reforma é ampliar o salão de festas, o *quorum* especial de deliberação é o mais elevado, de dois terços dos condôminos, porque nesse caso ocorre aumento de área comum. Mas, se está em pauta a modernização do sistema de telefonia, o *quorum* de deliberação será o da maioria absoluta, já que isso não importa propriamente aumento ou facilidade na utilização de partes comuns.

Finalmente, se as obras são necessárias, assim consideradas aquelas indispensáveis à manutenção, conservação ou integridade do edifício, incluindo os reparos (por exemplo, restabelecimento no fornecimento de energia, conserto do elevador, substituição de vidros danificados,

saneamento de problemas estruturais, implantação de sistema de segurança), a execução nem sempre depende de deliberação assemblear. O síndico está autorizado por lei a executá-las independentemente de autorização (CC, art. 1.341, § 1º). Se a obra é necessária, não cabe mesmo à assembleia nenhuma deliberação, já que a necessidade descarta a alternativa de não aprovar sua realização. A assembleia, a final, não tem sobre o que deliberar. A própria necessidade impõe a execução da obra.

Quando a realização de obras necessárias demandar despesas excessivas, em vista dos valores normalmente pagos pelos condôminos em suas contribuições mensais, a lei distingue entre as urgentes e as não urgentes. No primeiro caso, o síndico está autorizado por lei para as realizar, devendo apenas convocar imediatamente em seguida a assembleia para dar-lhe ciência. Uma vez mais, aqui não há qualquer deliberação a ser adotada pelo órgão assemblear. Sua convocação é determinada pela lei simplesmente com o objetivo de conferir maior formalidade à comunicação da execução da obra necessária, excessivamente custosa e urgente (CC, art. 1.341, § 2º).

Somente se não for urgente a obra necessária e excessivamente custosa, dependerá sua realização pelo síndico de prévia autorização da assembleia dos condôminos (CC, art. 1.342, § 3º). Mas, note-se, se a assembleia negar a autorização e, com o tempo, a obra se

tornar urgente, o síndico não só pode como deve realizá-la, convocando em seguida aquele órgão para mera ciência das providências adotadas. Enquanto não houver urgência, em outros termos, a assembleia pode, diante do custo muito elevado da execução da obra necessária, postergá-la. Mas, a qualquer momento em que as circunstâncias mudam e a obra que, antes, podia esperar o momento mais propício para o desembolso do custeio pelos condôminos deve agora ser providenciada o quanto antes, perde a assembleia qualquer poder deliberativo sobre o assunto.

De acordo com a natureza da obra, sua realização depende ou não de autorização da assembleia, e varia o quorum de deliberação.

As obras voluptuárias, destinadas ao mero embelezamento da edificação, só podem ser realizadas pelo síndico se dois terços dos condôminos as

se dois terços dos condôminos as aprovarem em assembleia.

As úteis que ampliam o uso das partes comuns dependem de aprovação pelo mesmo quorum das voluptuárias. As demais obras úteis são aprovadas pela maioria dos condôminos reunidos em assembleia.

Quando a obra, por fim, é necessária, sua realização independe de deliberação assemblear. Apenas enquanto não houver urgência e o custo for excessivamente elevado a assembleia poderá postergar sua realização para momento mais

propício ao seu custeio. Note-se, porém, neste último caso, que, vindo a obra a se tornar urgente por qualquer circunstância, sua realização deixa de depender de qualquer deliberação da assembleia.

Em caso de omissão ou impedimento do síndico, a obra necessária pode ser feita até mesmo por qualquer condômino, nas mesmas condições acima indicadas. Não sendo excessivamente custosa a execução, o condômino pode providenciá-la. Quando a obra necessária for urgente e excessivamente custosa, o condômino que tomou a iniciativa de a realizar deve convocar imediatamente a assembleia para dar-lhe ciência da providência. Enquanto não se caracterizar a urgência da obra excessivamente custosa, ele pode convocar a assembleia para propor sua realização. Em qualquer caso, o condômino que tiver tomado a iniciativa de realizar as obras necessárias tem o direito de ser reembolsado pelo condomínio.

Note-se, se a obra feita por iniciativa do condômino não for realmente necessária, mas de outra categoria (voluptuária ou útil), nada lhe deve o condomínio, ainda que dela se tenha beneficiado (CC, art. 1.341, § 4º). Nesse caso, não tendo o condomínio concordado com o reembolso, o condômino pode, a suas expensas, levantar a obra não necessária que custeou e restituir o edifício à condição anterior. Esse direito não está previsto expressamente na lei, mas decorre do princípio geral de direito que veda o enriquecimento indevido.

5. FUNDOS DE INVESTIMENTOS

Além do edifício, outro importante condomínio especial é o que se estabelece entre os cotistas de fundos de investimentos (FI). Neles, cada cotista é condômino de um condomínio especial, o fundo de investimento. A cota corresponde à fração ideal do patrimônio do condomínio pertencente ao condômino.

A reunião de investidores em torno de um FI possibilita duas vantagens. De um lado, o ganho proveniente de escala. Quanto maior os valores a investir, maiores serão as oportunidades de negócio que se abrem. Pequenos investidores só podem ter acesso a elas unindo suas disponibilidades. De outro, a profissionalização. O dinheiro investido num FI é administrado por profissionais. O investidor leigo dificilmente conseguiria obter a mesma

rentabilidade para o seu dinheiro, optando por administrá-lo diretamente. A normatização, autorização de funcionamento e fiscalização dos fundos de investimento são da competência de um órgão governamental denominado Comissão de Valores Mobiliários — CVM.

Normalmente o correntista com alguma disponibilidade financeira em sua conta é procurado pelo gerente, que lhe oferece a aplicação num dos fundos administrados pelo banco. Sob o ponto de vista estrutural, no início, os fundos de investimentos são condomínio de dinheiro. Quer dizer, os cotistas ingressam nessa forma de propriedade condominial necessariamente transferindo dinheiro ao patrimônio comum. Os recursos do condomínio serão, então, utilizados para a aquisição de títulos e valores mobiliários, de acordo com a natureza do fundo. O FI em ações de empresas de telecomunicações, por exemplo, terá em seu patrimônio predominantemente ações emitidas por companhias que exploram, sob concessão ou autorização, serviços de telecomunicações. Se essas companhias gerarem lucro, o patrimônio do fundo aumenta, valorizando a cota; caso contrário, o patrimônio pode reduzir-se, desvalorizando então a cota. O cotista espera, evidentemente, ganhar com o investimento. Isso acontecerá se, no dia em que suas cotas forem resgatadas pelo fundo, elas tiverem valor superior ao daquele em que foram subscritas.

Esses condomínios especiais (FI) só podem ser

constituídos por instituições financeiras, corretoras ou outras pessoas físicas ou jurídicas autorizadas pela CVM a operar como *administrador de carteiras* (Lei n. 6.385/76, art. 23). No ato da constituição, o administrador aprova o regulamento do fundo, no qual define, por exemplo, a política de investimentos (percentual dos recursos a serem investidos em títulos públicos ou em ações, por exemplo), o valor da taxa de remuneração pela administração, o prazo de duração (se determinado ou indeterminado), as condições de ingresso e resgate etc. Também nesse ato, o administrador escolhe o nome pelo qual o fundo será conhecido. Do nome constará obrigatoriamente a expressão “fundo de investimento”, e não poderá ser empregada palavra que denote característica inexistente em sua política de inversões. Em seguida, o administrador deve requerer o registro do fundo na CVM, formalidade indispensável para o seu regular funcionamento.

Compete ao administrador, com observância do disposto no regulamento, negociar os títulos e valores mobiliários de modo a ampliar o patrimônio do fundo e valorizar as cotas correspondentes. Os recursos do patrimônio condominial o administrador só os pode empregar nas negociações dos títulos e valores mobiliários, no resgate das próprias cotas e em despesas indispensáveis ao funcionamento do fundo, tais como pagamento da taxa de administração, remuneração a determinados serviços

(consultoria de investimento, tesouraria, escrituração da emissão e resgate de cotas, auditoria independente, serviços de advocacia etc.), tributos e despesas de comunicação. Deve agir com diligência e responde por má administração, tanto no plano civil (indenizando o fundo) como perante a CVM (podendo sofrer punições como multa ou suspensão da autorização para operar como administrador de carteira). Se não estiver administrando os recursos do fundo a contento, ele poderá ser destituído por deliberação dos cotistas reunidos em assembleia geral.

O patrimônio do fundo pode ficar negativo. Isso ocorre quando os títulos, valores mobiliários e ativos financeiros que o compõem sofrem grande desvalorização e passam a valer menos que as obrigações passivas do fundo (remunerações devidas por serviços profissionais necessários ao seu funcionamento, tributos etc.). Nesse caso, os cotistas são responsáveis pelo prejuízo, devendo cada um contribuir com mais dinheiro para o patrimônio condominial, em valor proporcional às respectivas cotas, de modo a possibilitar o pagamento daquelas obrigações. Quando o patrimônio líquido do fundo fica negativo e não houve irregularidade na sua administração, o prejuízo é suportado integralmente pelo cotista. Apenas se a administração tiver sido irregular poderá ser demandada em regresso a indenização pelo administrador.

Entre o cotista e o administrador de FI há relação de

consumo, mas as obrigações pelas quais responde este último são de meio e não de resultado. Qualquer dinheiro empregado em fundo de investimento pode perder-se, em razão do risco inerente às aplicações financeiras. Além disso, pode ocorrer de fatores macroeconômicos absolutamente alheios ao controle do administrador provocarem a redução do patrimônio do fundo e a desvalorização da cota. Mesmo estando a relação jurídica sujeita ao CDC, não cabe falar, em casos como este, de qualquer responsabilidade do administrador. Como responde por descumprimento de obrigação de meio, caberá indenização ao cotista pela desvalorização da cota apenas se restar demonstrada a falta de diligência na administração do patrimônio condominial. Ao administrador de FI, em outros termos, aplica-se *analogicamente* o disposto no CDC relativamente ao fornecedor profissional liberal (art. 14, § 4º).

Os fundos de investimento (FI) são condomínios especiais, em que o condômino é chamado de cotista e a fração ideal no patrimônio condominial, de cota.

São constituídos por administradores de carteiras autorizados a operar pela CVM, órgão do governo encarregado da normatização, autorização e fiscalização do funcionamento dos fundos de investimentos.

Quanto ao regime de liquidez, classificam-se os fundos de investimentos em *condomínio aberto* e *fechado*: naquele, os cotistas podem livremente requerer o resgate de suas

cotas a qualquer momento, enquanto neste o resgate ocorre somente no término do prazo de duração do fundo. O cotista de FI aberto pode, assim, a qualquer momento desinvestir seu capital. O fundo deve então pagar-lhe, em dinheiro (depósito em conta bancária), o valor das cotas do dia do resgate. Se não houver disponibilidade no caixa do fundo para fazer esse pagamento, ele deve vender alguns dos títulos, valores mobiliários ou bens de seu patrimônio para satisfazer o direito do cotista. O resgate, claro, importa a redução do patrimônio do fundo.

A cota de FI aberto não pode ser cedida pelo cotista por negócio *inter vivos*. Ninguém pode transferir a titularidade de sua cota em fundo de investimento *aberto* a outrem. Se quiser retomar a disponibilidade do capital investido, o cotista deve requerer seu resgate, que é pago pelo próprio fundo. A cota de fundo aberto apenas muda de titularidade por decisão judicial (por exemplo, no processo de separação, o juiz decide que metade das cotas de certo FI em nome de um dos cônjuges pertence ao outro por força da meação), execução de garantia (um banco emprestou dinheiro ao cotista e recebeu, em penhor, cotas de um FI; o empréstimo não foi pago e o banco pode executar a garantia pignoratícia) ou sucessão universal (falecimento do cotista pessoa física ou incorporação do cotista sociedade empresária).

Já a cota de FI fechado é negociável. O cotista não pode

retomar a disponibilidade do investimento feito mediante o resgate das cotas senão no vencimento do fundo. Antes disso, porém, poderá retomá-la, cedendo sua cota a quem se interesse por adquiri-la (algumas cotas de fundo fechado são negociáveis em bolsa de valores, para agilizar a negociação).

Quanto ao fator de risco predominante, os FI são classificados em: a) *fundo de curto prazo*, que só pode aplicar seus recursos em títulos públicos federais ou privados prefixados; b) *fundo referenciado*, cujos recursos devem estar predominantemente aplicados no investimento tomado por referência; c) *fundo de renda fixa*, com pelo menos 80% dos recursos investidos em títulos cujo principal fator de risco seja a variação da taxa de juros doméstica, a inflação ou ambos; d) *fundo de ações*, que deve ter pelo menos 2/3 de seus recursos aplicados em ações negociáveis na bolsa de valores ou mercado de balcão organizado; e) *fundo cambial*, em que 80% no mínimo do patrimônio deve ser empregado em títulos expostos ao risco de variação dos preços em moeda estrangeira; f) *fundo de dívida externa*, concentrado nos títulos representativos da dívida externa da União; e g) *fundo multimercado*, cuja política de investimento deve envolver variados fatores de risco, sem o compromisso de se concentrar em qualquer deles.

Os fundos de investimento classificam-se de acordo com o regime de liquidez (condomínio aberto ou fechado) ou segundo o fator de risco preponderante (curto prazo, cambial, ações etc.).

Como em qualquer outra forma de propriedade condominial, os cotistas de fundo de investimento possuem interesses comuns. Tais interesses convergem, aqui, para a competente administração dos recursos do condomínio de modo a aumentar o patrimônio do FI e valorizar as cotas que subscreveram ou adquiriram. Os interesses comuns são naturalmente os predominantes entre os cotistas. Para identificá-los, os titulares de cotas dos fundos de investimento devem reunir-se em assembleia geral. Algumas decisões do interesse comum, aliás, só podem ser adotadas em assembleia convocada, instalada e realizada de acordo com as normas baixadas pela CVM. São as matérias insertas na competência privativa desse órgão, como por exemplo: a)

votação das demonstrações contábeis apresentadas pelo administrador; b) substituição do administrador; c) fusão, incorporação, cisão, transformação ou liquidação do fundo; d) aumento da taxa de administração; e) mudança da política de investimentos; f) alteração do regulamento.

Na assembleia de cotistas, a cada cota corresponderá um voto, e as deliberações serão tomadas pela maioria dos presentes, exceto se o regulamento do fundo estabelecer *quorum* deliberativo qualificado para uma ou mais matérias. O regulamento pode, ademais, autorizar o exercício do direito de voto por meio de correio eletrônico, desde que a mensagem chegue ao conhecimento do administrador antes do início da assembleia.

DIREITOS DE VIZINHANÇA

1. OS VIZINHOS

Vizinhos são os imóveis cujas características físicas ou a utilização de qualquer deles podem interferir nas do outro. Não se compreendem, assim, no conceito de vizinhança somente os imóveis confinantes (pegados), mas todos os que, por sua maior ou menor proximidade, geram ou podem gerar interferências recíprocas. Não há, por conseguinte, um

padrão determinado de proximidade para identificação de prédios vizinhos. Eles podem estar mais ou menos distantes — não interessa. Se as características físicas ou a utilização de um deles puder interferir nas de outro, são vizinhos e há relação vicinal entre seus donos ou ocupantes. Adota-se, por assim dizer, o critério da propagação dos efeitos. É vizinho todo aquele que está ao alcance de implicações originadas pelas características físicas ou o uso de certo imóvel.

Os proprietários de imóveis vizinhos devem observar determinadas regras, destinadas a compatibilizar os respectivos direitos e harmonizar a convivência entre eles. São limitações legais aos poderes inerentes à propriedade estabelecidas com o objetivo de *coordenar* o exercício desses poderes. Em princípio, os donos de apartamentos dum prédio podem ouvir música nas respectivas salas de estar. Estão usando suas propriedades, exercendo um dos poderes inerentes ao direito titulado. Mas, se todos elevarem o volume de seus equipamentos de som, ninguém, a rigor, conseguirá ouvir nada. Essa atitude impediria, ademais, que os donos das unidades que desejam silêncio para ler, estudar ou ver televisão também estariam deixando de exercer seus poderes de proprietários.

Sem embargo, algumas das relações jurídicas associadas aos direitos de vizinhança não envolvem exatamente ou somente proprietários. Também os possuidores de imóveis

vizinhos têm de observar padrões de conduta destinados à garantia da convivência harmoniosa. Os direitos de vizinhança, assim, são limitações legais não somente ao direito de propriedade, mas por vezes também ao exercício da posse.

Os direitos de vizinhança tratam de matérias afetas às relações entre proprietários ou possuidores de imóveis vizinhos, fornecendo pautas para a superação de conflitos de interesses que entre eles venham a surgir. E como são frequentes, inúmeros, acentuados e psicologicamente desgastantes esses conflitos! Por mobilizarem emoções primitivas do homem — que se sente ameaçado em seu território se não desfruta como gostaria do imóvel de seu domínio ou posse — e dizerem respeito a relações entre pessoas que costumam encontrar-se cotidianamente, em geral os conflitos associados aos direitos de vizinhança têm pouca ou nenhuma relevância econômica, mas atormentam intensamente os envolvidos.

Os direitos de vizinhança podem ser onerosos ou gratuitos (Gomes, 1958:190/191), conforme estejam ou não os seus titulares obrigados a indenizar o vizinho para os exercitar. O direito de passagem forçada, por exemplo, é oneroso. O proprietário do imóvel isolado só pode exercer esse direito mediante o pagamento de indenização ao titular daquele que foi forçado a ceder a passagem. Já o direito de cortar as raízes e ramos de árvore alheia invasores do imóvel

vizinho é gratuito, porque quem o titula pode exercê-lo sem indenizar o dono da planta, mesmo que esta venha a morrer.

Os direitos de vizinhança tratam de conflitos de interesses relacionados às características físicas ou uso de certo imóvel, quando interferentes no exercício de propriedade (e, por vezes, da posse) sobre imóvel vizinho.

São em regra gratuitos, mas podem ser onerosos quando o seu titular, para os exercer, deve indenizar os prejuízos do vizinho.

Os direitos de vizinhança dizem respeito ao uso anormal

da propriedade (item 2), árvores limítrofes (item 3), passagem forçada (item 4), águas (item 5), direito de tapagem (item 6) e de construir (item 7). Entre o primeiro e os demais direitos de vizinhança, há uma diferença a apontar: enquanto naquele o dever correlativo se expressa por um comportamento do ocupante do imóvel vizinho, nestes é o bem que suporta a limitação (Lopes, 2001:594). Em outros termos, quando o conflito de interesses originado da vicinalidade diz respeito ao uso dado ao bem, interessa, para o superar, checar sua normalidade ou anormalidade. Não sendo o uso a origem do conflito, deverão ser levadas em conta as características físicas dos imóveis vizinhos.

2. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

O exercício do direito de propriedade não pode prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam os imóveis vizinhos. Ninguém pode, por exemplo, promover festas ruidosas em sua residência, a não ser de modo esporádico; não se tem o direito, ademais, de criar animais domésticos em grande número; ou estocar combustíveis — tais comportamentos potencialmente põem em risco a segurança, o sossego ou a saúde dos vizinhos. Quando a norma de convivência que lhes proíbe é desobedecida, caracteriza-se o uso anormal da propriedade; um abuso de direito. Nesse caso, os prejudicados podem requerer ao Poder Judiciário que ponha fim às interferências

nocivas. Trata-se do *direito de cessação* de interferências prejudiciais à segurança, sossego e saúde que todo proprietário ou possuidor titulariza em relação aos vizinhos (CC, art. 1.277) — seguramente o mais importante dos direitos de vizinhança.

Na aferição da normalidade ou anormalidade do uso da propriedade, deve o juiz se pautar pelos hábitos gerais das pessoas, levando em conta o nível de educação e a realidade econômica dos diretamente envolvidos, bem como o ambiente (urbano ou rural, residencial ou comercial etc.) em que a interferência se dá. Nada há de anormal, por exemplo, nos pagodes que acompanham os churrascos dominicais feitos nas lajes das casas, nos bairros periféricos das maiores cidades brasileiras. Também é normal a realização de festas esporádicas, mesmo que ruidosas e demoradas, para comemoração de aniversários. Os vizinhos não podem reclamar, a menos que a frequência de tais eventos ou os distúrbios que causam ultrapassem o patamar razoável ditado pelos hábitos contemporâneos. Já a instalação de oficina mecânica em zona residencial ou a realização de obras em unidade de edifício comercial durante o horário de expediente são exemplos de uso anormal da propriedade, a respeito dos quais os lesados têm o direito de pleitear em juízo a cessação.

Na maioria das vezes, o uso anormal da propriedade também configurará infração a postura administrativa, como

desrespeito ao zoneamento ou ao regulamento de ruídos. Ao vizinho lesado poderá ser útil demonstrar que a prática abusiva e ilícita importa também a responsabilização administrativa, mas, a rigor, seu direito de cessação é autônomo. Quer dizer, independentemente da configuração de infração administrativa, tem ele o direito privado de obstar práticas que importem interferência nociva. Em consequência, mesmo que ela provenha de ato totalmente regular sob o ponto de vista do direito público, o vizinho poderá obter em juízo sua cessação, se demonstrar o prejuízo à segurança, sossego ou saúde. Por exemplo, a instalação de um heliponto pode ter sido autorizada pelas autoridades municipais e aeronáuticas e atender a todos os requisitos para seu regular funcionamento de acordo com o direito administrativo; mas, se causar, mesmo assim, perturbação intolerável ao sossego e segurança do vizinho, tem este o direito de exigir em juízo sua desativação (Fachin, 2003:50). Em matérias afetas aos direitos de vizinhança, as esferas de direito privado e público por vezes se sobrepõem, mas nunca se excluem. Mesmo que ninguém reclame da conduta do vizinho em desrespeito à postura administrativa, cabe ao Poder Público fazê-la cessar; do mesmo modo que a regularidade da conduta, sob a perspectiva das normas de direito público, não inibe o exercício, pelo vizinho, do direito de cessação, quando presentes os seus requisitos.

O proprietário ou possuidor só não titula o direito de

cessação se a interferência nociva for justificável em vista do interesse público. Se um grande hospital é construído num bairro residencial carente de serviços de saúde, provavelmente os vizinhos mais próximos sofrerão incômodo. Não poderão, contudo, pleitear a desativação da unidade hospitalar, porque ela atende ao interesse público. Deverão suportar as interferências nocivas causadas pelo uso da propriedade vizinha. A lei lhes assegura, é certo, o direito à indenização, tendo em conta que o benefício geral não pode importar prejuízo a algumas pessoas em particular. A perda da tranquilidade dos vizinhos mais próximos ao hospital é pressuposto do benefício à coletividade, sendo justo que tenham direito ao ressarcimento (CC, art. 1.278).

Se no pleito do proprietário ou possuidor incomodado não ficar demonstrada a nocividade da interferência à sua segurança, sossego ou saúde, ele evidentemente não terá o amparo judicial buscado; mas terá o direito de vê-la reduzida. Quer dizer, em decidindo a Justiça que o autor da demanda não tinha direito à cessação do uso dado à propriedade vizinha, mas, sendo inequívoca a interferência, determina a lei que ela cause o menor transtorno possível (CC, art. 1.279). Note-se que a ação judicial de quem alega o incômodo ilícito pode ser denegada em razão de inexistir a interferência ou sua nocividade. No primeiro caso, o sucumbente não terá direito nenhum, porque, ausente a interferência, nem sequer pode ser considerado vizinho do demandando. No segundo,

a interferência está provada, mas não sua nocividade. Aqui, o autor não tem o direito de cessação, mas titula o de redução do desconforto ao mínimo.

Dentre os direitos de vizinhança destaca-se o de obter em juízo ordem para cessar o uso anormal da propriedade, isto é, as interferências nocivas à segurança, sossego e saúde de vizinhos.

Quanto aos riscos que o prédio pode oferecer à segurança do proprietário ou possuidor vizinho, a lei reconhece a este último o direito de exigir do responsável que lhe preste caução pelos danos iminentes, tanto no caso de ameaça de ruína como no de construção. Estima-se o valor da indenização dos prejuízos que pode sofrer o titular do imóvel exposto a risco, e o responsável por este fica

obrigado a oferecer garantia real que assegure seu pagamento em caso de acidente. Se o imóvel ameaça ruir, a lei reconhece ainda ao proprietário ou possuidor vizinho o direito à demolição ou reparo do prédio (CC, arts. 1.280 e 1.281).

3. ÁRVORES LIMÍTROFES

As árvores pertencem ao titular da propriedade do imóvel em que se encontram seus troncos. A localização da copa e das raízes é irrelevante para a definição da titularidade do direito de propriedade.

Quando o tronco está na divisa de duas propriedades, isto é, situa-se parte no imóvel de um sujeito e parte no de outro, a árvore *presume-se* da propriedade comum deles (CC, art. 1.282). Da comunhão decorre que nenhum dos proprietários, sem o consentimento do outro, poderá derrubá-la (art. 1.297, § 2º) ou mesmo cortar-lhe os ramos ou as raízes. Decorre também que devem repartir as despesas com a manutenção da planta, como as relacionadas à poda, adubagem, combate a fungos e outras. Além do mais, é consequência da comunhão a repartição dos frutos por ela gerados em partes iguais para os dois, independentemente de quem os colha ou de onde venham a cair naturalmente. Derrubada de comum acordo, por fim, dividirão os comunheiros a madeira.

Trata-se de presunção relativa da lei, que pode ser

afastada por prova em contrário. Se tiver havido qualquer entendimento entre os proprietários lindeiros em sentido diverso ao da comunhão presumida pela lei, prevalece o negócio jurídico.

Em estando localizado o tronco da árvore no imóvel de alguém, e vindo suas raízes ou ramos a invadir o de outrem, a lei reconhece ao proprietário do imóvel invadido o direito de os cortar, na parte que invadem sua propriedade por projeção vertical (CC, art. 1.283). Mas esse, como qualquer outro direito, não pode ser exercido abusivamente. Se os ramos ou raízes invasores não causam nenhum distúrbio ao proprietário do imóvel invadido, e nenhum proveito, por outro lado, lhe trará a agressão à árvore, o exercício do direito de cortar pode ser impedido. Desse modo, se, por exemplo, o dono de um terreno precisa remover as raízes de árvore do vizinho invasoras de sua propriedade para assentar os alicerces de novo cômodo da casa, poderá cortá-las. Não precisa de autorização do dono ou do juiz para exercitar seu direito. Aliás, mesmo que o corte venha a causar grande sacrifício para a árvore, ou sua morte, o proprietário tem o direito assegurado de usar seu imóvel, removendo os obstáculos naturais que se apresentem. Cuida-se de direito de vizinhança gratuito, não sendo devida pelo vizinho que o exerce qualquer indenização ao que o suporta.

Em relação aos frutos, a lei distribui a propriedade

segundo o local em que caem. Diz: “Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caírem” (CC, art. 1.284). Note-se que a regra diz respeito aos frutos caídos naturalmente. O vizinho não pode *colher* os frutos, mesmo os pendentes em ramos que invadam sua propriedade, nem pode *sacudir* a árvore para os derrubar em seu solo. Nesses casos, a propriedade dos frutos é do dono do imóvel em que se situa o tronco, e a apropriação deles pelo vizinho é ilícita.

A árvore pertence ao titular da propriedade do solo em que se projeta seu tronco, independentemente de onde se encontram suas raízes e ramos.

A regra de definição da propriedade dos frutos caídos pelo critério do lugar da queda não se aplica apenas se for esse local um imóvel público. Os frutos só deixam de pertencer ao dono da árvore quando caídos em terreno não

particular.

4. PASSAGEM FORÇADA

O direito à passagem forçada é titulado em duas ocasiões.

A primeira tem por pressuposto o isolamento do imóvel, isto é, a inexistência de acesso à via pública, nascente ou porto. O proprietário do imóvel isolado tem direito de constranger o vizinho a lhe dar passagem, para que ele, seus familiares, empregados e visitantes possam entrar e sair, ou mesmo ir à nascente ou ao porto. Se não chegarem a acordo acerca do traçado do caminho (o “rumo da passagem”), ele será fixado judicialmente (CC, art. 1.285, *caput*). É hipótese de passagem pela superfície ou caminho forçado.

Requisito inafastável para o exercício do direito à passagem forçada pela superfície é o enclausuramento do imóvel. Se ele tem acesso à via pública, nascente ou porto, não pode o proprietário *exigir* a passagem forçada do vizinho, ainda que ela pudesse facilitar em muito o seu deslocamento. O direito assegurado na lei visa a impedir o encravamento de imóveis, e não a melhoria dos acessos. Em outros termos, não se destina a dar maior comodidade ao proprietário do imóvel isolado e se norteia pelo critério da utilidade (Fachin, 2003:90/92). Quem quer usar caminhos mais confortáveis deve negociar, com o dono do imóvel pelo qual atravessam, a instituição de *servidão*, pagando pela

comodidade (Cap. 48, item 2). A jurisprudência, no entanto, por vezes tempera o rigor da lei, reconhecendo o direito à passagem forçada daquele que incorreria em despesas excessivas para atender à função social de sua propriedade (RT, 845/195).

Fica obrigado a conceder a passagem forçada o proprietário do imóvel que a tanto se prestar de forma mais natural e fácil (CC, art. 1.285, § 1º). Se o imóvel isolado está, em um dos lados, a 100 metros da via pública e, do outro, a um quilômetro, o vizinho do lado menos distante será constrangido a suportar a passagem, por exemplo. Essa regra não se aplica, entretanto, se o isolamento ocorre em razão da venda de parte do imóvel. Nesse caso, ainda que fosse mais natural e fácil o acesso à via pública, nascente ou porto pelo imóvel do outro vizinho, o constrangimento será suportado pelo adquirente da porção isoladora (§ 2º).

A segunda ocasião em que o dono de imóvel tem direito de passagem está relacionada à instalação subterrânea de cabos, tubulações ou outros condutos relacionados a serviços públicos (água, esgoto, telefonia, energia etc.). Aqui, cabe o constrangimento do vizinho quando não houver outro modo de fazer a instalação ou for ele muito custoso (CC, art. 1.286). O imóvel que dá passagem é chamado de “onerado” pela lei, e o seu proprietário pode exigir que o cabo, tubulação ou conduto seja instalado da forma menos prejudicial aos seus interesses. Pode também, a

qualquer tempo, removê-la de um lugar para o outro, em seu imóvel, desde que arque com os custos da remoção (parágrafo único). Quando a instalação oferece grave risco, como no caso de tubulação de gás, o proprietário do prédio onerado tem o direito de exigir a realização de obras de segurança (art. 1.287).

Há duas hipóteses de passagem forçada disciplinadas no Código Civil. De um lado, a passagem pela superfície, destinada a oferecer ao imóvel isolado acesso à via pública, nascente ou porto. De outro, a passagem subterrânea, para abrigar dutos, cabos ou tubulações de serviços públicos, como água, luz, gás, comunicações e outros.

O direito de passagem forçada é oneroso nas duas hipóteses assinaladas. Tanto no caso de passagem pela superfície como no de cabos e tubulações, o titular do direito de vizinhança é obrigado a indenizar o vizinho constrangido a cedê-las. No caso de passagem forçada

subterrânea, a indenização deve compreender também a compensação da desvalorização da área remanescente do imóvel onerado.

5. ÁGUAS

As águas pertencem ao titular do imóvel em que se encontram, salvo quando a lei as definir como bem público (como, por exemplo, no caso dos rios navegáveis ou fluviáveis). Essa é a regra geral, aplicável independentemente da espécie de água em foco — a proveniente de chuvas, corrente (rio, canal, ribeirão, córrego), parada (lago, lagoa, represa) etc. Relembro que o objeto do presente estudo são apenas as relações privadas, de que podem originar conflitos de interesses entre vizinhos. Desse modo, a observância das normas do Código Civil sobre as águas não isenta de responsabilidade o proprietário caso desrespeitado qualquer preceito de direito administrativo ou ambiental.

Em relação às águas, os direitos de vizinhança são quatro:

a) *Direito de conservação.* O princípio que rege a matéria é o da conservação do estado natural das águas. Se, em determinadas épocas do ano, certa área é inundada pelo transbordamento de rio, lagoa ou por chuvas torrenciais, o proprietário dela deve suportar as consequências do fenômeno natural, inclusive os prejuízos causados a sua

morada, lavoura ou indústria. Essas consequências, contudo, não podem ser agravadas por obra humana. Nem pode uma ação de vizinho ocasionar inundações que naturalmente não aconteceriam. Nos dois casos, o prejudicado tem direito de conservação do estado natural.

Nem o dono ou possuidor do imóvel inferior (para o qual as águas correm) pode realizar obras que impeçam o seu fluxo, criando ou aumentando a inundação do superior (do qual elas correm); nem o deste pode agravar a situação daquele por meio de obras (CC, art. 1.288). Imagine que, em bairro residencial de uma capital brasileira, com topografia irregular, sejam confinantes dois imóveis, dos quais um tem frente para a rua mais alta (pertence a *Antonio*) e o outro para a mais baixa (seu dono é *Benedito*) — as duas vias sendo paralelas. Naturalmente, as águas das chuvas que caem no imóvel de *Antonio* correm para o de *Benedito*. Pois bem, é defeso a qualquer um deles aumentar o risco de dano do outro por obras introduzidas em seus prédios. *Benedito* não pode, por exemplo, erguer um muro divisório sem vão algum para escoamento das águas pluviais. Essa conduta equivaleria à de construção dum dique, que impediria o fluxo natural das águas. Do mesmo modo, a *Antonio* é defeso construir canaletos que concentrem todo o fluxo sobre o prédio de *Benedito*.

Quando obras realizadas no prédio superior criam certo fluxo para as águas prejudicial ao inferior, o proprietário

deste último tem o direito de exigir do daquele o desvio ou uma compensação pecuniária (CC, art. 1.289). No exemplo acima, *Benedito* pode impor a *Antonio* a obrigação de desviar o canotele ou de lhe pagar remuneração pelo transtorno.

b) Direito de aproveitamento. Os proprietários e possuidores de prédios inferiores têm o direito de usar as águas que nascem ou caem no solo do superior, quando naturalmente a eles se destinam, depois de saciadas as necessidades do dono deste último (CC, art. 1.290). Novamente, o princípio norteador é o da conservação do estado natural. O proprietário do imóvel em que se encontra a nascente ou onde cai a chuva é o dono das águas. Tem o direito de as aproveitar integralmente no atendimento de suas necessidades, primárias ou não. Mas, se o excedente corre, em decorrência de fator natural, para outros imóveis, o titular do prédio superior não pode armazená-las ou obstar-lhes o fluxo.

Ao direito de aproveitamento das águas excedentes titulado pelo proprietário ou possuidor do imóvel inferior corresponde o dever do proprietário ou possuidor do superior de não as poluir (CC, art. 1.291). Por evidente, se as águas excedentes tornam-se poluídas por obra intencional ou acidental do dono do imóvel superior, o do inferior não as poderá mais usar. Os vizinhos prejudicados podem exigir a remoção da obra ou a realização de outras com o objetivo

de eliminar a poluição das águas a que têm direito.

De se anotar, a propósito, que o disposto no art. 1.291 do CC *não* autoriza ninguém a poluir águas não essenciais às primeiras necessidades da vida dos ocupantes de imóveis inferiores. A responsabilidade do proprietário pela preservação da qualidade da água não se esgota na disciplina do direito privado. Aqui se cuida apenas do direito de vizinhança e da legitimidade dos vizinhos de responsabilizar o poluidor pelos prejuízos sofridos em seus interesses individuais. Certamente, pelo ato de poluição das águas o proprietário do imóvel superior responderá em outras esferas pela agressão perpetrada aos interesses transindividuais e públicos.

c) *Direito de represar*. É assegurado ao proprietário o direito de represar águas de sua propriedade. É consequência do direito de aproveitamento, um dos meios para o seu exercício. A lei reconhece, então, o direito de construir barragens, açudes, tanques ou quaisquer outras obras destinadas ao represamento de águas. Não poderá represar águas alheias ou comuns, senão mediante acordo com o titular do domínio ou das demais frações ideais. De qualquer modo, vindo a causar prejuízo a imóvel inferior, deverá indenizá-los. A lei cuida apenas da hipótese de invasão (CC, art. 1.292), mas qualquer tipo de prejuízo dá ensejo à responsabilização do proprietário das águas represadas, inclusive a redução do volume natural ou mesmo

secagem.

d) *Direito de aqueduto*. O proprietário ou possuidor de imóvel desprovido de água suficiente ao atendimento das necessidades primeiras da vida tem assegurado o direito de construir canal destinado a trazê-las de imóvel vizinho. Para tanto, exige a lei que o canal não cause prejuízo considerável à agricultura ou indústria explorada no prédio onerado. O mesmo direito de construir canal sobre a propriedade alheia tem o proprietário ou possuidor que precisa dele para drenar o terreno ou fazer escoar as águas supérfluas. Assim, o direito de aqueduto se destina tanto à captação como ao escoamento das águas.

Trata-se de direito de vizinhança oneroso, e, portanto, seu exercício depende do pagamento de indenização ao proprietário do imóvel onerado (CC, art. 1.293), que abranja inclusive os danos futuros advindos de infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras de canalização (§ 1º). O proprietário do imóvel onerado pode, sem prejuízo da indenização a que faz jus, exigir que o aqueduto seja subterrâneo (§ 2º), e, de qualquer modo, terá direito a que seja feito do modo menos oneroso aos seus interesses. As despesas com a construção e a manutenção do aqueduto são, claro, do vizinho que dele necessita (§ 3º).

Se águas excedentes transitam pelo aqueduto de captação, qualquer outro vizinho pode aproveitá-las para as necessidades primárias da vida, construindo ramais. Igual

direito têm os interessados na água que corre por aqueduto de escoamento. Para exercerem esse direito, porém, devem pagar indenização tanto ao proprietário do imóvel onerado como ao dono do aqueduto. O valor total da indenização a ser pago pelo beneficiário do ramal deve ser proporcional ao aproveitamento, isto é, levar em conta o custo para conduzir as águas até o ponto de derivação (CC, art. 1.296). Havendo dois ou mais proprietários interessados nas águas excedentes, terá preferência o do imóvel atravessado pelo aqueduto (parágrafo único).

Em relação às águas, os direitos de vizinhança são quatro: (a) direito de conservação do estado natural, que corresponde à proibição de agravamento das condições de um imóvel por obras introduzidas no vizinho; (b) direito de aproveitamento, pelo qual as águas não utilizadas pelo

quia us aquas non inutilis pelo dono do imóvel superior que correm naturalmente para o inferior não podem ser detidas nem poluídas pelo primeiro; (c) direito de represar, que assegura ao proprietário da água a prerrogativa de construir barragens, açudes ou outras obras; (d) direito de aqueduto, similar ao de passagem forçada de cabos e tubulações, em virtude do qual quem precisa captar água para as necessidades primárias da vida, drená-la ou fazer escoar a excedente pode, mediante o pagamento da indenização,

constranger o vizinho a tolerar a construção de canal para esses fins.

O direito de aqueduto atende às mesmas premissas da passagem forçada de cabos e tubulações (CC, art. 1.294) (item 4). Desse modo, a indenização devida ao proprietário do imóvel onerado deve compreender, também, a desvalorização da área remanescente, por exemplo (Fachin, 2003:117/118).

6. DIREITO DE TAPAGEM

O proprietário tem o direito de tapar, de qualquer modo, seu imóvel, por meio de cercas, muros, valas e outros tapumes. Tem também o direito de exigir do vizinho confinante a demarcação da linha divisória, bem como o rateio das despesas com a manutenção ou recuperação de seus marcos, quando destruídos ou arruinados (CC, art. 1.297). É o direito de tapagem.

O meio utilizado na tapagem — intervalos, muros, cercas e outros tapumes, feitos de sebes vivas, arame ou madeira, valas e banquetas —, quando situado na linha divisória dos imóveis confinantes, presume-se de propriedade comum dos

seus proprietários (CC, art. 1.297, § 1º). No caso dos tapumes, a lei atribui à propriedade comum a natureza de condomínio necessário (art. 1.327), obrigando os condôminos a concorrer, em partes iguais, com as despesas de construção e manutenção, observados, quando houver, os costumes locais.

Excepciona-se a regra geral na hipótese de ser a tapagem justificada pela necessidade criada por só um dos proprietários, por exemplo, impedir a passagem de animais de pequeno porte, como coelhos, cães, galinhas etc. Nesse caso, todas as despesas com o *tapume especial* correm por conta do proprietário que provocou sua necessidade. Se ela consiste em bloquear a passagem de pequenos animais, o dono deles deve custear sozinho o tapume especial. A regra excepcional é compreensível. A tapagem por meio de cercas de arame farpado ou liso, por exemplo, detém eficientemente os animais de maior porte e demarca bem os limites dos imóveis vizinhos. Para o proprietário que não possui animais pequenos, elas são suficientes. Não tem sentido impor-lhe as despesas com uma tapagem mais cerrada e custosa, indispensável para evitar o trânsito dos animais do vizinho. Quem deu causa à necessidade é o único responsável pelas despesas destinadas a atendê-las (CC, art. 1.297, § 3º).

O proprietário tem o direito de erguer tapumes em sua propriedade, podendo exigir do confinante o rateio das despesas quando destinados também à demarcação dos limites.

Relacionado ao direito de tapagem é o de estabelecer os limites das propriedades confinantes. Não se conseguindo estabelecê-los por medida a partir dos dados constantes dos registros no Registro de Imóveis — que nem sempre são precisos, principalmente no meio rural —, a lei determina que se distribua a propriedade segundo a posse justa. Cada proprietário passa a titular a porção de terra que possui sem violência, clandestinidade nem precariedade (demarcação segundo a posse). Não sendo possível adotar esse critério, por não provada a justiça da posse de um ou dos dois proprietários, a lei determina a divisão da porção litigiosa em partes iguais (demarcação por partilha de zona disputada). Ressalva, contudo, que, não sendo cômoda a repartição, o

juiz adjudicará a área objeto de conflito a um dos proprietários, que deverá indenizar o outro pela perda (demarcação por zona disputada) (CC, art. 1.298) (Viana, 2004:288/289).

7. DIREITO DE CONSTRUIR

O proprietário pode construir livremente em seu imóvel o prédio que quiser, desde que observe as posturas administrativas (leis e regulamentos de direito público) e respeite os direitos de vizinhança (CC, art. 1.299). Esse é o princípio geral informador do direito de construir. Das restrições derivadas de leis e regulamentos de direito público não tratarei aqui, por serem matéria do direito administrativo (Meirelles, 1961).

Das relacionadas aos direitos de vizinhança, por sua vez, vale a pena destacar as seguintes: *a*) o prédio não pode despejar águas diretamente sobre o vizinho (CC, art. 1.300); *b*) as janelas, terraços ou varandas não podem distar menos de metro e meio da divisa (art. 1.301); *c*) na zona rural, a distância mínima do prédio em relação ao terreno vizinho é de 3 metros (art. 1.303); *d*) o confinante que primeiro construir a parede divisória pode assentá-la até meia espessura no outro imóvel; e tem direito de cobrar do outro confinante metade de seu valor, quando o vizinho assentar as vigas (travejar) de sua construção na parede-meia (art. 1.305); *e*) a construção não pode acarretar poluição ou

inutilização de água de poço ou nascente alheia preexistentes (art. 1.309), nem lhe suprimir o conteúdo de forma a privar outrem do indispensável às suas necessidades normais (art. 1.310); *f*) nenhuma obra pode importar o desmoronamento ou deslocação de terra de imóvel vizinho ou colocar, de qualquer modo, em risco sua segurança, devendo o proprietário construtor providenciar obras acautelatórias (art. 1.311).

O proprietário tem o direito de construir em seu imóvel desde que atendidas restrições de duas ordens: de direito administrativo (contidas no Código de Edificações do Município, por exemplo) e de vizinhança, que, em grande parte, são especificações do dever geral de não usar a propriedade de forma anormal.

Como se pode notar, com facilidade, os direitos de vizinhança que limitam o de construir são meras especificações da regra geral impeditiva do uso anormal da propriedade. Desse modo, o prejudicado pode pleitear em juízo a cessação da interferência nociva ao seu sossego, segurança ou saúde derivada de construção erguida pelo vizinho (CC, art. 1.277). Se a obra estiver concluída, o

proprietário que exerceu irregularmente o direito de construir será obrigado a providenciar sua demolição, sem prejuízo do pagamento das perdas e danos (art. 1.312). Se o objeto a remover for janela, sacada, terraço ou goteira, a lei fixa prazo decadencial de ano e dia, a contar da conclusão da obra irregular, para o exercício do direito pelo vizinho prejudicado (art. 1.302). Nos demais casos, é imprescritível a pretensão de fazer valer direito de vizinhança ignorado.

**DIREITOS
REAIS
SOBRE
COISA
ALHEIA**

1. DIREITO DE SUPERFÍCIE

Pelo direito de superfície, uma pessoa (*superficiário*) pode, durante um tempo, construir ou plantar em terreno pertencente a outra (*concedente* ou *proprietário*). Pela perspectiva do primeiro, o instituto destina-se a garantir, de modo mais acentuado, o direito de exploração econômica de imóvel não construído. Explico: o interessado em fruir bem imóvel alheio pode contratar com o proprietário sua locação ou arrendamento. Nesse caso, enquanto cumprir as obrigações locatícias, poderá usar o bem na atividade econômica que explora. Mediante o direito de superfície, igual objetivo será alcançado; mas, agora, como esse interessado passa a titular direito real sobre o imóvel alheio, estará mais seguro quanto ao retorno do investimento realizado.

Já pela perspectiva do concedente, o direito de superfície viabiliza o aproveitamento de terrenos ociosos, urbanos ou rurais, sem que ele tenha de fazer os investimentos correspondentes. Em vista da função social da propriedade, quando imóveis são subutilizados ou mesmo não têm nenhum aproveitamento econômico, impõem-se sanções ao seu proprietário. Se é rural o bem, ele pode ser desapropriado para fins de reforma agrária, mediante o pagamento da indenização com títulos da dívida agrária (CF, art. 184); se urbano, o imposto sobre a propriedade (IPTU) pode ser progressivamente majorado

(CF, art. 182, § 4º, II). Ao conceder o direito de superfície, o proprietário procura evitar essas consequências, sem desembolsos que não quer ou não pode fazer.

Antes da entrada em vigor do Código Civil, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001 — EC) já dispunha sobre o instituto — cuja origem se enraíza no direito romano (Alves, 1965, 1:345/347). Para alguns doutrinadores, os preceitos dessa lei referentes ao direito de superfície teriam sido revogados (Figueira Jr., 2002:1210). Não compartilho desse entendimento. O Código Civil é norma geral e, portanto, não revoga as disposições contidas em normas especiais, como são as do Estatuto da Cidade. É certo que, em grande medida, coincidem os regimes jurídicos dos dois diplomas, mas há também algumas diferenças entre eles.

Em vista disto, o direito de superfície apresenta, de um lado, características gerais, pertinentes a qualquer hipótese de instituição desse direito real (subitem 1.1); de outro, características específicas quando recai sobre bem urbano ou rural (subitem 1.2).

1.1. Características gerais do direito de superfície

A exploração econômica do terreno gravado será feita por meio de construções ou plantações (CC, art. 1.369), as quais se incorporam ao imóvel, e, com o fim do direito de superfície, passam a ser do proprietário.

Pode ser onerosa ou gratuita a concessão do direito de

superfície (CC, art. 1.370). Quando onerosa, o superficiário é devedor de remuneração ao concedente, que pode corresponder a pagamento único ou parcelado. Nada obsta pactuar-se a remuneração proporcional, em função da renda extraída pelo superficiário da construção ou plantação. No caso de concessão gratuita, nenhuma retribuição pecuniária é devida ao proprietário. O interesse deste último em concedê-la sem qualquer pagamento em troca pode estar relacionado, por exemplo, à necessidade de dar destinação socialmente útil ao terreno para evitar sua perda (na reforma agrária) ou mesmo à incidência de certas obrigações fiscais (IPTU progressivo).

A concessão do direito de superfície faz-se por meio de escritura pública — independente do seu valor ou do imóvel — registrada no Registro de Imóveis.

No Brasil, o direito de superfície é transmissível, não havendo, como em outros direitos, qualquer margem para discussão acerca da sua transmissibilidade por negócio *inter vivos* (cf. Jacobbe, 2003:136/138). Entre nós, aliás, a alienabilidade do direito não pode ser obstaculizada ou dificultada pelo concedente. A lei, por exemplo, veda a estipulação de qualquer pagamento em seu favor em razão da transferência (CC, art. 1.372, parágrafo único). Indisputável, também, a transmissão do direito de superfície por falecimento do superficiário aos seus sucessores ou legatários, hipótese em que também é inválida qualquer

previsão de pagamento ao proprietário.

Em caso de alienação do direito de superfície, o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições; do mesmo modo, na alienação do terreno gravado, o superficiário tem igual preferência (CC, art. 1.373). Quer dizer, se o superficiário pretende alienar o direito real que titula e encontra interessado na aquisição, antes de fechar o contrato com ele, é obrigado pela lei a dar ao concedente a oportunidade de o adquirir pelo mesmo preço; e, se o proprietário quer vender o terreno, antes de contratar a venda com terceiro, tem a obrigação legal de consultar o superficiário, para saber se tem interesse em comprá-lo pelo preço negociado.

Pelo direito de superfície, uma pessoa (superficiário) pode construir ou plantar em terreno pertencente a outra (concedente ou proprietário). Trata-se de direito transferível, por negócio inter vivos ou falecimento do titular.

O direito de superfície deixa de existir em cinco hipóteses. Primeira, com a consolidação da propriedade em mãos do superficiário ou nas do concedente. Se o direito é adquirido pelo proprietário ou o terreno pelo superficiário, cessa por completo o gravame (Giacobbe, 2003:159/161). Segunda, pelo término do prazo de duração. Terceira, se o superficiário der ao terreno concedido destinação diversa da autorizada na concessão (CC, art. 1.374). Imagine que o superficiário esteja autorizado a plantar, no terreno concedido, qualquer produto menos soja, porque a essa

cultura se dedica o concedente, que não quer a concorrência. Se aquele, desobedecendo essa condição do direito real, planta soja, extingue-se o direito de superfície. Quarta, em razão do não aproveitamento econômico da superfície concedida. Essa hipótese de extinção não está expressamente prevista na lei brasileira, mas deve ser admitida em aplicação extensiva do preceito relacionado ao desvio de finalidade. Como o direito de superfície é, normalmente, concedido pelo proprietário para que seu terreno seja explorado de forma útil à coletividade, evitando as consequências jurídicas do desatendimento da função social da terra, rural ou urbana, uma vez não atingido esse objetivo, ele deve desaparecer. Quinta, por força de desapropriação do imóvel onerado. A indenização será, nesse caso, repartida entre o concedente e o superficiário, de acordo com o valor do direito real de cada um (art. 1.376).

Extinta a concessão, exceto no caso de desapropriação, o concedente adquire a propriedade das construções e plantações introduzidas no seu terreno pelo superficiário, independentemente de qualquer indenização (CC, art. 1.375). Enquanto não ocorre qualquer causa extintiva, as construções e plantações feitas no imóvel concedido são da propriedade do superficiário, que pode fruir ou onerá-las, bem como delas dispor, como bem quiser.

1.2. Características específicas do direito de superfície em

imóvel rural ou urbano

Em vista das diferenças encontradas nas disciplinas dadas ao direito de superfície pelo Código Civil (arts. 1.369 a 1.377) e pelo Estatuto da Cidade (arts. 21 a 24), divisam-se características específicas do instituto quando onerado bem rural ou urbano. O Código Civil é norma geral, ao passo que o Estatuto da Cidade dispõe apenas sobre imóveis urbanos. Assim sendo, sempre que não coincidirem os regimes, o direito de superfície incidente sobre terreno *rural* submete-se ao do Código Civil e o incidente sobre terreno *urbano*, ao Estatuto da Cidade.

As características específicas são as seguintes:

1^ª) *Prazo de duração*. Enquanto o direito de superfície incidente sobre terreno rural não pode ser instituído por prazo indeterminado, exigindo a lei sempre sua determinação (CC, art. 1.369), o referente a imóvel urbano pode (EC, art. 21).

2^ª) *Obras no subsolo*. Quando o terreno é rural, para que o superficiário possa explorar o subsolo, é indispensável expressa autorização do concedente (CC, art. 1.369, parágrafo único). Já no caso de imóvel urbano, o direito de superfície abrange também a exploração do subsolo e do espaço aéreo correspondentes (Cap. 44, item 2), a menos que excluída pela concessão (EC, art. 21, § 1º).

3^ª) *Encargos tributários*. Superficiário e concedente podem distribuir, como quiserem, a responsabilidade pelos

encargos ou tributos referentes ao terreno gravado. Em caso de omissão, aplicam-se regras diversas, de acordo com a classificação do terreno. Quando rural o bem gravado pelo direito de superfície, todos os encargos e tributos nele incidentes correm por conta do superficiário (CC, art. 1.371). Sendo urbano, contudo, ele só responde pelos encargos e tributos incidentes diretamente sobre a propriedade superficiária e, quanto aos demais relacionados ao imóvel, na proporção da área efetivamente ocupada dentro da concedida (EC, art. 21, § 3º).

2. SERVIDÃO

Servidão é o direito titulado pelo proprietário de um imóvel (*prédio dominante*) de usar ou fruir parte de outro imóvel pertencente a sujeito diverso (*prédio serviente*). Percebe-se que nem sempre o imóvel tem as características físicas necessárias ao pleno atendimento das necessidades de seu proprietário. Para atendê-las, algumas das características de imóvel próximo precisariam ser agregadas ao patrimônio dessa pessoa. A servidão sobre a propriedade alheia é o instituto jurídico correspondente. Seu fundamento é, em geral, um negócio jurídico entre os titulares do domínio dos prédios envolvidos. Imagine que *Antonio* é dono de imóvel confinante ao de *Benedito*, sendo os dois com saída para a via pública. Ocorre que o de *Antonio* sai para pequena estrada sem asfalto, enquanto o de *Benedito* para

uma importante autoestrada. A *Antonio* interessa ter acesso à autoestrada passando pela propriedade de *Benedito*. Como o imóvel de *Antonio* não é isolado, ele não titula o direito de vizinhança à passagem forçada. Então, para poder atravessar o bem de *Benedito*, *Antonio* precisa da autorização dele; precisa, em suma, contratar as condições pelas quais poderá ter o acesso desejado. *Benedito*, se não identificar nenhum prejuízo aos seus interesses na intenção de *Antonio*, normalmente assentirá em autorizar a passagem mediante o recebimento de remuneração. Esse contrato poderá prever a instituição duma servidão, em favor do imóvel de *Antonio* (o dominante) a ser suportada pelo de *Benedito* (o serviente).

Se o valor da servidão superar 30 vezes o maior salário mínimo vigente no País, o contrato que prevê sua instituição deve adotar necessariamente a forma pública (CC, art. 108).

O negócio jurídico, recorde-se, é o fundamento do direito real, mas não o constitui. A servidão é instituída pelo registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis (CC, art. 1.378). Desse modo, se o proprietário de imóveis contíguos resolve atribuí-los, por testamento, a dois legatários diferentes, pode estabelecer como cláusula de sua disposição de última vontade uma servidão gravando um dos bens em favor do outro. Só o negócio jurídico, isto é, a declaração de vontade do testador será insuficiente para a instituição do direito real. Mesmo o falecimento do

declarante e a sucessão não constituirão a servidão. Somente depois de registrado no Registro de Imóveis o título constitutivo do direito real, ele passa a existir (Akel, 2003:1045/1049).

A servidão pode ser adquirida também por usucapião, ordinária ou extraordinária. Na primeira, a serventia existente de fato por mais de 20 anos se torna servidão, independentemente de justo título ou boa-fé do proprietário do imóvel dominante. Na segunda, a transformação da serventia em servidão se verifica em 10 anos, quando o proprietário do prédio dominante tem justo título e boa-fé (CC, art. 1.379 e parágrafo único). No exemplo anterior, imagine que *Antonio* comece a utilizar imóvel de *Benedito* para ter acesso à autoestrada. *Benedito* não autorizou a passagem, por nenhuma forma — oral, gestual ou escrita —, mas tem conhecimento dela e não se opõe. Perdurando essa situação de fato por 20 anos, *Antonio* pode pleitear em juízo a declaração da aquisição da servidão por usucapião ordinária. Veja que ele não se tornou titular da propriedade da faixa de terra que atravessa o imóvel de *Benedito*, que continua sendo o único proprietário de todo o bem. Mas esse imóvel passou a sofrer um gravame, que consiste na permissão de travessia ao proprietário do contíguo. Ainda aproveitando o mesmo exemplo, considere que *Antonio* havia contratado com *Carlos*, pensando ser ele o dono do imóvel vizinho, a instituição da servidão. Tem justo título e

boa-fé; além disso, não sofre oposição de *Benedito*, que acredita ser mero ocupante do bem. Perdurando a serventia nessa configuração por 10 anos, dá-se sua aquisição por usucapião extraordinária. Para ser adquirida por usucapião, a servidão deve ser aparente (subitem 2.1).

Importante ressaltar que a mera tolerância do proprietário não caracteriza a servidão. Em consequência, não passa a sofrer o gravame em sua propriedade, por usucapião, o sujeito que, por mera cortesia ou caridade, permite o uso de suas terras para o trânsito de vizinhos, pastagem de animais, deleite da paisagem etc.

Afora a hipótese de aquisição por usucapião, não existe outro fundamento *legal* para a servidão no direito brasileiro. Quer dizer, ela tem origem necessariamente em negócio jurídico (contrato ou testamento) ou na prescrição aquisitiva. No passado, a expressão “servidão legal” foi utilizada, por alguns doutrinadores, para *apelidar* os direitos de vizinhança (Pereira, 1970:175). O apelido não era inteiramente descabido, porque, ao se enfatizar a perspectiva do proprietário a quem a lei imputa o dever de suportar a limitação, os direitos de vizinhança parecem mesmo uma forma de servidão coativa. Sob a égide do Código Beviláqua, a pertinência da expressão era reforçada pela adjetivação dada às servidões nascidas de negócio jurídico — chamadas naquele Código de “prediais” —, circunstância formal que pressupunha a existência de outra categoria do mesmo

instituto. Sob o ponto de vista exterior, realmente não há diferença entre a travessia de um imóvel em razão do exercício do direito à passagem forçada ou em decorrência de servidão. Mas os regimes jurídicos de cada hipótese são diferentes, a começar pelo fundamento: enquanto os direitos de vizinhança fundam-se exclusivamente na lei, as servidões originam-se em negócio jurídico ou usucapião. De qualquer modo, na vigência do Código Reale não há nenhum elemento de direito positivo que ajude a sustentar a pertinência da expressão “servidão legal”. Em consequência, como recomenda boa parte da doutrina (por todos, Gomes, 1958:188), de um lado, não se devem considerar os direitos de vizinhança uma modalidade de servidão, e, de outro, cabe afirmar a inexistência de fundamento exclusivamente legal para ela além da usucapião.

Em qualquer hipótese de constituição, incluindo a derivação de negócio jurídico contratual, a servidão fica vinculada aos imóveis e não aos sujeitos de direito. Independentemente de quem seja o titular do domínio dos prédios dominante e serviente, a servidão beneficia aquele e grava este. Trata-se de direito real e não pessoal. Por outro lado, a servidão é sempre *accessória* do imóvel dominante. Não pode, em decorrência, ser dividida (CC, art. 1.386), alienada ou onerada em separado. Ademais, é direito real incidente apenas sobre imóveis alheios, não podendo gravar bens móveis.

Servidão é o direito titulado pelo proprietário de um imóvel (chamado prédio dominante) de usar ou fruir parte de outro imóvel pertencente a sujeito diverso (prédio serviente).

Origina-se de contrato, testamento ou de aquisição por usucapião e constitui-se mediante registro do título ou sentença judicial no Registro de Imóveis.

Uma vez instituída a servidão, o exercício dos direitos dela emergentes independe dos sujeitos titulares do domínio dos prédios

dominante e serviente. A servidão é direito real e não pessoal, e, por isso, fica vinculada às coisas.

Os mais variados benefícios podem ser objeto de servidão. A hipótese mais corriqueira é a de passagem, em que o titular do prédio dominante tem o direito de transitar pelo serviente. Existe também, por exemplo, servidão de luz, que impede, no imóvel serviente, obra que obstrua a iluminação do dominante; de ar, em que se procura garantir determinado volume de aeração deste; de paisagem, pela qual o ocupante do prédio dominante não pode ter prejudicada a amplitude da vista de sua janela ou terraço etc.

Sobre a servidão, destaco sua classificação (subitem 2.1), exercício (subitem 2.2), extinção (subitem 2.3) e posse (subitem 2.4).

2.1. Classificação da servidão

O primeiro critério de classificação da servidão separa-as em *onerosa* ou *gratuita*. Nas servidões onerosas, o titular do prédio dominante paga ao do serviente uma contraprestação em dinheiro pelo direito real. O valor e as

condições do pagamento são acertados entre eles e mencionados no contrato de instituição de servidão. A servidão derivada de contrato é, via de regra, onerosa. Isso porque a propriedade sobre a qual recai o gravame experimentará, com certeza, uma redução de seu valor de mercado. Quem vende imóvel gravado por servidão não encontra no mercado ninguém interessado em pagar-lhe o preço que o bem teria se ela não existisse. Por isso, busca-se receber, no momento da instituição do gravame, remuneração que compense o desconto que provavelmente será praticado quando, no futuro, for posto o imóvel à venda. A remuneração mais adequada à função econômica do instituto compreende o pagamento de preço definido, a vista ou a prazo. Não é economicamente adequada a remuneração por valor indefinido, como no caso de vencimento periódico (mensal, anual etc.), embora nada na lei o impeça.

Gratuita, por sua vez, é a servidão em que nenhuma remuneração é devida pelo adquirente do direito real ao titular do prédio serviente. Verifica-se na derivada de doação ou testamento e na adquirida por usucapião.

A servidão é também classificada em *positiva* ou *negativa*. Positiva é a servidão cujo exercício corresponde a *ação* do titular do prédio dominante. A servidão de passagem é o seu exemplo típico. Para exercer os direitos dela emergentes, o dono do imóvel dominante deve transitar

pelo serviente, isto é, praticar uma ação. Já a servidão negativa expressa-se pela *omissão* do titular do prédio serviente. A servidão de luz exemplifica a hipótese. O exercício do direito real se verifica quando o dono do prédio serviente *abstém-se* de construir diminuindo ou comprometendo a luminosidade do dominante (Miranda, 1963, 18:259).

Outro critério de classificação da servidão — que, sob a égide do Código Reale, perdeu interesse prático — é o que a distingue em contínua e descontínua. Contínua é a servidão que, uma vez instituída, existe independentemente de qualquer ação humana; descontínua é aquela cuja existência depende da repetição do comportamento dos sujeitos envolvidos. A servidão de luz é contínua, porque o benefício da luminosidade é desfrutado pelo titular do prédio dominante, independentemente de qualquer ação humana. Veja que a continuidade não pressupõe a ininterrupção do benefício. Se falta água à nascente, e o aqueduto seca temporariamente por fator natural, ocorre a interrupção, mas a servidão não perde seu caráter de contínua. Já a servidão de passagem é descontínua, porque, deixando o titular de transitar pelo imóvel serviente, cessa o desfrute do benefício.

Atualmente, esse critério de classificação não tem mais a mesma importância, porque o Código Civil deixou de considerar a continuidade ou descontinuidade da servidão

na disciplina da proteção possessória e, a rigor, também na definição dos requisitos para usucapião. Assim, dependam ou não da repetição da conduta humana para se manifestar, as servidões dão ensejo aos interditos e à usucapião, segundo outros pressupostos definidos na lei.

A classificação mais importante extrema a servidão *aparente* da *não aparente* (Gomes, 1958:284; Rodrigues, 2003, 5:283; Wald, 2002:202). Naquela, o exercício do direito pelo titular do prédio dominante se materializa em algo visível para todos, principalmente pelo dono do serviente. Na servidão não aparente, esse exercício é desprovido de visibilidade, elemento que dificulta sua percepção pelo dono do imóvel serviente ou por terceiros. A classificação da servidão em aparente ou não aparente é importante porque a lei só reconhece a proteção possessória e o direito à usucapião em determinadas hipóteses, de acordo com esse critério classificatório.

Quando a servidão é aparente, o titular do benefício proporcionado pelo direito real sempre poderá proteger sua posse contra turbação, esbulho ou ameaça, mesmo que praticado pelo dono do imóvel serviente. Mas, sendo não aparente a servidão, para que tenha direito aos interditos possessórios, é indispensável que exiba título legítimo, isto é, outorgado pelo dono do imóvel serviente, atual ou anterior (subitem 2.4).

Em relação à usucapião, apenas as servidões aparentes

podem ser adquiridas por essa forma (CC, art. 1.379). Adquire a titularidade da servidão quem, mesmo sem autorização do dono, usa por muito tempo certo caminho demarcado e ostensivo em propriedade alheia, nela vai buscar água seguindo rumo definido ou construiu aqueduto de superfície. Não é suscetível de usucapião a servidão não aparente por razões que variam segundo sua classificação. Quando é negativa, porque a ela não corresponde nenhum objeto sobre o qual recaia a posse exercida pelo interessado em usucapir. Quando positiva, por ser clandestina, escondida do titular do domínio, a quem não se pode, por isso, exigir qualquer atitude visando coibi-la. Por exemplo, se o prédio do meu vizinho tem apenas um andar e isso me é conveniente, por mais tempo que transcorra sem a mínima alteração dessa situação de fato, eu não adquiero a servidão impeditiva de construção dos andares superiores. Não a adquiero por usucapião porque é não aparente e sua existência independe de minha conduta. De outro lado, se, pela noite, por caminhos variados e escondidos, atravesso costumeiramente o imóvel do vizinho para buscar água, também não adquirirei por usucapião a servidão correspondente, por ser o uso da propriedade alheia invisível à generalidade das pessoas, em especial daquela legitimada a impedi-lo. Não se verifica, então, a inércia do titular do domínio indispensável à configuração da prescrição aquisitiva.

Em suma, enquanto a servidão aparente pode ser adquirida por usucapião, a não aparente só pode derivar de negócio jurídico (contrato ou testamento).

Para que se possa adquirir por usucapião a servidão aparente, exige a lei seu uso contínuo, isto é, ininterrupto, enquanto transcorre o prazo aquisitivo. Perceba que o requisito não tem relação com a classificação acima vista, que separa as servidões em contínuas e descontínuas. Tanto faz se o exercício do direito correspondente ao gravame depende ou não da repetição de ações humanas para operar-se a usucapião. A servidão de passagem é descontínua, mas pode ser usada continuamente. Se o titular do prédio dominante transita todos os dias úteis pelo serviente, pelo menos duas vezes ao dia, há o uso contínuo, sem que a servidão perca sua natureza de descontínua. Para usucapir o direito real sobre coisa alheia, é suficiente que seja aparente, isto é, que o uso contínuo seja visível por todos, inclusive e principalmente pelo titular do prédio serviente. Se a passagem é escondida, pelo meio da mata cerrada, de difícil ou impossível percepção por outras pessoas ou pelo dono do imóvel invadido, por mais que perdure, não ocorrerá a prescrição aquisitiva.

As servidões podem ser: (a)

gratuitas ou onerosas; (b) positivas ou negativas; (c) aparentes ou não aparentes; e (d) contínuas ou descontínuas.

Quando o titular do direito real remunera o do imóvel serviente, é onerosa; quando não é devida qualquer remuneração, gratuita.

São, de outro lado, positivas as servidões relacionadas à conduta comissiva do titular do imóvel dominante (por exemplo, tolerar a passagem), enquanto as negativas se relacionam a conduta omissiva do titular do imóvel serviente (não construir além de certa altura).

As servidões aparentes são as

As servidões aparentes são as visíveis, principalmente pelo titular do prédio serviente, enquanto as não aparentes são desprovidas de visibilidade.

E, por fim, contínuas são as servidões que se expressam independentemente da repetida intervenção do homem (instalar e manter aqueduto) e descontínuas as que dependem dessa repetição para se expressarem (colher água).

Combinam-se as classificações. As servidões podem ser aparentes contínuas (servidão de aqueduto de captação de águas), não aparentes contínuas (servidão de paisagem), aparentes descontínuas (servidão de trânsito) e não

aparentes descontinuas (servidão de tirar água por rumo invisível) (Monteiro, 2003, 3:280).

2.2. Exercício da servidão

O exercício da servidão é balizado por duas diretrizes.

A primeira impõe ao titular do prédio dominante que se valha da servidão do modo menos gravoso para o serviente. Se for uma servidão de passagem, por exemplo, ele não pode demorar-se no caminho mais que o indispensável ao trânsito pelo imóvel alheio. Não pode, por outro lado, desviar-se das finalidades que justificaram a servidão. Se constituída, por exemplo, para buscar água à nascente, não pode ser utilizada para instalação de aqueduto. Em relação à servidão de passagem, a de maior ônus inclui a de menor, mas esta exclui aquela. Quer dizer, se destinada ao trânsito de veículos, admite o de pedestres; mas, se permitir apenas a passagem a pé, não pode ser utilizada para tráfego de automóveis, por exemplo (CC, art. 1.385 e §§ 1º e 2º).

A segunda diretriz obsta ao titular do prédio serviente atos que embaracem o exercício da servidão (CC, art. 1.383). Está proibido de dificultar o desfrute da vantagem titulada pelo prédio dominante. Deve, por exemplo, treinar seus cães para que não perturbem o trânsito do dono da servidão.

Em relação às obras necessárias à conservação e uso da servidão, devem ser providenciadas e correm por conta do titular do direito real, isto é, do prédio dominante. Sendo

vários os titulares, as despesas serão rateadas entre eles. Somente competirão essas obras ao dono do prédio serviente se estiver expressamente previsto no título de instituição da servidão. Nessa hipótese, entretanto, ele se exonera da obrigação abandonando a propriedade, total ou parcialmente, em favor do dono do prédio dominante (CC, arts. 1.380 a 1.382).

O exercício da servidão é balizado por duas diretrizes.

Do lado do titular do direito real, impõe a lei que desfrute da vantagem proporcionada ao prédio dominante da forma menos gravosa ao serviente.

Do lado do titular do imóvel gravado, que não embarace de modo algum o legítimo exercício da servidão.

Por fim, quanto à alteração da servidão, cuida a lei de duas hipóteses.

A primeira está relacionada ao incremento das necessidades de cultura ou indústria do prédio dominante. Sua verificação impõe ao prédio serviente o correlativo

aumento do gravame, para atender às necessidades acrescidas. O dono do prédio serviente, contudo, tem direito à indenização pelo excesso (CC, art. 1.385, § 3º). Considere, então, que *Carlos* é titular do imóvel dominante duma servidão de pastagem, em que o serviente é de *Darcy*. Ocorre que o rebanho de *Carlos*, autorizado a pastar nas terras de *Darcy*, aumentou desde o tempo da instituição da servidão. *Darcy* é obrigado a ampliar a servidão de pastagem, mas tem direito de reclamar de *Carlos* a correlativa indenização.

A segunda hipótese de alteração da servidão disciplinada na lei é a da remoção de um local para o outro, dentro do prédio serviente. Têm o direito de removê-la tanto o titular do prédio dominante como o do serviente. Mas, nos dois casos, quem remover a servidão não poderá prejudicar os interesses alheios. Assim, o dono do imóvel dominante pode mudar de lugar a servidão, se isso não prejudicar o prédio serviente; do mesmo modo, o dono deste último só pode promover a remoção se ela não diminuir as vantagens do bem dominante. Ao interessado na remoção cabe custeá-la (CC, art. 1.384).

2.3. Extinção da servidão

A servidão só se extingue por cancelamento do respectivo registro no Registro Imobiliário, feito mediante averbação de título, sentença judicial ou ato expropriatório.

O cancelamento pode derivar de declaração de vontade convergente das partes, de declaração unilateral, decisão judicial ou desapropriação.

O cancelamento é feito, em primeiro lugar, pela averbação no Registro de Imóveis de declaração de vontade convergente dos titulares dos prédios dominante e serviente quando ambos estão de acordo sobre a pertinência da extinção da servidão. O acordo pode contemplar o pagamento de preço ao titular do direito real, ou mesmo não depender de qualquer compensação pecuniária. Pode representar o entendimento comum deles no sentido do desaparecimento da utilidade da servidão ou razões outras quaisquer. Para dar-se a extinção, nesse caso, as partes devem instrumentalizar a declaração convergente de vontades — adotando obrigatoriamente a forma de escritura pública quando o valor da servidão ultrapassar 30 salários mínimos (CC, art. 108) — e providenciar seu registro no Registro de Imóveis.

Cancela-se o registro da servidão por averbação de declaração unilateral do titular do prédio serviente mediante a prova de fato desencadeador da extinção do direito real, que são três (CC, art. 1.389). *Primeiro*, a consolidação da propriedade, ou seja, a reunião dos dois prédios sob o domínio da mesma pessoa. Um dos pressupostos da servidão é a diversidade de proprietários. Quando o prédio dominante e o serviente passam, por qualquer razão, a ser da

propriedade do mesmo titular (ou titulares, em condomínio), ocorre a consolidação, que faz desaparecer esse pressuposto e o próprio direito real sobre a coisa alheia. *Segundo*, a supressão, prevista no título constitutivo da servidão, das respectivas obras. Quando contratada essa condição resolutiva do direito real, seu implemento autoriza o titular do prédio serviente a proceder ao cancelamento do registro por declaração unilateral. *Terceiro*, se a servidão não tiver sido usada por 10 anos contínuos. Quando o titular do prédio dominante não usa mais a servidão por tanto tempo, isso significa que o gravame suportado pelo serviente não lhe traz mais nenhuma utilidade ou comodidade. Sendo assim, não há mais justificativa para sua permanência.

À exceção da *prova* do primeiro fato ensejador da extinção da servidão por declaração unilateral do titular do prédio serviente, que pode ser feita perante o próprio Cartório de Registro de Imóveis, a dos outros deve ser produzida em juízo, em demanda por ele proposta contra o titular do prédio dominante. Transitada em julgado a ação, o titular do prédio serviente pode requerer a averbação de sua declaração de cancelamento, instruindo-a com a certidão judicial.

Além da declaração de vontade convergente dos titulares dos prédios dominante e serviente, ou da unilateral deste último, a decisão judicial também pode ser fundamento

do cancelamento do registro da servidão e sua consequente extinção. Tem lugar quando divergem as partes acerca da verificação de qualquer das causas de extinção listadas em lei. São elas: *a)* renúncia do direito pelo titular; *b)* cessação, para o prédio dominante, da utilidade ou comodidade que determinara a constituição da servidão; *c)* resgate da servidão pelo titular do prédio serviente, que não depende da concordância do dono do dominante (CC, art. 1.388). Verificado qualquer desses eventos e recusando-se uma das partes a assinar o instrumento de cancelamento, a outra pode requerer ao juiz que declare o encerramento da servidão.

Extingue-se a servidão mediante averbação no respectivo registro no Registro de Imóveis, de declaração convergente de vontade dos titulares dos prédios envolvidos, declaração unilateral do titular do prédio serviente, decisão judicial ou ato de desapropriação.

Note, quando a servidão é contratada por tempo determinado, não basta o simples transcurso do prazo assinalado no título registrado no Registro de Imóveis, para operar-se a extinção. Também nesse caso será necessário registrar o ato de cancelamento, em instrumento firmado pelos titulares dos prédios dominante e serviente. Em se negando um deles a assinar o instrumento de cancelamento, poderá o outro pleitear em juízo a execução específica do

contrato (CC, art. 475), obtendo o suprimento da vontade do resistente.

Por fim, a expropriação da servidão também importa sua extinção, quando feita com esse objetivo. Quando o Poder Público desapropria o imóvel dominante, a servidão remanesce íntegra em razão de sua natureza acessória. Quando desapropria o imóvel serviente, mas não a servidão, também continua existindo porque não foi alcançada pelo ato expropriatório. Nesses casos, por evidente, a desapropriação não desencadeia o fim do direito real. Mas, se é desapropriado o imóvel serviente e o Poder expropriante considera que atende ao interesse público também a desapropriação da servidão, opera-se a sua extinção, mediante o cancelamento do registro. Nesse caso, o Poder expropriante deve pagar, como indenização, ao titular da propriedade do imóvel serviente o valor deste e ao do dominante, o da servidão.

2.4. Proteção possessória

Não se confunde servidão com serventia. Nos dois casos, a situação de fato é idêntica, mas diversa sua qualificação jurídica. A servidão é um direito real com as especificidades que estão sendo examinadas. Serventia, por sua vez, é expressão ambígua. Em sentido lato, abrange todas as hipóteses de uso de parte de imóvel alheio por quem não é seu proprietário, incluindo a servidão; em

sentido estrito, compreende tais hipóteses com exclusão dela. Vejo que diariamente certo vizinho atravessa o imóvel alheio, sem oposição do dono, mas só por esse fato não posso concluir que exista servidão. Certamente, há serventia, mas, sem consultar o Registro de Imóveis, não poderei afirmar se há ou não servidão.

A servidão assegura ao proprietário do imóvel dominante a *posse* do benefício a que corresponde o gravame do imóvel serviente. Em caso de turbação, esbulho ou ameaça, cabe sua defesa pelas ações possessórias correspondentes (Cap. 42, item 4). Se o proprietário do prédio dominante fica impedido de usar a servidão pelo titular do domínio do serviente, aquele pode defender sua posse contra este. Mas, enquanto a servidão, como direito real, é protegida pela ordem jurídica, a serventia (em sentido estrito) é mera circunstância de fato, que não confere a quem dela se beneficia qualquer direito sobre o benefício correspondente.

Para que tenha direito à tutela possessória diz a lei que a servidão deve ser aparente ou provir de título outorgado pelo possuidor (dono ou não) do prédio serviente ou seu antecessor (CC, art. 1.213). Na verdade, a norma se expressa mal. Servidão não aparente e não fundada em título legítimo é mera serventia, que não goza mesmo de qualquer proteção jurídica. Quem desfruta, da sacada de seu apartamento, de larga vista panorâmica sobre a cidade por vários anos, mas

nunca contratou com o proprietário do imóvel confinante qualquer servidão de paisagem, não terá direito de impedir a construção que obstrua a visibilidade do panorama. Isto porque o benefício em questão é simples serventia. Já em contratando o dono da sacada com vista privilegiada, com o proprietário do imóvel confinante, a obrigação de este não construir acima de determinada altura, terá direito de defender a posse sobre a servidão de paisagem, porque, embora não aparente, ela é legitimamente titulada.

A servidão aparente e a não aparente lastreada em título outorgado pelo possuidor do imóvel serviente (ou seu antecessor na posse) confere ao possuidor do dominante a defesa da posse. Sendo ela turbada, esbulhada ou ameaçada, caberá a ação possessória correspondente.

Por fim, tenho tratado até aqui da servidão como direito real de que se beneficia apenas o proprietário do imóvel dominante. Mas, a rigor, como se trata de gravame imposto ao imóvel serviente, também o mero possuidor do dominante pode beneficiar-se da servidão.

3. USUFRUTO

Usufruto é o direito real que transfere à titularidade de

uma pessoa (*usufrutuário*) o direito de possuir, usar e fruir coisa da propriedade de outra (*proprietário* ou *nuproprietário*). Instituído o usufruto, os poderes inerentes à propriedade se desdobram, passando o de usar e fruir à titularidade de sujeito de direito diverso do proprietário; nas mãos deste remanesce apenas o de dispor, mas consideravelmente esvaziado, já que há pouco interesse na aquisição de bem gravado pelo usufruto. O usufrutuário tem, enquanto dura o ônus, o direito exclusivo de usar o bem, explorá-lo economicamente e gozar de seus frutos. Recaindo, por exemplo, o usufruto sobre um apartamento, poderá transferir para o local sua moradia (usar) ou alugá-lo (fruir), exercendo em qualquer caso a posse do bem (possuir).

Na maioria das vezes, o usufruto é utilizado para acomodar certas relações patrimoniais entre familiares. Os pais doam para o único filho o imóvel em que residem, com o objetivo de facilitar a sucessão — como o bem não mais lhes pertence, não precisará ser inventariado quando de seu falecimento. Mas os pais doadores querem ainda continuar morando naquele local. É feita, então, a doação do bem com cláusula gravando-o com o usufruto em favor dos doadores. Os pais são usufrutuários do imóvel e têm o direito real de usá-lo e fruí-lo, mas a propriedade é já do filho. Outro exemplo: imagine que enviuvou um senhor e um dos seus filhos, de mais posses que os irmãos, quer e pode proporcionar-lhe morada melhor e próxima à sua. Encontra

um apartamento, e o pai concorda em se mudar para lá. Se o filho doar o bem ao pai, quando do falecimento deste último, o bem será partilhado com seus irmãos. Para contornar essa consequência e ao mesmo tempo garantir a posse do apartamento para o pai, o filho pode adquiri-lo em seu nome, instituindo usufruto. O viúvo, na condição de usufrutuário, tem o uso e a fruição do imóvel, mas a propriedade é do filho que o adquiriu.

O fundamento do usufruto, em geral, é negócio jurídico bilateral praticado pelo proprietário e usufrutuário. No contrato de instituição de usufruto, as partes fixam o objeto do gravame, seu alcance, bem como os direitos e obrigações do usufrutuário. O instrumento do contrato de instituição de usufruto pode ser público ou privado, exceto quando recair o ônus sobre imóvel de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo, quando a forma pública é da essência do ato (CC, art. 108). O contrato de instituição de usufruto é o mais corriqueiro fundamento desse tipo de direito real, mas não o constitui. Lembro que, no direito brasileiro, os direitos reais fundados em negócios jurídicos não se constituem senão após o registro do instrumento no Registro de Imóveis (quando o objeto é bem imóvel) ou a tradição (quando móvel).

Não somente os contratos podem ser o fundamento negocial do usufruto, mas também o testamento. Quem testa um bem a certa pessoa, pode gravá-lo com o usufruto em

favor de outra, definindo o prazo de duração, direitos e obrigações do usufrutuário e demais condições para a instituição do direito real.

Pode o usufruto decorrer também de decisão judicial. Nesse caso, o juiz determina que os poderes de usar, fruir e administrar a coisa do devedor sejam exercidos pelo credor, enquanto não satisfeito o crédito objeto de execução. Exemplifica-o o usufruto de empresa, em que o estabelecimento empresarial do devedor passa a ser administrado por administrador nomeado pelo juiz, para que o lucro proporcionado pela atividade nele explorada seja empregado no pagamento do crédito em execução.

Por fim, menciona a lei a figura da usucapião de usufruto. É estranha, porque pressuporia que alguém, por muito tempo e sem oposição do proprietário, tivesse usado e fruído certo bem de sua posse. Ora, nesse caso, estariam igualmente preenchidos os requisitos para a aquisição da propriedade, e não se contentaria o possuidor, podendo ter o domínio, em ficar apenas com o usufruto.

Usufruto é o direito real que atribui a uma pessoa (usufrutuária) a posse, uso e fruição de coisa pertencente a outra (proprietária ou nuproprietária).

Tem por fundamento negócio jurídico celebrado entre usufrutuário e proprietário, testamento ou decisão judicial. A lei menciona também sua aquisição por usucapião.

O contrato de instituição de usufruto estipula os direitos e obrigações do usufrutuário. No exercício da autonomia privada, podem ele e o proprietário livremente

pactuar qualquer disposição sobre seus recíprocos interesses por acordo de vontade. Também no testamento, podem ser definidos pelo testador. Mas, se o contrato ou disposição de última vontade for omissivo, ou provier o usufruto de fundamento diverso, o usufrutuário terá os direitos (subitem 3.2) e obrigações (subitem 3.3) previstos em lei, inclusive ao gravar universalidades (subitem 3.4).

Sobre o usufruto, examina-se ademais seu objeto (subitem 3.1) e extinção (subitem 3.5).

3.1. Objeto do usufruto

Qualquer bem, imóvel ou móvel, fungível ou infungível, pode ser objeto de usufruto.

Quando o usufruto gravar bem infungível, o usufrutuário tem a obrigação de restituir exatamente o que recebeu do proprietário; se recair sobre fungível, a restituição deve ser feita em coisas de igual quantidade e qualidade.

Os títulos de crédito (nota promissória, duplicata e outros), que têm a natureza de bens móveis, também podem ser usufruídos, assim como quaisquer outros direitos creditórios. Cotas de fundo de investimento comportam, por conseguinte, usufruto, cabendo ao usufrutuário os rendimentos, enquanto o principal corrigido é do proprietário.

Os bens incorpóreos, por sua vez, admitem o usufruto

quando há expressa previsão legal, como no caso de ações emitidas por sociedade anônima (LSA, art. 40), ou se for compatível o gravame com a natureza deles, como no das cotas de sociedade limitada.

Também o patrimônio, ou parte dele, pode ser gravado por usufruto, assim como as universalidades. É a hipótese do gravame recaído sobre estabelecimento empresarial, mal denominado *usufruto de empresa* (CPC, art. 726).

Qualquer bem, imóvel ou móvel, fungível ou infungível, assim como os títulos de crédito e direitos creditórios podem ser objeto de usufruto.

Esse direito real pode igualmente recair sobre universalidades ou parte delas. O patrimônio de um sujeito de direito pode ser gravado com o

usufruto, por exemplo.

São imprestáveis ao gravame somente os bens consumíveis, porque o usufrutuário não tem como os devolver ao proprietário, depois de usá-los ou fruí-los.

Não se prestam, entretanto, ao usufruto os bens consumíveis, porque o usufrutuário tem a obrigação de restituir a coisa gravada ao proprietário ao término do gravame. Usar e fruir bens consumíveis implica dispor deles, o que impede o cumprimento da obrigação. Quando imprecisamente as partes declaram instituir usufruto sobre coisas dessa espécie (figura denominada quase-usufruto ou usufruto impróprio), as relações jurídicas entre as partes são regidas pelo direito das obrigações (cf. Gomes, 1958:297). A lei dispõe apenas sobre a hipótese de o bem usufruído possuir acessórios ou acrescidos consumíveis (subitem 3.3.a).

3.2. Direitos do usufrutuário

O usufrutuário tem os seguintes direitos:

a) *Possuir, usar e administrar a coisa*. Com o usufruto, a posse direta do bem gravado transfere-se ao usufrutuário; o proprietário conserva apenas a indireta. Em decorrência, o usufrutuário tem acesso aos interditos, inclusive para se defender de esbulho, turbacão ou ameaça praticados pelo proprietário. Ao assumir a posse direta da coisa gravada, por outro lado, o usufrutuário passa a titular o direito de usá-la diretamente e administrá-la (CC, art. 1.394). Se o usufruto recai sobre um barco, por exemplo, o usufrutuário pode nele navegar exclusivamente segundo sua vontade; compete-lhe, por outro lado, escolher a marina em que ficará estacionado, contratar o piloto e praticar os demais atos de administração do bem gravado.

Sobre os acessórios e acrescidos da coisa dada em usufruto também se estende o gravame, salvo se o título dispuser em sentido diverso (CC, art. 1.392). Não havendo, desse modo, cláusula em contrário no instrumento de instituição do usufruto, o usufrutuário passa a titular a posse, uso e administração não só da coisa gravada, mas também dos seus acessórios e acrescidos. Por exemplo, as benfeitorias existentes no imóvel usufruído ficam na posse, uso e administração do usufrutuário, bem como as construídas enquanto dura o direito real.

As pertencas, contudo, não se incluem no usufruto, senão quando expressamente previstas no instrumento

constitutivo. Por isso, no caso de terceiro achar no prédio usufruído algum tesouro, a meação caberá, em princípio, ao proprietário e não ao usufrutuário.

b) *Perceber os frutos*. Fruir uma coisa é explorá-la economicamente, o que inclui a percepção dos frutos por ela gerados. Como o usufrutuário titula o direito de fruição do bem gravado, os frutos lhe pertencem (CC, art. 1.394), sejam *naturais* (por exemplo: grãos de soja nascidos na plantação, crias geradas naturalmente), *industriais* (crias geradas por inseminação artificial) ou *civis* (juros de investimento ou aluguel de imóvel).

O usufrutuário pode, portanto, colher os frutos naturais pendentes ao tempo em que se iniciou o usufruto, sem pagar ao proprietário as despesas de produção; ao fim do direito real, a regra é equitativa: os frutos pendentes são do proprietário, independentemente do ressarcimento das despesas de produção ao antigo usufrutuário (CC, art. 1.396 e parágrafo único). Recaindo o usufruto sobre gado, o usufrutuário deve restituir ao proprietário o mesmo número de cabeças, quando findo o usufruto. Não serão, por certo, restituídos exatamente os mesmos animais entregues na instituição do direito real; restituem-se suas crias, diretas ou indiretas. Faz-se, então, o cálculo: das crias existentes, são do proprietário cabeças em igual quantidade à das gravadas; as excedentes consideram-se frutos e pertencem ao usufrutuário (art. 1.397).

Quando o objeto do usufruto é título de crédito ou direito creditório, são do usufrutuário os juros vencidos entre o dia seguinte ao da instituição do direito real e o dia do término, inclusive (CC, art. 1.398). Os demais juros, assim como o principal corrigido, pertencem ao proprietário. Por isso, a lei determina que o usufrutuário, ao receber o pagamento do título gravado, deve aplicar o principal da importância recebida em títulos da mesma natureza ou da dívida pública federal com cláusula de correção monetária. Continuará a titular o direito aos juros pagos pelos devedores desses títulos, que são os frutos civis do bem onerado; mas, terminando o usufruto, restituirá ao proprietário o valor atualizado do principal (art. 1.395 e parágrafo único).

c) Ceder o exercício do direito. O usufruto é direito inalienável. O usufrutuário não pode transferir, por ato *inter vivos* ou falecimento, seus direitos sobre o bem gravado. Ele pode, no entanto, ceder o exercício do usufruto, a título gratuito ou oneroso (CC, art. 1.393). Perceba-se a diferença. O usufrutuário continua sendo o único titular do direito real enquanto dura o usufruto, mas uma das formas de fruir dos bens gravados é justamente a cessão do exercício do direito de fruição correspondente. É, aliás, bastante recomendável que o usufrutuário opte pela cessão do exercício do direito, quando não tiver conhecimentos ou competência necessários para explorar, de modo rentável, a coisa

usufruída.

O cessionário do exercício do usufruto não é usufrutuário, nem se torna titular de qualquer direito real sobre o bem gravado. Seu falecimento não extingue o usufruto, por exemplo. Entre ele e o usufrutuário a relação é de direito obrigacional e não real, valendo o que tiverem estabelecido no contrato de cessão.

Os direitos do usufrutuário são:

- (a) possuir, usar e administrar a coisa;*
- (b) perceber os frutos da coisa;*
- (c) ceder o exercício dos direitos que titula, onerosa ou gratuitamente;*
- (d) arrendar o imóvel gravado pelo usufruto, desde que respeitada a destinação econômica dada pelo proprietário;*
- (e) obter, nos casos da lei, a prorrogação do usufruto.*

d) Arrendar o imóvel usufruído. É direito do usufrutuário de bem imóvel arrendá-lo a terceiros, como forma de obter renda. É vedado a ele e ao arrendatário, contudo, mudar a destinação econômica do bem gravado sem autorização expressa do proprietário (CC, art. 1.399). Se

o gravame recai, por exemplo, sobre fazenda dedicada à agricultura, não poderá ser arrendada a empresário do ramo turístico sem o consentimento por escrito do proprietário.

e) *Prorrogação do usufruto*. Em três casos o usufrutuário tem direito à prorrogação do usufruto, sendo os dois primeiros específicos do gravame sobre bem imóvel.

O primeiro está relacionado à reconstrução de imóvel destruído sem culpa do proprietário. Em princípio, a destruição do bem objeto de usufruto extingue o direito real (CC, art. 1.410, V). O usufrutuário nada pode reclamar do proprietário em se verificando essa causa extintiva do usufruto. O proprietário não é obrigado a reconstruir o prédio destruído; tampouco se obriga a restabelecer o usufruto se o fizer com seus próprios recursos. Mas, se a indenização do seguro for usada no custeio da reconstrução, o usufrutuário tem o direito de prorrogação do usufruto, se o prêmio havia sido pago por ele (CC, arts. 1.407 e 1.408).

O segundo caso de prorrogação de usufruto imobiliário está relacionado ao recebimento, pelo proprietário, de indenização pela desapropriação do bem ou por sua destruição por culpa de terceiro. Tanto numa como noutra hipótese, a indenização pertence ao proprietário; o usufrutuário tem direito à prorrogação do usufruto, mediante a *sub-rogação* do bem desapropriado ou destruído no valor da indenização (CC, art. 1.409). Em outros termos, o dinheiro

correspondente a essa indenização será gravado em favor do usufrutuário, que passa a titularizar os seus frutos civis, isto é, os juros da aplicação financeira percebidos até o fim do usufruto.

O derradeiro caso de prorrogação do usufruto independe da natureza do bem gravado, que pode ser móvel ou imóvel. Sempre que contratado seguro e verificado o sinistro, a indenização que a seguradora pagar pertence ao proprietário, ainda que o contrato tenha sido da iniciativa do usufrutuário (CC, art. 1.407, § 1º). A este a lei assegura a sub-rogação na indenização securitária dos ônus existentes sobre a coisa sinistrada (§ 2º), prorrogando dessa maneira o usufruto.

3.3. Deveres do usufrutuário

Os deveres do usufrutuário são:

a) *Restituir o bem gravado ao proprietário.* Uma das mais importantes obrigações do usufrutuário é restituir o bem usufruído ao proprietário ao término do usufruto. Verificada a extinção desse direito real sobre a coisa alheia, voltam a se concentrar nas mãos do proprietário todos os poderes inerentes à propriedade. Por consequência, o usufrutuário perde a posse direta da coisa, devendo restituí-la ao proprietário.

Cumpra a obrigação o usufrutuário que restituir a coisa recebida (ou, se fungível, outra em igual espécie e

quantidade), no mesmo estado em que recebeu, exceto quanto aos desgastes naturais. Se ela se perdeu durante o usufruto sem culpa do usufrutuário, ele não tem nenhuma responsabilidade perante o proprietário, a quem cabe suportar o prejuízo (CC, art. 238). Tendo sido o culpado pela perda, entretanto, o usufrutuário é obrigado a indenizar o proprietário (art. 239). Em caso de deterioração, as regras são semelhantes. Se não contribuiu o usufrutuário culposamente para ela, o proprietário recebe a coisa deteriorada e sem indenização (art. 1.402); mas, se tiver sido o culpado pela perda parcial, o usufrutuário tem a obrigação de a indenizar (art. 240).

Para bem cumprir sua obrigação de restituir, o usufrutuário deve, antes de assumir a posse da coisa usufruída, inventariar os bens que recebe, discriminando o estado em que se encontram (CC, art. 1.400). Cabe-lhe providenciar diretamente o inventário ou custear seu levantamento. Se não inventariar o bem gravado como manda a lei, o usufrutuário poderá ter dificuldade em provar, findo o usufruto, o regular cumprimento da obrigação de restituir. Assim como a existência do inventário implica a presunção relativa de veracidade de tudo quanto dele consta, em favor do usufrutuário, sua inexistência acarreta presunção de igual natureza em benefício do proprietário, se este alegar a deterioração ou falta da coisa.

O usufruto, como dito, não pode gravar coisas

consumíveis, mas pode ocorrer de se as encontrar entre os acessórios e acrescidos aos quais se estende o direito real. Nesse caso, o usufrutuário deve restituir ao proprietário, no final do gravame, os acessórios e acrescidos consumíveis que porventura ainda existirem. Os consumidos serão restituídos mediante a entrega de outros bens de mesma quantidade e qualidade, ou, não havendo como fazê-lo, pelo respectivo valor, calculado à época da restituição (CC, art. 1.392, § 1º).

b) Prestar caução em favor do proprietário. Se o proprietário exigir, o usufrutuário é obrigado a dar caução que garanta a restituição da coisa gravada (CC, art. 1.400, *in fine*). Está dispensado da obrigação apenas o usufrutuário doador que tiver instituído em seu favor o usufruto da coisa doada (CC, art. 1.400, parágrafo único). Compreende-se sem dificuldade a exceção. Exigir do doador caução para garantia da entrega da coisa doada implicaria a desnaturação do ato de liberalidade praticado.

Se não quiser ou não puder dar a caução exigida, o usufrutuário perde o direito de administrar o bem usufruído. Quer dizer, mesmo não prestando a caução exigida pelo proprietário, o usufrutuário continua titulando todos os direitos emergentes do usufruto, exceto o de administração. A coisa gravada será, então, administrada pelo proprietário, que deverá entregar ao usufrutuário os frutos percebidos, podendo deduzir as despesas de administração em que

incorrer. Para garantia do usufrutuário, o proprietário que administra a coisa gravada deve prestar caução, mas tem direito a uma remuneração por seus serviços, que, faltante acordo entre as partes, será definida pelo juiz (art. 1.401).

c) Pagar as despesas de conservação e tributos. Correm por conta do usufrutuário as despesas ordinárias de conservação da coisa usufruída, exceto as de alto valor, bem como os tributos devidos em razão da posse ou rendimento (CC, art. 1.403). Quanto às despesas ordinárias de elevado valor e às extraordinárias, como as relacionadas à reparação da coisa, a responsabilidade é do proprietário (art. 1.404).

Para definir a responsabilidade pelas despesas ordinárias, a lei fixa o seguinte critério: não são módicas as que superem $\frac{2}{3}$ do rendimento líquido anual proporcionado pela coisa gravada. Desse modo, se a despesa ordinária não ultrapassar esse limite, é do usufrutuário a obrigação de pagá-la; ultrapassando, do proprietário (CC, art. 1.404, § 1º).

Se a despesa extraordinária corresponder a gasto indispensável para a regular conservação da coisa, o usufrutuário pode realizá-la, caso a tanto se recuse o proprietário, ficando aquele, então, com o direito de cobrar deste a importância despendida (CC, art. 1.404, § 2º).

São obrigações do usufrutuário:

(a) restituir a coisa ao proprietário no término do usufruto; (b) prestar caução ao proprietário, quando por este exigida, sob pena de perder a administração do bem; (c) pagar as despesas ordinárias de conservação da coisa, exceto as de valor alto; (d) comunicar ao proprietário qualquer lesão aos direitos e interesses dele; (e) pagar o prêmio do seguro.

d) Noticiar ao proprietário qualquer lesão aos seus direitos. Ocorrendo turbacão, esbulho ou ameaça à posse da

coisa gravada por atos praticados por terceiros, ou qualquer outra lesão aos direitos ou interesses do proprietário, o usufrutuário tem a obrigação de comunicar o fato a este último (CC, art. 1.406). Responderá pelos danos que sua desídia causar.

e) *Pagar o prêmio do seguro.* Se sobre a coisa onerada for contratado seguro, é do usufrutuário a obrigação de pagar o respectivo prêmio (CC, art. 1.407). Não interessa se o seguro é contratado no cumprimento de obrigação prevista no contrato de instituição do usufruto ou por cautela do usufrutuário. Em qualquer caso, é dele a obrigação de arcar com o prêmio devido à seguradora.

3.4. Usufruto de universalidades

Em geral, o usufruto tem por objeto coisa ou coisas singulares. Raramente ocorre recair sobre o patrimônio de alguém ou parcela dele. A lei, contudo, não só autoriza o usufruto de universalidades como estabelece alguns direitos e obrigações do usufrutuário específicos para essa hipótese.

No campo dos direitos, cabe ao usufrutuário no usufruto de universalidades ou cota-parte de bens a meação do tesouro achado e o valor da parede-meia ou da divisa pago pelo vizinho para poder utilizar-se delas (CC, art. 1.392, § 3º).

Quanto às obrigações, imputa a lei ao usufrutuário a de pagar os juros da dívida que onera o patrimônio usufruído,

ou a parte dele (CC, art. 1.405). Por exemplo, considere o usufruto incidente sobre metade de todos os bens imóveis do proprietário; se um deles estiver hipotecado em garantia de crédito de terceiro, o usufrutuário se responsabilizará por metade dos juros devidos pela obrigação garantida. Como o patrimônio é o conjunto de direitos e obrigações de um sujeito, o usufruto se estende ao passivo quando não recai sobre um bem singular, mas sobre a universalidade.

3.5. Extinção

É o usufruto um direito real sobre bem alheio necessariamente *temporário*. O desdobramento dos poderes associados à propriedade não pode perdurar para sempre, porque isso equivaleria, em termos econômicos, à inexistência desse direito sobre o bem que suporta o gravame. Desse modo, as partes, ao contratarem a instituição do usufruto, devem estabelecer o seu prazo de duração, findo o qual se extingue e retornam às mãos do titular do domínio da coisa todos os poderes de proprietário (CC, art. 1.410, II). Vitalício é o usufruto instituído em favor de pessoa física, cujo prazo de duração coincide com o tempo de vida do usufrutuário.

E, por ser o usufruto um direito real essencialmente temporário, antes mesmo de concluído o prazo de duração constante do título constitutivo, pode verificar-se a extinção do direito real. A morte do usufrutuário pessoa física

extingue o usufruto, mesmo que não seja vitalício (CC, art. 1.410, I). Vindo, assim, o usufrutuário a falecer antes de vencido o termo estabelecido para o gravame, este deixa de existir, não se transmitindo aos sucessores dele os direitos de possuir, usar e fruir a coisa. Quando são dois ou mais os usufrutuários e morre um deles, extingue-se o quinhão correspondente ao falecido, exceto se o título estabelecer expressamente sua transferência aos titulares do usufruto sobreviventes (art. 1.411).

Quando o usufrutuário é pessoa jurídica, a lei estipula que o prazo máximo de duração do usufruto é 30 anos, a contar da data do início do exercício do direito real. Mas, se a pessoa jurídica usufrutuária for extinta antes do tempo assinalado no contrato de instituição de usufruto, esse direito real também deixa de existir (CC, art. 1.410, III).

A renúncia do usufrutuário é outro fator extintivo do usufruto. Se declara, de forma expressa e inequívoca, renunciar ao direito de possuir, usar, fruir e administrar a coisa gravada, finda o usufruto e retornam às mãos do proprietário a totalidade dos poderes associados à propriedade (CC, art. 1.410, I).

Igualmente extingue o usufruto a cessação do motivo que originara sua instituição (CC, art. 1.410, II). Imagine que o tio outorgou ao sobrinho o usufruto sobre um automóvel com o objetivo de prover-lhe transporte enquanto estivesse cursando a faculdade. Concluído o curso superior, esgota-se

o objetivo pretendido pelas partes ao contratarem o usufruto, não havendo, por conseguinte, razões para sua permanência.

A destruição da coisa gravada dá também causa ao término do usufruto (CC, art. 1.410, V). Ressalva-se a previsão de sua prorrogação na lei, inclusive mediante sub-rogação dos ônus em bem diverso, como, por exemplo, o dinheiro recebido pelo proprietário a título de indenização em liquidação de seguro (subitem 3.2.e).

O usufruto é essencialmente temporário. Extingue-o a morte do usufrutuário pessoa física, sua extinção quando é pessoa jurídica, o decurso do tempo fixado, a destruição da coisa, a cessação do motivo que o tinha justificado etc.

A consolidação nas mãos do usufrutuário da propriedade da coisa gravada põe fim ao usufruto (CC, art. 1.410, VI). Verifica-se essa causa extintiva quando o usufrutuário se torna, por qualquer razão, proprietário do bem gravado. Os poderes que se encontravam desdobrados voltam a se concentrar em razão de sua consolidação na esfera dos direitos titulados pelo antigo usufrutuário. Perde sentido, aqui, a persistência do usufruto.

Se a coisa gravada é alienada, perdida ou deteriorada por culpa do usufrutuário, desconstitui-se o usufruto. Da mesma maneira, se ele deixa de empregar o valor recebido no pagamento dos títulos de crédito usufruídos, nas aplicações previstas na lei, extingue-se o direito real (CC, art. 1.410, VII). A extinção do usufruto não exonera o usufrutuário da responsabilidade pela indenização do proprietário.

Por fim, desaparece o usufruto se a coisa onerada não estiver sendo usada ou fruída pelo usufrutuário (CC, art. 1.410, VIII). O objetivo do gravame é favorecer o usufrutuário, transferindo temporariamente do patrimônio do proprietário para o deste último certos direitos sobre o bem usufruído. Se esse objetivo não está se realizando, por qualquer razão, não há por que continuarem subtraídos do proprietário tais direitos.

4. USO E HABITAÇÃO

Uso e habitação correspondem a formas especiais de usufruto.

O uso confere ao usuário os mesmos direitos que o usufruto dá ao usufrutuário, mas limitados ao necessário à manutenção dele e da família (CC, art. 1.412). Por exemplo, instituído o direito real de uso sobre um imóvel locado, o valor do aluguel será destinado, em primeiro lugar, ao atendimento das necessidades do usuário e da família; o saldo, havendo, caberá ao proprietário.

Consideram-se necessidades da família, para os fins da delimitação dos direitos do usuário, as despesas de manutenção dele, seu cônjuge, filhos solteiros e empregados domésticos (CC, art. 1.412, § 2º). Na avaliação de tais necessidades, serão levados em conta a condição social e o lugar em que vive o usuário (§ 1º).

Já a habitação é um usufruto limitado ao direito de usar o bem gravado especificamente como moradia (CC, art. 1.414). Seu objeto é sempre um imóvel residencial, para o qual se obriga o titular do direito de habitação a transferir sua residência. Quem titula esse direito real não pode fruir o bem gravado, mas simplesmente usá-lo; mais que isso, só pode usá-lo como residência, ocupando-o com sua família. É-lhe vedado alugar, emprestar ou de qualquer outra forma explorar economicamente o imóvel sobre o qual recai o direito real.

Sendo dois ou mais os titulares do direito real de

habitação de uma só casa, qualquer deles pode nela residir sem pagar aluguel ao outro ou outros. Evidentemente, ele não pode impedir que os demais titulares do mesmo direito real de habitação fixem nela também as suas residências (CC, art. 1.415).

Na maioria das vezes, o uso e a habitação têm por fundamento negócio jurídico celebrado entre o proprietário do bem gravado e o titular do direito real. Numa hipótese, porém, o direito de habitação é fundado diretamente na lei e não depende de registro para se constituir: o cônjuge sobrevivente titula-o relativamente ao imóvel de residência da família, quando não existir nenhum outro bem dessa natureza a inventariar (CC, art. 1.831).

Aplicam-se ao uso e à habitação as mesmas regras do usufruto, no que não forem incompatíveis com as especificidades daqueles direitos reais (CC, arts. 1.413 e 1.416). Por exemplo: são direitos temporários e inalienáveis, constituem-se mediante registro no Registro de Imóveis, extinguem-se pela consolidação etc.

O Código Civil menciona, ainda, como direitos reais a *concessão de uso especial para fins de moradia* e a *concessão de direito real de uso* (art. 1.225, XI e XII). São direitos reais incidentes exclusivamente em imóveis públicos e, por isso, objeto de estudo do direito administrativo, e não do direito civil.

5. DIREITO REAL DO PROMITENTE COMPRADOR DE IMÓVEL

O compromisso de compra e venda (CCV) é negócio jurídico largamente utilizado na negociação de imóveis. Ele possibilita o pagamento parcelado do preço por parte do interessado na aquisição (promitente comprador), sem expor o incorporador, loteador ou outro proprietário do bem (promitente vendedor) a riscos expressivos associados à inadimplência ou insolvência do primeiro. Como a propriedade não se transmite senão com o registro no Registro de Imóveis do título aquisitivo e a outorga deste depende do prévio pagamento de todo o preço pelo promitente comprador, a garantia do promitente vendedor é substancial: enquanto não recebe a totalidade do seu crédito, não transmite a propriedade.

Sob a égide do Código Beviláqua, a doutrina discutia se o CCV seria espécie de compromisso ou de compra e venda (Azevedo Jr., 1979:5/39). A discussão doutrinária era relevante em vista do interesse prestigiado em cada posição. Para os defensores da tese de que o negócio era um tipo de compromisso, o promitente comprador não tinha direito ao imóvel, ainda após pagar o total do preço prometido. Naquele tempo, a única consequência do inadimplemento das obrigações em geral consistia na obrigação de ressarcir os danos experimentados pelo outro contratante. Em decorrência, em se recusando o promitente vendedor a

outorgar a escritura pública, o promitente comprador não teria como pleitear em juízo a entrega do imóvel, mas apenas a indenização de seus danos. Já para os que advogavam a tese do CCV como espécie de compra e venda, o promitente comprador titulava o direito à outorga da escritura pública tão logo cumprisse sua parte no contrato, pagando todas as prestações prometidas.

Em 1937, a lei reconheceu ao promitente comprador, após integralizar o pagamento do preço, o direito à ação de adjudicação compulsória de imóvel loteado objeto de CCV registrado no Registro de Imóveis (Dec.-Lei n. 58/37, art. 16). Recusando-se, pois, o loteador a outorgar a escritura definitiva de compra e venda, o promitente comprador ia a juízo pleitear o suprimento da vontade daquele. Julgada procedente a ação, a sentença judicial servia de título para o registro da aquisição imobiliária. Era a primeira vez que a lei brasileira consagrava a execução específica das obrigações do vendedor. Em 1979, o art. 25 da Lei n. 6.766/79 reafirmou o direito à adjudicação compulsória no caso de CCV referente a lotes.

Em 1964, os promitentes cessionários de direitos relativos a imóveis não loteados, sem cláusula de arrependimento e com direito de imissão na posse, passaram a ter direito à adjudicação compulsória da escritura pública de cessão, por força do previsto na lei que instituiu o SFH (Lei n. 4.380/64, art. 69). Em 2001, a lei atribuiu o direito à

adjudicação compulsória ao promitente comprador de unidades de edifícios em construção, quando se recusava o incorporador a outorgar a escritura definitiva mesmo após o pagamento integral do preço (Lei n. 4.591/64, art. 32, § 2º, com a redação conferida pela Medida Provisória n. 2.221, daquele ano).

A ordem positiva continuava, porém, não contemplando regra geral que garantisse ao promitente comprador o direito de exigir a outorga da escritura pública afora a hipótese de compromisso referente a lote ou unidade autônoma em edifício em construção. O promitente comprador de uma casa, por exemplo, não podia exigir do promitente vendedor a outorga da escritura pública definitiva, mesmo após o cumprimento de suas obrigações.

A jurisprudência, é certo, muitas vezes estendeu o direito reconhecido pela lei ao promitente comprador de lote a outros CCVs; dispensou o registro do instrumento como pressuposto da adjudicação compulsória (Súmula 239 do STJ: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”); e até mesmo, em alguns casos, reconheceu o promitente comprador como o verdadeiro proprietário do bem objeto de contrato (RT, 831/253). Somente com a entrada em vigor do Código Reale mudou significativamente o quadro normativo: o art. 1.417 do CC atribui ao promitente comprador em geral um direito real de aquisição do imóvel

objeto de compromisso e o art. 1.418 garante a adjudicação compulsória, em juízo, da escritura definitiva de compra e venda, quando o promitente vendedor ou o cessionário de seus direitos se recusa a outorgá-la.

Perceba que o promitente comprador continua, mesmo após a entrada em vigor do Código Reale, não sendo o proprietário do imóvel objeto do CCV. Permanece vigente a norma que considera adquirida a propriedade imobiliária com o registro do título de aquisição no Registro de Imóveis. A redução de riscos aos interesses do promitente vendedor, inerente ao negócio imobiliário instrumentalizado por CCV, permanece entre os objetivos da disciplina legal do instituto. Mesmo depois de integralizado todo o preço prometido, portanto, o imóvel não se transfere desde logo à propriedade do promitente comprador. A inovação de 2003 consistiu apenas em atribuir a esse contratante um direito real sobre o bem de propriedade do promitente vendedor, independentemente do contexto em que é celebrado o compromisso.

Segundo o art. 1.417 do CC, para titular o direito real sobre o imóvel objeto de CCV e ter, em decorrência, acesso à adjudicação compulsória depois de pagar todas as prestações do preço contratado, o promitente comprador deve provar o atendimento a dois requisitos: a inexistência da cláusula de arrependimento e o registro do instrumento do compromisso no Registro de Imóveis. Sem essas

condições, nenhum direito real se constitui sobre o imóvel pertencente ao promitente vendedor, o que não importa — como discutirei à frente — a inexistência do direito à adjudicação compulsória contra o promitente vendedor.

O atendimento dos requisitos do art. 1.417 do CC, destaque, só é condição para a adjudicação compulsória do imóvel objeto do CCV quando o seu proprietário deixou de ser o promitente vendedor. O direito do promitente comprador, em razão de sua natureza real, é oponível *erga omnes*, e, portanto, também ao terceiro cessionário da posição contratual do promitente vendedor. Desse modo, se, ao longo da execução do CCV, o promitente vendedor cedeu seus direitos a outrem, isso não prejudica nem limita o direito real à aquisição do imóvel prometido. O promitente comprador pode exigir do cessionário a escritura definitiva, demandando-o em caso de recusa.

O promitente comprador tem o direito à aquisição do imóvel objeto de compromisso de compra e venda, após pagar todas as prestações nele previstas. Embora

as normas específicas de direito real condicionem a aquisição compulsória pelo promitente comprador ao registro do instrumento no Registro de Imóveis e à inexistência de cláusula de arrependimento (CC, arts. 1.417 e 1.418), a regra geral de execução específica das obrigações inadimplidas (art. 475) garante-lhe igual prerrogativa mesmo na ausência de tais condições, quando demandar o promitente vendedor.

Lembro que, além das normas específicas de proteção

dos interesses do promitente comprador (CC, arts. 1.417 e 1.418), o Código Reale contempla também a previsão da execução específica de qualquer obrigação inadimplida (art. 475). Assim sendo, quando a recusa da escritura definitiva parte do promitente vendedor (e não de terceiro cessionário, estranho ao CCV), basta ao promitente comprador invocar essa regra de direito obrigacional para exigir sua outorga em juízo. E, ao fazê-lo nesse caso, está dispensado de provar o registro do instrumento do compromisso no Registro de Imóveis e a inexistência de cláusula de arrependimento. Baseando seu pleito no direito obrigacional, basta que tenha cumprido sua parte do contrato para exigir que o outro contratante cumpra a dele.

O direito real atribuído ao promitente comprador pela lei vigente é precisamente o de “aquisição”. Ele não titula nenhum outro direito real sobre o imóvel de propriedade do promitente vendedor. Não pode, por hipótese, dá-lo em garantia ou dele dispor (embora possa onerar ou ceder seus direitos emergentes do CCV). Ora, como o direito à aquisição já está assegurado, nas relações com o promitente vendedor, pela regra geral da execução específica das obrigações, segue-se que os arts. 1.417 e 1.418 do CC aplicam-se, a rigor, apenas nas relações com terceiros cessionários. É certo que esses dispositivos também mencionam a ação contra o promitente vendedor, mas isso deve ser creditado a lapso do legislador, que se esquecera, ao dispor sobre os direitos

reais, da previsão genérica adotada no tratamento dos contratos.

Concluindo, embora as normas específicas de direito real condicionem a aquisição compulsória pelo promitente comprador ao registro do instrumento no Registro de Imóveis e à inexistência de cláusula de arrependimento (CC, arts. 1.417 e 1.418), a regra geral de execução específica das obrigações inadimplidas (art. 475) garante-lhe igual prerrogativa mesmo na ausência de tais condições, quando demandado o promitente vendedor. O registro do instrumento de CCV no Registro de Imóveis e a inexistência de cláusula de arrependimento exigem-se apenas como requisitos da ação de adjudicação compulsória ajuizada contra terceiros cessionários.

**DIREITOS
REAIS DE
GARANTIA
E EM
GARANTIA**

1. AS GARANTIAS REAIS

Diz-se que a garantia do credor é o patrimônio do devedor. Na verdade, é quase isso: os *bens do ativo* do patrimônio do devedor configuram a garantia do credor. Ocorrendo o inadimplemento de qualquer obrigação pecuniária, o credor pode buscar em juízo sua execução. Ela se processa mediante a expropriação judicial de um ou mais bens do devedor (iniciada com a *penhora*, na execução individual, ou *arrecadação*, na concursal), para satisfazer-se o crédito em cobrança.

Quando não existe um bem específico do devedor vinculado à satisfação do crédito, a garantia chama-se *pessoal* ou *fidejussória*. É a constituída, por exemplo, pela emissão, endosso ou aval de títulos de crédito, pela celebração dos contratos em geral etc. Qualquer bem do patrimônio do sujeito passivo pode, nesse caso, ser expropriado. Será *real* se, ao contrário, as partes, por negócio jurídico bilateral, vincularem ao pagamento da obrigação determinado ou determinados bens do devedor.

A garantia real é mais eficiente que a pessoal. Nesta última, como todos os bens do devedor são aptos a suportar a execução, aparentemente seriam mais amplas as possibilidades abertas à recuperação do crédito; mas, em caso de insolvência, os credores com garantia pessoal entram em concurso e recebem parte proporcional de seus créditos, já que o devedor não tem patrimônio para atender a

todos (CC, art. 957). Na garantia real, como o bem está vinculado à satisfação de uma obrigação específica, o produto de sua venda destina-se inicialmente ao pagamento do credor que a titula. O saldo, se houver, será usado no atendimento dos demais créditos. Em outros termos, o credor com garantia real goza de *preferência* no recebimento do crédito (CC, arts. 958 e 961; Lei n. 11.101/2005 — LF, art. 83, II), da qual deriva sua maior eficiência, quando comparada à pessoal (Cap. 18, item 7).

Se a venda do bem onerado pela garantia real não gerar recursos suficientes para o integral pagamento da obrigação garantida, o devedor continua obrigado pelo restante (CC, arts. 1.366 e 1.430). A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Não poderia servir, então, à exoneração do devedor no caso de insuficiência do valor do bem onerado. O crédito remanescente, porém, não goza de nenhuma garantia real e, portanto, concorre com os outros amparados pela garantia pessoal do devedor.

Enfim, convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de insolvência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menor risco e,

por isso, pode cobrar menos juros remuneratórios. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito.

As garantias reais, ao contrário das pessoais, vinculam o produto da venda de determinado bem (ou bens) do patrimônio do devedor à satisfação da obrigação garantida.

Essa vinculação aumenta a eficiência na execução da obrigação, ao possibilitar ao credor maiores chances de recuperação de seu crédito, mesmo na hipótese de insolvência

do devedor.

Dividem-se as garantias reais em duas espécies: direitos reais de garantia (que integra a categoria dos direitos sobre coisa alheia) e direitos reais em garantia (um dos direitos sobre a própria coisa).

As garantias reais classificam-se em duas categorias: direitos reais de garantia e direitos reais em garantia. A distinção foi introduzida na doutrina brasileira por Pontes de Miranda, ao discutir a dação em garantia de direitos reais sobre coisa alheia (1963, 21:403). José Carlos Moreira Alves, ao tratar da natureza e estrutura da alienação fiduciária, recuperou a distinção de Pontes de Miranda, averbando ter sido inspirada na doutrina alemã e a estendeu aos direitos reais ditos ilimitados (1973:154/155).

Os direitos reais de garantia são o *penhor*, a *hipoteca* e a *anticrese* (item 2); os direitos reais em garantia, por sua

vez, são a *alienação fiduciária em garantia* e a *cessão fiduciária de direitos creditórios* (item 3).

Os direitos reais *de* garantia procuram assegurar o cumprimento de obrigação mediante a instituição de um direito real titulado pelo credor sobre bem da propriedade do devedor. Por vezes, a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia real, como no penhor comum; mas em nenhuma hipótese o devedor deixa de ser o seu proprietário, podendo até mesmo, se achar interessado, alienar o bem gravado. A seu turno, nos direitos reais *em* garantia, o cumprimento da obrigação é garantido pela transferência do bem onerado à propriedade do credor. O sujeito ativo da obrigação garantida passa a titular a *propriedade resolúvel* do bem. Aqui, também, por vezes a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia, como na cessão fiduciária de direito creditório; por vezes fica em mãos do devedor, na condição de depositário.

É relevante a classificação da garantia real numa ou noutra categoria em vista da forma de sua efetivação. Quando se cuida de direito real *de* garantia, a efetivação se alcança mediante expropriação judicial do bem (no bojo de execução individual ou concursal); enquanto a de direito real *em* garantia faz-se pela consolidação da propriedade do bem garantido no patrimônio do credor. Em outros termos, o titular de direito real *em* garantia exerce, em relação ao bem onerado, o direito constitucional de propriedade, enquanto o

titular de direito real *de* garantia é apenas credor.

Antes de analisar as particularidades de cada categoria de garantia real, cabe o exame dos temas comuns: a proibição do pacto comissório (subitem 1.1), o princípio da indivisibilidade (subitem 1.2) e o vencimento antecipado (subitem 1.3).

1.1. Proibição do pacto comissório

A lei proíbe o *pacto comissório* como cláusula dos contratos instituidores de garantia real. Quer dizer, o credor não pode ficar com a coisa sobre a qual recai a garantia como forma de satisfazer seu crédito, tanto na hipótese de direito real *de* garantia como na de direito real *em* garantia (Gomes, 1970:113). Em razão dessa vedação, o titular da garantia tem o ônus de vender a terceiros a coisa onerada, ou pelo menos tentar vendê-la pelo preço atribuído de comum acordo com o outorgante. Veja que, após o vencimento, nada impede o devedor de dar a coisa onerada por direito real de garantia em pagamento da dívida ao credor, se este concordar (CC, art. 1.428, parágrafo único); também não há óbice à entrega ao credor fiduciário, pelo devedor fiduciante, do direito que titula sobre o bem onerado, em dação em pagamento (art. 1.365, parágrafo único). Não há, nesses casos, nenhuma incompatibilidade com a proibição do pacto comissório, porque a dação decorre de ato voluntário das partes, que veem nela a

alternativa mais adequada aos seus interesses para extinguir a obrigação garantida.

O fundamento para a proibição legal do pacto comissório reside na repressão à usura (Miranda, 1963, 20:65/66; Venosa, 2001:549/550; Diniz, 2002, 4:525) e na proteção ao devedor, que é a parte mais débil no contrato de mútuo (Rodrigues, 2003, 5:346). Normalmente, os bens dados em garantia real de certo crédito têm valor superior ao do crédito garantido. É prática largamente disseminada no mercado, justificada pela desvalorização que em geral o bem experimenta quando alienado com vistas a tornar efetiva a garantia, judicial ou extrajudicialmente. O credor, assim, para garantir-se de verdade, não pode aceitar que o ônus incida sobre bem cujo valor se iguale ao de seu crédito. Caso contrário (isto é, equivalendo), a venda judicial provavelmente não conseguiria gerar o suficiente para a satisfação do devido, seus consectários e mais as despesas de cobrança.

Como o valor do bem onerado é, então, em geral superior ao da obrigação garantida, se do inadimplemento desta pudesse decorrer a *mera* transferência de sua propriedade ao credor, verificar-se-ia seu enriquecimento indevido. Em outros termos, não fosse a proibição do pacto comissório, o credor estaria adquirindo coisa mais valiosa por preço equivalente ao crédito. Isso equivaleria à cobrança de juros usurários. Por essa razão a lei proíbe expressamente

o pacto comissório nos negócios jurídicos instituidores de direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese) e propriedade fiduciária sobre bens móveis (CC, arts. 1.428 e 1.365).

Na disciplina da alienação fiduciária de bem imóvel, porém, a lei não estabelece expressa proibição do pacto comissório, mas ela existe implicitamente. O procedimento legal estabelecido para a efetivação da garantia representada pela propriedade fiduciária sobre bem imóvel não corresponde, bem examinado o tema, à admissibilidade do pacto comissório. Também na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis não é jurídico estabelecer-se em contrato a transferência do bem onerado do patrimônio do devedor para o do credor em razão *apenas* da inadimplência daquele. Seria nula uma cláusula nesse sentido eventualmente inserida em contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel, por aplicação analógica dos arts. 1.365 e 1.428 do CC. A proibição ao pacto comissório, aqui, não é expressa, mas existe: é nula a cláusula estabelecendo a transferência da propriedade ao credor fiduciário *não mediatizada* pelo procedimento administrativo e pelas tentativas de venda em leilão previstos em lei.

O procedimento estabelecido para a efetivação da garantia representada pela propriedade fiduciária sobre bem imóvel prevê, é certo, a consolidação da propriedade em

nome do fiduciário, mas o obriga, igualmente, a tentar vender em 30 dias o bem em público leilão. Trata-se, portanto, de uma consolidação provisória, estabelecida apenas como instrumento indispensável à efetivação da garantia dada. Ademais, caso o valor alcançado pela coisa supere o da dívida e despesas, o saldo deve ser entregue ao devedor em 5 dias (Lei n. 9.514/97, art. 27, § 4º). Está, portanto, definitivamente afastada qualquer possibilidade de enriquecimento indevido ou ganho usurário pelo credor que observa o procedimento legal de efetivação da garantia.

Em outros termos, é ilegal a consolidação da propriedade em nome do credor em decorrência de pacto comissório, mesmo em se tratando de alienação fiduciária em garantia de imóvel. O credor não pode tornar-se o titular do domínio pleno do bem objeto de garantia tão só pelo inadimplemento do devedor, apropriando-se do valor excedente ao do seu crédito. A temporária consolidação da propriedade em nome do fiduciário feita apenas como instrumento de efetivação da garantia dada em seu favor é plenamente compatível com a proibição do pacto comissório.

Também se deve destacar que o devedor fiduciante não está desamparado pela lei na disciplina do procedimento de efetivação da garantia sobre bem imóvel. Ao contrário, encontra-se até mesmo *mais protegido* do que o fiduciante nos contratos cujo objeto é móvel. Com efeito, na alienação fiduciária em garantia de móvel, se a venda do bem onerado

não gerar receita suficiente à quitação do crédito do fiduciário, continua o fiduciante obrigado pela diferença (CC, art. 1.366), enquanto, na de imóvel, se o valor de venda do bem onerado tiver sido, no segundo público leilão, inferior ao da dívida, extingue-se a obrigação do fiduciante (Lei n. 9.514/97, art. 27, §§ 5º e 6º). Sua situação, portanto, na hipótese de inadimplência, é inegavelmente mais vantajosa no contrato cujo objeto é a alienação fiduciária de coisa imóvel.

O pacto comissório é a cláusula que estabelece a transferência do bem onerado ao credor em razão apenas da inadimplência do devedor. É inadmissível na lei porque pode importar o enriquecimento indevido do credor, já que o valor do bem dado em garantia normalmente

supera o da dívida.

O pacto comissório está proibido em qualquer tipo de garantia real, mesmo na alienação fiduciária em garantia.

O que a lei estabelece em relação a essa modalidade de garantia real é a consolidação (em princípio, temporária) da propriedade em mãos do credor, para que ele possa executá-la, vendendo o bem objeto de alienação fiduciária.

Em suma, os dois valores em função dos quais a lei coíbe o pacto comissório — a repressão às práticas usurárias e a tutela do devedor — encontram-se

prestigiados na disciplina do procedimento de efetivação da garantia representada pela propriedade fiduciária de coisa imóvel. Quando, frustradas as duas tentativas de venda em leilão do bem onerado, autoriza a lei que o credor fiduciário fique com a propriedade do imóvel, a hipótese é excepcional; além disso, pressupõe também uma vantagem para o devedor fiduciante, que fica totalmente exonerado de suas obrigações, ainda que a dívida supere o valor do bem incorporado definitivamente ao patrimônio do credor fiduciário.

1.2. Indivisibilidade da garantia

A indivisibilidade é característica essencial das garantias reais. Mesmo quando a obrigação garantida deve ser paga em prestações, a oneração do bem persiste até a liquidação da última delas. Não ocorre a liberação parcial da garantia real à medida que o devedor cumpre a obrigação. Enquanto não estiver o credor inteiramente pago em seu direito, o bem continuará sujeito ao vínculo real destinado a assegurar-lhe a satisfação. Em razão da indivisibilidade da garantia real, “o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens” (CC, art. 1.421). Para que seja levantada a garantia em função do cumprimento parcial da obrigação a que se vincula, é indispensável cláusula expressa autorizando a exoneração

sucessiva, no contrato de constituição do gravame. Cuidase de hipótese incomum, porque ao credor, em geral a parte contratante mais forte, não costuma interessar a divisibilidade da garantia.

O objetivo do princípio da indivisibilidade é contribuir para o cumprimento, pela garantia real, de sua finalidade primeira, que é o aumento da eficiência na recuperação do crédito garantido. Fosse divisível a garantia real, poderia diminuir o interesse do outorgante em cumprir espontaneamente a obrigação na medida da redução das prestações a vencer. Quanto mais liberado se encontra o bem, menos exposto a perdê-lo na execução da obrigação garantida está o seu proprietário. A divisibilidade implicaria, assim, menos estímulo à integralização do pagamento devido.

Também em decorrência do princípio da indivisibilidade, a lei não autoriza a remição parcial do bem onerado. O devedor não tem o direito de resgatar parte da coisa dada em garantia, mediante o pagamento proporcional da dívida garantida. Também o sucessor do outorgante da garantia real não pode liberar do gravame apenas a porção correspondente à sua herança ou legado. Ele tem a faculdade legal de remir todo o bem e, depois, em regresso, cobrar dos demais a cota-parte, mas não a de resgatar apenas sua parte na sucessão (CC, art. 1.429 e parágrafo único).

Em razão da indivisibilidade da garantia real, o cumprimento parcial da obrigação não importa a exoneração proporcional do gravame incidente sobre o bem.

Há apenas uma exceção ao princípio da indivisibilidade da garantia real. Encontra-se na hipótese de loteamento ou constituição de condomínio edilício no imóvel hipotecado. Nesse caso, admite-se a divisão do gravame por lote ou unidade autônoma, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito. A divisão será decretada pelo juiz, a pedido do credor ou devedor hipotecário ou mesmo dos titulares dos lotes ou unidades autônomas. Quando não requerida pelo credor, a divisão só pode ser decidida pelo juiz se demonstrado que o desmembramento da hipoteca não diminuirá a extensão da garantia (CC, art. 1.488). A lei, assim, só admite a divisão da garantia quando preservada a finalidade da indivisibilidade, que é conferir maior eficiência

à recuperação do crédito garantido.

Para o titular do lote ou unidade autônoma, a divisão é normalmente vantajosa, porque permite a remição apenas de seu bem, caso o loteador ou incorporador deixe de cumprir a obrigação dele perante o credor.

1.3. Vencimento antecipado da obrigação garantida

Os sucessos da coisa onerada podem antecipar o vencimento da obrigação garantida. O vínculo real que as une cria certa dependência: o perecimento ou deterioração do bem onerado influencia a obrigação garantida, tornando-a por vezes antecipadamente exigível. Outros fatos também são descritos na lei como pressuposto da antecipação do vencimento da dívida amparada por garantia real, autorizando o credor a cobrá-la desde logo. Trata-se de desdobramentos ínsitos ao instituto, destinados ao cumprimento de sua finalidade, isto é, o aumento da eficiência na recuperação do crédito garantido. Ressalto, de início, que, embora as hipóteses de antecipação de vencimento estejam previstas entre os preceitos do Código Civil referentes aos direitos reais de garantia (arts. 1.425 a 1.427), eles se aplicam também aos direitos reais em garantia por força de remissão legal expressa (arts. 1.367 e 1.368-A).

As hipóteses de vencimento antecipado da obrigação associada à garantia real são quatro:

a) *Sucessos negativos da coisa*. Quando o outorgante

do direito real de garantia é o próprio devedor da obrigação garantida, ele tem a obrigação de substituir a coisa, em caso de perecimento; tem também a de reforçar a garantia, quando intimado para tanto, em face da deterioração ou depreciação do bem gravado. Não providenciada a substituição ou o reforço, a lei antecipa o vencimento da obrigação, podendo o credor desde logo cobrá-la (CC, art. 1.425, I e IV). É irrelevante se a perda ou deterioração do bem gravado tenha ocorrido com ou sem culpa do devedor outorgante. Em qualquer caso, ele é obrigado a oferecer novo bem, para substituir o perdido ou reforçar a garantia conferida pelo deteriorado.

Note a diferença da regra alusiva aos sucessos negativos da coisa, quando o outorgante do direito real de garantia não é o devedor da obrigação garantida. Nessa hipótese, a obrigação de substituir ou reforçar a garantia depende de expressa previsão no contrato que a constituiu *ou* culpa do outorgante pelo evento danoso (CC, art. 1.427). Não ocorrendo nenhum desses fatos — isto é, no caso de omissão do contrato e falta de culpa do outorgante —, a substituição não é exigível.

Se a garantia real afetava vários bens e só um deles pereceu, não ocorrerá a antecipação do vencimento de toda a obrigação garantida na hipótese de se recusar o outorgante a substituir o destruído. Aqui, subsiste parcela proporcional da obrigação, recaindo a garantia real sobre os

bens íntegros (CC, art. 1.425, § 2º).

Em qualquer caso de perecimento, se o bem onerado estava segurado ou o seu titular foi indenizado pelo terceiro culpado pela perda, dá-se a sub-rogação na indenização (CC, art. 1.425, § 1º). Em outros termos, a garantia real passa a vincular o dinheiro (correspondente à indenização securitária ou paga pelo culpado pelos danos) na mesma extensão em que vinculava o bem destruído.

b) Insolvência ou falência do devedor. Sempre que o sujeito passivo não tem patrimônio para solver todas as suas dívidas, instaura-se o concurso de credores. Quando o devedor exerce atividade empresarial, o concurso chama-se falência (LF, arts. 75 a 160); quando não, denomina-se insolvência (CPC, arts. 748 a 786-A). Decretada a instauração do concurso, as obrigações com garantia real vencem antecipadamente (CC, art. 1.425, II).

Com o vencimento antecipado, não sendo o devedor o outorgante da garantia real, o credor poderá cobrar a dívida por meio de execução individual visando a venda do bem onerado. Ao outorgante da garantia real caberá concorrer, depois, na falência ou insolvência.

Se a garantia tiver sido outorgada pelo próprio devedor, a antecipação do vencimento não autoriza o credor a promover a execução individual. Em se tratando de penhor, hipoteca ou anticrese, deve participar da execução concursal, para nela exercer o direito de ser pago

preferencialmente com o apurado na venda judicial do bem gravado. Sendo, por outro lado, titular de direito real em garantia, poderá pleitear que lhe seja restituído o bem alienado ou o crédito cedido fiduciariamente. A diferença dos direitos titulados pelo credor deriva da natureza da garantia real. Quando instituído penhor, hipoteca ou anticrese, o bem pertence ao patrimônio do falido ou insolvente e deve ser arrecadado na execução concursal, sem prejuízo da preferência que o titular da garantia irá exercer. Mas, no caso de alienação fiduciária ou cessão fiduciária de direitos creditórios, o bem onerado integra o patrimônio do credor garantido, embora tenha sido arrecadado no concurso de credores porque se encontrava na posse do falido ou insolvente. Cabe, aqui, a entrega do bem ao seu legítimo dono, que é o titular da propriedade fiduciária.

c) *Mora no pagamento de prestações.* Quando a obrigação garantida cumpre-se em prestações, o atraso no pagamento de qualquer delas importa a antecipação do vencimento das demais (CC, art. 1.425, III). A antecipação do vencimento, nesse caso, é reversível: deixa de existir se o credor concordar em receber a prestação com atraso. Por exemplo, vencendo a parcela devida pelo fiduciante no dia 1º de julho e não sendo paga, pode o fiduciário cobrar não somente o valor dela, mas também o das demais vincendas, com os consectários da lei ou do contrato. Se, no dia 10 de

julho, porém, o credor é procurado pelo fiduciante para emendar a mora e concorda em receber a referida parcela com os respectivos consectários, desconstitui-se a antecipação do vencimento. Quer dizer, as parcelas subsequentes retornam ao estado anterior, de vincendas.

d) Desapropriação do bem gravado. Desapropriado o bem sobre o qual incide a garantia real, vence antecipadamente a obrigação. Nesse caso, ademais, o poder expropriante deve depositar, em favor do titular da garantia, a parte do valor da indenização que o pague por completo (CC, art. 1.425, V).

Se a indenização pela desapropriação for superior ao valor da obrigação garantida, o que exceder será depositado em favor do proprietário do bem onerado. Nesse caso, o devedor é exonerado de qualquer obrigação perante o credor que titulava a garantia real. Ocorrendo o inverso, a totalidade da indenização será depositada em nome do credor garantido, e o devedor continua responsável pelo pagamento do saldo.

Os sucessos da coisa onerada repercutem na obrigação associada à garantia real. No caso de perecimento da coisa, por exemplo, se o devedor é o outorgante da garantia, ele tem a obrigação de a substituir, sob pena de antecipação do vencimento da dívida.

Ocorrendo a antecipação do vencimento da obrigação garantida, por qualquer hipótese, serão indevidos os juros correspondentes ao tempo não decorrido (CC, art. 1.426). Trata-se de regra destinada a evitar o enriquecimento sem causa do titular da garantia.

2. DIREITOS REAIS DE GARANTIA

A instituição de direito real de garantia sobre um bem

não implica nenhuma restrição *jurídica* ao poder de disponibilização titulado pelo seu proprietário. Exceto em situações especialíssimas, como no penhor pecuário, em que a lei condiciona a venda do bem onerado à anuência prévia do credor pignoratício (CC, art. 1.445), o devedor, por ser o titular do domínio, continua concentrando o poder de dispor da coisa empenhada. O dono de uma casa hipotecada para garantir o pagamento de dívida não está impedido de vender o imóvel, porque ainda é o titular do domínio, e tem, assim, o poder de dela dispor. Bom notar, contudo, que dificilmente encontrará comprador interessado em adquirir a casa pelo preço total, em vista do gravame e do risco de perda do imóvel que ele acarreta. Se encontrar quem se interesse por adquirir o bem, tende a fazer mau negócio sob o ponto de vista econômico.

Também os poderes de usar e fruir o bem onerado, em geral, não são limitados ou suprimidos pela instituição da garantia real. Apenas em algumas hipóteses excepcionais, como o penhor comum ou a anticrese, o bem onerado permanece na posse do devedor, que pode usá-lo e fruí-lo normalmente.

O direito real de garantia integra a categoria dos direitos reais sobre coisa alheia, porque seu titular (credor) pode dispor da coisa de outrem (devedor), ou mesmo fruí-la, com vistas à satisfação de seu crédito. Há como que uma extensão dos poderes associados à propriedade, de modo a

atribuí-los *em parte* também a quem não é o proprietário. Em qualquer caso, “o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação” (CC, art. 1.419). Quer dizer, como o vínculo é real e não pessoal, a garantia subsiste ainda no caso de alienação, pelo devedor, da coisa onerada a terceiro.

São três as modalidades de direito real de garantia: *penhor*, *hipoteca* e *anticrese*. Esta última está em completo desuso há muito tempo, e não deveria sequer ter sido contemplada no Código Civil. Consiste no direito de o credor extrair os frutos de bem imóvel do devedor como forma de recebimento de seu crédito (CC, art. 1.423). É tão anacrônica e despropositada, sob o ponto de vista econômico, que dela não deveria cuidar a lei.

Os dois outros direitos reais de garantia, ao contrário, são largamente utilizados e possuem grande importância para as relações entre os agentes econômicos, mobilização do crédito e até mesmo para o desenvolvimento da economia nacional. Tanto no penhor como na hipoteca, o credor passa a titular o direito de vender o bem alheio para a satisfação de seu crédito. A venda, em princípio, é feita em juízo. Nos dois casos, ao contrário da anticrese, a efetivação da garantia depende do inadimplemento da obrigação garantida. O produto da venda do bem empenhado ou hipotecado será destinado prioritariamente ao atendimento do crédito garantido (*direito de prelação*), o que confere ao seu titular

certa preferência no caso de insolvência do devedor (*direito de preferência*) (CC, art. 1.422). Desse modo, fica o credor pignoratício ou hipotecário mais sossegado quanto à recuperação do crédito concedido.

Entre o penhor e a hipoteca as diferenças existentes não são significativas. A lei, é certo, liga determinados bens àquele e outros a esta; mas não há, rigorosamente falando, nenhum critério absoluto nessa distribuição. Os bens móveis oneram-se, em geral, por penhor, enquanto os imóveis, por hipoteca; mas alguns móveis, como o navio ou a aeronave, são hipotecáveis, ao passo que há bens imóveis empenháveis, como as plantações, no caso do penhor agrícola. A instituição da hipoteca sempre depende de registro, enquanto o penhor pode constituir-se por registro ou tradição. Na generalidade dos casos, o bem onerado continua na posse do devedor, exceto no penhor comum, em que se transmite ao credor. Como se percebe, assim, as diferenças entre os institutos não são rígidas.

Os direitos reais de garantia acarretam a constituição, sobre bem da propriedade do devedor, do poder de o credor dispor deles para a satisfação de seu crédito, quando inadimplido (penhor ou hipoteca), ou o de fruí-lo como forma de receber o pagamento (anticrese).

A constituição do direito real de garantia deriva, na maioria das vezes, de negócio jurídico bilateral entre o proprietário do bem onerado (que pode ser o próprio devedor ou terceiro garante) e o credor. Quando a vinculação entre o produto da venda judicial de um bem e a satisfação de certo crédito decorre de previsão legal, e não da vontade das partes, o credor pode titular um privilégio especial (CC, art. 963, primeira parte), e não garantia real. Por

exemplo, o vendedor de sementes ao fazendeiro tem privilégio especial sobre os frutos agrícolas obtidos de seu plantio e colheita. Isso significa que, na insolvência do fazendeiro, o arrecadado em juízo com a venda desses frutos será destinado, pelo administrador judicial, inicialmente ao pagamento do fornecedor das sementes. Esse vínculo entre, de um lado, o produto da venda dos frutos e, de outro, o crédito do vendedor das sementes não decorre de nenhuma disposição de vontade deles, mas da lei (art. 964, V). Para que a vinculação *ex lege* entre o produto da venda de certo bem e a satisfação de uma obrigação seja uma garantia real, a lei deve dizê-lo expressamente, como no caso do penhor ou da hipoteca legal (CC, arts. 1.467 e 1.489).

O negócio jurídico celebrado entre o proprietário do bem onerado e o credor visando à constituição do direito real de garantia é o *contrato de penhor, de hipoteca ou de anticrese*, conforme o caso. São necessariamente contratos acessórios, vinculados a mútuo, abertura de crédito ou qualquer outro negócio contratual em razão do qual um contratante se obriga por prestação pecuniária perante o outro. É bastante usual que o contrato visando a constituição de direito real de garantia seja uma cláusula do instrumento do contrato principal, circunstância que em nada altera seu tratamento jurídico.

Para terem eficácia, os contratos destinados a constituição de direito real de garantia (ou a cláusula

correspondente no instrumento do contrato principal) devem conter: *a*) valor do crédito garantido, admitindo-se a previsão de critérios para sua estimação ou definição do limite máximo; *b*) taxa de juros remuneratórios, se existentes; *c*) vencimento da obrigação garantida; *d*) individualização do bem dado em garantia (CC, art. 1.424).

Os negócios jurídicos em questão *visam* constituir o direito real, mas não bastam para tanto. Na formulação adotada pela lei brasileira, o gravame não é constituído pelo contrato, mas pelo registro ou tradição.

Do contrato constitutivo de direito real de garantia participará como garantidor necessariamente o titular da propriedade do bem onerado. Só quem pode alienar está autorizado, pela lei, a empenhar, hipotecar ou dar em anticrese (CC, art. 1.420). Em caso de condomínio, nenhum dos condôminos pode gravar todo o bem sem a anuência dos demais, mas é livre, salvo convenção condominial em contrário, para gravar a sua fração ideal (art. 1.420, § 2º).

Se ocorrer de alguém expedir declaração de vontade gravando bem que ainda não lhe pertence, a propriedade superveniente torna eficaz o negócio jurídico institutivo (CC, art. 1.420, § 1º). Trata-se de situação comum o industrial, no financiamento de sua atividade econômica, contratar penhor mercantil sobre produtos que ainda serão fabricados ou adquiridos. Quando ocorrer a aquisição da propriedade desses produtos, torna-se eficaz a garantia real.

2.1. Penhor

A distinção entre penhor e hipoteca, em relação aos respectivos objetos, não é rígida, como dito. Há quem afirme que, no direito romano, os institutos se distinguiam em função da tradição do bem onerado ao credor; naquele tempo, penhor seria a garantia real *com posse* e hipoteca, a *sem posse* (Venosa, 2001:538). No direito brasileiro da atualidade, *grosso modo*, o penhor é o direito real de garantia sobre bens móveis e a hipoteca, sobre imóveis. A rigor, no entanto, o penhor pode recair sobre todos os bens e direitos que a lei expressamente não reservar à hipoteca.

O penhor pode derivar de negócio entre as partes ou diretamente da lei. No primeiro caso, é penhor negocial ou convencional, e divide-se em comum (penhor de joias na Caixa Econômica Federal) e especial (agrícola, pecuário, industrial, de veículos etc.). No segundo caso, é penhor legal, e depende para constituir-se validamente de homologação em juízo.

O penhor pode ser negocial ou legal, conforme resulte de encontro de vontade do credor e devedor pignoratício ou da lei. Por sua vez, o penhor negocial, também chamado

convencional, pode ser comum ou especial.

2.1.1. Penhor comum

Comum é o penhor não disciplinado por regras específicas. O exemplo usual é o do instituído em favor da Caixa Econômica Federal sobre joias, relógios e outros objetos de valor, para concessão de crédito a pessoas físicas (Dec. n. 95.572/87). A agilidade e simplicidade do mútuo pignoratício celebrado nesse contexto permitem o acesso ao crédito bancário a pessoas que não querem ou não podem oferecer garantias mais robustas.

O penhor comum constitui-se pela tradição. A instituição da garantia real, nesse caso, *não* depende de registro. A lei menciona o registro do instrumento de constituição do penhor comum no Registro de Títulos e Documentos (CC, art. 1.432, *in fine*), mas o ato registrário destina-se apenas à produção de efeitos perante terceiros. Entre as partes do contrato pignoratício, a tradição do bem onerado é suficiente para a constituição e eficácia do penhor comum.

No penhor comum, o credor pignoratício tem *direito* à posse da coisa empenhada. O objetivo da lei é, mais uma vez, o aumento da eficiência na recuperação do crédito. Vencida a obrigação, o credor pode facilmente executar a garantia, por se encontrar na posse do bem gravado.

Como titular do direito à posse, o credor pignoratício

não pode ser constrangido a devolver o bem empenhado, ou parte dele, enquanto não tiver sido integralmente pago. Se o valor da garantia real for muito superior ao da obrigação garantida, o juiz pode determinar a venda parcial do bem onerado, ou de um deles, se forem vários, para liquidar a obrigação e permitir a restituição do que restou ao devedor pignoratício (CC, art. 1.434). Quando a obrigação garantida é paga, o credor pignoratício tem a obrigação de restituir a posse da coisa onerada ao devedor (art. 1.435, IV).

Em contrapartida ao seu direito à posse, o credor pignoratício tem, em relação à coisa gravada, as mesmas obrigações do depositário (CC, art. 1.435, I). Deve adiantar o numerário reclamado pela sua conservação, podendo retê-lo enquanto não for ressarcido por tais despesas (art. 1.433, II). Pode apropriar-se dos frutos gerados pela coisa enquanto estiver em sua posse (art. 1.433, V), mas o valor deles deve descontar de seu crédito, amortizando, sucessivamente, as despesas de guarda e conservação, juros e o principal garantido (art. 1.435, III).

Responde, por outro lado, pela indenização dos prejuízos que culposamente causar à coisa (art. 1.435, I), assim como deve ser indenizado pelos danos que sofrer por vícios que ela apresente (art. 1.433, III).

Como depositário, o credor pignoratício tem a obrigação de defender a posse da coisa empenhada, bem como cientificar o devedor em caso de esbulho, turbação ou

ameaça de terceiros (CC, art. 1.435, II).

Tem, finalmente, o direito de vender o bem empenhado em duas hipóteses: no vencimento da obrigação, se não tiver sido pago; antecipadamente, se houver receio fundado de perda ou deterioração da coisa (CC, art. 1.433, IV e VI). A venda, lembro, será feita, em princípio, mediante execução judicial. Quer dizer, o credor pignoratício deve promovê-la, na forma da lei processual civil, cabendo ao Poder Judiciário proceder à alienação judicial. Para que seja extrajudicial a venda, é indispensável expressa previsão no contrato de constituição do penhor. Efetivada a garantia, por qualquer meio, a parte do produto da venda que exceder ao valor da obrigação garantida deve ser entregue ao devedor (art. 1.435, V).

2.1.2. Penhor especial

Penhor especial é o sujeito a regras específicas, que se afastam das estabelecidas para o comum. Os exemplos são vários: penhor mercantil, rural, industrial, de veículos, de títulos de crédito etc.

Em geral, o penhor especial constitui-se por meio de registro, e o bem onerado permanece na posse do devedor — mas há exceções, como será visto adiante. Ao contrário do penhor comum, a tradição do bem onerado ao credor pignoratício não é a regra. Justifica-se o devedor continuar possuidor da coisa empenhada para que ela possa gerar os

frutos necessários ao pagamento da obrigação garantida; ou senão para que possibilite o seu uso. Se o industrial empenha máquinas de sua indústria para obter financiamento bancário, claro que elas devem continuar na posse do devedor para que a atividade econômica não seja interrompida; ademais, as máquinas se tornariam totalmente inúteis na posse de um banco. Seria, em suma, ineficiente e despropositado exigir a lei, nesse caso, a tradição como requisito de constituição da garantia real.

Conheçam-se, então, algumas das regras específicas das modalidades de penhor especial:

a) *Penhor rural*. Há dois tipos de penhor rural: o *agrícola*, que recai sobre colheitas pendentes ou em formação, frutos colhidos, máquinas e instrumentos de agricultura, lenha cortada, carvão vegetal ou animais de serviço ordinário em estabelecimento agrícola (CC, art. 1.442); e o *pecuário*, incidente sobre animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios (art. 1.444).

Institui-se o penhor rural mediante o registro do instrumento no Registro de Imóveis da circunscrição em que estiverem situadas as coisas empenhadas (CC, art. 1.438). Referindo-se, por exemplo, a gado criado numa fazenda, será o Cartório do Registro de Imóveis em que ela estiver matriculada o competente para registrar o penhor pecuário.

A lei estabelece prazo máximo de duração do penhor rural, que é de 3 anos para o agrícola e 4, para o pecuário. O

prazo estabelecido pelas partes pode ser prorrogado uma só vez, mediante averbação no Registro de Imóveis. Vencido o prazo, não caberá mais prorrogação, mas a garantia permanece enquanto subsistirem as coisas oneradas (CC, art. 1.439).

No penhor pecuário, com vistas a ampliar as garantias do credor pignoratício, a lei condiciona a venda do bem onerado à prévia e expressa concordância dele (CC, art. 1.445). Trata-se de uma das poucas hipóteses em que o poder de disposição da coisa onerada por garantia real fica sujeito a limitação.

b) Penhor industrial e mercantil. Estes penhores recaem sobre insumos de atividade industrial ou comercial, tais como as máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos ou animais utilizados na indústria, sal e bens destinados à exploração de salinas, animais destinados à industrialização de carne e derivados (CC, art. 1.447). Institui-se por registro no Registro de Imóveis da circunscrição em que os bens empenhados se encontram (art. 1.448). O devedor pignoratício fica limitado em seus poderes de proprietário sobre a coisa onerada também nesse caso. Não poderá alterar-lhes o uso, nem dispor deles, a não ser mediante prévio e expresse consentimento do credor pignoratício (art. 1.449).

c) Penhor de direitos e títulos de crédito. Quando tem por objeto direitos sobre bens móveis, créditos ou títulos de

crédito, o penhor denomina-se *caução*.

A constituição do penhor sobre títulos de crédito decorre de ato cambiário praticado pelo devedor pignoratício, denominado *endosso-caução*, além da tradição da cártula (CC, art. 1.458), assunto estudado pelo direito comercial (Coelho, 1998, 1:403/406). Nos demais casos de penhor de direitos ou créditos, a constituição da garantia real decorre de registro no Registro de Títulos e Documentos (art. 1.452). O devedor pignoratício fica obrigado a entregar os documentos e títulos referentes aos direitos caucionados, se não tiver interesse legítimo em mantê-los em sua posse; a tradição, se houver, não será o modo de instituição da garantia real, mas sim o adimplemento de obrigação legal. Para ser alcançado pelos efeitos do direito real de garantia, o devedor da obrigação ou título de crédito caucionado (*terceiro devedor*) deve ser notificado da oneração ou participar do negócio que visa instituí-la (CC, art. 1.453).

Vencida a obrigação empenhada antes da garantida, o credor pignoratício deve cobrar seu adimplemento ao terceiro devedor. Se a prestação for pecuniária, o dinheiro será depositado num banco escolhido de comum acordo com o devedor pignoratício ou determinado pelo juiz. Se não for, sub-rogar-se-á a garantia no bem entregue. Com o vencimento da obrigação garantida, não ocorrendo o seu pagamento pelo devedor pignoratício, o credor pignoratício

levantará a parte do dinheiro correspondente ao seu crédito ou executará a garantia na coisa em que se sub-rogou a caução.

O penhor especial pode recair sobre produtos agrícolas, animais integrados a atividade pecuária, títulos de crédito, veículos e outros bens. Em regra, constitui-se por registro do instrumento negocial no Registro de Títulos e Documentos e não pressupõe a tradição da coisa ao credor pignoratício.

d) Penhor de veículos. Qualquer veículo empregado no transporte de pessoas ou coisas pode ser objeto de penhor,

desde a bicicleta até a lancha. Sua instituição se dá com o registro do instrumento constitutivo no Registro de Títulos e Documentos. Quando emitido o certificado de propriedade do veículo, como no caso de carros, caminhões e barcos, o penhor será também anotado nesse documento. Para que o veículo seja empenhado, exige a lei a prévia contratação de seguro contra furto, avaria, perecimento e danos causados a terceiros, como meio de assegurar a efetivação da garantia pignoratícia. É de 2 anos o prazo máximo para a vigência desse tipo de penhor, e a alienação ou mudança no veículo onerado importa a antecipação do vencimento da dívida garantida, se feitas sem a prévia comunicação ao credor (CC, arts. 1.462 a 1.465).

2.1.3. Penhor legal

Em duas hipóteses o penhor não nasce da vontade das partes, mas de previsão direta da lei. Na primeira, os hospedeiros ou fornecedores de pousada ou alimento têm os seus créditos garantidos por penhor incidente sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que seus consumidores ou fregueses trazem às mãos quando se encontram no albergue ou estabelecimento. Se, após fartar-se no almoço, o consumidor percebe que esqueceu a carteira, o dono do restaurante tem o direito de ficar, por exemplo, com o relógio dele enquanto não é paga a conta. Na segunda hipótese de penhor legal, o locador tem direito à garantia real incidente

sobre o mobiliário que se encontra no imóvel locado. Se o locatário não tiver oferecido caução idônea, o locador pode reter bens do mobiliário que encontrar no prédio objeto de locação, a título de garantia pignoratícia pelos aluguéis vencidos e não pagos (CC, art. 1.467). Difere do penhor convencional porque, enquanto este visa prevenir o inadimplemento, o legal dele decorre.

A constituição do penhor legal decorre do ato de apropriação da coisa pelo credor e sua imediatamente subsequente homologação judicial (CC, art. 1.472). Se não providenciar a pronta homologação da apropriação em juízo, o penhor legal não se constitui, e o ato praticado configurará crime de furto.

2.2. Hipoteca

Por incidir sobre bens que costumam ter valor de mercado expressivo, a hipoteca está cercada de maiores formalidades que o penhor. Sua constituição é feita sempre mediante registro do instrumento respectivo. Por outro lado, a posse do bem onerado não se transmite ao credor, para que o devedor continue usando, fruindo e dispondo do bem onerado, no exercício dos seus poderes de proprietário.

Podem ser gravados com hipoteca os seguintes bens:

a) *Imóveis*. Todo tipo de bem imóvel pode ser gravado por hipoteca, tais como apartamentos, casas, escritórios, lojas, terrenos etc. Os acessórios do imóvel, como suas

beneficiárias, acessões, melhoramentos e construções, são abrangidos pelo ônus, se nada dispuser em contrário o instrumento negocial correspondente.

O contrato de hipoteca é feito, na expressiva maioria das vezes, por escritura pública, em vista do preceito que obriga essa forma para o negócio jurídico sempre que onerado bem imóvel de valor superior a 30 salários mínimos (CC, art. 108). Pode ser adotado o instrumento particular na oneração de imóvel de valor inferior ao limite referido nesse preceito; ou em alguns casos específicos, em que a lei abre exceção à norma geral com o objetivo de baratear a aquisição da casa própria, como no das operações realizadas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

O instrumento público ou privado deve ser registrado no Registro de Imóveis da localidade do bem gravado. Se mais de um imóvel for hipotecado no mesmo instrumento, ele deve ser levado a registro em todos os cartórios competentes. Qualquer dos interessados, tanto o credor como o devedor hipotecário, tem legitimidade para, exibindo o título, requerer o registro do direito real de garantia (CC, art. 1.492).

b) Domínio direto e domínio útil. O Código Beviláqua disciplinava um direito real sobre coisa alheia que não mais existe, denominado enfiteuse, aforamento ou emprazamento. Por meio desse direito real, o domínio da coisa se desdobrava em *direto* e *útil*. Titulava o domínio direto o

instituidor da enfiteuse (*senhorio*), e o útil era atribuído ao enfiteuta, que ficava obrigado a remunerá-lo.

O Código Reale proibiu a instituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, ressalvando que as existentes na data de sua entrada em vigor continuariam regidas pelo Código Beviláqua (CC, art. 2.038). Pois bem, nas enfiteuses que ainda persistem, o senhorio pode dar em hipoteca seu domínio direto, assim como o enfiteuta pode hipotecar o domínio útil (art. 1.473, II e III).

c) *Estradas de ferro*. Quando a hipoteca versar sobre vias férreas, será o Cartório do Registro de Imóveis da circunscrição do Município em que se encontra a estação inicial da linha o competente para registrar a garantia real (CC, art. 1.502). Em razão da importância do bem onerado para os usuários dos serviços de transporte ferroviário, a lei impede que os credores hipotecários embarquem por qualquer modo a exploração da linha. Quer dizer, a efetivação da garantia real pode e deve ser feita quando ocorrer o inadimplemento do devedor, mas sem prejuízo do regular funcionamento da estrada de ferro (art. 1.503). Igualmente em razão da importância mencionada, nenhuma estrada de ferro objeto de hipoteca poderá ser alienada em juízo sem a intimação do representante da União ou do Estado para, nos 15 dias seguintes, remi-la mediante o pagamento do preço da arrematação ou adjudicação (art. 1.505).

De outro lado, o devedor hipotecário não pode vender a estrada, suas linhas ou ramais ou parte considerável do material de exploração do serviço ferroviário, nem mesmo envolver-se em operação de fusão, incorporação ou cisão, se disso puder decorrer enfraquecimento da garantia real (CC, art. 1.504). Para a prática desses atos, portanto, convém obter antes a anuência do credor hipotecário.

d) Recursos minerais. As jazidas, minas e demais recursos minerais podem ser onerados por hipoteca, independentemente do solo em que se encontram (CC, art. 1.473, V).

A hipoteca tem por objeto bens imóveis e outros geralmente de valor expressivo, como os navios e aeronaves.

Ela se constitui mediante registro e não importa a transferência da posse do bem onerado para o titular da garantia real.

e) *Navios.* O registro da hipoteca incidente sobre navios, inclusive os que se encontram em construção, deve ser feito no Tribunal Marítimo, órgão encarregado do assentamento da propriedade das embarcações nacionais. O contrato de hipoteca deve indicar as características principais da embarcação, arqueação bruta, tonelagem de porte bruto e outros dados que possam identificar o objeto da garantia real. Salvo no caso de navio em construção, só

será admitida a hipoteca após a contratação de seguro. Os interessados encaminham o instrumento constitutivo à Capitania dos Portos em cuja jurisdição se encontra o porto de inscrição da embarcação hipotecada, cabendo a essa autoridade administrativa remetê-lo ao Tribunal Marítimo para o registro do ônus (CC, art. 1.473, VI; Lei n. 7.652/88, arts. 12 a 14).

f) Aeronaves. A hipoteca de aeronave é constituída pelo registro do contrato no Registro Aeronáutico Brasileiro, em que está assentada a propriedade do bem onerado, além da averbação no correspondente Certificado de Matrícula (CC, art. 1.473, VII; Código Brasileiro de Aeronáutica — CBA, Lei n. 7.565/86, art. 141).

g) Alguns direitos reais. A hipoteca pode ter por objeto, por fim, certos direitos reais imobiliários, mencionados nos incisos VIII a X do art. 1.473 do CC: direito de uso especial para fins de moradia, direito real de uso e a propriedade superficiária.

Extingue-se a hipoteca pela extinção da obrigação principal (motivada pelo pagamento, confusão, novação etc.), pelo perecimento da coisa, resolução da propriedade do outorgante ou renúncia do credor hipotecário. Também são causas extintivas a remição (ato pelo qual o legitimado paga ao credor o valor da obrigação garantida, liberando o bem do ônus), arrematação (aquisição do bem hipotecado em hasta judicial por quem oferece o maior lance) ou

adjudicação (entrega judicial do bem onerado ao credor, como forma de satisfação do seu crédito). Finalmente, a averbação de cancelamento do registro, feita a pedido do devedor, com a anuência expressa do credor hipotecário ou a prova da quitação da obrigação garantida, também importa a extinção da garantia real (CC, arts. 1.499 e 1.500).

No Código Civil, disciplinou-se unicamente a hipoteca de bens imóveis ou direitos a eles relativos. Quando o gravame recai sobre navios (*hipoteca naval*) ou aeronaves (*hipoteca aérea*), aplica-se a legislação específica (CC, art. 1.473, parágrafo único). Por essa razão, e também por questão de ordem didática, nos subitens que seguem trato apenas da hipoteca imobiliária.

2.2.1. Hipoteca de segundo grau

O mesmo imóvel pode ser objeto de mais de uma hipoteca, em favor do mesmo credor ou de diferentes credores (CC, arts. 1.474, *in fine*, e 1.476). Entre as hipotecas que gravam o mesmo bem institui-se uma hierarquia de preferências, segundo a ordem de protocolamento do instrumento constitutivo no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.493 e parágrafo único). Perceba a irrelevância, na definição das preferências entre as hipotecas, da data em que foram lavradas as escrituras públicas. Se o credor hipotecário outorgado na escritura mais antiga demorou-se a levá-la a registro, pode perder a preferência. Ficará com a

hipoteca de segundo grau se o credor hipotecário outorgado na escritura mais recente protocolar seu título no Cartório de Registro de Imóveis antes dele. Igualmente sem nenhuma relevância para a hierarquização das hipotecas é a data do seu registro. Aliás, a lei proíbe que duas hipotecas sobre o mesmo bem em favor de credores diferentes sejam registradas na mesma data, a menos que as respectivas escrituras indiquem a hora de sua lavratura (art. 1.494).

Existe apenas uma hipótese excepcional em que a época do protocolamento das escrituras de constituição de hipoteca não é o critério de hierarquização das garantias. Quando é protocolada, no Cartório de Registro de Imóveis, uma escritura de instituição de segunda hipoteca que menciona a existência da antecedente, aguardar-se-á a apresentação da escritura desta primeira hipoteca pelo prazo de 30 dias. Se a escritura da primeira hipoteca for protocolada dentro desse prazo, a primazia será dela, fixando-se, somente nesse caso, a hierarquia de acordo com a data do instrumento de constituição, e não a do protocolo. Se, contudo, decorrer o prazo de 30 dias sem a apresentação da escritura mais antiga, vigora a regra geral de estabelecimento da hierarquia de acordo com a data do protocolamento. Quer dizer, a escritura lavrada posteriormente será a da primeira hipoteca, a despeito da menção feita à existência de uma antecedente (Lei n. 6.015/73, art. 189).

Portanto, o que interessa, em princípio, para o estabelecimento da ordem de preferência entre as hipotecas incidentes sobre o mesmo bem é a data dos respectivos protocolos no Cartório de Registro de Imóveis.

Pois bem, a hipoteca de segundo grau não poderá ser executada, mesmo depois de seu vencimento, enquanto ainda não for exigível a de primeiro grau; nem a de terceiro, enquanto não vencer a de segundo, e assim por diante (CC, art. 1.477). Mas o titular da hipoteca posterior tem reconhecido o direito de extinguir a anterior mediante o depósito em juízo do seu valor. Demandará, então, o credor da hipoteca anterior, para receber a quantia depositada, e o devedor, para pagá-la. Não ocorrendo o pagamento, o credor hipotecário depositante se sub-roga nos direitos da hipoteca extinta, sem prejuízo dos titulados em função do seu próprio gravame (art. 1.478). Desse modo, imagine que *Antonio* deve \$ 100 a *Benedito* e \$ 500 a *Carlos*, estando as duas obrigações garantidas por hipotecas (de primeiro e segundo graus) incidentes sobre o mesmo imóvel. Considere que o vencimento da obrigação de *Benedito* é posterior à de *Carlos*. Assim sendo, *Carlos* não pode executar a hipoteca enquanto não vencer a obrigação devida a *Benedito*. Se tiver interesse em cobrar seu crédito hipotecário, ele deve depositar em juízo \$ 100, citando *Benedito* para vir levantar o dinheiro e *Antonio*, para que lhe pague o mesmo valor. Com isso, extingue-se a hipoteca de primeiro grau e *Carlos* pode,

então, executar *Antonio*, cobrando-lhe \$ 600, isto é, a soma das duas hipotecas incidentes sobre o imóvel. A extinção da primeira hipoteca em razão de depósito feito pelo titular da segunda cabe, ainda que aquela esteja sendo objeto de execução judicial (art. 1.478, parágrafo único).

O imóvel pode ser onerado por duas ou mais hipotecas, em favor do mesmo credor ou de credores diferentes.

Entre as hipotecas incidentes sobre um único bem estabelece-se preferência de acordo com a ordem no protocolo do Registro de Imóveis: primeiro grau, segundo grau etc.

Em caso de insolvência ou falência do devedor hipotecário, contudo, vencem antecipadamente todas as obrigações garantidas, e os credores podem habilitar seus créditos independentemente da data originária de vencimento das hipotecas anteriores (CC, art. 1.477). Na insolvência ou falência, porém, continuam os credores hipotecários a titular as preferências segundo a ordem de protocolo dos seus instrumentos no Cartório de Registro de Imóveis, cabendo ao administrador judicial observá-las na destinação dos recursos obtidos com a venda judicial do imóvel hipotecado.

2.2.2. Alienação do bem hipotecado

Disse-se já que o direito real de garantia não impede a alienação do bem onerado pelo outorgante da garantia. Em relação à hipoteca, a lei preocupou-se em estabelecer essa regra em preceito expresso, que fulmina com a nulidade qualquer cláusula proibindo o proprietário de alienar o imóvel hipotecado. Admite-se apenas a previsão de antecipação do vencimento da dívida garantida no caso de alienação do imóvel hipotecado (CC, art. 1.475 e seu parágrafo único).

Recordo que, sob o ponto de vista econômico, nem sempre se revela um negócio atraente a venda de imóvel hipotecado. Poucos interessados se apresentarão, e as propostas que fizerem tendem a depreciar o valor do bem, em

razão da realidade do gravame, isto é, de sua permanência independentemente de quem seja o dono do imóvel. Mas, contornada a questão econômica, nada impede juridicamente a venda. O adquirente de imóvel gravado por hipoteca obviamente expõe-se ao risco de perder o bem caso o alienante não pague a obrigação garantida. Acontecendo isso, porém, ele terá o direito de reclamar indenização contra o devedor hipotecário inadimplente que lhe vendera o imóvel (CC, art. 1.481, § 4º, primeira parte).

Quem adquire imóvel hipotecado tem o direito de o remir nos 30 dias seguintes ao registro do título aquisitivo. Proporá, para tanto, ação judicial contra o credor hipotecário, propondo-se a pagar-lhe valor nunca inferior ao preço pelo qual adquiriu o bem. Não sendo aceita a importância proposta pelo credor hipotecário, determina a lei a venda do bem por licitação judicial, em que o adquirente terá direito de preferência em igualdade de condições com o licitante que tiver oferecido o maior lance. Havendo concordância com o valor oferecido, extingue-se a hipoteca quando o adquirente o depositar em juízo (CC, art. 1.481 e §§ 1º e 2º).

Se não fizer a remição do imóvel hipotecado, seu adquirente ficará responsável pela indenização do credor hipotecário caso o bem venha a se perder ou sofra deterioração por culpa dele, adquirente (CC, art. 1.481, § 3º).

É nula a cláusula do contrato de hipoteca que proíba o devedor de alienar o imóvel gravado.

O adquirente de imóvel hipotecado pode remir o bem ou, se não tiver assumido a obrigação de pagar a hipoteca, abandoná-lo ao credor hipotecário.

O adquirente do imóvel hipotecado que não tiver assumido a obrigação de pagar a dívida garantida pode exonerar-se de qualquer responsabilidade por ela abandonando-o em favor do credor hipotecário (CC, art. 1.479). Entregará, por esse modo, a titularidade da coisa ao credor garantido, extinguindo-se a obrigação. O abandono faz-se, aqui, por notificação ao devedor e ao credor hipotecário, deferindo a este último a posse do imóvel, ou senão por depósito judicial. Se forem dois ou mais os

credores hipotecários, eles receberão a posse em conjunto (art. 1.480).

2.2.3. Hipoteca legal

Em geral, a hipoteca é convencional, ou seja, nasce de negócio jurídico entre o credor e o outorgante da garantia, que pode ser ou não o devedor. Mas esse direito real de garantia pode também derivar diretamente da lei. Chama-se, então, hipoteca legal.

Para se constituírem, as hipotecas legais precisam ser registradas e especializadas. O registro e a especialização devem ser providenciados pelo sujeito obrigado à prestação da garantia. Ele deve, em obediência à previsão legal da hipoteca, comparecer ao Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição do bem que pretende onerar e submeter a registro o instrumento de declaração que o individue e indique o titular do gravame então especificado. Se o obrigado a prestar a garantia não adotar essa providência, o credor pode promovê-la (ou solicitá-la ao Ministério Público, quando envolvido interesse público ou de menor), sem prejuízo da responsabilização daquele pelas perdas e danos que ocasionar (CC, art. 1.497 e §§ 1º e 2º). A hipoteca legal perdura enquanto existir a obrigação descrita em lei, mas o sujeito obrigado a prestá-la deve renovar a especialização após 20 anos (art. 1.498).

A hipoteca pode constituir-se também por direta previsão da lei.

Nesse caso, o sujeito obrigado a prestá-la deve providenciar o registro e a especificação do gravame, sob pena de responder por perdas e danos.

São hipóteses de hipoteca legal:

1^ª) a incidente sobre os imóveis pertencentes aos funcionários públicos encarregados da cobrança, guarda e administração de fundos e rendas, em favor da pessoa jurídica de direito público para a qual trabalham (CC, art. 1.489, I);

2^ª) a que onera os imóveis do viúvo ou viúva que contrai novas núpcias antes de concluído o inventário do cônjuge falecido, em favor dos seus filhos (inc. II);

3^ª) a que grava os imóveis do delinquente, em favor da

vítima de delito pela indenização dos danos sofridos e despesas judiciais (inc. III);

4^a) a referente ao imóvel adjudicado a um herdeiro, para garantia em favor dos demais dos respectivos quinhões ou torna de partilha (inc. IV);

5^a) a pertinente ao imóvel arrematado, em favor do credor pelo valor do restante do preço de arrematação (inc. V);

6^a) a instituída em favor da União, sobre aeronaves, peças e equipamentos adquiridos de fornecedor estrangeiro com aval, fiança ou qualquer outra garantia do Tesouro Nacional ou de seus agentes financeiros (CBA, art. 144).

2.3. Anticrese

Mediante a anticrese, o devedor entrega ao credor o poder de fruição de bem imóvel, como forma de compensação da dívida garantida. É operação pouco racional em termos econômicos, porque retira do proprietário não só o poder de fruir, mas também o de usar o bem. Do lado do credor anticrético, é igualmente desvantajosa: para receber o seu crédito tem de se responsabilizar pela administração de bem alheio. Por essas razões, há muito tempo a anticrese não é usada, se é que o foi algum dia, desde sua introdução no direito brasileiro, em meados do século XIX.

Constitui-se esse direito real de garantia mediante o

registro da escritura pública ou contrato particular de anticrese no Registro de Imóveis (Lei n. 6.015/73, art. 167, I, 10). Além disso, é necessária também a tradição da posse do imóvel ao credor anticrético para a efetivação da garantia real. A partir dela, o credor anticrético deve administrar o bem de modo a que gere frutos suficientes para o pagamento de seu crédito. Imagine que, para garantir o adimplemento de dívida de \$ 100, *Darcy* entrega ao credor, *Evaristo*, a posse de um apartamento vago de sua propriedade, instituindo sobre o bem a anticrese. *Evaristo* deve, em seguida, oferecer o bem à locação, para que passe a gerar frutos. O valor do aluguel pago pelo locatário será compensado no da dívida garantida, até o completo pagamento desta. Se o aluguel mensal for de \$ 1, por exemplo, *Evaristo* terá a posse do imóvel por 100 meses.

O credor anticrético deve prestar contas anuais da administração do bem onerado ao devedor anticrético, demonstrando a regular compensação da dívida garantida. Se o devedor não concordar com as contas prestadas, poderá impugná-las e requerer em juízo a transformação do direito real em arrendamento (CC, art. 1.507). Além disso, o credor anticrético responde pelos danos que, por sua culpa, sofrer o bem onerado e pelos frutos que deixar de receber por negligência (art. 1.508). No exemplo acima, se *Evaristo* negligenciar a procura de locatário para o imóvel de *Darcy*, terá o valor de seu crédito proporcionalmente reduzido,

como se o bem estivesse já gerando os frutos do aluguel.

A anticrese é o direito real de garantia em que o devedor transfere ao credor a posse de imóvel para que a dívida garantida seja compensada com os frutos gerados pelo bem (aluguel, plantações etc.).

Quem adquire imóvel sobre o qual recai anticrese pode remi-lo antes do vencimento da dívida garantida, mediante o pagamento da totalidade do saldo existente ao tempo da remição. Nesse caso, além de extinguir o gravame, o adquirente terá direito de imitir-se na posse do imóvel (CC, art. 1.510).

3. DIREITOS REAIS EM GARANTIA

Enquanto os direitos reais *de* garantia oneram bem da propriedade do devedor, os direitos reais *em* garantia incidem sobre bem da propriedade resolúvel do credor. Este último torna-se titular da propriedade da coisa originariamente pertencente ao devedor, como forma de assegurar-se do recebimento de seu crédito.

Os direitos reais em garantia são direitos sobre a própria coisa. O credor assegura-se quanto ao recebimento de seu crédito, por meio da instituição de direito real sobre bem que pertencia ao devedor, mas que, para cumprir exatamente esse objetivo, passa a proprietário do primeiro. Não se revela apropriado, desse modo, classificá-los como espécie de direitos sobre coisa alheia, já que o devedor se despoja da condição de propriedade ao aliená-la ou cedê-la. O Código Civil, aliás, atento a essa precisão conceitual, não contemplou a propriedade fiduciária no Título X do Livro do direito das coisas (ao qual reservou o penhor, hipoteca e anticrese), mas a abrigou corretamente num dos capítulos do Título III desse Livro, referente ao direito de propriedade.

A propriedade do credor referente ao bem onerado é resolúvel, ligada a condição resolutiva consistente na satisfação do crédito garantido. Isso significa que ela deixa de existir sempre que verificada essa condição. Assim que o devedor paga integralmente a dívida, o bem retorna à sua propriedade livre de qualquer ônus. Também se resolve a propriedade na hipótese de inadimplemento da obrigação,

quando executada a garantia. Aqui, a propriedade resolúvel consolida-se em mãos do credor fiduciário, visando proporcionar a venda do bem a terceiros e a aplicação do preço na liquidação da obrigação garantida. De um modo ou de outro, exceto numa única situação excepcional (frustração de duas tentativas de venda em leilão de imóvel alienado fiduciariamente — subitem 3.3), o titular da propriedade resolúvel não se torna proprietário perpétuo do bem onerado. O único objetivo da instituição da propriedade resolúvel era garantir a satisfação de certa obrigação. Verificada esta em razão do adimplemento pelo devedor ou pela venda do bem a terceiros, não há mais por que preservá-la.

Os direitos reais em garantia são espécies de direitos sobre a própria coisa, na medida em que conferem ao credor a titularidade da propriedade resolúvel dela, com vistas a tornar eficiente a recuperação do crédito.

De acordo com o objeto da oneração, a garantia real decorrerá de alienação fiduciária em garantia (subitens 3.1 a 3.3) ou de cessão fiduciária de direitos creditórios (subitem 3.4). Naquela, recai sobre bens corpóreos, imóveis ou móveis, fungíveis ou infungíveis; nesta, sobre recebíveis do devedor, isto é, créditos que possui perante terceiros.

3.1. Alienação fiduciária em garantia

A estrutura jurídica fundamental da garantia representada pela alienação fiduciária é bem conhecida e bastante operacional. Por esse contrato, cujas raízes se

encontram no direito romano (Restiffe Neto, 1975:1), o credor (*fiduciário*) se torna titular da propriedade resolúvel da coisa e seu possuidor indireto, enquanto o devedor (*fiduciante*) é investido na condição de possuidor direto e depositário (CC, arts. 1.361, § 2º, e 1.363). Cumprida a obrigação que esse tem perante aquele, opera-se a resolução da propriedade: o sujeito que era devedor passa a ser o proprietário pleno e único possuidor da coisa, e o que era credor deixa de titularizar qualquer direito real sobre ela. Não cumprida a obrigação, porém, tem o credor instrumentos ágeis e eficazes para ver satisfeito seu crédito. Sendo o proprietário e possuidor indireto do bem objeto da alienação fiduciária em garantia, o credor pode, nas condições da lei, obter a consolidação da propriedade, vendê-lo e pagar-se com o produto da venda.

A introdução da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro originou-se de proposta dos advogados cariocas José Luiz Bulhões Pedreira e George Siqueira, feita no bojo da discussão da reforma do mercado de capitais que o governo Castello Branco, em 1965, patrocinava. A proposta inspirara-se no *trust receipt*, instituto do direito anglo-saxão consistente na transferência temporária ao credor do domínio de bem do devedor, a título de garantia do cumprimento de certa obrigação (Camargo, 1967:37/38), de larga utilização no financiamento do comércio atacadista. Mas a sugestão não foi acolhida pelo governo, e o projeto

de lei de reforma do mercado de capitais seguiu para o Congresso sem qualquer referência à alienação fiduciária em garantia. Quando da tramitação no Senado Federal, foi aproveitada a sugestão de Bulhões Pedreira e George Siqueira, incorporada no art. 66 da Lei n. 4.728/65 (Alves, 1973:9/13). Posteriormente, pelo Dec.-Lei n. 911/69, aperfeiçoaram-se tanto a definição do instituto como as regras de direito processual assecuratórias da efetividade da garantia.

A alienação fiduciária em garantia destinou-se, inicialmente, apenas à oneração de bens *móveis*. Em 1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica expressamente autorizou a alienação fiduciária de aeronaves (Lei n. 7.565/86, arts. 148 a 152); como esses bens se classificam, como mencionado, entre os suscetíveis de hipoteca (CC, art. 1.473, VII), e sendo o gravame hipotecário vocacionado à oneração da propriedade imobiliária, poderiam surgir dúvidas quanto à possibilidade de se alienarem aeronaves fiduciariamente se a lei não o dissesse de modo inequívoco. Foram necessários quase 30 anos mais para que a garantia fiduciária pudesse ser empregada também à propriedade imobiliária.

Em 1997, a Lei n. 9.514 ampliou o espectro do instituto para permitir a alienação fiduciária de bens imóveis em seu art. 22: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou

fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Entre as inovações trazidas em 1997, tem importância, desde logo, a generalização do contrato. A lei estabeleceu claramente que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel não é contrato bancário, podendo qualquer pessoa, física ou jurídica, realizá-lo na condição de fiduciário (art. 22, parágrafo único), questão que não havia ficado suficientemente clara nas leis dos anos 1960 (subitem 3.2). Desse modo, não apenas as instituições financeiras ou entidades operadoras do sistema de financiamento imobiliário, mas qualquer credor, podem receber, em garantia de seu crédito, bem imóvel alienado fiduciariamente pelo devedor.

Essa inovação em particular — a generalização do contrato —, ressaltado, não despertou nenhum questionamento jurídico, não só em vista da clareza do dispositivo legal em que se embasa a matéria como também pela adequada caracterização das funções do contrato e seu distanciamento relativamente à atividade bancária. Mas outra inovação da lei de 1977 despertou preocupações entre os profissionais da área: foi a consolidação da propriedade imobiliária em mãos do credor, quando verificado o inadimplemento.

A alienação fiduciária em garantia é o contrato pelo qual o devedor (fiduciante) transfere ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel de bem móvel ou imóvel, conservando sua posse direta. Quando cumpre a obrigação garantida, o devedor recupera a propriedade do bem. Se a descumpre, o credor satisfaz seu crédito com o produto da venda do bem onerado.

A extensão da garantia da propriedade fiduciária aos bens imóveis representou, em 1997, uma importantíssima etapa no processo de evolução histórica do instituto no

direito brasileiro. De outro lado, o marco derradeiro nessa trajetória encontra-se nas mudanças operadas pela Lei n. 10.931, de 2004. Entre uma e outra, situa-se a entrada em vigor do Código Civil em 2003, em que o legislador disciplinou a propriedade fiduciária como instituto do direito das coisas.

Não se pode confundir a alienação fiduciária em garantia com a propriedade fiduciária: são institutos diferentes. O primeiro é um dos instrumentos de constituição do segundo. Assim como não se identifica o contrato de penhor com o penhor propriamente dito, nem o contrato de hipoteca com a hipoteca, o instrumento contratual que visa à constituição da garantia fiduciária é algo diverso da garantia mesma.

A alienação fiduciária em garantia é contrato bilateral. Aproxima, portanto, duas partes — o credor fiduciário e o devedor fiduciante. Os direitos e obrigações que mutuamente se outorgam são relativos, isto é, operam efeitos apenas entre eles. A disciplina do instituto se encontra no direito das obrigações. Já a propriedade fiduciária é espécie de direito real em garantia. O proprietário fiduciário e o possuidor fiduciante têm, perante terceiros, direitos absolutos derivados do domínio ou da posse. Sua disciplina ambienta-se no direito das coisas (Alves, 1973:46). No Código Civil, o legislador disciplinou o instituto de direito real, isto é, a *propriedade fiduciária*, nos arts. 1.361 a 1.368-A. Neles, reservou apenas um dispositivo para o

instituto de direito obrigacional, a *alienação fiduciária em garantia* (o art. 1.362, que estabelece os elementos essenciais ao contrato), albergando nos demais normas respeitantes ao direito real de garantia.

Importa assinalar que o Código Civil, quando iniciou sua vigência, em 2003, disciplinava unicamente a propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis (art. 1.361). A propriedade fiduciária dos imóveis continuou, então, integralmente disciplinada pela Lei n. 9.514/97, que não ignora a distinção entre o instituto de direito obrigacional e o de direito real e em nada se alterou com a vigência do Código Civil (Figueira Jr., 2002:1198; Fachin, 2003:334-41). Logo no ano seguinte, porém, com a edição da Lei n. 10.931/2004, a disciplina da propriedade fiduciária do Código Civil foi estendida a todas as hipóteses dessa garantia real, independentemente do seu objeto. Assim, sem prejuízo das disposições constantes de normas específicas, as referentes à propriedade fiduciária abrigadas no Código Civil têm caráter geral (CC, art. 1.368-A). São aplicáveis à alienação fiduciária em garantia de bens móveis (fungíveis ou infungíveis) e imóveis, como também à cessão fiduciária de direitos creditórios.

Aliás, até a expressa previsão legal da pertinência da propriedade fiduciária sobre bens fungíveis (Lei n. 4.728/65, art. 66-B, § 3º, com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004), a questão de sua admissibilidade era altamente controvertida

na doutrina nacional. Enquanto alguns autores defendiam a posição de que as leis dos anos 1960 aplicavam-se também aos bens fungíveis (Gomes, 1970:65; Alves, 1973:123-5), parcela da doutrina (Restiffe Neto, 1975:101) e jurisprudência (*RT*, 665/157) rejeitava a possibilidade. Na verdade, a única diferença existente entre a alienação fiduciária de bens móveis fungíveis e infungíveis diz respeito à posse direta do bem onerado, que, na hipótese de fungibilidade, cabe ao credor fiduciário, a menos que o contrato disponha expressamente de outro modo (Lei n. 4.728/65, art. 66-B, § 3º). Na alienação fiduciária de bem infungível, a posse direta da coisa alienada é sempre do devedor (CC, art. 1.361, § 2º).

Em suma, atualmente, apesar da diversidade dos diplomas legais, que sugerem uma indesculpável falta de sistematicidade da matéria, não é difícil delinear o regime jurídico da propriedade fiduciária. Qualquer que seja o seu objeto, aplicam-se, como normas gerais, os arts. 1.361 a 1.368 do Código Civil. Recaindo a garantia sobre imóveis, submete-se o instituto aos arts. 22 a 33 da Lei n. 9.514/97; quando tiver por objeto bem móvel fungível ou direito creditório, incide o art. 66-B, §§ 3º a 6º, da Lei n. 4.728/65.

A disciplina da propriedade fiduciária constante do Código Civil (arts. 1.361 a 1.368) é aplicável independentemente do objeto sobre o qual recai a garantia.

Tanto bens móveis, fungíveis ou infungíveis, como imóveis, e mesmo direitos creditórios, podem ser objeto de propriedade fiduciária.

Constitui-se a propriedade fiduciária sobre bens mediante o registro do contrato. Para os bens móveis em geral, o registro deve ser providenciado no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, a menos que se trate de veículos, quando o instrumento deverá ser

registrado na repartição competente para o licenciamento. Instituir-se-á, por exemplo, a propriedade fiduciária sobre uma motocicleta mediante registro no DETRAN (CC, art. 1.361, § 1º), mas, referindo-se, por exemplo, a equipamento industrial, o contrato será registrado no Registro de Títulos e Documentos. Já para a alienação fiduciária de bens imóveis, obviamente sua constituição se faz mediante registro no Registro de Imóveis (Lei n. 9.514/97, art. 23).

3.2. Proprietário fiduciário

É controvertida na doutrina a questão sobre *quem* pode ser titular da propriedade fiduciária, em decorrência de contrato de alienação fiduciária em garantia. Para alguns, apenas as instituições financeiras poderiam celebrar esse contrato, na condição de credor fiduciário; para outros, qualquer pessoa física ou jurídica pode ser proprietária fiduciária. A matéria exige breve digressão pelo direito contratual, com exame da classificação da alienação fiduciária em garantia como contrato bancário impróprio.

A intenção do legislador de 1966 foi criar instrumento de garantia de financiamento de atividades econômicas ligadas à circulação de mercadorias, e não propriamente de bens de consumo. Inspirara-se, como dito, no *trust receipt* com a declarada finalidade de fomentar as importações — e convém frisar que a inspiração era algo distante, em vista das diferenças entre o instituto do direito anglo-saxão e a

figura da lei brasileira (Gomes, 1958:253). De qualquer modo, malgrado sua destinação originária, a alienação fiduciária em garantia foi e tem sido largamente usada também no financiamento ao consumidor para a aquisição de bens de consumo duráveis. De qualquer forma, a circunstância de ter sido a alienação fiduciária em garantia tratada inicialmente em lei destinada à reforma do mercado de capitais deu ensejo, na doutrina e na jurisprudência, ao entendimento de que ela seria um contrato bancário — como tal entendido aquele que apenas as instituições financeiras estão autorizadas a celebrar (Miranda, 1963, 52:351/352; Gomes, 1970:165; Bittar, 1990:61/65; Martins, 1961:229/231; Rizzardo, 1990:376/379). E a questão parece ter-se pacificado nos tribunais no sentido da restrição do contrato exclusivamente para as instituições financeiras (*RT*, 600/211).

Contra esse entendimento, na defesa da generalização da alienação fiduciária em garantia, posicionaram-se Maria Helena Diniz (1993, 5:59/61), Caio Mário da Silva Pereira (1970:365/366) e José Carlos Moreira Alves (1973:93/121). Sustentaram esses tecnólogos — ao meu ver, com inteira razão — que da simples circunstância de o instituto abrigar-se numa lei sobre mercado de capitais não se pode concluir nada acerca de sua natureza. Concluíram que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser credora fiduciária.

Na verdade, a discussão estava posta em termos por demais simplistas. Se não era convincente o argumento que

procura sustentar a restrição da alienação fiduciária em garantia às instituições financeiras em função do âmbito da lei em que foi introduzida no direito brasileiro, também reclamava maior elaboração argumentativa a posição generalizante, que se limitava a afirmar a inexistência de expressa restrição nos dispositivos legais. Para mim, a solução da questão se deve pesquisar nos contornos do conceito de *contratos bancários*, isto é, daqueles negócios contratuais que somente as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central estão aptas a celebrar. Para delimitá-los, é necessário, na partida, relembrar outro conceito, o de atividade bancária, que, no direito positivo brasileiro, extrai-se do art. 17 da Lei n. 4.595/64 (LRB): “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

É, assim, bancária a atividade de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira. Nela se inclui uma gama considerável de operações econômicas, ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração do crédito. Num paralelo usual entre a

atividade bancária e a industrial, diz-se que o crédito é tanto a matéria-prima do banco como o produto que ele oferece ao mercado. Pois bem, como para exercer atividade bancária é necessária autorização governamental, expedida pelo Banco Central, e como é crime o exercício dessa atividade sem tal autorização, segue-se que os contratos bancários são aqueles em que uma das partes é necessariamente um banco. Ou seja, se a função econômica do contrato está relacionada ao exercício de atividade bancária — ou, em outros termos, se o contrato configura ato de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros —, então somente uma instituição financeira devidamente autorizada pelo governo federal poderá praticá-lo licitamente. Qualquer outra pessoa, física ou jurídica, que celebre contrato viabilizador de atividade bancária sem encontrar-se autorizada a explorá-la comete crime. Este é o critério para definir certo contrato como bancário.

Não basta, claro, a presença do banco em um dos polos da relação contratual para que o contrato seja bancário. O contrato de locação de imóvel celebrado por um banco como locatário para a instalação de agência bancária não é bancário, porque pode ser celebrado por qualquer pessoa licitamente. A natureza bancária do contrato decorre da indispensabilidade da participação do banco na relação contratual. São bancários os contratos que apenas podem ser celebrados com um banco, por serem instrumentos das

operações passivas e ativas típicas da atividade bancária (cf. Covello, 1999:45/47).

Os conceitos jurídicos de atividade bancária e contratos bancários apresentam dificuldades na sua aplicação a situações-limite. Ninguém questiona que o contrato de depósito bancário (conta), de abertura de crédito (cheque especial), *vendor* ou crédito documentário, entre outros, são exclusivos das instituições financeiras. Não há quem discorde, por outro lado, que locação, compra e venda de imóveis, aquisição de programas de computador e outros não são típicos das instituições financeiras, mesmo quando elas participam da relação negocial. Em certos casos, porém, divergem os doutrinadores e eventualmente a jurisprudência sobre a natureza bancária de alguns contratos. São os “contratos bancários impróprios” (Coelho, 1998, 3:134).

A alienação fiduciária em garantia é, com certeza, um dos contratos bancários impróprios, por ser controversa a validade de sua contratação, como fiduciário, por quem não é instituição financeira. A solução para a controvérsia deve ser pesquisada, como afirmado, no exame da extensão do art. 17 da LRB. Se a alienação fiduciária em garantia se encontrar compreendida entre as operações ali descritas, então não poderia haver dúvidas de que somente aos bancos estaria autorizada a celebração desse contrato. Caso contrário, revelando-se a alienação fiduciária em garantia negócio estranho ao universo delineado pelo conceito legal de

atividade bancária, a qualquer credor seria lícito contratar garantia dessa natureza. O fato de o legislador ter optado por tratar da disciplina do negócio nesta ou naquela lei poderá representar, no máximo, falta de rigor na técnica legislativa, mas não um dado hermenêutico de relevância, mormente quando redundante limitação na liberdade contratual, princípio que enforma a teoria geral dos contratos.

A doutrina discute se qualquer pessoa física ou jurídica pode ser proprietário fiduciário ou se a titularidade da propriedade fiduciária seria exclusiva das instituições financeiras.

Concluindo, a alienação fiduciária em garantia não é um negócio exclusivo de instituição financeira, por não se enquadrar sua estrutura na conceito do art. 17 da LRB. A sua natureza, como a de todo e qualquer contrato de

garantia, é meramente instrumental, de negócio-meio. Dessa forma, pode estar associada a qualquer tipo de mútuo, bancário ou não. Em suma, a função econômica da alienação fiduciária em garantia não está abrangida pela atividade de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, essência da atividade bancária. Em decorrência, pode ser proprietário fiduciário qualquer pessoa física ou jurídica. Confirma-o a circunstância de o Código Civil, ao dispor as normas gerais do instituto (art. 1.368-A), não exigir do credor fiduciário o atendimento à condição de ser uma instituição financeira.

3.3. Efetivação da garantia

Varia o regime jurídico de efetivação da garantia representada pela alienação fiduciária de acordo com a espécie de bem onerado. O credor tem, em outros termos, direitos diferentes conforme sua propriedade fiduciária se refira a bem móvel (fungível ou infungível) ou imóvel.

No caso de alienação fiduciária de bem móvel, verificado o inadimplemento ou a mora nas obrigações do fiduciante, o fiduciário pode vender o bem objeto da garantia a terceiros, “independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial” (Dec.-Lei n. 911/69, art. 2º). Para tanto, deve promover a prévia notificação extrajudicial do devedor ou o protesto do título como condição essencial para requerer em juízo a

busca e apreensão do bem de sua propriedade (art. 3º), segundo entendimento jurisprudencial assente (Súmula 72 do STJ: *A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente*). A notificação extrajudicial ou o protesto não caracterizam a mora — que decorre do simples inadimplemento —, mas a comprovam (art. 2º, § 2º).

Concedida a liminar na busca e apreensão, opera-se a consolidação da propriedade no patrimônio do proprietário fiduciário nos 5 dias seguintes, a menos que o devedor fiduciante emende a mora nesse prazo, mediante o pagamento do valor integral de sua dívida (quer dizer, de todas as prestações, que se vencem antecipadamente, e não apenas as que se encontravam em atraso). Emendada a mora, resolve-se a propriedade fiduciária, e o bem alienado retorna à titularidade do devedor livre do ônus.

A consolidação da propriedade do bem no patrimônio do credor fiduciário ocorre com o transcurso do prazo mencionado, após a concessão da medida liminar na ação de busca e apreensão. Da consolidação decorre a plena propriedade sobre o bem. Quer dizer, o credor concentra, a partir dela, em suas mãos todos os poderes de proprietário, incluindo os de dispor. Assim, transcorrido o prazo legal, o credor vende o bem, pelo preço que quiser, a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou outra medida judicial ou extrajudicial (a menos que o

contrato o proíba). O produto da venda será usado no pagamento do crédito e ressarcimento das despesas de cobrança, cabendo o saldo ao devedor (CC, art. 1.364). Se o produto da venda não for suficiente à satisfação do crédito garantido, pelo que faltar continua responsável o fiduciante (art. 1.366).

Claro que pode acontecer de o credor fiduciário promover indevidamente a busca e apreensão do bem. Imagine que haja divergência entre ele e o devedor fiduciante sobre o valor da prestação devida. A concessão da liminar e o decurso do prazo sem a emenda da mora importarão a consolidação da propriedade, mas os direitos do devedor fiduciante não podem ser ignorados. Em caso de ser julgada improcedente a ação de busca e apreensão, o credor fiduciário devolverá a titularidade do bem (se ainda for de sua propriedade) e pagará as perdas e danos infligidos ao devedor fiduciante. Se tiver vendido a terceiro a coisa gravada, a lei estabelece uma pesada multa, de 50% do valor inicialmente financiado, devida pelo credor fiduciário ao devedor fiduciante, sem prejuízo das perdas e danos.

Não encontrada a coisa na posse do fiduciante, o fiduciário pode requerer a conversão da busca e apreensão em ação de depósito (art. 4º). Seu objetivo é poder caracterizar a infidelidade do depositário e forçá-lo a cumprir a obrigação sob a ameaça da prisão civil (Cap. 37, item 5).

Na alienação fiduciária em garantia de bem móvel, o credor fiduciário, após comprovar a mora do devedor fiduciante, pode requerer em juízo a busca e apreensão do bem dado em garantia. Transcorridos 5 dias sem a emenda da mora, consolida-se a propriedade do bem onerado no patrimônio do credor fiduciário.

Se o bem não é encontrado na posse do devedor, a busca e apreensão é convertida em ação de depósito.

Já na efetivação da garantia representada pela propriedade fiduciária de imóvel, o regime estabelecido é diferente. Não cabe a busca e apreensão do bem onerado, nem sua conversão em ação de depósito. Pelo contrário, a garantia se torna efetiva mediante a consolidação da propriedade do imóvel onerado em nome do fiduciário (Lei n. 9.514/97, art. 26) e a obrigatória tentativa de sua alienação, nos 30 dias seguintes, em público leilão (art. 27).

O procedimento para a consolidação da propriedade resolúvel em nome do fiduciário se inicia com a intimação do devedor para que, no prazo de 15 dias, purgue a mora, pagando os juros convencionais, penalidades e demais encargos contratuais e legais, além das despesas com a cobrança e o próprio ato de interpelação (Lei n. 9.514/97, art. 26, § 1º). Essa intimação é feita a pedido do fiduciário pelo oficial do competente Registro de Imóveis. Se o fiduciante não purgar a mora no prazo assinalado, o Registro de Imóveis certificará o fato e fará o registro, na matrícula do bem, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (desde que este prove ter pago o imposto de transmissão *inter vivos*).

Em relação à venda do bem objeto da garantia real, estabelece a lei que o imóvel só poderá ser vendido, no primeiro público leilão, se o maior lance for igual ou superior ao valor da coisa indicado em contrato. Não havendo tal

lance, realiza-se o segundo público leilão, em que o imóvel será vendido apenas se o maior lance se igualar ou superar o valor do crédito garantido mais as despesas. Se ninguém fizer oferta nesse valor mínimo no segundo público leilão, o fiduciário se desobriga de vender o bem onerado e o fiduciante se exonera da obrigação em atraso (Lei n. 9.514/97, art. 27, § 5º).

A problematização que se faz em torno do procedimento de efetivação da garantia sobre bem imóvel aponta para seu caráter extrajudicial e a inexistência de oportunidade para o exercício do direito de defesa pelo devedor. Segundo a crítica ao procedimento, a lei não teria respeitado os direitos constitucionais do devedor ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (Fucci, 1998). Ancora-se referida crítica em alguns precedentes: de um lado, a condenação doutrinária à resolução do compromisso de compra e venda no âmbito administrativo (cf. Azevedo Jr., 1979:106); de outro, o entendimento de alguma jurisprudência no sentido de que a venda do bem móvel alienado fiduciariamente só cabe após a sentença judicial de procedência na ação de busca e apreensão.

A crítica não impressiona. O procedimento administrativo não deve comportar oportunidade para manifestação do fiduciante. Admiti-la com o sentido de uma defesa (isto é, de exercício do direito ao contraditório) seria pressupor o oficial do Registro de Imóveis investido de

competência para decidir sobre o conflito de interesses relativo à verificação do inadimplemento, o que é, além de absurdo, isto sim, uma afronta à Constituição e ao Poder Judiciário. Aquele agente, no exercício de suas funções próprias, pratica apenas os atos de registro em vista das declarações que lhe são apresentadas e das omissões de sujeitos regularmente intimados. Se previsse a lei, por outro lado, manifestação do fiduciante sem caráter de defesa, isso não poderia significar óbice à consolidação da propriedade em nome do fiduciário. Veja o paralelo: se alguém está sendo injustamente protestado por título de que não é devedor, eventual manifestação dele perante o Cartório de Protesto não evitará a lavratura do ato cartorário que a lei cambiária determina; se quer impedir o protesto, deve promover a medida judicial correspondente. Da mesma forma, o fiduciante intimado para purgar a mora, se tem razões jurídicas para não o fazer, deve suscitá-las em juízo, cabendo ao juiz, em sede liminar ou de apreciação de pedido de antecipação de tutela, eventualmente determinar a sustação dos atos de consolidação da propriedade em nome do fiduciário.

Na alienação fiduciária de bem imóvel, a lei estabelece que o

Registro de Imóveis, diante de pedido do credor, intimará o devedor para que emende a mora em 15 dias. Não se verificando a emenda, o Registro de Imóveis certificará o fato e consolidará a propriedade em nome do credor.

Nos 30 dias seguintes, o credor deve obrigatoriamente promover leilão público para venda do imóvel. Se nele não for alcançado o valor do bem indicado no contrato, promove-se outro leilão público.

No segundo, não sendo novamente alcançado pelos lances

o valor da coisa oferecida, o credor fica liberado de a vender e o devedor de pagar qualquer saldo da obrigação em atraso.

A final, com a previsão do procedimento administrativo de efetivação da garantia representada pela propriedade fiduciária de coisa imóvel, não se está restringindo ou negando qualquer direito ao fiduciante. Está-se apenas distribuindo o ônus de recurso ao Judiciário: em vez de estabelecer que o credor deve ir a juízo para fazer valer seus direitos, a lei imputa ao devedor com razões jurídicas para não pagar o mútuo o ônus de as demonstrar judicialmente. Assim é para que o instituto tenha eficiência na efetivação da garantia real. Quer dizer, a lei não desrespeita nenhum dos direitos, nem mesmo constitucionais, do fiduciante, ao disciplinar a efetivação da garantia partindo do pressuposto de que o credor também tem os dele; inclusive o direito de receber seu crédito de forma ágil e eficiente.

3.4. Cessão fiduciária de direitos creditórios

Quando o objeto do direito real em garantia são créditos que o devedor titula perante terceiros, o contrato que o

institui denomina-se *cessão fiduciária de direitos creditórios*. Trata-se de importante instrumento de mobilização do crédito, com larga utilização pelas instituições financeiras.

A cessão fiduciária de direitos creditórios foi introduzida no Brasil na regulamentação do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), como um dos meios para o financiamento de empreendimentos imobiliários (Cap. 44, subitem 5.3). O empresário do ramo imobiliário, ao levantar empréstimo no banco para financiamento de seu loteamento ou incorporação, pode contratar como garantia a cessão fiduciária dos créditos que tem (ou virá a ter) perante os adquirentes dos lotes ou das unidades autônomas. A exemplo do que ocorre com todos os demais contratos constitutivos de direito real em garantia, o crédito cedido transfere-se ao cessionário até a liquidação da dívida garantida (Lei n. 9.514/97, arts. 17, II, e 18). A transferência faz-se por meio da atribuição da propriedade fiduciária dos direitos creditórios cedidos ao banco mutuante.

Em 2004, a lei passou a prever a cessão fiduciária de direitos creditórios no âmbito do mercado financeiro e de capitais (Lei n. 4.728/65, art. 66-B, § 3º, com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004). A partir de então, qualquer atividade econômica, e não somente a imobiliária, pode ser financiada associada a esse direito real em garantia. Hoje, assim, além do empresário do ramo imobiliário, também o comerciante,

industrial, prestador de serviços e outros exercentes de atividade empresarial podem financiá-la por meio da cessão fiduciária de direitos creditórios.

Duas são as partes da cessão fiduciária de direitos creditórios. De um lado, o *cedente fiduciário*, que é o empresário interessado em obter financiamento para sua atividade econômica, mediante a cessão de recebíveis; de outro, o *cessionário fiduciário*, ou seja, a instituição financeira que fornecerá o financiamento. A garantia que o cedente (*mutuário*) confere ao cessionário (*mutuante*) consiste nos recebíveis que sua atividade gera, ou seja, nos direitos creditórios correspondentes ao preço que se comprometem a pagar, pelos produtos ou serviços fornecidos pelo cedente ao mercado, os seus consumidores ou adquirentes (*devedores cedidos*). O incorporador, por exemplo, cede fiduciariamente ao banco os créditos que titula junto aos promitentes compradores das unidades autônomas; o comerciante entrega os direitos titulados perante as administradoras de cartões de crédito pelas vendas realizadas nesse sistema; o prestador de serviços dá em garantia fiduciária as duplicatas sacadas contra seus consumidores, e assim por diante.

O cessionário fiduciário tem, em relação ao crédito cedido, os direitos de: a) conservar e recuperar a posse dos títulos representativos, que são os contratos celebrados com os adquirentes dos lotes ou unidades autônomas, bem

como as notas promissórias ou outros títulos de crédito correspondentes; *b*) intimar os devedores cedidos para que não paguem ao cedente enquanto durar a cessão; *c*) receber o pagamento diretamente dos devedores cedidos, bem como cobrá-los, em juízo ou fora dele (Lei n. 9.514/97, art. 19; Lei n. 4.728/65, art. 66-B, § 4º).

Dos valores recebidos em razão do pagamento pelos devedores cedidos, o cessionário fiduciário deduz as despesas de cobrança e administração e credita o saldo em favor do cedente, até que se liquide por completo a obrigação garantida pela cessão fiduciária. Resolve-se a propriedade sobre os recebíveis objeto de cessão fiduciária na hipótese de integral liquidação do mútuo. Caso o pagamento dos direitos creditórios objeto de cessão se mostre, a final, insuficiente para a quitação de todas as obrigações do cedente, continua este responsável pelo adimplemento do saldo em aberto (Lei n. 9.514/97, art. 19, §§ 1º e 2º; Lei n. 4.728/65, art. 66-B, § 4º).

Vê-se, portanto, que, embora não haja específica proibição do pacto comissório, a sistemática legal referente à efetivação da garantia conduz aos mesmos resultados, sob o ponto de vista econômico. O cessionário fiduciário, em outros termos, não se torna proprietário dos direitos creditórios senão até o quanto baste para assegurar a satisfação do crédito titulado perante o cedente fiduciário.

Não se confunde a cessão fiduciária de direitos

creditórios com a caução de títulos. A primeira é direito real em garantia e, portanto, implica a *transferência* ao patrimônio da instituição financeira credora da propriedade resolúvel do crédito. A caução de títulos, por sua vez, é direito real de garantia, da modalidade penhor, e apenas a posse do documento da dívida é transferida ao banco mutuante, e não a titularidade do crédito caucionado.

A cessão fiduciária de direitos creditórios é o contrato pelo qual uma das partes (cedente fiduciário) cede a titularidade de direitos creditórios a outra (cessionário fiduciário), em garantia do cumprimento de obrigações assumidas pelo primeiro. Os devedores do cedente (cedidos) devem pagar suas obrigações diretamente ao cessionário, cuja titularidade se resolve quando esses pagamentos importarem a integral satisfação de seu crédito.

A propriedade fiduciária dos direitos creditórios cedidos constitui-se por meio de registro do instrumento de cessão no Registro de Imóveis do domicílio do cedente (o art. 1.361 do CC aplica-se ao instituto por força do art. 1.368-A). Não se confunde, porém, esse registro com o previsto no art. 129, 9º, da Lei n. 6.015/73, destinado a produzir efeitos perante terceiros, que deve ser feito também no domicílio da cessionária e do devedor cedido, quando forem diversas as circunscrições territoriais.

DIREITO AUTORAL

INTRODUÇÃO AO DIREITO AUTORAL

1. A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ideias, inúmeras ideias surgem no mundo todo, a cada instante. Nos arredores de *Nakafurano*, a dona de casa olha o jardim e imagina um ikebana; numa sala de aula em *City of Cape*, o professor de matemática descobre uma maneira mais eficiente de ensinar certo ponto da matéria a seus alunos; no laboratório de pesquisa de uma indústria farmacêutica,

situado próximo a *Schwartzwald*, um grupo de cientistas, após anos de trabalho, finalmente encontra a fórmula do novo medicamento; em Lisboa, o poeta tem à mente a palavra com a qual dá por concluído o poema; no escritório em *New York*, o advogado formula a estratégia para atuação do cliente no enfrentamento dum conflito de interesses; na agência de publicidade em São Paulo, o criador vibra ao achar a solução que considera adequada para a campanha do novo produto.

As ideias prestam-se a resolver questões teóricas ou práticas, de maior ou menor complexidade, ou mesmo simplesmente embelezar a vida. A expressiva maioria delas, porém, não tem valor de mercado, por interessar a poucas pessoas. Quando o funcionário público reorganiza o arquivo da repartição para facilitar seu trabalho ou o enamorado compõe ao violão uma música que não atrai a atenção senão da amada, ninguém pagará para usar ou se beneficiar de tais ideias. Aquele esquema de organização do arquivo e as ideias componentes dessa música não têm valor de mercado. Em outros termos, embora ostentem para o funcionário e o apaixonado músico *valor de uso*, elas não possuem *valor de troca*. Como quase ninguém se interessa por ter acesso à facilidade ou prazer que essas ideias proporcionam, não se encontra quem se disponha a pagar por elas.

Na verdade, uma porção muitíssimo pequena das ideias que se manifestam tem valor de mercado. Em geral, apenas

as que decorrem de considerável esforço (trabalho ou investimento) e criatividade despertam o interesse de outras pessoas a ponto de estas se disporem a pagar para delas se beneficiarem. Aquilo que qualquer um pode normalmente conceber, sem expressiva dedicação ou especial espírito criativo, está ao alcance de todos e por isso nada vale numa troca.

Algumas das ideias com valor de mercado são juridicamente definidas como bens intelectuais, com vistas a tutelar os interesses de quem as teve. Para se enquadrar nesse conceito jurídico de bem intelectual não basta, note-se, que a ideia ostente, por sua novidade e utilidade, valor de troca. Alguns segredos de empresa, por exemplo, são criteriosamente preservados porque, a despeito de sua extrema importância e valor, não poderiam ser protegidos como bens intelectuais acaso tornados de conhecimento público. Desse modo, parcela significativamente diminuta das ideias tem a natureza jurídica de bem incorpóreo.

Os bens intelectuais são da propriedade de uma pessoa, física ou jurídica. Essa é a fórmula encontrada pelos direitos de tradição românica para garantir ao autor da ideia valiosa — ou a quem criou as condições para que ela surgisse — a exclusividade na exploração econômica. Assim como o proprietário de bem corpóreo tem o direito de dele usar, gozar e dispor como quiser (observadas as limitações ditadas pela função social), o titular da ideia valiosa também

teria o mesmo direito sobre ela. Ninguém pode usar uma ideia protegida pela propriedade intelectual sem a autorização do seu titular, do mesmo modo que ninguém pode usar qualquer bem corpóreo sem que o seu dono deixe. Tanto é crime explorar economicamente, sem autorização, a propriedade intelectual alheia como subtrair coisa móvel de outrem.

O conceito de uma propriedade referida a bens incorpóreos é relativamente recente no direito e não tem escapado a fortes contestações no plano doutrinário (cf. Cerqueira, 1946:70-147; Espínola, 1956:522). O paralelo entre os bens corpóreos e intelectuais por vezes não é imediatamente aceite. Desenvolve-se, então, um argumento em torno da *imaterialidade* dos bens intelectuais. Não se questiona que a subtração de coisa corpórea do patrimônio de alguém lhe traz prejuízo: desapossado da coisa, o proprietário não tem como usá-la. Há quem defenda, contudo, que a utilização de ideia alheia sem retribuição não causaria ao titular nenhuma perda, porque ele poderia continuar a usá-la igualmente. Se o ladrão tira de alguém o relógio, a vítima perde a posse do bem e não tem como se valer dele para medir o tempo (enquanto o objeto não é recuperado); mas, se um contrafator explora economicamente a invenção alheia sem pagar *royalties* ao inventor, nada impede que este último continue a empregar a mesma invenção em seus produtos. Mas essa é uma forma

equivocada de entender a questão. Quando alguém copia o livro e o vende (ou mesmo distribui gratuitamente), sofrem prejuízo o autor e o editor, que deixarão de ganhar com a venda de outros tantos exemplares. Quando o internetenauta envia, em arquivo no formato MP3, certa música para os amigos, ainda que não o faça com o intuito de lucro, está prejudicando as vendas do CD; conseqüentemente, perdem o compositor, os músicos e a indústria fonográfica envolvidos com o disco.

Certas ideias, por sua novidade e utilidade, têm valor de mercado; algumas delas são definidas, juridicamente, como bens intelectuais. O objetivo é garantir ao seu autor a exclusividade da exploração econômica.

A propriedade intelectual compreende dois grandes

ramos.

De um lado, desdobra-se no *direito industrial*, que disciplina os chamados *bens industriais*, quer dizer, as marcas e desenhos industriais registrados e as patentes de invenções ou de modelos de utilidade. As marcas são expressões que identificam, direta ou indiretamente, produtos ou serviços, tais como *Coca-cola*, *Saraiva*, *Itaú* etc. Os desenhos industriais (*design*) são formas plásticas ou o conjunto de linhas e cores, de natureza exclusivamente ornamental, aplicáveis a um objeto suscetível de industrialização. Quem dá uma nova *forma* para um móvel cria o desenho industrial dele: a “cadeira favela” dos irmãos Campana é importante exemplo do prestigiado *design* brasileiro. As invenções são criações originais do espírito humano; os modelos de utilidade, os seus aperfeiçoamentos. O telefone celular é uma invenção; mas, se alguém cria novo dispositivo para esse equipamento portátil, que amplia as possibilidades de seu uso, faz um modelo de utilidade. O titular do *registro* de marca ou de desenho industrial ou da *patente* de invenção ou de modelo de utilidade tem, em seu patrimônio, a propriedade de um bem intelectual. Os bens industriais estão disciplinados na Lei n. 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial — LPI) e são, juntamente com as bases de dados não originais, objeto de estudo do direito comercial (Coelho, 1998, 1:134/184).

De outro lado, a propriedade intelectual se desdobra no

direito autoral, ramo que disciplina os direitos do autor de obra literária, artística ou científica, os direitos conexos e a proteção dos logiciários, isto é, dos programas de computador (*softwares*). Os principais diplomas legais em que se disciplinam os bens intelectuais dessa natureza são a Lei n. 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais — LDA) e a Lei n. 9.609/98 (Lei dos Programas de Computador — LPC). Esse ramo da propriedade intelectual é estudado pelo direito civil.

É importantíssimo ressaltar, por fim, que o direito autoral, ao contrário do industrial, não protege a ideia por ela mesma, mas pela *forma* com que se apresenta. É certo que contextualizei o tema na proteção das ideias valiosas. Fiz assim porque considero uma opção didática para sua introdução; mas não pode escapar essa ressalva porque, *juridicamente falando*, o direito autoral *não* protege ideias. Como clarificado mais à frente, no campo da obra artística, literária ou científica, os interesses do autor são tutelados relativamente à forma adotada para a expressão da ideia, mas não quanto ao seu “conteúdo”. Qualquer pessoa pode escrever romance com a narrativa de um morto, repetindo a genial ideia que, na literatura brasileira, é obra de Machado de Assis (*Memórias póstumas de Brás Cubas*). Não incorre em plágio enquanto copia apenas a ideia; apenas desrespeita o direito autoral se reproduzir, no todo ou em parte, textos machadianos. Em suma, o direito autoral não protege ideias. O bem tutelado por esse ramo do direito da

propriedade intelectual é a forma da expressão artística, literária ou científica.

2. O DIREITO AUTORAL

Das muitas estranhas abordagens que se podem encontrar nas críticas de cinema que os jornais publicam, chamam a atenção as que, às vésperas da premiação do Oscar, discutem as indicações sob a perspectiva da qualidade artística. Nelas, os críticos lembram de filmes que, artisticamente falando, são superiores aos indicados, mas foram excluídos da disputa, e reservam aos *blockbusters* e aos profissionais que neles atuaram e trabalharam o maior desprezo que forem capazes de articular. São estranhas essas abordagens, a meu ver, porque o Oscar não se destina a premiar os melhores filmes, diretores, atores e outros profissionais da indústria cinematográfica segundo o critério artístico. As premiações são feitas em função das soluções ou *performances* responsáveis pelo maior retorno do investimento aportado no produto. Pense no filme *Titanic*, de James Cameron: teria custado cerca de 250 milhões de dólares e rendeu, em bilheteria somente, mais de um bilhão e 800 milhões de dólares. Como negócio, é impecável. Merece, por isso, as 11 estatuetas ganhas na cerimônia de 1997. Pouco importa que *Amistad*, de Steven Spielberg — que, naquele ano, concorreu (e perdeu) na categoria de melhor filme —, tenha muito mais consistência e importância

cultural.

Discutir seleções feitas pelo critério comercial a partir de parâmetros estéticos e artísticos é um completo disparate. Mas me lembro dessas estranhas abordagens, na introdução do exame do direito autoral, porque penso que ilustram bem a relação entre os dois elementos presentes em diversas obras artísticas, científicas ou literárias: a *inspiração* e a *transpiração*. O Oscar premia, por assim dizer, a transpiração, isto é, o trabalho empresarial que propicia o surgimento de soluções e *performances* adequadas à realização de um filme capaz de atrair aos cinemas de todo o mundo o maior número de pessoas possível. A concorridíssima cerimônia de premiação é a festa de um rentável ramo da indústria do entretenimento. Quando o ator ganha o Oscar, isso significa que a Academia de Artes de Hollywood reconheceu nele um profissional com aptidão para atrair grandes audiências, e não que é necessariamente um artista de especiais dotes dramáticos. A inspiração, quando há, fica decididamente em segundo plano. Tanto melhor se o ator querido das multidões souber também representar um pouquinho.

Para as obras artísticas, literárias e científicas ajuda em muito a inspiração do autor, assim entendida sua aptidão para gerar ideias criativas. Mas há vários exemplos de obras resultantes somente de transpiração, quer dizer, do emprego profissional de trabalho e capital — sem arte nenhuma. Hoje

é patente que o investimento feito no contexto de uma atividade empresarial (aspecto da transpiração, e não da inspiração) é mais importante na criação e divulgação da obra que o valor cultural dela. Sólidas estruturas editoriais garantem alto retorno a livros de escritores medíocres; filmes sem valor artístico nenhum, nas mãos de produtores e distribuidores competentes, arrasam quarteirões; grupos de música popular fazem sucesso brevíssimo, mas rentável; estão lotados os teatros em que conhecidos atores da novela da televisão encenam qualquer coisa.

O direito autoral não tutela os direitos sobre a obra artística, literária ou científica em razão de seu valor intrínseco como bem de cultura. Tal proteção deriva da incidência de normas de direito público, voltadas à preservação do patrimônio histórico e cultural (de um povo ou da humanidade). O direito autoral tutela tais direitos para assegurar o retorno do investimento feito — seja em capital ou em trabalho — na elaboração, produção, distribuição, encenação ou exposição da obra. O escritor investe seu tempo na confecção do texto; a editora custeia a obra e mobiliza sua empresa na produção do livro; distribuidores e livreiros arcam com os custos da colocação do produto junto ao leitor. Essa transpiração toda é protegida pelo direito autoral, quer se trate a obra literária de uma referência cultural que sobreviverá por séculos ou de puro lixo.

O direito autoral é, assim, capítulo do direito privado —

e um dos mais recentes. Por isso, ainda se encontra em dinâmica evolução. Por outro lado, em nenhum outro campo da experiência jurídica talvez se encontre a mesma profunda diferença de concepção entre o direito anglo-saxão e os da família romano-germânica. Em certo sentido, pode-se dizer que na Inglaterra e nos Estados Unidos o direito autoral nasceu como instrumento de proteção dos empresários (editores e livreiros) e evoluiu para tutelar também os autores; na Europa Continental, descreveu a trajetória inversa, surgindo como reconhecimento de um direito natural do criador da obra, e passou paulatinamente a resguardar também os direitos dos empresários do ramo editorial. Na cultura jurídica de origem anglo-saxônica, o acento recaiu na transpiração; na românica, recaiu na inspiração.

Na origem, o direito autoral revestiu diferentes concepções fundamentais na Inglaterra e no continente. A diferença de fundamento gerou dois sistemas (copyright e droit d'auteur), que, embora distintos, têm descrito trajetórias convergentes.

Vale a pena descrever esses movimentos convergentes, porque eles auxiliam a entender as questões atuais do direito autoral, ou seja, os desafios postos pela globalização e internet. O sistema anglo-saxão do direito autoral é referido pela expressão *copyright*, alusiva ao direito exclusivo de tornar pública a obra (subitem 2.1); já o sistema dos direitos de filiação românica é referido por *droit d'auteur*, expressão que enfatiza a titularidade do autor sobre sua criação intelectual e os frutos dela provenientes (subitem 2.2). Se, na origem, o *copyright* e o *droit d'auteur* assentavam em

concepções distintas, eles têm-se aproximado significativamente desde as últimas décadas do século XX. Essa aproximação está relacionada a dois grandes fatores de propulsão da radical mudança na sociedade dos nossos tempos: a globalização (subitem 2.3) e a internete (subitem 2.4).

2.1. *Copyright*

Quando o alemão Johannes Gutenberg inventou os tipos móveis, que possibilitavam a impressão de textos em quantidade e velocidade então inimagináveis, surgiu um novo e promissor segmento de atividade econômica, a de publicação de livros. A novidade foi introduzida na Inglaterra em 1492, e logo em seguida se organizou a entidade corporativa (guilda) dos editores e livreiros ingleses. Em 1557, os reis Philip e Mary outorgaram a essa entidade, a *Stationer's Company*, o direito de exclusividade para a publicação de livros (o *copyright*). Afora alguns casos esporádicos de outorga real de privilégio específico a certos editores, quem não pertencesse à guilda não podia imprimir ou vender livros na Inglaterra. O privilégio atendia simultaneamente aos interesses dos editores e livreiros e os do poder real: enquanto os membros da *Stationer's Company* desfrutavam da reserva de mercado para fazer seus lucros, a monarquia dispunha de instrumento eficiente de censura das ideias contrárias ao poder estabelecido.

O direito autoral no sistema anglo-saxão surge, desse modo, da combinação dos interesses do poder real de controlar o trânsito de ideias e dos editores e livreiros voltados à estruturação do monopólio no setor. Na origem, aos autores não eram reconhecidos quaisquer direitos pela carta real concessiva do privilégio. Naquele tempo, a posse do manuscrito era a única garantia de que o escritor ou dramaturgo dispunha da propriedade da obra; mas, uma vez vendida a papelada ao editor, nada mais lhe restava de direito sobre a criação intelectual. Se o autor ficasse famoso, como Shakespeare, o editor não desrespeitava a integridade da obra. Sua motivação, contudo, era ditada muito mais pelo interesse em continuar publicando os trabalhos de alguém conhecido do que pelo reconhecimento de algum direito derivado da autoria.

A censura foi o objetivo do *copyright* em seus primórdios. Nenhum livro podia ser publicado, mesmo pelos membros da entidade corporativa monopolista, sem a prévia licença real ou eclesiástica. O controle eficaz do trânsito de ideias, entretanto, dependia da vigilância exercida pelos beneficiários do monopólio econômico, na defesa de seus interesses privados. A partir de 1662, para assegurar a exclusividade de publicação a determinado editor e melhorar os controles, tornou-se obrigatório o registro da obra licenciada na *Stationer's Company*. O sistema anglo-saxão de direito autoral, aliás, manteria o registro como condição

do *direito de publicar* até o século XX — no Reino Unido, ele foi abolido em 1911; nos Estados Unidos, em 1976.

O modelo monopolístico que conjugava os interesses do poder real e dos editores e livreiros sobreviveu por cerca de 200 anos. Em 1774, a *House of Lords*, no exercício de sua competência de Corte Constitucional, determinou como deveria ser interpretado o *Statute of Anne*, baixado em 1709. Considerado a primeira lei de direito autoral no mundo, esse estatuto visou, na verdade, desfazer o monopólio que se mostrava já incompatível com o desenvolvimento do mercado editorial. Incorporava uma solução conciliatória, que assegurava, por mais algum tempo (21 anos), a exclusividade da *Stationer's Company* sobre as obras já editadas, enquanto permitia a qualquer interessado estabelecer-se como editor. O *Statute of Anne* não reconheceu propriamente o direito do escritor sobre sua obra, mas o protegeu indiretamente ao prestigiar a liberdade de iniciativa e competição no mercado editorial. Libertado do jugo da *Stationer's Company*, ele negociava melhor o preço de seus manuscritos, e não estava afastada — pelo menos em tese — a alternativa de o escritor mesmo editar seu livro. Mais que uma lei de direito autoral, o *Statute of Anne* foi um diploma de regulação do mercado.

Curiosamente, a noção de que o autor titula um direito natural de propriedade sobre sua obra surge, no direito autoral anglo-saxão, no contexto de argumentos da

Stationer's Company engendrados com o objetivo de tornar perpétuo seu privilégio sobre as obras editadas antes do *Statute of Anne*. Num episódio que ficou conhecido como a batalha dos livreiros, os membros da outrora poderosa guilda moveram processos judiciais contra os novos editores, que passaram a publicar as obras caídas em domínio público depois do transcurso dos 21 anos de extensão do monopólio. Argumentava a *Stationer's Company* que a lei (*statutory law*) não podia limitar o direito natural (*common law*) que os autores titulavam e que lhes haviam sido transmitidos (Patterson, 1968; Lessig, 2004:85/100).

O copyright surge como monopólio real concedido aos editores e livreiros ingleses. Seu objetivo era conciliar os interesses da monarquia relacionados à censura e os dos editores e livreiros voltados à reserva de mercado. A noção de que o autor titulariza um direito natural sobre sua criação intelectual surge 200 anos depois, curiosamente em argumentos destinados a prolongar o modelo monopolista dos primórdios do copyright.

Em 1842, o *Literary Copyright Act* finalmente reconheceu o direito do escritor (e seus sucessores) sobre a obra pelo prazo de 42 anos, contados da primeira publicação, ou 7 da sua morte, o que fosse maior. Em 1911, foi editado o *Copyright Act*, que, além dos direitos do escritor e do ator (que já eram contemplados em lei desde 1833), disciplinava também os do compositor, arquiteto, fotógrafo e outros. Desde o fim da Segunda Guerra, diversos diplomas têm sido adotados no direito inglês com o intuito de introduzir as normas comunitárias. Não há ainda, contudo, plena harmonização do direito autoral na Europa. Por sua vez, nos Estados Unidos, a Constituição consagrou o direito dos autores e inventores à exclusividade temporária sobre suas obras e invenções. Em 1790, editou-se o *Copyright Act*, no qual a duração da exclusividade dos autores foi estabelecida em 14 anos, contados da primeira publicação, prorrogáveis por mais 14. Esse prazo foi ampliado em diversas alterações legislativas e é hoje, para as pessoas físicas, de 50 anos *post mortem auctoris* — isto é, contados da morte do autor (Schechter-Thomas, 2003:153). Desse modo, o sistema *copyright* de direito autoral desveste seu feitiço originário focado no empresário do mercado editorial para se aproximar do *droit d'auteur*, cujo foco foi, no início, a tutela dos interesses do criador da obra intelectual.

2.2. *Droit d'auteur*

Na Revolução Francesa, ocorreu pela primeira vez de o autor ser considerado pelo direito positivo o *propriétaire* de sua criação intelectual. A Assembleia Constituinte proclamou o princípio, embora houvesse estabelecido diversas limitações a essa forma de propriedade. Em 1791, foi editada lei reconhecendo o direito de representação pública, extinguindo mecanismos feudais de semimonopólio na encenação de peças teatrais. Dois anos depois, o direito do autor à exploração econômica de sua obra (*droit d'édition*) foi legalmente consagrado, consolidando a noção jurídica de propriedade literária e artística.

O reconhecimento pelo direito positivo de que o criador de obra intelectual tornava-se o proprietário dela representou um extraordinário avanço na promoção e difusão da cultura. Na Idade Média, os artistas em geral mantinham-se graças ao mecenato. Quando algum nobre ou importante eclesiástico apreciava o trabalho de um pintor, escultor, músico ou mesmo escritor, chamava-o para morar em seu palácio, onde recebia abrigo, sustento e condições para criar e expor suas obras. Evidentemente, o artista ficava completamente exposto aos humores do mecenas e não tinha muita liberdade para desenvolver sua arte. A noção de que a obra era de sua propriedade soaria algo estranha naquele tempo. É certo que se reconhecia, como já dito, que o escritor era o dono dos manuscritos, e que os podia

vender, como qualquer outro bem corpóreo. Não se cogitava então de uma ligação perene entre o autor e sua obra, mesmo depois da alienação dos originais em que a havia registrado. A partir do Renascimento, o mecenato deixou de ser a única alternativa de sobrevivência para os artistas, tendo muitos deles se estabelecido em oficinas próprias para atendimento das encomendas de abastados membros da classe burguesa emergente.

Ao ser juridicamente considerado o proprietário da obra intelectual, o autor passava a ter em seu patrimônio mercadoria com valor de troca, que, uma vez explorada com competência, podia proporcionar-lhe independência material. Não precisando mais viver dos favores de nobres e clérigos poderosos, os artistas podiam usufruir uma parcela maior de liberdade para criar e revolucionar as artes. Claro que estavam ainda sujeitos aos limites ditados pelas exigências do mercado, cujos humores não diferem muito dos mecenas: se criassem algo por demais avançado para o seu tempo, certamente não encontrariam com facilidade interessados em adquirir, patrocinar ou explorar a obra; mas não há dúvidas de que o reconhecimento da propriedade literária e artística aumentou a liberdade dos artistas. Por pequena que fosse, a expansão da liberdade foi bem aproveitada pelos mais talentosos para revolucionar por completo a arte e a cultura.

Alerta Pollaud-Dulian que descabe nutrir uma visão maniqueísta do papel que a Revolução Francesa

desempenhou no processo de constituição do direito autoral. Antes dela, não havia completa repulsa ao reconhecimento de alguns direitos do criador sobre a obra intelectual; assim como, depois da Revolução Francesa, nem todos os direitos do autor foram imediatamente reconhecidos e respeitados (2005:11/17).

Nasce, assim, o *droit d'auteur* no contexto da proteção dos interesses do autor perante os do editor. A preocupação central originária desse sistema não foi a de impedir a contrafação ou plágio, como avulta no *copyright*, mas assegurar ao autor condições favoráveis na negociação da publicação de sua obra com o editor. No contexto dessa preocupação, o *droit d'auteur* formula, ao longo do século XIX, uma das mais importantes premissas da proteção do autor: o conceito dos *direitos morais*. Para esse sistema, a obra é a expressão única da personalidade do autor e se liga a ele de modo tão intenso e perene que os direitos decorrentes dessa ligação transcendem os patrimoniais de edição (quer dizer, os de explorar economicamente a obra). Para sempre, mesmo depois da morte do autor ou a despeito da alienação ou extinção dos direitos patrimoniais, continua a obra de tal forma ligada à pessoa que a criou que certos direitos não podem ser desrespeitados — como o de divulgação do nome do autor, garantia de integridade da obra e outros. No *droit d'auteur*, os direitos morais titularizados pelo autor são direitos de sua personalidade,

tidos como essenciais, absolutos, indisponíveis, extrapatrimoniais e vitalícios (Cap. 52).

No sistema *droit d'auteur*, ao contrário do *copyright*, o registro não era condição para a titularidade do direito sobre a obra. A concepção fundamental era a de que o autor titulava um direito natural, derivado exclusivamente de seu ato criador. Nas relações com o editor, o autor apresentava-se como proprietário da obra, independentemente de qualquer formalidade ou chancela oficial. Em França, o depósito de dois exemplares na *Bibliothèque Nationale* era apenas uma condição para o ajuizamento da ação contra os contrafatores, formalidade que deixou de existir em 1925 (Pollaud-Dulian, 2005:2/37).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou em 1948 o direito do criador à proteção dos interesses morais e patrimoniais atinentes à obra intelectual de sua autoria. Esse preceito, contra o qual haviam manifestado ruidosa oposição os países adeptos do sistema *copyright*, foi claramente inspirado pelo *droit d'auteur* e seu dualismo característico (direitos patrimoniais e morais). Não se deve, contudo, concluir que isso indique a tendência de os direitos da família romano-germânica suplantarem, no campo da proteção da propriedade intelectual, os de tradição anglo-saxônica. Na verdade, o sistema *droit d'auteur* tem descrito trajetória inversa à do *copyright* (Rebello, 2002:195/206; Abrão, 2003). Se, na origem, a ênfase recaía

sobre o escritor com o objetivo de o proteger da exploração do editor, há já algum tempo ele tem tido como preocupação acentuada a preservação dos interesses convergentes do autor e do empresário (indústria cinematográfica, fonográfica, editorial, de computação etc.) contra os plágios e contrafações.

O sistema droit d'auteur proclama, desde o início, que o autor é o proprietário de sua obra intelectual. No século XIX, esse sistema assenta a concepção de que, além dos direitos patrimoniais de exploração econômica da obra, o autor também é titular de direitos morais, como o de ver seu nome associado a ela mesmo após a morte.

O direito brasileiro, por força de sua filiação ao direito de tradição românica, adotou o sistema *droit d'auteur*. Em nenhum momento de sua evolução legislativa se pode notar

qualquer influência decisiva do sistema *copyright*. Desde o início, reconheceu-se no autor o titular dos direitos de exclusividade sobre a criação intelectual. O ato de fundação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda, de 1827, é considerado o nosso primeiro diploma legislativo a fazer menção a direitos autorais. Nesse ato, o Imperador Pedro I outorgou aos lentes daquelas Faculdades de Direito o privilégio, por 10 anos, sobre os compêndios de sua autoria aprovados pela Congregação. A Constituição Republicana de 1891, na “declaração de direitos”, garantia aos autores de “obras litterarias e artisticas” a exclusividade para as reproduzir pela imprensa ou qualquer outro processo mecânico. Em 1898 foi editada a primeira lei brasileira específica sobre a matéria, a Lei Medeiros de Albuquerque, que já incorporava normas de tutela dos direitos morais, como a que impedia alterações na obra não autorizadas pelo autor, mesmo que caída em domínio público. O Código Beviláqua, de 1917, sistematizou a disciplina fortemente inspirado no *droit d’auteur* (cf. Costa Neto, 1998:36/45).

2.3. Direito autoral e globalização

Um dos marcos históricos mais significativos do processo de globalização da economia foi a conclusão, na cidade de Marrakesh, em 1994, da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais. Representantes de economias desenvolvidas e em desenvolvimento

deliberaram pela criação de uma entidade internacional incumbida de auxiliar a integração entre os mercados, a Organização Mundial do Comércio (OMC). Sediada em Genebra, a OMC tem entre suas atribuições a de arbitrar disputas entre países relativamente à observância dos tratados internacionais de facilitação do livre-comércio.

Junto com a criação da OMC, diversos tratados foram também aprovados na conclusão da Rodada Uruguai; e um dos mais relevantes é o *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio* (conhecido por sua sigla em inglês, TRIPs). Isso mostra como o adequado tratamento da questão da propriedade intelectual é crucial para o desenvolvimento da globalização. Com a integração dos mercados, as marcas, patentes e direitos autorais devem estar protegidos por normas harmonizadas em todo o mundo. Caso contrário, os investimentos feitos por um empresário em certo país podem ficar comprometidos por atos de contrafação ou plágio praticados em outro. Se a lei de um país não punir a pirataria segundo o padrão geral estabelecido no Acordo TRIPs, nele poderão ser produzidos bens ou serviços que acarretem lesões aos titulares da propriedade intelectual sediados em outros países. Isso isola e prejudica a economia do país pirata (Maskus, 2000:33/36; Barbosa, 2003:3/10), assim como impede a criação do mercado global de que tanto precisa o capitalismo para sobreviver.

No capítulo relativo ao direito autoral, o Acordo TRIPs estabelece diversas medidas de tutela dessa espécie de direitos intelectuais. De início, determina que os países da OMC cumprirão a Convenção de Berna, o tratado internacional mais importante sobre a matéria (item 5). O Acordo TRIPs ressalva, contudo, a obrigatoriedade de cumprimento do seu art. 6º-*bis*, atinente aos direitos morais, que não foram ainda inteiramente incorporados à cultura jurídica dos países adeptos do sistema *copyright*. Além disso, define que os programas de computador serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna, bem como as estruturas originais de bancos de dados. Fixa, por outro lado, para as obras em geral (excluída a fotografia e a arte aplicada), o prazo mínimo de duração do direito autoral em 50 anos, contados do fim do ano civil da publicação autorizada ou da realização, quando ele não for calculado com base na vida de pessoa física. Assegura igualmente os direitos conexos de intérpretes, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão.

A globalização pressupõe que o direito autoral adote, no mundo todo, os elevados padrões de proteção estabelecidos em tratados internacionais. Com a integração dos mercados, as regras jurídicas tutelares da propriedade intelectual devem ser harmonizadas, para que as contrafações e plágios sejam reprimidos do mesmo modo em todos os lugares.

No governo Fernando Henrique Cardoso, o Brasil se empenhou em aprovar rapidamente novas leis sobre propriedade intelectual compatíveis com sua inserção na

economia globalizada. Em pouco mais de 2 anos após a criação da OMC, reviu a legislação referente a direito industrial, autoral e proteção dos programas de computador. Com isso, sinalizou para a comunidade internacional sua disposição em desfigurar o quanto antes a imagem negativa de um país tolerante com a pirataria. No plano normativo, a matéria está disciplinada entre nós de forma geralmente adequada. A efetiva aplicação das normas tutelares da propriedade intelectual, contudo, tem sido prejudicada por fatores econômicos e culturais. Não é fácil convencer o mal remunerado trabalhador brasileiro que adquirir a versão pirata do CD de seu cantor favorito no camelô, por preço significativamente menor ao da loja, traz-lhe mais prejuízos do que vantagens. Não temos, contudo, outra alternativa. Para que o desenvolvimento econômico possa gerar empregos com boa remuneração e inclusão social, uma das condições é o respeito e o cumprimento das leis de proteção à propriedade intelectual.

A globalização tem reduzido as distâncias entre os dois sistemas fundamentais de direito autoral. A busca de um direito harmonizado que estimule a integração dos mercados em curso não é compatível com a convivência de dois modelos tutelares fundamentalmente distintos. Entre o *copyright* e o *droit d'auteur*, atualmente, talvez a derradeira diferença que ainda sobrevive diz respeito ao instituto dos direitos morais do autor, que o sistema anglo-saxão resiste a

incorporar por completo. No plano dos direitos patrimoniais não há mais nenhuma marca acentuada de distinção. É esse, a rigor, o único aspecto relevante para a harmonização reclamada pela globalização. Para a integração dos mercados, não é necessário que todas as normas jurídicas sejam absolutamente iguais; apenas aquelas que interferem na composição dos preços dos produtos e serviços (“direito-custo”) devem ser harmônicas, com o intuito de evitar vantagens competitivas indevidas. Se o investimento do empresário de cultura não estiver devidamente protegido em alguns países, esses não podem ser alcançados pelo processo de integração dos mercados. Mas, se neles são ou não reconhecidos os direitos morais do autor, isso não ajuda nem prejudica a globalização.

2.4. Direito autoral e inovação tecnológica

As relações entre o direito autoral e as inovações tecnológicas são ambíguas. Estas últimas são responsáveis tanto pelo aparecimento de novos direitos autorais como por expor a riscos os existentes. Não seria possível cogitar de direitos intelectuais do autor de obras literárias antes da invenção dos tipos móveis por Gutenberg; por outro lado, a invenção da máquina de reprografia (Xerox) fez muitos acreditarem que os direitos desses autores estariam com seus dias contados. A invenção do fonograma possibilitou aos compositores, cantores e músicos uma nova fonte de

ganhos derivados de suas obras; a do gravador (toca-fitas) parecia uma ameaça a ela.

Em geral, os autores e empresários de bens culturais têm encontrado soluções e mecanismos que permitem a sobrevivência dos direitos autorais — e, conseqüentemente, da atividade intelectual correspondente — a despeito dos riscos gerados pelas inovações tecnológicas. A indústria cinematográfica, por exemplo, organizou-se de tal modo que a televisão e o DVD não sacrificaram a atividade econômica de exibição em salas de cinema. O filme é lançado, inicialmente, apenas no circuito comercial. Quem o quer assistir nessa fase não tem outra opção senão a sala de projeção, mediante a aquisição do ingresso. No mínimo 6 meses depois desse lançamento é oferecida a versão em DVD, e, nos 3 ou 4 meses seguintes, o filme é comercializado junto às emissoras abertas de televisão. Alguns tantos meses a mais, ele é vendido para veiculação nas TVs por assinatura, e, com isso, termina sua vida rentável. Essa adequada estruturação do setor não só possibilitou a saudável sobrevivência dos cinemas como até mesmo os valorizou: o preço do filme no mercado televisivo (sinal aberto ou por assinatura) tem sido definido em função da bilheteria alcançada durante a temporada no circuito comercial.

Atualmente, a inovação tecnológica que representa a maior ameaça para os direitos autorais é a internete (cf.

Lessig, 1999:124/127; Litman, 2001). Em questão de minutos, qualquer obra de certos tipos (livro, música, filme, fotografia entre elas) pode ser reproduzida e transmitida a milhares de pessoas espalhadas em todo o mundo, sem nenhuma remuneração ao autor ou ao empresário cultural. Há quem afirme, como André Bertrand, que o ambiente digital pode implodir os direitos autorais, deflagrando uma revolução no processo criativo e na forma de utilização das obras intelectuais. Essas não poderiam mais ser consideradas a expressão da personalidade de um autor trabalhando de forma isolada, mas sim um produto cultural de valor econômico resultante do trabalho de uma equipe de diferentes profissionais (apud Santos, 2001:139).

Os que argumentam pela legalidade da reprodução de obra na internet costumam traçar um paralelo com a versão dela em suporte físico e a licitude do empréstimo a amigos. Quem, no fim dos anos 1960, adquiria o *long-play* (em vinil) *Yellow Submarine*, dos *Beatles*, podia emprestá-lo ao seu melhor amigo quantas vezes quisesse sem ofender com isso nenhum direito autoral. Por que, então, estaria desrespeitando a propriedade intelectual aquele consumidor que, hoje em dia, adquire o CD *Yellow Submarine* e, por correio eletrônico, transmite o seu conteúdo ao amigo? Do mesmo paralelo se valem os argumentos pela legalidade da reprodução de outras obras, como os livros, fotografias e filmes. Se é lícito emprestar o livro ao amigo, por que não o

seria enviar-lhe o conteúdo em arquivo magnético via correio eletrônico?

O paralelo falha por duas razões principais. Em primeiro lugar, pelo argumento da *imaterialidade* às avessas: quem empresta ao amigo um disco de vinil não o pode escutar enquanto estiver desaposado do bem, mas aquele que copia as músicas do CD e as envia a conhecidos continua podendo desfrutar do prazer de ouvi-la. Em segundo lugar, porque o disco de vinil podia ser emprestado a cerca de cinco a dez bons amigos, enquanto pela internet não é difícil que o conteúdo de um CD seja enviado a pessoas em quantidade dezenas de milhares de vezes maior. Em suma, são completamente diferentes as duas situações — a do empréstimo do suporte físico a poucos amigos realmente próximos e a da reprodução do conteúdo via contatos na internet, que o levam a milhares de pessoas a rigor desconhecidas do adquirente do CD.

É ilícita a reprodução de músicas, textos literários, fotografias e outras obras protegidas pelo direito autoral sem a autorização do seu titular. A ilicitude remanesce, mesmo que a reprodução ocorra no ambiente digital da internet, seja ela feita com ou sem interesse lucrativo.

Como mencionado, na origem, o sistema *copyright* enfatizava mais a proteção do editor que a do autor, e o *droit d'auteur* fazia o inverso. A internet permite que qualquer um se transforme em editor, mas não em autor. Um adolescente consegue sem dificuldade difundir para as centenas ou milhares de “amigos virtuais” o texto de sua predileção de Luis Fernando Veríssimo, mas não se torna um escritor de primeira grandeza, como o festejado cronista

gaúcho, só por ter acesso à rede mundial de computadores. A defesa do direito autoral, diante dos desafios que a internet suscita, pressupõe o equilíbrio entre a proteção de editores e autores. É ilusório imaginar que poderia ser suficiente proteger apenas o autor. Sem a estrutura empresarial do editor (do produtor de fonograma ou videograma, indústria cinematográfica etc.), não há mecanismo eficiente de remuneração dos direitos do autor. Como essa estrutura depende, para existir, da adequada proteção jurídica ao investimento feito na publicação e distribuição da obra, conclui-se que o estímulo à produção intelectual (traduzido na remuneração do autor pela sua obra) pressupõe a tutela apropriada dos interesses dos empresários de cultura.

A internet acaba contribuindo, desse modo indireto, para a aproximação dos dois sistemas históricos de direito autoral, isto é, forçando o balanceamento correto dos direitos de autor e editor. No enfrentamento dos desafios que essa inovação tecnológica põe ao direito autoral, não há sentido em separar a proteção dos direitos do autor e do editor ou privilegiar um em detrimento do outro.

Para Lawrence Lessig, a proteção dos direitos autorais no *cyberspace* depende muito mais do código (*software*) empregado na rede mundial de computadores do que da lei (1999:122/141), e talvez seja essa a chave para a indústria fonográfica e editorial identificar, no futuro, a melhor forma

de enfrentar o perigo que a internet representa para suas atividades econômicas, bem como para a renda dos escritores, músicos, fotógrafos e outros autores. O controle da observância dos direitos autorais costumeiramente representou um problema para o seu titular, e nem sempre o acionamento da máquina judicial do Estado tem sido eficiente ou compensador sob o ponto de vista pecuniário.

De qualquer forma, a reprodução não autorizada de obras configura ilícito civil e penal, independentemente do meio empregado: cópia xerográfica ou arquivo transmitido por correio eletrônico. Os internetenautas devem ser constantemente informados disso e, quando transgredirem a lei, punidos como merece ser qualquer criminoso.

3. OS DIREITOS AUTORAIS

O direito autoral, tanto no sistema *copyright* como no *droit d'auteur*, surgiu, como visto, com o objetivo de disciplinar os interesses em torno da obra literária, isto é, do texto de livros. Seus fundamentos logo foram aproveitados na regulação dos interesses centrados na obra dramática e, em seguida, na musical, representada nesta última, inicialmente, pela titularidade de direitos sobre a partitura impressa. A expansão do âmbito de aplicação do novo campo do direito civil para disciplina dos conflitos de interesses referentes a outras manifestações culturais foi rápida. Escultores, pintores, desenhistas, ilustradores,

pregadores tomam-se proprietários de suas obras. Não só os artistas, mas também alguns profissionais de formação superior e técnicos, passaram a ver abrigados os projetos de sua autoria no campo do direito autoral, como os arquitetos, engenheiros e paisagistas. O movimento de expansão do direito autoral continuou ao longo dos séculos XIX e XX, acompanhando (daquele jeito ambíguo referido no subitem 2.4) as inovações tecnológicas — a fotografia, o filme cinematográfico, o anúncio publicitário e outras formas de criação intelectual —, que foram adicionadas à lista de obras susceptíveis de tutela.

Essa expansão revela o enorme potencial do conceito de propriedade do autor sobre a criação intelectual. Na verdade, qualquer relação de obra tutelada pelo direito autoral será sempre exemplificativa, pois novas atividades e ocupações de criação surgem constantemente: *web designers*, projetistas de interior, comunicadores de multimeios etc.

Curioso registrar que o direito autoral, a partir de meados do século XX, não está mais vocacionado exclusivamente à proteção do autor, isto é, da pessoa diretamente responsável pela autoria da obra intelectual. Outras pessoas ligadas à produção e difusão de obras protegidas começam a pleitear também a proteção do direito autoral. Inicialmente, foi o caso do intérprete. O ator ou atriz, depois da invenção do cinema e da televisão, começou a se sentir justamente lesado quando via seu trabalho

reapresentado sem receber qualquer remuneração adicional por ele. O produtor de fonograma, por sua vez, ansiava contar com alguma proteção contra a indevida reprodução dos seus discos. Finalmente, as empresas de radiodifusão não se conformavam em ter os seus sinais captados, gravados e reproduzidos sem nenhuma contrapartida. Os atores e atrizes de uma obra dramática filmada ou televisionada não a haviam criado, assim como o fabricante do fonograma e a rádio não compuseram as músicas gravadas ou transmitidas. Não eram decisivamente os autores da obra intelectual, mas tinham contribuído de forma decisiva e única para sua difusão. Para atender às pressões desses segmentos, o direito autoral construiu o conceito de “direitos conexos ou vizinhos ao do autor”. O regente da nona sinfonia de Beethoven gravada em DVD não é o titular do direito de autor — a obra, na verdade, caiu em domínio público —, mas tanto ele como o produtor do videograma titularizam um direito *conexo* ao de autor. Embora qualquer um possa executar a nona sinfonia de Beethoven livremente, inclusive com fins econômicos, ninguém poderá exibir aquele DVD em sessão pública sem a autorização do regente e da empresa que o produziu.

Outra expansão do direito autoral digna de nota diz respeito à definição dos programas de computador como obra protegida. O direito industrial, por suas características, não se mostrou apto a conferir aos *softwares* a proteção

reclamada pela indústria da informática. Os inventores, para gozarem de exclusividade na exploração da invenção, devem tornar públicos os detalhes de sua criação. Uma das fases iniciais do processo de concessão de patente é a publicação das reivindicações do inventor. Ela permite que qualquer titular de invento já patenteado confira se os seus direitos de exclusividade não estariam eventualmente sendo lesados. Mas esse sistema abre, também, a possibilidade de os contrafactores se informarem melhor sobre a criação alheia que pretendem explorar indevidamente. Se fosse protegido pelo direito industrial, o programa de computador deveria ter o seu código-fonte divulgado; isso praticamente inviabilizaria o controle e a repressão das reproduções indevidas. O logiciário, nos quadrantes do direito industrial, ficaria desprotegido. Para amparar os interesses do criador do programa de computador, esse bem intelectual foi definido como obra suscetível de tutela pelo direito autoral.

Ainda hoje segue o processo de expansão do direito autoral, direcionando-se inclusive para a proteção de bens incorpóreos desprovidos de qualquer criatividade. Desde a origem, a noção de propriedade intelectual esteve relacionada à proteção jurídica de ideias que fossem de algum modo inovadoras, criativas ou originais. Mesmo a figura dos direitos conexos fundamenta-se na novidade da interpretação, da gravação ou radiodifusão. Ultimamente, porém, o direito autoral tem-se prestado à tutela de bens

incorpóreos, mesmo que não resultantes de ideias novas. É o caso da proteção dos direitos dos titulares de bases de dados desprovidas de novidade. Note-se que, no Brasil e demais países signatários do Acordo TRIPs, é obra protegida pelo direito autoral a base de dados com *estrutura* nova. O titular da base tem, então, direito de exclusividade sobre essa configuração, mas não sobre o conteúdo, que é protegido por regras de concorrência desleal apenas. Pois bem, a Comunidade Europeia, não podendo valer-se do conceito de concorrência desleal, por ser instituto estranho a certos países de língua inglesa, socorreu-se do direito autoral para a proteção das bases de dados *não originais*. Na Europa, o comerciante que tem usurpado o banco de dados de seus consumidores pode invocar a proteção do direito autoral, mesmo que não o tenha estruturado de forma inovadora ou seu conteúdo seja o mesmo de tantas outras bases (Ascensão, 2002; Santos, 2000).

Os direitos autorais compreendem os do autor e os conexos.

Os direitos do autor são os

titulados pelo criador de obra literária ou artística (escritor, dramaturgo, compositor, pintor, escultor, desenhista etc.), certos trabalhos profissionais (criação publicitária, projeto de arquiteto, engenheiro, paisagista etc.) e programa de computador.

Por sua vez, os direitos conexos aos dos autores são os titulados pelos intérpretes (atores, atrizes, cantores, regentes, instrumentistas etc.), produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão.

Diante desse quadro, o mais apropriado parece ser mencionar e estudar os direitos autorais (no plural). Há pouca coisa em comum entre as pinceladas elaboradas de um pintor e o investimento de uma indústria de informática no desenvolvimento de um novo programa de computador. O que confere uma vaga unidade a todos os fatos jurídicos a que se referem as normas do direito autoral é a extraordinária flexibilidade da noção de propriedade intelectual. Pode-se falar em direito autoral (no singular) na identificação da área da tecnologia jurídica destinada ao estudo desses fatos jurídicos (excluído o campo de interesse do direito industrial). Quer dizer, os direitos autorais são estudados pelo direito autoral.

4. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DOS DIREITOS AUTORAIS

As características fundamentais dos direitos autorais são quatro:

a) *Proteção da forma*. Inaugurei o capítulo associando a propriedade intelectual à proteção de certas ideias com valor de troca. É o momento de precisar o conceito. Existe, de fato, clara relação entre, de um lado, o direito da propriedade intelectual e, de outro, o prestígio a certas ideias de utilidade ou proveito generalizado. Isso não significa, porém, que tais ideias sejam sempre o *objeto* da tutela jurídica. Pelo contrário, o ramo do direito da propriedade

intelectual aqui em foco — o direito autoral — não protege o conteúdo da ideia (ela em si mesma, por assim dizer), mas unicamente a *forma* pela qual se exterioriza e é difundida. No campo do direito industrial, a equação é invertida, protegendo-se a ideia e não sua forma. Se um fabricante de móveis for o primeiro a denominar seus produtos pela marca registrada *Sul América*, ninguém mais poderá concorrer nesse segmento de mercado valendo-se da mesma ideia. Mesmo que as formas das marcas não coincidam (uma lembra o contorno do continente sul-americano enquanto a outra é elíptica e abstrata), quem teve a ideia em primeiro lugar e registrou a marca *Sul América* na classe dos móveis tê-la-á protegida pelo direito industrial. Na mesma medida é a tutela das invenções patenteadas: o invento pode ser descrito por formas diversas, mas terá o direito de exclusividade aquele que primeiro tiver patenteadado a *ideia nova*.

No direito autoral é diferente; nele se protege só a forma. Quem primeiro tiver revestido uma ideia (nova ou antiga) por certa forma, divulgando-a, será considerado o seu autor. Sem autorização dele, ninguém mais poderá adotar como se sua fosse a mesma forma para aquela ideia. Desse modo, não estaria lesando nenhum direito de autor de Chico Buarque de Holanda quem compusesse música falando do suicídio do operário da construção civil na obra em que trabalha, *desde que* não utilize nenhum trecho da melodia ou

da letra de *Construção*. Outro exemplo: pode-se criar uma história em quadrinhos centrada num grupo de crianças crescendo em meio urbano sem ofender os direitos de Charles Schulz (autor das tirinhas de *Charlie Brown*) ou de Maurício de Souza (*Turma da Mônica*), até mesmo se um dos personagens for um menino sujo; desde que não se copie o traço dos personagens Pigpen ou o Cascão, nem se reproduza a *forma* dos desenhos e textos, não há lesão ao direito de autor. Mais um exemplo: qualquer arquiteto pode projetar um edifício com arcos — essa ideia não é de ninguém; mas os arcos não podem ter a forma característica dos que embelezam a fachada do Palácio da Alvorada, por serem esses criação de Oscar Niemeyer.

Em outros termos, quando a ideia se sujeita ao direito autoral, ninguém tem a propriedade dela, por mais original, inovadora ou criativa que seja. O direito de exclusividade, nesse ramo da propriedade intelectual, diz respeito unicamente ao modo de exteriorização da ideia.

b) Suportes físicos. A toda obra se liga um ou mais suportes físicos, tangíveis ou intangíveis, com os quais não se confunde *enquanto objeto de direito*. Uma composição musical qualquer não existe como obra sem que ondas sonoras emanadas dos instrumentos e vozes de músicos e cantores a materializem, tornando-a captável por nossos ouvidos. O suporte físico aqui (intangível) são essas ondas mecânicas do som. Enquanto era uma simples ideia na mente

do autor não se considerava uma obra, por lhe faltar um suporte apto a exteriorizá-la. Na medida em que o compositor anotou num pentagrama o som que ouvia internamente, já ganhava a obra seu primeiro suporte em papel. Gravada, ela recebe outro tipo de suporte, agora corpóreo, como o CD ou o disco rígido de um microcomputador.

A ligação de certas obras com seu suporte físico tem tal intensidade que se torna impossível separá-los *sob o ponto de vista material*. Se as únicas cópias disponíveis de um antigo filme se perdem, a obra deixa de existir também (Ascensão, 1997:32). O *remake* feito a partir de roteiros escritos preservados não será a mesma obra, porque diretor, atores e atrizes serão outros. Mas, ainda nos casos de ligação materialmente essencial entre a obra e o suporte que a veicula, *sob o ponto de vista jurídico*, será sempre pertinente a distinção. Obra e suporte são objetos de direito inconfundíveis, sendo cada um titulado por sujeito diverso.

Da propriedade do suporte físico não deriva nenhum direito sobre a obra nele incorporada (LDA, art. 37). Quando adquiro um livro de poesias de Fernando Pessoa, torno-me o dono dele, ou seja, do suporte físico em que a obra poética se assenta: ninguém pode subtrair-me o volume; posso recortar a folha do meu poema predileto para levá-lo na carteira; se perder o interesse pela coisa, tenho o direito de doá-la ou vendê-la a quem desejar, ou simplesmente entregar o tomo para um serviço de recolhimento de recicláveis etc.

Evidentemente, em razão da aquisição do livro não passo a ter nenhum direito sobre as poesias nele impressas. Embora a obra não exista sem algum suporte físico que a torne passível de difusão, ela é sempre distinguível juridicamente desse instrumento de materialização, com ele não se confunde.

Mesmo quem adquire os manuscritos da obra literária, a partitura em que o compositor escreveu a melodia pela primeira vez ou a escultura nova não se torna dono senão de um suporte físico. Para que ele titule também algum direito patrimonial sobre a obra incorporada no bem corpóreo adquirido, será indispensável que o receba por declaração de vontade do autor, isto é, por um negócio jurídico translativo praticado por este último. A específica pedra de mármore em que Brecheret esculpiu sua *Eva* é o suporte da obra. A peça pertence à Prefeitura de São Paulo e se encontra exibida no seu Centro Cultural (CCSP). O suporte corpóreo, mas não a obra, integra o patrimônio desse ente público. Os direitos patrimoniais sobre a obra são titularizados pelos sucessores do escultor. Se, não havendo cláusula restritiva desse direito no negócio jurídico de aquisição da peça pela Prefeitura de São Paulo, os sucessores de Brecheret podem autorizar, por exemplo, a reprodução dela, que será feita evidentemente num outro suporte corpóreo — seja em mármore ou em material diverso (gesso, bronze, madeira etc.). A mesma obra escultural estará

então impregnada tanto na peça original encontrada no CCSP como na outra.

Assim como a propriedade de um exemplar do suporte físico não implica nenhum direito sobre a obra, também os direitos do autor não lhe conferem nenhuma titularidade sobre os exemplares. Estes pertencem, sucessivamente, ao editor, distribuidor, comerciante e consumidor. O autor não tem direito nenhum sobre os exemplares de sua obra. No máximo, se estiver veiculando ofensa a seu direito patrimonial ou moral, poderá pleitear em juízo sua apreensão e destruição.

c) Temporalidade dos direitos patrimoniais. Assegurar ao autor o direito de explorar economicamente sua criação intelectual atende não só ao interesse privado do artista, escritor, músico, fotógrafo e outros criadores (o de prover o seu sustento e da família) como, muitas vezes, também ao interesse público (promoção do desenvolvimento cultural). São interesses que convergem: o autor que vive de seu trabalho tem total independência para criar e, portanto, contribuir com o crescimento cultural de seu país. Relembro que o direito autoral tutela mesmo as obras desprovidas de importância, e, nesse caso, esgota-se sua função no âmbito dos interesses privados.

Os direitos patrimoniais sobre a obra, contudo, não devem ser perenes. Para que o direito autoral não se torne prejudicial ao desenvolvimento da cultura é necessário

limitar no tempo a exclusividade do autor na exploração econômica da obra. Desatende ao interesse público estender a duração dos direitos patrimoniais para além do prazo razoável para gerar os recursos para o sustento do autor e de seus familiares próximos. Depois de transcorrido certo prazo, toda e qualquer obra intelectual cai em domínio público, ou seja, pode ser explorada por qualquer pessoa, independentemente de autorização ou remuneração aos sucessores do autor.

A editora que quiser publicar romances de Machado de Assis, por exemplo, pode fazê-lo livremente. Não precisa de autorização de ninguém e não deve remuneração a quem quer que seja. Como Machado de Assis não deixou descendentes — não transmitiu “a ninguém o legado da nossa miséria” —, suas obras caíram em domínio público na data do seu falecimento, 29 de setembro de 1908 (LDA, art. 45, I). O editor está obrigado apenas a respeitar os direitos morais, não podendo, por exemplo, omitir o nome do autor ou introduzir no texto qualquer mudança. O domínio público da obra amplia o acesso a ela, na medida em que permite aos editores oferecê-la por preço reduzido. Não precisando remunerar os sucessores do autor, o editor terá custos reduzidos. De outro lado, por estar exposto à concorrência (já que outros também podem publicar a mesma obra), procurará praticar o preço mais competitivo possível.

Em suma, a exclusividade na exploração econômica da

obra é fator propulsor do desenvolvimento cultural se for temporária. Sua eternização seria nociva à plena difusão das ideias. O direito patrimonial do autor é, por definição, limitado no tempo.

d) Registro com função comprobatória. O direito autoral constitui-se pelo ato de criação intelectual e independe de qualquer registro (LDA, art. 18) ou outra formalidade, aspecto em que ele se distancia uma vez mais do direito industrial. Neste último, os direitos de exclusividade na exploração de marca, desenho industrial, invenção ou modelo de utilidade decorrem de um ato de concessão do Estado, por meio de uma de suas autarquias, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Se o primeiro a inventar for o segundo a pleitear a patente, ele não terá o direito de exploração exclusiva da invenção; quem registrou a marca antes tem o direito de impedir que outro continue a utilizá-la, ainda que este último a esteja usando há mais tempo.

As características fundamentais dos direitos autorais são quatro: (i) não se protege a ideia, mas apenas a forma pela qual ela é exteriorizada; (ii) à obra sempre se liga um suporte físico, do qual, no entanto, é independente como objeto de direito; (iii) os direitos patrimoniais do autor são temporários, ao passo que os morais se eternizam; (iv) os direitos do autor nascem do ato de criação e independem de qualquer registro ou outra sorte de formalidade.

Tanto os direitos patrimoniais como os morais do autor nascem do ato de criação. Quando o compositor dispõe notas musicais numa nova associação melódica ou dissonante, o escritor dá por concluído o texto do livro, salvando-o em arquivo de seu microcomputador, o pintor dá a última pincelada no quadro ou o fotógrafo clica a imagem inspiradora, eles se tornam os titulares dos direitos sobre a respectiva obra. Nada além da criação intelectual é condição para a constituição do direito autoral. Mesmo a publicação (divulgação ou comunicação) não é necessária para constituir-se o direito, seja moral ou patrimonial (Cap. 51, item 5). Claro que o criador de obra inédita pode ter maiores dificuldades de provar a anterioridade da autoria, mas isso não significa estar ele desprovido de direitos autorais — aliás, um dos seus direitos é exatamente o de manter a obra inédita (LDA, art. 24, III), o que demonstra a preexistência deles em relação à publicação.

O registro da obra não tem caráter constitutivo do direito autoral, mas serve apenas de elemento de prova da anterioridade da autoria (Cap. 51, item 7).

5. PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO E EM CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A proteção do direito do autor no Brasil possui raiz constitucional. Na Constituição Federal, o art. 5º, XXVII, estabelece que “aos autores pertence o direito exclusivo de

utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. É tradição do direito constitucional brasileiro estar atento à matéria: com pequenas variações na redação da norma e à exceção das Cartas de 1824 (Imperial) e de 1937 (Ditadura getulista), as nossas Constituições têm contemplado, na declaração dos direitos fundamentais, o do autor sobre suas obras. Inovação da Constituição de 1988 encontra-se no inciso XXVIII, que, preocupado com novas expressões e a efetividade da tutela do direito autoral, assegura, nos termos da lei, “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas” (alínea *a*), e “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas” (alínea *b*).

A lei ordinária, na disciplina do direito do autor, não pode ultrapassar os limites ditados pelos preceitos constitucionais. Não poderia, por exemplo, fixar o prazo de duração do direito de exclusividade sobre a utilização, publicação ou reprodução da obra de modo a se extinguir ainda em vida do autor. Como a norma constitucional fala em transmissibilidade aos herdeiros, determina que o autor titule esse direito enquanto viver. Do mesmo modo, seria inconstitucional e inválida a lei ordinária que perenizasse o

direito do autor. Na defesa do interesse público relacionado à temporalidade desse direito, a Constituição claramente exclui sua eternidade. Ele há de durar, então, no mínimo pela vida do autor e, no máximo, por mais algum tempo após o falecimento dele.

Atente que o texto fundamental não protege senão os direitos *patrimoniais* do autor, ligados à exploração econômica da obra. Os direitos *morais*, pertinentes à projeção da personalidade do autor na criação intelectual, são disciplinados exclusivamente na LDA. Essa distinção de tratamento tem implicações consideráveis. Os interesses morais do autor não prevalecem quando conflitam com direitos consagrados na Constituição, como o de propriedade, por exemplo (Cap. 52, item 7).

Além do abrigo no plano da Constituição, os direitos do autor encontram-se protegidos também em normas internacionais adotadas pelo Brasil. A globalização apenas acelerou o processo de internacionalização do direito autoral, que deita suas raízes na segunda metade do século XIX, época em que já se percebia a importância para o desenvolvimento econômico e cultural de a matéria ser disciplinada de maneira similar em todo o mundo.

A primeira e mais importante convenção de direito autoral foi assinada em Berna, Suíça, em setembro de 1886. No Brasil, ela vige desde fevereiro de 1922. A Convenção de Berna criou uma União de países cujas ordens jurídicas não

admitem a discriminação entre o residente e o estrangeiro, relativamente ao direito do autor de obras artísticas e literárias, e adotam um padrão mínimo de proteção. Objeto de sucessivas revisões, vigora atualmente de acordo com a versão aprovada em Paris, no ano de 1971. É verdade que, por mais de 100 anos, a Convenção de Berna se ressentiu da falta de adesão dos Estados Unidos. Sua forte inspiração no *droit d'auteur* parecia erguer barreiras culturais ao ingresso na União da mais importante economia mundial (malgrado tal característica não tivesse impedido a pronta adesão do Reino Unido) (cf. Schechter-Thomas, 2003:275/277). Com a revisão do *Copyritht Act* em 1976, aproximou-se o direito norte-americano da trajetória do *droit d'auteur*. Os Estados Unidos assinaram a Convenção de Berna 12 anos depois, num marco significativo do processo de evolução do direito autoral e superação das diferenças entre seus dois sistemas fundamentais.

Outras normas internacionais importantes são: o *Tratado sobre registro internacional de obras audiovisuais*, celebrado em Genebra em 1989 e vigente no Brasil desde junho de 1993; a *Convenção para a Proteção dos Produtores de Fonogramas*, de 1971, em vigor entre nós desde novembro de 1975; e a *Convenção de Roma*, sobre os direitos conexos de intérpretes, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão, firmada em 1961 e com vigência no Brasil a partir de setembro de 1965.

O direito patrimonial do autor é protegido por normas constitucionais (CF, art. 5º, XXVII e XXVIII) e internacionais (Convenção de Berna, de Roma e outras). Algumas destas últimas também protegem os direitos morais do autor.

Essas convenções e tratados sobre direito autoral são administrados por uma entidade internacional integrante do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), denominada Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com sede em Genebra.

6. AS IDEIAS SEM PROTEÇÃO

As ideias valiosas e úteis costumam ser, direta ou indiretamente, protegidas pelo direito da propriedade intelectual. Quando alcançadas pelo âmbito do direito industrial (marcas, desenhos industriais, invenções ou modelos de utilidade), a proteção da ideia é direta. Quem se limita a descrever invenção patenteada por uma forma nova *não* consegue obter nenhuma exclusividade de exploração econômica. Isso porque não é a forma de descrição, mas a própria ideia do inventor, que está tutelada pela patente. Do mesmo modo, quem registra uma marca tem direito de exclusividade sobre a ideia nova de chamar determinados produtos ou serviços por certa expressão. Mesmo que o concorrente adote uma forma absolutamente diferente, inconfundível com a da marca registrada, não poderá utilizá-la. De novo, é a *ideia* que está sendo diretamente protegida pelo direito industrial, e não sua forma.

Viu-se, também, que muitas ideias podem ser *indiretamente* referidas pelo direito autoral. Nos fatos jurídicos sujeitos à incidência desse ramo do direito de propriedade intelectual, não há nunca exclusividade na exploração econômica da ideia em si mesma considerada, mas tão somente da forma nova que o autor lhe conferiu. Haveria, por assim dizer, uma possível proteção indireta. A ideia é excluída expressamente pela lei dos objetos do direito autoral (LDA, art. 8º, I), mas a proteção da forma acaba atendendo aos interesses patrimoniais e morais do autor

relativos à obra por ele gerada.

Finalmente, cabe uma pequena menção à proteção indireta das ideias por meio das normas de repressão à concorrência desleal. As informações estratégicas, confidenciais, reservadas que todo empresário tem não podem ser protegidas pelo direito industrial, porque isso pressupõe torná-las acessíveis aos concorrentes. Também não têm proteção do direito autoral, que se destina à tutela da obra artística, literária e científica, além dos chamados direitos conexos (intérpretes, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão) e dos programas de computador. Essas informações, denominadas *segredo de empresa*, só podem ser protegidas de modo indireto por meio da responsabilização civil e penal do concorrente que a usurpar e explorar ilicitamente.

Há, por fim, uma considerável gama de ideias valiosas e úteis que simplesmente não recebem nenhuma proteção jurídica. Escapam tanto da proteção direta do direito industrial como da indireta do autoral.

Considere-se um exemplo. O professor de educação física tem a ideia de uma nova modalidade de condicionamento físico ministrado de forma coletiva (em aulas de academia de ginástica). É nova, já que ninguém antes pensara nela; é valiosa, por haver consumidores interessados em adquirir os serviços correspondentes; é útil, na medida em que traz resultados eficientes em termos de

condicionamento físico. Mas não é obra protegida pelo direito autoral, nem atende às características necessárias à tutela pelo direito industrial. Esse professor não tem reconhecida pela ordem jurídica nenhuma propriedade sobre sua criação — ela pertence à humanidade. Qualquer um que tenha conhecimento dela pode licitamente copiá-la e explorá-la. O que as academias de ginástica fazem para se proteger minimamente é registrar, como marca, o nome dado aos tipos de aula que ministram. Ninguém, nesse caso, pode oferecer os mesmos serviços de educação física usando marca igual ou semelhante; mas pode oferecê-los (exatamente iguais), de modo lícito, se empregar marca diversa, registrada ou não. Se o professor criador do novo modelo de condicionamento físico pretender alguma remuneração pela ideia nova que teve, precisa celebrar contrato de prestação de serviços com uma academia que se interesse pelo produto a partir de sua descrição geral. Quer dizer, o autor terá no máximo uma proteção pelo direito contratual. Veja, contudo, que, se ele não conseguir negociar qualquer remuneração em contrato, simplesmente não terá direito de a exigir de quem quer que seja.

Nem todas as ideias novas, valiosas e úteis são protegidas no atual estágio de evolução do direito da propriedade intelectual.

No futuro, pode ser que a ordem jurídica desenvolva mecanismos de proteção dessa e de outras ideias novas, valiosas e úteis. Há tecnólogos prestigiados que acreditam firmemente nessa possibilidade, como Antonio Chaves, por exemplo (1987:193/195). Por enquanto, no atual estágio de evolução do direito de propriedade industrial, há muitas ideias que, malgrado a novidade, valor e utilidade, não são da propriedade do criador.

O AUTOR E SUA OBRA

1. UMA LIGAÇÃO MUITO ESPECIAL

Entre o autor e sua obra há uma ligação muito especial, de natureza psicológica. O autor projeta sua personalidade na obra intelectual a que dá vida. Em qualquer campo da expressão artística, literária ou científica, o criador se reconhece nos resultados do seu trabalho. Ele — e muitas vezes *só ele* — sabe onde está a marca individual de sua contribuição específica, guarda na memória as dificuldades surgidas e as soluções encontradas no projeto e execução e tem meios de mensurar a exata importância de sua criação para o contexto cultural em que se insere.

A relevância da especial ligação entre o autor e a obra é reconhecida pelo direito autoral brasileiro. Sujeito e coisa como que se fundem sob a ótica da formulação jurídica do tema. A fusão perdura até mesmo para além da vida do criador intelectual, permanecendo indissociáveis sua pessoa e obra. A ligação é de tal modo especial que persiste ainda quando falecido o autor — ninguém, por exemplo, pode alterar a obra sem sua anuência, nem mesmo os sucessores.

Considere o trabalho de Deborah Colker, conhecida coreógrafa e dançarina brasileira. Em razão da extraordinária criatividade que os caracteriza, balés como *Velox* (1995), *Rota* (1997), *Casa* (1999), *4 por 4* (2002) e *Nó* (2005), montados por sua companhia de dança, ficaram indelevelmente ligados à artista. Qualquer dessas obras está de tal modo associada a Deborah Colker que é impossível pensar numa sem a outra. Do mesmo modo, não se pode pensar na revolucionária peça de teatro *Vestido de noiva* (1943) — e seus planos propositadamente pouco delimitados da imaginação, memória e realidade — dissociada do grande dramaturgo Nelson Rodrigues. Nem se consegue abstrair, mirando edifícios apoiados em pilotis, o nome de Le Corbusier, mesmo se não foram projetados pelo arquiteto franco-suíço.

Em geral, o autor é uma pessoa especial, que se destaca por sua sensibilidade, inteligência, perspicácia, amadurecimento e visão do futuro. A obra também, em geral,

é algo especial, que não se perde na profusão de coisas ao nosso redor. Mas, ainda que autor e obra não sejam especiais, a ligação entre eles é. Como dito anteriormente, o direito autoral protege qualquer criação intelectual inovadora, incluindo as desprovidas de valor cultural. A projeção da individualidade do autor em sua obra artística, literária ou científica é considerada relevante para o direito, mesmo que os dois sejam insignificantes para a cultura.

A estreita ligação entre autor e obra sugeriu a alguns tecnólogos a pertinência de considerar certos direitos titulados pelo primeiro como espécie de seus *direitos da personalidade*. Refiro-me aos direitos morais do autor, uma vez que em relação aos patrimoniais não há que se cogitar de semelhante aproximação. Pois bem, os direitos morais do autor teriam a mesma classificação jurídica do direito ao nome, à privacidade, sobre o corpo, à imagem etc. (Cap. 7, item 4). É a posição, entre outros, de Pontes de Miranda, que identifica o *direito autoral de personalidade* como um dos três titulados pelo autor — os outros dois seriam o de *nominação* e o de *exploração* (1963, 16:10/12 e 37/100). Deriva da classificação dos direitos morais como de personalidade a aplicação das normas de conteúdo geral disciplinadoras deste último instituto. Em outros termos, as características próprias dos direitos da personalidade — são absolutos, vitalícios, indisponíveis etc. — são consideradas também atributos dos direitos morais do autor (Cap. 52, item

2).

A ligação entre o autor e sua obra é especial. O autor projeta em sua criação intelectual a própria personalidade. Essa fusão entre sujeito e objeto é considerada relevante pelo direito autoral, principalmente na proteção dos direitos morais do autor.

Neste capítulo, são estudados os dois elementos dessa especial ligação entre criador e criatura. De um lado, o autor, seu conceito jurídico, os critérios para sua identificação e os direitos que titula; de outro, a obra protegida e as diversas classificações que a acolhem.

2. CONCEITO DE AUTOR

No Brasil, em razão da histórica filiação ao sistema *droit d'auteur*, o direito autoral é centrado no criador da obra intelectual. É ele o principal destinatário da proteção jurídica. A autoria, o ato de criar algo novo e interessante para outras pessoas — sob o ponto de vista econômico, cultural, estético, psicológico etc. —, é o fundamento da proteção. O núcleo do direito autoral é o autor.

O autor é sempre uma *pessoa física*. Dita a lei que o “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (LDA, art. 11). O ato de criar é exclusivo desse tipo de sujeito de direito. Somente homens e mulheres são materialmente capazes de produzir obras intelectuais. Certos animais amestrados, como macacos ou elefantes, conseguem espalhar tintas coloridas numa tela e chegar a resultados próximos ao de uma pintura abstrata. Mas esse resultado não é arte, porque não decorre de nenhuma elaboração intelectual, coisa que só os seres humanos por enquanto desenvolveram a capacidade de produzir; trata-se apenas de uma tela colorida. Nem mesmo os demais sujeitos de direito são considerados autores. As pessoas jurídicas e os entes despersonalizados não têm meios materiais para imaginar qualquer ideia nova, e a lei brasileira não lhes atribui aptidão jurídica para tanto. Outros direitos, como o norte-americano, admitem a criação intelectual pelas pessoas jurídicas, mas não o nosso. Como resultado, no Brasil, o autor será

necessariamente a pessoa física que concebeu a obra intelectual, formulando-a em sua mente.

Não se exige a capacidade da pessoa física para titular direitos autorais (Chaves, 1987:59-62). O menor e o interdito têm aptidão para criar obras intelectuais novas. Por certo, ao exercerem seus direitos autorais, deverão estar representados ou assistidos na forma da lei, como na generalidade dos casos. Não terão, contudo, menos direitos morais ou patrimoniais do que os autores capazes.

Os direitos autorais são de duas espécies: morais e patrimoniais. Os direitos morais são, por exemplo, os relacionados à paternidade, preservação da integridade da obra e outros. Já os direitos patrimoniais ligam-se à exploração econômica da propriedade intelectual. Os direitos morais são legalmente inalienáveis. Por isso, o seu titular será sempre a pessoa física responsável pela autoria da obra intelectual, ou, em alguns casos, os seus sucessores (Cap. 52). Em relação aos direitos patrimoniais, o autor é forçosamente o *primeiro* titular. A propriedade intelectual decorre da autoria, do ato de criação, e, por isso, a pessoa física responsável por esse ato torna-se, em razão dele, a titular do direito de exclusividade na exploração econômica da obra intelectual. Contudo, por meio de negócio jurídico (posterior ou anterior à criação), é possível que a titularidade de direito patrimonial venha a ser transferida a pessoa jurídica.

Os direitos autorais patrimoniais sobre a obra de Cazuzza são hoje titulados por uma pessoa jurídica, a Fundação Cazuzza. Com a morte do famoso compositor e cantor em 1990, vítima de AIDS, seus sucessores (os pais) passaram a ser os titulares desses direitos e, por declaração de vontade (instituição de fundação), os transferiram para a Fundação Cazuzza, que se dedica a apoiar crianças e jovens soropositivos. Em relação aos direitos morais, com a morte do autor, alguns deixaram de ser titulados por quem quer que seja (modificar a obra, por exemplo) e outros (assegurar a integridade da obra) foram transferidos aos sucessores.

Considere também a hipótese de obra feita sob encomenda ou por assalariado (subitens 5.4 e 5.5). Se pessoa jurídica contrata alguém (como prestador de serviços autônomos ou empregado celetista) para criar algo no seu interesse, isso não faz dela a autora. Pelo contrário, continua a ser autor a pessoa física que tiver idealizado a obra. Imagine a sociedade empresária que contrata um publicitário para a criação da imagem de novo produto. É irrelevante para o direito autoral se a contratação se fez de acordo com o regime do direito do trabalho ou cível: os conceitos e ideias engendrados pelo profissional (que serão aproveitados na confecção da embalagem, campanha e anúncios publicitários) são obras intelectuais da pessoa física, a despeito de terem sido elaboradas sob encomenda para atendimento de interesse exclusivo do encomendante. A

pessoa jurídica deve, em casos como este, acautelar-se, inserindo no contrato de trabalho ou de prestação de serviço celebrado com o autor a transferência (cessão) para ela da titularidade dos direitos autorais (patrimoniais) sobre a obra encomendada. Se não houver nenhuma específica manifestação de vontade do autor no sentido de dispor dos seus direitos autorais disponíveis para a pessoa jurídica contratante, esta última não será titular de direito nenhum sobre a criação (LDA, art. 4º). Os honorários ou remuneração que tiver pago ao contratado para o trabalho criativo ou a prestação dos serviços de criação da obra intelectual não se consideram contrapartida à aquisição da titularidade dos direitos autorais sobre ela *se* não houver expressa cláusula nesse sentido. Em suma, na obra sob encomenda ou feita por empregado, a pessoa jurídica encomendante ou empregadora não é autor, malgrado tenha sido dela a identificação da demanda pela obra intelectual e todos os investimentos necessários à sua elaboração. Mas, se tiver contratado com o autor a aquisição dos direitos intelectuais sobre a criação na condição de cessionária, ela será a titular do direito autoral.

Em outros termos, não se confunde o autor com o titular dos direitos autorais: ao lado daqueles cujo titular é o criador da obra há os titulados por outrem (sucessores ou cessionários). Quer dizer, o autor não é sempre o titular dos direitos autorais. De um lado, se falecido, os sucessores

passam a titular os direitos patrimoniais e determinados direitos morais. De outro, os direitos patrimoniais podem ser transferidos por declaração de vontade dele ou de seu sucessor. Desse modo, embora o autor seja inexoravelmente pessoa física, pode existir pessoa jurídica titular de direito autoral patrimonial, na condição de cessionária.

O autor, no direito brasileiro, é sempre a pessoa física que concebeu a obra intelectual. Do simples ato de criação nascem seus direitos autorais, morais e patrimoniais.

Os direitos morais são indisponíveis, e apenas parte deles se transmite aos sucessores com a morte do autor. Já os direitos patrimoniais, o autor ou seus sucessores podem transferir a outro sujeito de direito, pessoa física ou jurídica.

Concluindo, o titular dos direitos autorais goza também da proteção da lei, mesmo que não seja o autor. Embora o autor continue sendo o centro da atenção da disciplina jurídica, o sucessor do direito moral ou patrimonial e o cessionário deste último são igualmente destinatários da proteção do direito autoral. Assim é, mesmo no caso de ser pessoa jurídica a titular do direito, na condição de cessionária (LDA, art. 11, parágrafo único).

3. IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR

A identificação do autor é questão central para o direito autoral. Se duas pessoas disputam a autoria da mesma obra, é necessário fixar critérios para a definição de qual delas é a titular da propriedade intelectual.

Autor é quem se identifica como tal — eis o critério da lei. Basta a associação a determinada obra intelectual do nome civil, completo ou abreviado, as iniciais deste, pseudônimo ou qualquer outro sinal de identidade de determinada pessoa física, para que ela seja considerada, para o Direito, a autora (LDA, arts. 12 e 13). A ligação entre o nome de um homem ou mulher e certa obra intelectual pode ser *privada* (a lei fala em “indicação”) ou *pública* (“anúncio”); quer dizer, seja ou não a ligação do nome à obra acessível a pessoas indeterminadas, o autor está identificado. Quem digita um poema em arquivo do editor de textos de seu computador pessoal e indica o próprio nome

como o poeta que o escreveu é o autor, ainda que não mostre o texto a ninguém. Quem faz discurso em cerimônia acadêmica anuncia-se como seu autor, mesmo sem o dizer de modo expreso.

Por evidente, qualquer meio de associação de uma pessoa a certa obra, ainda que não consagrado pelos usos, serve à finalidade de identificação do autor. Luiz Fernando Pellegrini conta que o pintor Walter Levy não apenas assinava e datava suas telas como nelas apunha a impressão digital do polegar (1998:4). Não é a maneira usual de se fazer a indicação da autoria de obras pictóricas, mas representa um meio bastante eficiente de ligar o autor ao seu trabalho. Produz os mesmos efeitos jurídicos da indicação usual de reivindicação de autoria, que é a simples assinatura do pintor.

A associação do nome do autor à obra é feita com atenção aos usos próprios de cada tipo de suporte. Quando o escritor apresenta na editora os originais de um livro e declara tê-lo escrito, ele pratica um negócio jurídico. Ao associar seu nome àquela obra literária, o declarante reivindica a propriedade. Diante dessa declaração, a editora, se tiver interesse na comercialização do produto, contratará a edição do livro, na qual deve ser providenciada a impressão, com o destaque usual (na capa, contracapa, folha de rosto etc.), do nome do declarante. Do mesmo modo, quando o pintor assina a tela, está associando o seu nome

àquela obra plástica. Essa assinatura é a declaração de reivindicação de autoria. O carnavalesco que dirige a apresentação de uma escola de samba no carnaval carioca ou paulista, e se identifica como tal, ligando seu nome a essa particular obra da cultura brasileira, é o autor dela. O arquiteto assina o projeto, e assim por diante. Para cada tipo de suporte, a obra é associada ao nome de seu autor de um modo específico, produto dos usos e costumes correspondentes.

Se uma pessoa física é indicada ou anunciada como autora de certa obra, isso normalmente se baseia numa prévia declaração dela, negócio jurídico de reivindicação da propriedade intelectual. Tal declaração é suficiente para produzir todos os efeitos jurídicos derivados da autoria de obra intelectual, cabendo a quem se sentir lesado em seus direitos contestá-la e provar a falsidade. A pessoa que levou os originais à editora é, para todos os efeitos jurídicos, o autor do livro *enquanto* ninguém contestar a autoria, provando a falsidade da declaração. O pintor é o autor da tela por ele assinada *se* ninguém contestar esse fato com provas. É do carnavalesco anunciado a autoria do desfile, *a menos que* se prove o contrário. Em outros termos, o autor é quem se identifica como tal, *salvo se* provado não ser dele a obra.

A declaração de reivindicação da autoria, pela qual se indica ou anuncia o nome do autor, não é propriamente uma

declaração de vontade, mas *de verdade*. Isso significa que ela produz efeitos jurídicos se o seu conteúdo corresponder aos fatos. Não havendo tal correspondência, a declaração não é negócio jurídico válido e eficaz. A prova da falsidade da indicação ou anúncio de autoria é feita por qualquer meio: documental (*exibição do registro da mesma obra em nome de outrem*), testemunhal (*testemunha presenciou o declarante da falsa autoria subtraindo os originais do verdadeiro autor*), pericial (*constata-se, por exames técnicos, que a assinatura do falso declarante na escultura foi esculpida tempos depois da confecção da obra*) etc. A prova da inveracidade da declaração reivindicatória desconstitui todos os efeitos anteriormente produzidos pelo negócio jurídico, além de sujeitar o declarante à obrigação de indenizar os prejuízos experimentados por quem nela havia confiado.

Em relação à obra cujo criador é indicado ou anunciado, portanto, a regra a observar na identificação do autor é o da veracidade da declaração de autoria. Se e enquanto não se apresenta alguém com prova da falsidade da declaração, o declarante é, para todos os efeitos jurídicos, o autor da obra. Apresentando-se o contestador, as provas que tiver serão produzidas na demanda judicial adequada, cabendo ao juiz superar o conflito de interesses declarando qual dos reivindicantes é o autor da obra em questão.

Esse critério, contudo, não é suficiente para a solução

de todas as hipóteses de identificação de quem criou a obra intelectual. Naquelas sem indicação ou anúncio do autor, a identificação deste não pode ser feita obviamente pelo mesmo critério. Corresponde a omissão da autoria a situações cada vez mais raras, mas não impossíveis. A inexistência de indicação ou anúncio não significa que o autor esteja desprotegido. Pelo contrário, a lei estabelece que “a omissão do nome do autor, ou de coautor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos” (LDA, art. 52). A qualquer momento, portanto, mesmo após a larga difusão da obra sem indicação ou anúncio de autoria, o autor pode declarar-se como tal e exigir que seu nome passe a ser associado a ela na forma usualmente adotada. É seu direito moral reivindicar a paternidade da obra (art. 24, I). Se a declaração for falsa, cabe a prova aos lesados pela reivindicação.

Autor é quem se identifica como tal.

Normalmente seu nome (completo ou abreviado, expresso apenas pelas iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional) é indicado ou anunciado como o autor da obra. Nesse caso, a quem se sentir lesado cabe provar a falsidade da indicação ou anúncio.

Quando o nome do autor é omitido na obra intelectual, ele pode, a qualquer tempo, identificar-se como seu criador.

Percebe-se, enfim, que a indicação ou anúncio do autor tão logo a obra seja divulgada é do interesse de todos os que investiram na sua comercialização como produto cultural. Se o produtor de peça teatral não anuncia o nome do cenógrafo ou do responsável pelo projeto de iluminação, expõe-se ao risco de ver a autoria dessas obras reivindicada por não autores e de suportar o ônus da prova da insubsistência dessa reivindicação.

4. AUTORIA E TITULARIDADE DOS DIREITOS AUTORAIS

Do simples ato de criação decorre a titularidade dos direitos autorais do autor. É hipótese de aquisição originária de propriedade intelectual.

Como mencionado, no direito brasileiro, em função de sua filiação ao sistema *droit d'auteur*, desdobram-se os direitos autorais do autor em *morais* e *patrimoniais*. Os primeiros serão titulados apenas pelo autor e durante toda a sua vida. Morto o criador da obra, alguns dos direitos morais passarão a ser titulados pelos sucessores, enquanto outros desaparecerão. São direitos indisponíveis, quer dizer, intransmissíveis por ato *inter vivos*. Já dos direitos patrimoniais o autor pode livremente dispor, transferindo sua titularidade, temporária ou permanentemente, a outros sujeitos de direito. Quando isso ocorre, os direitos

patrimoniais do autor passam a ser titulados por quem não é o criador da obra intelectual. Os sucessores e cessionários dos direitos autorais adquirem de modo derivado a propriedade intelectual que titulam.

Nenhum artista ou escritor consegue, hoje, divulgar seu trabalho e viver dele sem negociar de algum modo com um empresário os direitos sobre sua criação. Mesmo os que criam individualmente: o pintor, para posicionar-se no mercado, precisa do *marchand* ou galerista; o autor, para ver seu livro nas livrarias, não pode prescindir de uma editora. Claro que o pintor pode levar suas telas à praça pública no domingo e expô-las à venda diretamente, e o autor, com alguns recursos, até tem meios de editar ele próprio o livro; nesses casos, porém, a renda que as obras tendem a gerar é minimizada, e, muitas vezes, insuficiente para proporcionar ao artista ou ao escritor uma fonte de receita consistente. Já os que se dedicam a obras de criação mais complexas não conseguem sequer dar-lhe forma sem o concurso de um empresário do ramo cultural com quem negocie seus direitos de autor. O compositor de ópera, diretor de cinema ou dramaturgo só veem suas criações acabadas se um empresário se interessar em oferecê-la como produto cultural no mercado. Antes de encenada, a ópera é apenas partitura; antes de filmado e editado, o cinema é só roteiro; antes de montado, o teatro é literatura.

Na transmissão dos direitos de autor, as relações entre

esse e o empresário do ramo cultural interessado em explorar a obra *não* são simétricas. O autor é a parte fraca. O empresário tem os recursos financeiros, humanos e materiais para a exploração econômica da obra, além da experiência. O autor muitas vezes está premido por dificuldades econômicas, e, de qualquer modo, por melhor que seja em seu *métier*, não é conhecedor dos meandros da atividade empresarial. Nesse contexto de assimetria de informações e recursos, o empresário impõe suas condições, nem sempre equitativas. O direito autoral, atento a essa disparidade, protege o contratante débil, estabelecendo, por exemplo, que os negócios jurídicos sobre direitos autorais se interpretam restritivamente (LDA, art. 4º). Quer dizer, se o autor não cedeu *de modo expresse* determinado direito, isso significa que ainda o titulariza.

Os direitos morais do autor não são disponíveis, mas os patrimoniais, sim.

Nas relações entre o autor e o empresário de bem cultural interessado em explorar a obra, o primeiro é o contratante débil, que recebe a proteção da lei.

O autor deve negociar com cuidado seus direitos patrimoniais sobre a obra. Especialmente quando iniciante, ele fica ansioso por ver seu trabalho concretizado e divulgado; tende, assim, a aceitar condições acentuadamente desvantajosas. Delas poderá se libertar comercialmente ao se firmar, no futuro, como autor de grande renome, alvo da disputa dos empresários do setor. Sob o ponto de vista jurídico, poderá buscar a invalidação do negócio, se caracterizada a lesão (CC, art. 157), ou a revisão judicial (CC, art. 478).

5. A OBRA PROTEGIDA

A UNESCO, em junho de 2005, patrocinou uma convenção sobre diversidade cultural, em que ficou estabelecido que os bens culturais não podem ser objeto de disputa no âmbito da OMC. Apesar da grande resistência dos Estados Unidos, vingou a tese de que os bens culturais, por não possuírem apenas valor comercial, não podem ser tratados do mesmo modo que os agrícolas ou industriais. Se quanto a estes, subsídios ou benefícios fiscais geram vantagens competitivas incompatíveis com o processo de globalização da economia — e que, por isso, devem ser reprimidos pelos mecanismos da OMC —, em relação aos bens de cultura o enfoque não pode ser igual. Tome-se o exemplo da indústria cinematográfica. Para sobreviver fora dos Estados Unidos, muitas vezes depende de forte apoio governamental. No Brasil, embora não haja mais subsídio direto desde o início dos anos 1990, as empresas que investem em filmes podem usufruir expressivos benefícios fiscais. Em outros países, também. Há interesse público na produção cinematográfica brasileira porque um filme não é apenas algo passível de comercialização com o objetivo de gerar lucro para quem o produz; ele retrata a realidade por certos ângulos, permitindo sua discussão e revitalização. Não raras vezes traduz a trajetória, a visão de mundo e a marca de um povo ou nação (cf. Casella, 2004). Se os bens culturais fossem tratados do mesmo modo como são os

agrícolas e industriais, a ameaça à diversidade cultural que acompanha a globalização seria ainda mais acentuada.

Os bens intelectuais são, por assim dizer, especiais. Claro que, tendo valor de mercado, serão explorados economicamente. Mas podem ter igualmente outros valores, que transcendem o aspecto comercial de sua produção. Um bom livro didático de certo campo do saber científico ou tecnológico tem importância na formação de quadros especializados na área. Esse valor tem relevância pública, na medida em que contribui para a melhoria do nível de educação de um povo (ou mesmo da humanidade). A poesia que emociona e faz a vida ficar mais bela vale muito mais do que o lucro gerado ao editor e a renda ao autor.

Para ser protegida pelo direito autoral, a obra artística, literária ou científica deve ser nova. Quer dizer, a ideia que confere conteúdo à obra não pode ter assumido anteriormente *forma* idêntica ou semelhante. A expressão literária, artística ou científica que copia a forma de outra não é sequer obra, porque lhe falta o atributo da criação humana. Quando nada se cria, nem mesmo uma forma nova para uma ideia velha, inexistente obra protegida pelo direito autoral.

Também não existe obra protegida quando a expressão não é humana, não provém de um ato de criação intelectual de um homem ou mulher. Nos anos 1950, o zoólogo britânico Desmond Morris deu ao chimpanzé Congo pincéis, tintas e telas. O animal fez centenas de quadros, alguns deles

negociados, hoje em dia, por dezenas de milhares de dólares. No âmbito do direito autoral de tradição românica, a forma desses quadros não está protegida, podendo qualquer pessoa reproduzi-la, porque não se trata de uma criação humana. O quadro de Congo, pelo direito brasileiro, é um bem material como outro qualquer, protegido exclusivamente pelo direito das coisas. Também o texto produzido exclusivamente por computador, sem outra intervenção humana além de ligar a máquina, não é, nas ordens jurídicas filiadas ao sistema *droit d'auteur*, obra protegida (Vieira, 2001).

Para ser protegida, a obra deve ser uma criação intelectual humana e nova. Não são objeto de tutela do direito autoral as criações de animais ou de computador, nem as cópias. Nesses casos, a rigor, não existe nenhuma obra intelectual.

Protege-se a obra nova ainda que inédita. Para ser protegida não é necessário que a obra tenha sido já divulgada. Basta o ato de criação intelectual para constituir-se, desde logo, o direito do autor. Assim é, inclusive, para permitir a sua mais completa proteção jurídica. A obra, antes de vir a público, tem de necessariamente ser conhecida por diversas pessoas. Pense no escritor que manda seus originais para apreciação da editora. Muito tempo antes de o livro ser exposto nas vitrines das livrarias, ao trabalho desse escritor terão acesso diversos colaboradores ou empregados

da empresa editorial (avaliador inicial, revisor, diagramador, ilustrador etc.). Se qualquer deles se apropriar do texto e o encaminhar a outra editora como se fosse de sua autoria, é claro que estará cometendo plágio. Isso porque o direito do autor existe desde o momento da criação intelectual nova, prescindindo da divulgação.

Outro fato que mostra a existência do direito antes mesmo da divulgação da obra é a validade do contrato assinado pelo autor e o empresário interessado na exploração econômica dela. Para que tenha validade esse negócio jurídico, é óbvio que as partes devem estar dispostas sobre direitos que titulam. O dramaturgo não poderia assinar com a companhia de teatro o contrato para a produção de sua peça se não tivesse direito sobre ela desde o momento em que a concebeu (Ascensão, 1997:123/126).

5.1. Lista legal das obras

As principais obras protegidas pelo direito autoral estão listadas na lei (LDA, art. 7º). É uma lista exemplificativa, que não esgota todo o amplo arco de obras intelectuais passíveis de tutela. Lembre-se que a obra sempre dispõe de um suporte físico, mas sua proteção independe dele. Ninguém pode reproduzir num arquivo eletrônico para ilustrar página na internet a imagem de quadro pintado por famoso pintor. Os suportes são diversos (computador e tela), mas a obra é a mesma — e é ela que recebe a proteção

da lei, e não o meio que a sustenta. Por isso, as obras listadas são protegidas, quando originais, qualquer que seja o suporte físico, tangível ou intangível, conhecido ou que venha a ser inventado no futuro.

As obras listadas são as seguintes:

a) *Textos de natureza literária, artística ou científica.*

São, historicamente, as primeiras obras intelectuais a receber atenção do direito. Os textos escritos ou falados, quando veiculam ideia que se pretende de alguma valia para a cultura, compõem uma obra intelectual. Nessa categoria se encontram desde o romance, crônica, conto e poesia até o artigo de jornal, o libreto e o relatório científico. Seu suporte tradicional é o papel, mas pode abrigar-se também em meio eletrônico.

Note que a lei menciona o “texto”, e não o “livro”, como objeto de tutela. O livro é um suporte; o texto é a obra. A percepção dessa *nuance*, destaque, é relativamente atual no direito brasileiro. A lei anterior, de 1973, listava como obras protegidas os “livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos”, em evidente impropriedade conceitual.

A lei ressalva a proteção do conteúdo relativamente ao texto científico, reforçando que “a proteção recairá sobre a forma literária ou artística” somente (art. 7º, § 3º). Mas, a rigor, a ressalva não é específica do texto de natureza científica. Em qualquer obra intelectual, o direito autoral protege a expressão e não o conteúdo veiculado. Ainda que

não seja científico, o texto é protegido enquanto pura forma. A ideia que ele veicula não é propriamente o objeto da tutela jurídico-autoralista — o que não pode ser copiado, sob pena de transgressão aos direitos do autor, é a forma de expressão, ou seja, o texto mesmo, refira-se ou não a postulados da ciência. O conteúdo do texto científico pode eventualmente ser protegido por regras de direito industrial, se disser respeito a invenção ou modelo de utilidade patenteável, mas isso é outra questão. O texto que descreve a patente ou a ela se reporta terá a forma — e só ela — protegida pelo direito autoral.

b) *Conferências, alocuções, sermões.* Aqui, a lista legal se refere à expressão de ideias por via exclusivamente oral. O falado numa conferência ou sermão é protegido como obra intelectual, ainda que não tenha sido anotado ou escrito pelo autor. Se o parlamentar profere discurso em defesa da moralidade no trato da coisa pública, a ideia certamente não é nova, mas as expressões que tiver utilizado, se revestidas de forma nova, não podem ser reproduzidas sem sua licença. Também o pastor, ao pregar em seu programa televisivo, cria, se a forma for nova, uma obra intelectual suscetível de proteção, ainda que repita sedimentados conceitos religiosos e morais.

c) *Obras dramáticas e dramático-musicais.* O teatro, a ópera e o musical são obras incluídas nessa categoria. O autor do texto de dramaturgia, o compositor da música

operística e o libretista têm as respectivas criações tuteladas. Não só eles, porém. Também o diretor responsável pela encenação da peça de teatro, ópera ou musical titula direitos de autor. Na verdade, em obras dessa natureza, por sua complexidade, vários direitos de autor e conexos convivem, sem que uns prejudiquem os outros. Além do dramaturgo, compositor, libretista e diretor, o cenógrafo, iluminador e coreógrafo são titulares de direito de autor sobre o cenário, a iluminação e a coreografia do espetáculo. Por outro lado, atores, músicos e maestros titulam direitos conexos relativamente à respectiva interpretação e execução.

d) Coreografias e pantomimas. Para serem obras intelectuais protegidas pelo direito do autor, é indispensável que a coreografia e a pantomima estejam fixadas por escrito ou outra forma. Por se tratar de obras intelectuais expressadas por movimentos, a lei condiciona a tutela à fixação com o objetivo de identificar os que marcam sua novidade. A fixação é, em geral, escrita, mas pode ser feita por qualquer meio, como fotografia ou vídeo. A lei mencionou apenas o meio escrito, por ser o mais antigo e usual. Pode se utilizar, também, qualquer convenção de fixação (o “Nota-Ana”, por exemplo, desenvolvido pela coreógrafa brasileira Analívia Cordeiro).

e) Composições musicais. O compositor cria a expressão musical articulando sons que atraem o interesse de ouvintes. Os fatores de atração podem ser os mais variados: desde a

graça da melodia até o estímulo cerebral provocado por soluções dissonantes; do ritmo alucinante até a evocação duma atmosfera fresca. Tenham ou não letra, as composições musicais são protegidas pelo direito do autor. Em qualquer difusão da música em local público, o responsável deve remunerar o compositor. Assim, restaurantes, clubes, lojas, academias de ginástica, institutos de beleza e titulares de outros estabelecimentos nos quais se toca música — seja por execução de fonograma, seja por intérpretes presenciais — são devedores de remuneração ao seu autor.

f) *Obras audiovisuais*. Nessa extensa categoria entram as obras televisivas, cinematográficas, de animação e todas as que conjugam som e imagem. Filmes de longa-metragem, documentários, programas de televisão, desenhos animados são exemplos de obras audiovisuais. Diversos suportes agasalham a obra audiovisual, tais como a película, VHS, DVD, ondas eletromagnéticas, cabo de fibra ótica etc.

A lei, numa disposição estranha, admite a figura do *audiovisual não sonorizado*, querendo, na verdade, dizer que obras dessa categoria são protegidas ainda que desprovidas de som, como no caso de alguém vir a criar um filme mudo.

g) *Fotografias*. Até meados do século passado, havia quem resistisse à ideia da proteção da fotografia pelo direito do autor, a pretexto de que se tratava do resultado de mera

operação mecânica e química. Não se via nela uma obra intelectual do fotógrafo, mas simples manifestação de sua habilidade técnica (Santos, 1990:21/22; Miranda, 1963, 16:133/134). Não se discute mais, hoje em dia, o assunto. A fotografia é obra intelectual e pode até mesmo ser arte; como tal, merece proteção o seu autor. A agência de publicidade não pode criar anúncio com aproveitamento, total ou parcial, de uma fotografia de Sebastião Salgado, por exemplo, a menos que obtenha desse extraordinário fotógrafo o direito de a reproduzir. O jornal impresso ou o periódico não podem ilustrar notícia com qualquer fotografia sem respeitar os direitos morais e patrimoniais do fotógrafo jornalista que a clicou. Do mesmo modo, ninguém pode exibir uma fotografia em página acessível pela internet sem a autorização do autor da imagem fotográfica (ou de quem detenha os direitos autorais da obra) e sua identificação.

Também são obras protegidas as imagens produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, como a digitalização, por exemplo. Se, após clicar sua máquina digital, o fotógrafo retoca a imagem em computador, acrescentando ou tirando elementos, o resultado será ainda uma obra intelectual protegida.

h) Desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética. A criação de imagens expressivas é outra importante manifestação artística. Diversas técnicas foram inventadas e desenvolvidas pelos artistas nesse campo.

Desde um simples desenho feito a grafite ou nanquim até a escultura de grandes dimensões são obras protegidas pelo direito do autor. Incluem-se nessa categoria de obras a litografia (técnica de impressão em papel de imagem esculpida em pedra), a xilografia (impressão de imagem talhada em madeira), a água-forte (impressão de imagem fixada em chapa metálica por meio de corrosão por ácido), o móbile (escultura em movimento, espécie de arte cinética) e boa parte do denominado *webdesign* (organização dos ícones, imagens e *links* em páginas acessíveis pela internete).

i) Ilustrações e cartas geográficas. As ilustrações, feitas por qualquer técnica, e as cartas geográficas (mapas) são obras intelectuais sob a proteção do direito do autor. Nos livros infantis, o texto costuma vir acompanhado de ilustrações que estimulam sua compreensão pelos pequenos leitores. A obra do ilustrador não se confunde com a do escritor. Por sua vez, os mapas, mesmo sendo atualmente feitos por fotografias de satélite e processados em computador com pouca intervenção direta humana, são objeto de proteção pelo direito do autor.

j) Projetos, esboços e obras plásticas. A lei se refere aos projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia ou ciência. Quer ela incluir na lista de obras protegidas a maquete de uma obra civil, o esboço de uma

solução arquitetônica ou o projeto paisagístico, por exemplo.

k) Adaptações, traduções e outras transformações. Quem transforma o meio de expressão de uma obra faz adaptação. O cineasta, ao transpor para a linguagem cinematográfica a trama de livro, adapta o texto escrito à película. Tradução, por sua vez, é a transposição de uma obra textual de sua língua originária para outra. Quem verte para o francês o romance escrito em português por um autor brasileiro traduz a obra. Essas e outras transformações, quando revestidas de novidade, resultam obras intelectuais protegidas tanto quanto as transformadas. O adaptador e o tradutor, assim como o arranjador ou orquestrador de músicas e outros transformadores de obras, têm direitos morais e patrimoniais sobre suas criações.

A adaptação, tradução, arranjo ou orquestração são obras derivadas, que não podem ser economicamente exploradas sem a autorização do autor da obra primitiva (subitem 5.3).

l) Programas de computador. Os logiciários ou *softwares* são obras intelectuais protegidas pelo direito autoral. A proteção é disciplinada por lei própria (LPC), aplicando-se o regime geral desse ramo da propriedade intelectual nas omissões dela (LDA, art. 7º, § 1º). Será objeto de estudo mais à frente (Cap. 54, item 3).

m) Antologias, dicionários, enciclopédias e bases de dados de estrutura original. Na lista legal de obras

protegidas encontram-se as provenientes de uma organização ou disposição de conteúdo originais. A antologia (também chamada de coletânea ou compilação) reúne obras publicadas em suportes ou momentos diferentes, segundo um critério eleito pelo seu organizador. Esse critério pode ser a totalidade da obra de um autor ou mesmo trabalhos de vários autores com algum ponto em comum. Trata-se de obra derivada. Dicionário, por sua vez, é o conjunto ordenado alfabeticamente de verbetes, que podem ser as palavras de uma língua ou os temas de certo campo do saber (dicionário jurídico, de artes, de história, de filosofia etc.). Por fim, a enciclopédia, que pode se organizar também pela ordem alfabética dos temas versados, tem a pretensão de abarcar vastos setores do conhecimento humano. A novidade dessas obras deve estar na disposição do conteúdo, no texto empregado para definir ou elucidar cada verbete ou na organização mesma do trabalho, isto é, na eleição do critério de reunião de temas ou obras.

Em relação às bases de dados, convém ressaltar que o direito autoral se ocupa da proteção daquelas providas de estrutura original. A rigor, quem reúne qualquer informação em meio eletrônico cria uma base de dados. Não é disso que se está falando aqui. A obra intelectual listada pela lei consiste especificamente na resultante do trabalho de estruturação e gerenciamento de dados úteis. Se alguém cria uma nova maneira de coletar e articular tais dados, essa

criação tem a proteção do direito do autor. Se o comerciante cadastra seus consumidores por uma maneira nova, que torna mais eficiente a recuperação de determinados dados sobre hábitos de consumo, ele cria uma obra intelectual digna de proteção. Veja que os dados reunidos não são, por si, tuteláveis (LDA, art. 7º, § 2º), não tendo por isso o comerciante o direito de impedir que concorrentes eventualmente possuam as mesmas informações sobre consumidores constantes de suas respectivas bases. Mas, se a estrutura é original, ninguém mais a pode utilizar sem sua autorização.

A lista legal de obras protegidas pelo direito autoral não é exaustiva e compreende, entre outros, os textos de trabalhos literários, artísticos ou científicos, conferências, sermões, coreografia, fotografia, pintura, escultura, projetos de arquitetura, programas de computador e bases de dados de estrutura original.

Como dito anteriormente, a lista legal de obras protegidas é exemplificativa. Entre as obras tuteladas pelo direito autoral que não foram lembradas pela lista encontra-se a piada contada pelo humorista na televisão ou no teatro, as histórias em quadrinhos, as caricaturas e a publicidade. Ademais, novas espécies surgem constantemente. As obras multimídia são exemplo significativo disso. Trata-se de obra

intelectual cujo suporte é necessariamente o meio eletrônico (são digitalizadas), expressa conteúdos por diferentes meios (som, imagem, movimentos etc.) e se caracteriza pela interatividade (permite ao destinatário selecionar ou modificar os conteúdos transmitidos ou até sua estrutura) (cf. Mello, 2001; Carboni, 2003). Os videogames são obras intelectuais multimídia. Seus criadores têm a proteção do direito autoral.

5.2. Criações do intelecto não protegidas como obras

Após listar as obras protegidas, preocupou-se a lei em apontar criações intelectuais que não se encontram sob o amparo do direito do autor (LDA, art. 8º). Não cuidou apenas de esclarecer o âmbito de incidência das normas desse ramo jurídico, mas, em alguns casos, de proceder a exclusões do seu manto tutelar. Assim, não são objeto de proteção como direitos autorais:

a) Ideias. Essa é a mais importante hipótese de exclusão da tutela do direito autoral. As ideias de cada um de nós pertencem, na verdade, à humanidade. O direito não concede que o mentor se aproprie das ideias que tem porque prestigia o interesse da espécie humana, inclusive de gerações vindouras, em usufruir de todo o progresso, conforto, eficiência, deleite e emoções proporcionados por essa sua particular habilidade. Qualquer ideia que temos não surge apenas de nossa criatividade ou empenho individual, por

maiores que sejam, mas resulta necessariamente de todo o esforço de sobrevivência da espécie, despendido ao longo de sua trajetória evolutiva. As ideias são, por isso, patrimônio de todos e de ninguém. Abre-se exceção apenas às referentes a objeto protegido pelo direito industrial (invenções, modelo de utilidade, desenho industrial e marca), que pertencem a quem obtiver a patente ou o registro no INPI; ainda assim, o domínio particular tem prazo determinado e visa garantir o retorno dos investimentos feitos na concepção e concretização da ideia protegida. Em relação às demais ideias, não há apropriação jurídica possível, nem mesmo temporária. Protege-se, como dito acima, a forma com que se vestiu a ideia.

O conceito de “vazio ativo” empregado por Franz Weissmann em suas peças — que o artista relutava em chamar de esculturas, por carecerem de “volume” — é uma *ideia* rica de possibilidades. Qualquer um pode usá-la livremente, em obras de artes plásticas ou noutro campo da cultura. Não estará lesando os direitos dos sucessores de Weissmann. O direito autoral protege a forma que a ideia de vazio ativo assume, por exemplo, na peça *cubo vazado*, marco da arte construtivista brasileira que ele produziu nos anos 1950. Se algum escultor copiar o *cubo vazado*, ou produzir peça escultória parecida, indistinguível, semelhante, então se verificará o plágio, ilícito reprimido pelo direito autoral e penal.

b) *Projetos*. As ideias racionais estruturadas com vistas à realização de determinado objetivo são projetos. Pelas mesmas razões que determinam a exclusão das ideias do âmbito tutelar do direito autoral, também os projetos não podem ser protegidos. Mas essa é a regra geral. Há exceções, que aliás foram já mencionadas. Alcançam os projetos “concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência” (LDA, art. 7º, X). O arquiteto tem direito autoral sobre o seu projeto arquitetônico. Ninguém o pode utilizar para construir sem a autorização dele. Também é assim com os projetos de geografia, engenharia, topografia, paisagismo, cenografia e ciência. Já um projeto de reestruturação empresarial escapa à proteção do direito autoral. O administrador de empresa responsável por sua elaboração não tem nenhuma propriedade intelectual sobre o projeto.

c) *Conceitos matemáticos*. Os conceitos matemáticos são ideias, e, como tais, desprovidos de proteção pelo direito autoral. Por mais valioso, criativo, revolucionário e inteligente que seja o trabalho do matemático, ele terá apenas a satisfação do reconhecimento de seus pares. Sua contribuição pertence à humanidade, e todos podem fazer uso dela, mesmo numa atividade econômica lucrativa, independentemente de qualquer autorização. Note-se que, se o matemático escrever um livro expondo seu novo conceito, claro que sobre o *texto* dessa obra terá direito

autoral. Ninguém poderá reproduzi-lo contra sua vontade.

d) *Procedimentos normativos, jogos, sistemas e métodos.* Os procedimentos normativos, jogos, sistemas e métodos fogem à tutela do direito autoral. O criador de um novo modelo de avaliação de investimentos, por exemplo, não tem a propriedade dele. Se um analista de mercado tiver acesso a um relatório elaborado a partir do modelo e compreender seus fundamentos, poderá passar a adotá-lo licitamente.

O jogo, a rigor, é um procedimento normativo de competição, a partir do qual se define um ou mais ganhadores. Quem cria novo tipo de jogo não tem nenhuma propriedade intelectual sobre a criação.

e) *Esquemas, planos ou regras para atos mentais.* Criadores de novas metodologias para reflexão, raciocínio ou organização do pensamento também não se encontram ao abrigo do direito autoral. Suas criações são de domínio público. Se alguém inventar um novo modo de estruturar *palavras cruzadas* além dos existentes (numeração em rodapé e diretas), sua criação não ficará ao amparo do direito autoral.

f) *Negócios.* Também os negócios não podem ser apropriados intelectualmente. Seria até mesmo incompatível com o princípio da livre competição qualquer direito de exclusividade que o criador de novo tipo de negócio titulasse sobre ele. Se a instituição financeira formata novo

tipo de contrato bancário, a ordem econômica constitucional garante a qualquer outro banco a possibilidade de competir no mesmo segmento de negócio. Seria inconstitucional a lei que eventualmente atribuísse direito autoral ao primeiro a vislumbrar a possibilidade de uma nova atividade econômica ou nicho de mercado. Por isso, prevê a lei a exclusão dos negócios do âmbito de incidência das normas tutelares do direito autoral.

g) *Formulários em branco*. Os formulários em branco, por mais criativos e úteis que sejam, não são obras protegidas pelo direito autoral. A lei parece pressupor, por vezes sem justificativa, que a atividade mental de organização de um formulário não seria merecedora da proteção liberada às obras intelectuais em geral em vista de sua aparente simplicidade. Em razão dessa exclusão, por exemplo, os institutos de pesquisa não se tornam proprietários intelectuais dos quesitos que formulam para nortear os levantamentos.

h) *Textos de normas jurídicas, decisões judiciais e atos oficiais*. Tratados, convenções, leis, decretos, regulamentos e outras normas jurídicas expressam-se por textos de domínio público, assim como as decisões judiciais e os atos oficiais. Como o redator desses textos está no exercício de uma função pública e não faz nenhuma criação intelectual de seu interesse privado, ele não pode titular direito autoral. Qualquer empresário do ramo editorial, assim, pode publicar

livro com legislação ou repertório de jurisprudência, bem como disponibilizar essas informações em página acessível pela internet. Também em razão da exclusão legal, o juiz pode transcrever na sentença *literalmente* o argumento criado por um colega de magistratura no julgamento de caso similar, sem que se caracterize lesão ao direito autoral.

i) Informações de uso comum. As informações de uso comum, como “calendários, agendas, cadastros”, não são protegidas pelo direito autoral. Por exemplo, se alguém cria uma forma nova para os calendários, ela pode ser copiada pela concorrência, sem ofensa alguma aos direitos do criador. Também se exclui do rol de obras protegidas pelo direito autoral a “legenda”, que são os *slogans* publicitários.

As ideias em si e outras criações do intelecto indicadas em lei não são protegidas pelo direito autoral. As ideias de cada um de nós pertencem à humanidade, são de domínio público.

j) Nomes e títulos isolados. Toda obra intelectual tem um nome ou título que a identifica. Quando revestido de originalidade e suficiente distinção, o nome ou título recebe proteção do direito autoral. Se o pintor quiser denominar a tela *Grande sertão: veredas*, não poderá fazê-lo sem autorização dos sucessores de Guimarães Rosa. O direito autoral por eles titulado — respeitante ao livro identificado por essa expressão, que relata o incrível enlace de Riobaldo e Diadorim — alcança também o título. Ninguém pode copiá-lo em razão de sua natureza original e inconfundível (subitem 5.6). Mas nomes e títulos sem tais características não são bens intelectuais passíveis de proteção.

k) Aproveitamento econômico de ideias contidas nas obras. Se o médico escreve livro descrevendo suas descobertas sobre a cura de certa doença (sem se preocupar em patentear as suscetíveis de proteção pelo direito industrial), e alguma indústria farmacêutica resolve explorá-las comercialmente, poderá fazê-lo independentemente de autorização ou pagamento de remuneração ao autor. O aproveitamento econômico de ideias contidas nas obras não é protegido, porque a isso equivaleria proteger a ideia por ela mesma.

5.3. A exigência da novidade

Para ser considerada obra protegida, ela deve ser nova. Quer dizer, ninguém antes do autor pode ter apresentado à comunidade artística, literária ou científica ou ao público em geral obra idêntica ou semelhante. A exigência da novidade é intrínseca à noção de obra protegida. Se falta novidade, não existe nem mesmo obra; nada é realmente *criado* quando se repete obra já feita e conhecida.

Até o Renascimento, a novidade não era valor prestigiado entre pintores e escultores. A arte tinha até então uma função predominantemente utilitária, e a motivação básica do artista nem sempre era a busca do belo. As pinturas nas cavernas, como já mencionado, cumpriam funções de treinamento dos jovens para a caça e de veículo de poderes místicos. Na Grécia e Roma antigas, as esculturas dos deuses *eram* os próprios deuses e não sua representação, conceito surgido posteriormente com a aversão à idolatria nutrida pelas primeiras religiões monoteístas. No Egito, acreditava-se que os empregados, bens e animais pintados nos túmulos compunham o séquito do morto ilustre na vida pós-morte (antes das pinturas eram enterrados os próprios empregados, coisas e animais, sendo a substituição pelo desenho medida de racionalidade econômica). Na Idade Média, as pinturas nas Igrejas tinham a função de auxiliar na difusão do Evangelho junto ao povo analfabeto.

Foi com o Renascimento que a arte pôde começar a se

afirmar como algo fútil, que podia não ter outra utilidade além da busca do belo. E nesse contexto a novidade da obra artística começou a fazer sentido. Para o monge medieval encarregado de esculpir a porta da Igreja com cenas do Velho Testamento, nada poderia soar mais estranho que a ideia de novidade como critério para execução e avaliação do seu trabalho. Pelo contrário. Como o importante era contribuir para a fixação das narrativas orais dos episódios bíblicos e da vida dos santos, quanto menos se afastasse do padrão geralmente adotado, mais eficiente seria a escultura.

Para ser protegida, a obra deve ser nova, ou seja, não pode ter sido anteriormente criada por nenhum autor. Na repetição ou reprodução, não há nada de novo; nenhuma criação; nenhum valor, portanto, a merecer proteção jurídica.

Novidade e originalidade não têm sido normalmente objeto de distinção conceitual. São, por isso, expressões sinônimas neste *Curso*. Mas há tecnólogos que as consideram figuras inconfundíveis. A novidade teria uma natureza objetiva, à qual se contraporía a subjetividade da originalidade. Para os que adotam essa distinção, se formulo uma ideia de certo modo que me parece nova, há originalidade; mas somente se caracteriza a novidade se realmente ninguém antes de mim houver dado àquela ideia forma igual ou semelhante (cf. Cerqueira, 1946:307/309).

5.4. Obra sob encomenda

A obra pode nascer por iniciativa exclusiva de seu autor, e seu desejo de se expressar, ou por encomenda de alguém. Entre quem encomenda a obra e o autor, se não há relação empregatícia, o vínculo contratual será o de empreitada quando o objetivo do primeiro for o de adquirir bem corpóreo (Cap. 34, item 2); caso contrário, tendo o encomendante interesse em bem intelectual, o vínculo será o de contrato de prestação de serviços (Cap. 34, item 5). Nos dois casos, a obra será um bem intelectual, mas varia o tipo de contrato entre encomendante e autor dependendo do interesse do primeiro em determinado suporte tangível. Quer dizer, se encomendo ao pintor um quadro para dependurar

na sala de reuniões de meu escritório, tenho interesse não somente na arte expressa pela pintura, mas também num bem corpóreo. Sob o ponto de vista de quem encomenda, não é cabível separar a obra de seu suporte nesse caso. Aqui, então, o contrato celebrado com o artista será o de empreitada. Se, por outro lado, o empresário de espetáculos públicos encomenda a um jovem dramaturgo a adaptação para teatro de determinado conto de Ignácio de Loyola Brandão, o interesse do encomendante exaure-se na obra intelectual, sendo irrelevante o suporte tangível ou intangível a que estará ligada. Agora, o contrato será de prestação de serviços, sujeito à disciplina dos arts. 593 a 609 do CC.

Em qualquer desses casos (empreitada ou prestação de serviços), o fato de a obra intelectual ter sido criada por encomenda *não* altera em absolutamente nada os direitos autorais do seu criador. O encomendante não tem nenhum direito autoral sobre a obra encomendada pelo só fato de ter sido dele a iniciativa de contratar a criação. Os direitos autorais da obra sob encomenda pertencem ao autor. A remuneração devida e paga ao autor em razão da encomenda não é fundamento para se pretender qualquer alienação dos seus direitos autorais. Trata-se apenas da paga pela empreitada ou pelos serviços objeto de contrato.

Claro que o instrumento contratual de empreitada ou de prestação de serviços celebrado entre o encomendante e o

autor pode também conter cláusula dispondo sobre a cessão de um ou mais direitos patrimoniais deste último ao primeiro. Nesse caso, porém, serão dois negócios jurídicos distintos instrumentalizados no mesmo documento: de um lado, a empreitada ou prestação de serviços; de outro, a cessão de direitos autorais. De qualquer modo, não havendo expressa previsão no contrato de alienação ou transmissão de direitos autorais para o encomendante, eles permanecem sob a titularidade do autor (Costa Neto, 1998:67/69; Bittar, 1977).

Na obra sob encomenda, os direitos autorais pertencem ao autor. Para que o encomendante titule os direitos patrimoniais, é necessário que o autor os tenha cedido de modo expresso no contrato de empreitada ou prestação de serviços.

Em relação aos direitos morais, o autor da obra sob encomenda os conserva íntegros, e não há sequer como falar em sua transferência ao encomendante, em vista da indisponibilidade deles.

5.5. Obra criada por empregado

Empresários do ramo cultural por vezes contratam como empregados artistas, escritores, tradutores ou músicos, incumbindo-lhes tarefas voltadas à criação de obras intelectuais que têm interesse em explorar economicamente. Também arquitetos podem ser empregados em empresas de construção ou escritórios de arquitetura para criar os projetos determinados pelo empregador. Essa circunstância — a de ser o autor empregado do interessado na criação da obra — suscita questões relevantes quanto à titularidade dos direitos autorais. Quando o criador da obra intelectual realiza seu feito em função do emprego, ele está sob a subordinação pessoal do empregador. O autor empregado deve exercer a criatividade nos exatos limites traçados pelo patrão e em função exclusivamente dos objetivos deste. Quem avalia se o resultado da criação intelectual está satisfatório é o empregador, que, se não aprovar a obra, pode mandar seja refeita. Não há, portanto, liberdade ampla para a criação intelectual gerada no contexto de uma relação de emprego.

O autor empregado, por outras palavras, não tem a mesma autonomia na produção do bem intelectual que os demais. Mesmo na obra feita sob encomenda, o autor goza de autonomia na avaliação do resultado final de seu trabalho, e o encomendante não pode, por seu exclusivo critério, rejeitá-lo e determinar seja refeito (como pode o empregador) se cumprido o contrato de empreitada ou de prestação de serviços.

A falta de autonomia do autor empregado leva ao questionamento quanto à titularidade dos direitos autorais sobre a obra feita em decorrência do contrato de trabalho. Se a obra foi feita em função das orientações e determinações do empregador, não seria ele o legítimo titular desses direitos? Pode-se cogitar de criação intelectual digna de tutela no ato subordinado do empregado?

Na resposta a essa questão vê-se um dos mais significativos distanciamentos dos dois sistemas fundamentais do direito autoral. O *copyright*, que põe o acento na transpiração, considera que os direitos autorais da obra feita no contexto de um vínculo empregatício pertencem, em regra, ao empregador. Serão do empregado apenas se houver expressa previsão contratual nesse sentido (Schechter-Thomas, 2003:95/101). Já para o *droit d'auteur*, que privilegia a inspiração, a regra é a inversa. Os direitos autorais pertencem ao autor empregado, salvo se este os cedeu, por contrato, ao empregador (Poullaud-

Dulian, 2005:195/196).

Filiado ao *droit d'auteur*, o direito brasileiro trata os direitos autorais do empregado segundo os mesmos pressupostos dos da obra sob encomenda. Se houver relação empregatícia entre o interessado na produção intelectual e o autor, sendo este empregado daquele, a questão tem rigorosamente os mesmos contornos que os da obra encomendada. Ou seja, a existência do vínculo empregatício não altera em nada a titularidade dos direitos autorais, morais ou patrimoniais (cf. Chaves, 1987:138/140). O salário remunera o trabalho do autor despendido no interesse do empregador, mas não os direitos autorais se faltar previsão expressa de alienação destes em contrato.

Pertencem ao empregado os direitos autorais, morais e patrimoniais, sobre a obra criada em função do desempenho de tarefas próprias ao seu emprego. Para que os direitos patrimoniais sejam titulados pelo empregador, exige-se expressa cessão por negócio jurídico concomitante ou posterior ao contrato de trabalho.

Para que o empregador title os direitos patrimoniais da obra feita por seu empregado é necessário que este último os tenha cedido de forma expressa. Essa cessão pode ser posterior à criação, quando as partes já têm diante de si uma obra acabada para avaliar. Mas pode ser também cláusula do próprio contrato de trabalho e, desse modo, anteceder a criação. Por outro lado, ela pode ser genérica, referindo-se à

totalidade da produção intelectual do empregado a ser feita em função do emprego, ou específica, particularizando a obra cujos direitos são cedidos.

Em relação aos direitos morais, o autor empregado os titula de qualquer modo, ainda que tenha cedido prévia e integralmente os patrimoniais.

5.6. A identificação da obra

Toda obra tem um título que a identifica. Têm-no até mesmo as pinturas associadas à locução “sem título” — a qual, a despeito de sua denotação, é juridicamente o título da obra.

Para ser protegido pelo direito autoral, o título deve ser original e inconfundível com o de outras obras do mesmo gênero. A expressão identificadora deste livro (*Curso de direito civil*), por exemplo, não goza de nenhuma proteção. Qualquer outro autor pode adotá-la livremente na identificação de obra didática de direito civil, por lhe faltar originalidade e distinção. Já a expressão *Incidente em Antares*, que identifica um dos livros de Érico Veríssimo, ninguém pode aproveitar na titulação de outra obra de mesmo gênero sem a autorização dos sucessores do escritor gaúcho, exatamente por ser ela original e inconfundível (LDA, art. 10).

Atente que, mesmo tendo a obra gênero diverso, o aproveitamento do título, ainda que original e inconfundível,

não pode ocorrer sem autorização do autor. O objetivo da regra legal não é impedir o risco de confusão, mas proteger a criatividade encerrada no título. O pintor de tela retratando uma família de retirantes nordestinos pode chamar seu quadro de *Vidas secas*, aproveitando o título associado ao emocionante livro de Graciliano Ramos, editado em 1938, sem a anuência dos sucessores do escritor alagoano.

Os títulos de publicações periódicas, como jornais ou revistas, são protegidos até um ano após a edição de seu último número, no caso de periodicidade inferior à anual; quando igual ou superior, o direito autoral protege o título pelos 2 anos seguintes à última edição (art. 10, parágrafo único). Vencido esses prazos, ele cai em domínio público e pode ser utilizado por quem se interessar. Isso, atente-se, se não houver nenhum outro direito intelectual de propriedade sobre o título; se ele estiver, por exemplo, registrado como marca no INPI, algum direito industrial pode impedir a queda no domínio público mesmo após o transcurso dos prazos de proteção pelo direito autoral.

5.7. Obra originária e obra derivada

As obras se classificam em *originária* e *derivada*. Originária (*primígena* ou *primária*) é a obra cuja criação não decorre de transformação de nenhuma outra preexistente. Já a derivada é a que, incorporando uma criação intelectual nova, provém da transformação de obra originária (LDA, art.

5º, VIII, fe g).

É difícil imaginar a hipótese de um autor totalmente liberto de qualquer inspiração ou influência de trabalhos anteriores. Não há novidade absoluta, porque a criação ocorre sempre no contexto histórico e cultural em que o criador está imerso. Mesmo rupturas conceituais partem das obras anteriores, numa influência às avessas. Quando se classificam as obras em originária e derivada não se está fazendo referência a essa necessária inserção do trabalho intelectual num contexto amplo, mas a algo bem particular. Trata-se da *transformação* de uma obra em outra: aquela que não resulta de transformação é originária; a que resulta, derivada.

A transformação consiste numa alteração criativa da obra intelectual. A obra transformada ganha nova estrutura, linguagem, língua ou forma de expressão, possibilitando que seja desfrutada por mais pessoas ou simplesmente por um modo diferente. A transformação da estrutura ou linguagem é denominada *adaptação*. O livro adaptado para o cinema experimenta transformação dessa ordem, assim como a fotografia de uma escultura em praça pública. Também é caso de adaptação de diversas músicas a obra dos DJs. Já a transformação por mudança da língua é a *tradução*, hipótese específica de obras escritas ou faladas. A tradução é obra derivada da traduzida. A seu turno, a transformação consistente em reescrever a música para ser executada por

instrumento diverso chama-se *arranjo* e, quando envolve composição orquestral, *orquestração*. As sensações (e mesmo emoções) da experiência de ouvir uma mesma música variam quando ela é executada por instrumentos diversos, em razão do timbre que emprestam ao som. Ouvir a orquestração para cordas do prelúdio das *Bachianas Brasileiras n. 4*, de Villa Lobos, dói menos na alma do que ouvir a mesma peça em sua primeira versão, escrita para piano (1941).

O objetivo da transformação, como dito, é ampliar ou modificar o desfrute da obra intelectual. O orquestrador, ao reescrever para um só instrumento a sinfonia, permite sua execução fora das salas de concerto, ampliando a audiência da obra. O tradutor torna a obra traduzida acessível a leitores ou espectadores que não conhecem o idioma em que foi originariamente escrita. O adaptador, por fim, quer expressar a mesma obra por arte diversa, e enfrenta os desafios próprios do novo meio de expressão.

Para criar a obra derivada, o seu autor precisa de autorização prévia e expressa do da originária (LDA, art. 29, III e IV). Silnei Siqueira teve a ideia de musicar *Morte e vida Severina*, de João Cabral de Mello Neto, e encarregou da empreitada um jovem estudante de arquitetura, Chico Buarque de Holanda. Mas nem eles poderiam ter feito a adaptação, nem o TUCA (Teatro da Universidade Católica de São Paulo) poderia ter encenado a obra nos anos 1960, no

Brasil e no exterior, se não estivessem autorizados pelo poeta.

Quando a obra originária está em domínio público, qualquer um pode criar uma derivada dela. Não existindo quem title os direitos patrimoniais, é claro que não há como cogitar de autorização prévia e expressa de quem quer que seja. O adaptador, tradutor, arranjador ou orquestrador pode dedicar-se à transformação da obra caída em domínio público livremente. Sobre sua obra derivada o transformador terá todos os direitos autorais, mas não poderá impedir outra transformação diferente da sua (LDA, art. 14). Qualquer músico pode arranjar, por exemplo, a ópera *Joana de Flandres*, de Carlos Gomes, obra em domínio público desde 1967. Quem o fizer passa a titular direito autoral sobre seu arranjo. Incorre em ilícito quem copiar ou usar sua criação derivada. Mas esse músico não tem o direito de impedir que outro faça também sua própria transformação da mesma obra, desde que não seja cópia da dele.

Não se confunde a espécie de aquisição do direito autoral com a classificação da obra. Sobre a obra originária podem recair direitos de aquisição originária (os do seu autor) ou derivada (os de sucessores ou cessionários); também sobre obra derivada podem-se titular direitos adquiridos de modo originário (os do autor dela) ou derivado (os de seus sucessores ou cessionários). O adaptador, arranjador, orquestrador ou tradutor são titulares

de direitos autorais adquiridos de modo originário sobre a adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, que são obras derivadas (cf. Costa Neto, 1998:106). A natureza de obra derivada não interfere no modo de aquisição do correspondente direito autoral.

As transformações mencionadas na lei (adaptação, tradução, arranjo e orquestração) não esgotam todas as hipóteses. Elas correspondem às usuais. A extrema criatividade dos autores afasta a possibilidade de antevisão de todas as formas possíveis de transformação.

A obra pode ser transformada (adaptada, traduzida, arranjada, orquestrada etc.) mediante prévia e expressa autorização de seu autor.

Chama-se obra originária (primitiva ou primígena) a transformada; e derivada, a resultante da transformação.

Por fim, registro que transformação e modificação da obra são figuras diferentes do direito autoral. A transformação, como se viu, consiste na produção de uma nova obra (derivada) por meio de expedientes como arranjo, orquestração, adaptação ou tradução. Ninguém pode transformar obra de outrem sem a prévia autorização do titular dos direitos autorais patrimoniais. Já a modificação não importa o surgimento de obra nova. Trata-se da

mudança ou aperfeiçoamento introduzido na obra pelo próprio autor, com vistas a ajustá-la às suas mutantes expectativas. O direito de modificar a obra é moral (LDA, art. 24, V) e, por essa razão, não pode ser transferido a outrem. Só o autor pode fazer modificação na obra.

6. INTEGRAÇÃO DE OBRAS

A obra intelectual pode ser produto da criação isolada de um autor ou da combinação de esforços de dois ou mais. É uma obra singular, no primeiro caso; integrada, no segundo. Há obras que, por sua natureza, não podem ser senão integradas, como a audiovisual, por exemplo. É praticamente impossível a uma pessoa sozinha realizar filme de longa-metragem. A integração de obras suscita questões próprias atinentes à titularidade dos direitos autorais.

Para que haja integração, é necessário que as contribuições individuais dos autores se articulem de alguma forma. Não basta a simples justaposição de obras. Não há integração, por exemplo, no caso de a galeria organizar a exposição dos quadros que mantém em consignação com o intuito de promover vendas. As obras expostas estão conectadas por mera circunstância comercial, não existindo nenhuma articulação entre as contribuições de cada pintor.

A integração pode ser relativa ou absoluta, dependendo do grau de independência que preserva a contribuição

isolada de cada autor. Se a obra singular que compõe a integrada tem seu próprio valor ou interesse cultural quando destacada, a integração é relativa. Caso contrário, absoluta. Na obra relativamente integrada, é sempre possível distinguir a participação individual dos autores envolvidos. A eventual segregação comprometeria a existência ou o valor cultural da obra integrada, mas a contribuição de cada um deles está completamente delineada. Já a integração absoluta acarreta a perda total de independência da participação individual. Não se consegue perceber quem fez exatamente o quê para a obtenção do resultado final.

As obras integradas, portanto, podem ser divisíveis (integração relativa) ou indivisíveis (integração absoluta).

A obra intelectual pode ser singular (proveniente do trabalho de um só autor) ou integrada (resultante do trabalho de dois ou mais autores).

A obra integrada pode ser divisível (quando passível de identificação a contribuição individual de cada autor) ou indivisível (se essa identificação não pode ser feita).

Há duas espécies de obra integrada: a comum e a coletiva.

São duas as espécies de obra integrada: a comum (subitem 6.1) e a coletiva (subitem 6.2). O que distingue uma

categoria da outra não é o grau de integração, mas a iniciativa de sua produção. Se a obra integrada partiu de uma ideia conjunta dos autores, ou de sugestão de um deles para o outro ou outros, a hipótese é de coautoria; a obra é comum. Há, nesse caso, uma iniciativa interna, e todos os coautores envolvidos costumam manter contatos diretos ao longo do desenvolvimento do trabalho. Se, porém, a iniciativa foi de um organizador, que concebeu a obra integrada, selecionou e convidou autores e providenciou ou negociou a publicação, é o caso de obra coletiva. Aqui, a iniciativa é, por assim dizer, externa e não há usualmente contato direto entre os autores envolvidos no projeto, relacionando-se cada um só com o organizador.

A diferença na iniciativa da produção da obra integrada importa uma relevante consequência. Enquanto os direitos patrimoniais da obra comum são do *condomínio* dos coautores, os da coletiva pertencem ao organizador (Chaves, 1987:105).

6.1. Obra comum

Na definição dessa categoria de obra (também chamada *em coautoria* ou *em colaboração*), o essencial é a existência de trabalho comum de dois ou mais autores (LDA, art. 5º, VIII, *a*). O resultado intelectual obtido depende, nesse caso, da convergência de labores. Os coautores trabalham juntos, elaborando ou executando a obra em parceria. Determinados

tipos de bens intelectuais só podem ser executados em regime de colaboração. É o caso da obra audiovisual, de que são coautores o autor do argumento e o diretor (LDA, art. 16); sendo ela um desenho animado, da coautoria também participa o criador dos desenhos (art. 16, parágrafo único). Essas hipóteses de coautoria legalmente definidas, noto, limitam-se ao exercício dos direitos patrimoniais; em relação aos direitos morais da obra audiovisual, eles pertencem integralmente ao diretor (art. 25).

A obra comum pode resultar de contribuições indistinguíveis dos coautores. Se dois juristas, após discutirem certa lei e chegarem a consenso quanto à sua interpretação, resolvem escrever juntos os comentários aos seus dispositivos, sendo que o leitor não consegue identificar no texto a contribuição de cada um deles para a obra, verifica-se a coautoria com integração absoluta. Aqui, não há separação possível da parte de cada coautor. A própria integridade da obra — e não apenas seu valor cultural — ficaria comprometida acaso tentada a segregação. É a hipótese de obra em comum indivisível.

Mas a obra em coautoria pode também ser produto de contribuições que conservam alguma independência. Se os dois juristas do mesmo exemplo elaboram juntos a interpretação de todos os dispositivos da lei, discutindo e chegando a consenso em relação aos pontos que serão objeto de abordagem na obra, e, depois, dividem o trabalho

de redação, ficando cada um deles responsável por escrever os comentários de parte dos dispositivos do diploma legal, ainda assim há coautoria. A integração, nesse caso, é relativa, por ser passível de identificação a participação de cada coautor na redação do livro. A obra em comum é divisível.

A exemplo do autor, os coautores são os que se identificam como tais. A identificação do titular dos direitos autorais na obra em coautoria faz-se, portanto, pela declaração deles, que representa um negócio jurídico unilateral de reivindicação de autoria. Até prova em contrário, são coautores de uma obra intelectual os que reivindicam essa condição. Essa declaração unilateral é o fundamento para o editor indicar ou anunciar na obra os nomes dos coautores (LDA, art. 15).

Não se considera coautor aquele que simplesmente auxiliou o autor na produção da obra, fazendo trabalho manual ou intelectual. A secretária que digitou o texto ditado pelo escritor auxilia na realização da obra com trabalho manual. Não é considerada coautora. Da mesma forma não são coautores os assistentes do artista plástico que preenchem de tinta o fundo da imagem na tela, soldam partes da escultura de ferro ou desbastam o bloco de mármore. Igualmente não há coautoria na pesquisa que deu base à obra intelectual (Schechter-Thomas, 2005:101/102). O revisor, atualizador ou quem fiscalizou ou dirigiu a

publicação ou apresentação também não são coautores, tendo a lei dedicado a eles expressa referência nesse sentido (LDA, art. 15, § 1º).

Quando indivisível a obra em coautoria, a decisão de publicá-la ou autorizar sua publicação cabe à maioria dos coautores (LDA, art. 32 e § 1º). Se mais da metade dos coautores entende que a obra ainda não está suficientemente amadurecida e deve permanecer inédita, a minoria interessada na quebra do ineditismo deve submeter-se e esperar. Mas se ocorre o contrário e a maioria delibera pela publicação da obra em comum, à minoria dissidente são assegurados dois direitos: não participar das despesas da publicação (caso em que não terá participação também nos resultados) e proibir a divulgação do seu nome como coautor da obra (art. 32, § 2º). Esses direitos são autônomos, podendo o autor exercer um deles apenas ou ambos.

Não pode o coautor isoladamente contratar a publicação da obra em colaboração, sob pena de responder por perdas e danos. A lei reconhece, contudo, o direito de ele publicar o trabalho artístico, literário ou científico feito em coautoria na coleção de suas obras completas, sem depender, nesse caso específico, da anuência dos demais (art. 32, § 3º). Também não pode o coautor isoladamente revogar a autorização dada pela maioria para a publicação da obra; assim, conforme explicitou a lei, sendo a obra teatral, não tem o direito de suspender a temporada contratualmente autorizada (art. 75).

Se o trabalho em colaboração é divisível, o coautor pode explorar economicamente sua contribuição como obra singular, desde que isso não prejudique a exploração econômica da obra feita em coautoria (art. 15, § 2º).

A obra comum é a feita em coautoria. Os direitos morais e patrimoniais dos coautores devem ser objeto de contrato entre eles, que defina a repartição dos resultados da exploração econômica da obra, as condições para retirá-la de circulação, se for o caso, e demais aspectos ligados aos interesses comuns. Se houver desrespeito a direito moral específico de um deles, o prejudicado pode agir isoladamente.

Em relação aos direitos patrimoniais, os coautores devem contratar a sua repartição entre eles. A contribuição de cada um é diferenciada, e a repartição deve refletir a diferença. Se um dos coautores é mais experiente, titulado ou conhecido que o outro ou outros, é natural que receba maior fatia dos direitos patrimoniais sobre a obra. Não havendo contrato entre os coautores, a divisão será em cotas iguais: se são dois, metade para cada; se três, um terço, e assim por diante (LDA, art. 23). O prazo de duração dos direitos patrimoniais da obra comum indivisível começa a contar da morte do último dos coautores (art. 42).

Também no tocante aos direitos morais os coautores devem contratar a respeito de seu exercício. Nenhum deles pode, por exemplo, tomar a iniciativa isolada de retirar a obra em comum de circulação, se os demais não concordarem com a medida. Claro que, se a ofensa ao direito moral atinge em particular um dos coautores e os demais não se interessam por tomar qualquer medida protetiva, o lesionado tem legitimidade para agir sozinho, tal como ocorreria se a lesão dissesse respeito a obra singular dele. Imagine que o nome de um dos coautores somente é omitido nos anúncios de divulgação da obra, ou que apenas a parte de um deles é modificada sem seu consentimento. Nesse caso, como o direito moral desrespeitado atinge especificamente os interesses de um só dos coautores, ele pode isoladamente os defender, não precisando do concurso dos demais. Mas

se o direito moral em consideração diz respeito à obra em seu conjunto, a convergência de vontade dos coautores é indispensável. É o caso, por exemplo, do direito ao ineditismo, cujo exercício depende de acordo entre os coautores.

6.2. Obra coletiva

A obra coletiva é a reunião de contribuições individuais patrocinada por um organizador. O que singulariza a obra coletiva é a iniciativa de sua organização por uma pessoa física ou jurídica que normalmente não é um de seus autores. Embora haja quem o questione (Oliveira-Willington, 2005:69/70), o melhor exemplo para aclarar o conceito de obra coletiva é o do jornal. Como destaca José de Oliveira Ascensão, nele há uma pluralidade de obras, cada qual com seu autor, e essa pluralidade reduz-se a um único veículo de informações por força da orientação editorial dada pela empresa jornalística (1997:88).

Tal como no trabalho em colaboração, a integração pode ser relativa (obra divisível) ou absoluta (indivisível). Se o editor interessado em publicar livro de comentários a certa lei chama alguns juristas e distribui entre eles os dispositivos do diploma legal, a obra é coletiva divisível. Ao leitor, nesse caso, será sempre possível distinguir e segregar a contribuição individual dos autores. No exemplo, a cada trecho da obra se liga o nome do responsável pela criação

intelectual correspondente. As contribuições singulares conservam, aqui, a independência, embora a circunstância de se abrigarem num volume que abrange comentários a toda a lei lhes agregue valor. Se, por outro lado, o mesmo editor convidar os juristas para comentar aquela lei sem estabelecer entre eles qualquer repartição de tarefas perceptível pelo leitor, a obra coletiva será indivisível.

Na obra coletiva, as contribuições individuais “se fundem numa criação autônoma”, como diz a lei com alguma imprecisão (LDA, art. 5º, VIII, *h*). Quer dizer, a obra coletiva não é a simples *justaposição* de obras singulares, mas algo que acrescenta valor cultural a elas. Mesmo quando continuam independentes e segregáveis, as participações dos diversos autores têm mais valor enquanto estão reunidas no trabalho coletivo. Obras singulares publicadas juntas *sem essa organização típica da coletiva* são chamadas de *conexas*.

Toda obra integrada para se caracterizar como coletiva deve ter necessariamente um organizador. Cuida-se de pessoa física ou jurídica que concebe a obra, fixa seus objetivos e perfil, toma a iniciativa de reunir os autores e providencia a publicação, diretamente ou por terceiros. Não se afasta a hipótese de o organizador, sendo pessoa física, eventualmente contribuir também como autor da obra coletiva, mas isso é muito raro. Na verdade, o organizador tende a ser empresário de bens culturais. Ele identifica no

mercado a demanda por uma obra com determinado perfil e procura autores aptos a produzi-la. É essa sua função peculiar. Nota-se que a coletivização da obra pelo organizador não é propriamente um trabalho intelectual especializado, mas uma tomada de decisão empresarial.

A tutela da participação individual do autor na obra coletiva tem raízes constitucionais (CF, art. 5º, XXVIII, *a*). A lei reforça e disciplina a proteção (LDA, arts. 17 e 88).

Em relação ao conjunto da obra, a lei atribui os direitos patrimoniais ao organizador (LDA, art. 17, § 2º), que deve contratar com os autores a remuneração devida pela correspondente contribuição. Como a iniciativa da obra coletiva é do organizador, normalmente ela nasce com um convite dele aos autores que considera aptos a produzi-la. Aceito o convite, abrem-se as negociações entre cada autor e o organizador. Chegando as partes a acordo, viabiliza-se a participação na obra coletiva. O contrato especificando a contribuição do autor participante e sua remuneração tratará também do prazo para entrega ou realização e demais condições de execução da obra coletiva (art. 17, § 3º).

Ao publicar a obra coletiva, o organizador deve mencionar em cada exemplar, além do título, ano de publicação e sua identificação, também os nomes dos autores participantes. Se não tiver sido acertado com todos eles nenhum outro critério, os nomes serão relacionados por ordem alfabética (LDA, art. 88).

Na obra coletiva, a iniciativa de sua produção parte de pessoa que não é necessariamente um de seus autores; em geral, de um empresário do ramo cultural que identifica certa demanda no mercado e quer atendê-la.

Se a obra coletiva é divisível, cada autor titula os direitos autorais sobre a sua contribuição, e pode exercê-los independentemente de autorização dos demais ou mesmo do organizador. O economista que contribui com artigo para o livro de análise da conjuntura econômica continua a ser o único detentor dos direitos autorais sobre o texto, enquanto obra singular. Se não tiver assumido expressamente nenhuma obrigação contratual de exclusividade, está livre para publicar o mesmo artigo em outra obra.

Em relação aos direitos morais na obra coletiva, faço

duas observações.

Primeira, o autor não sofre nenhuma limitação em seus direitos morais em razão da participação. Pelo contrário, pode até mesmo, no exercício deles, proibir a indicação ou anúncio de seu nome na obra coletiva, se a tanto corresponder seu interesse. Pode-se imaginar que um dos autores participantes não se satisfaça com o resultado final de sua parte e queira desvincular seu nome da obra coletiva; se fosse uma obra individual — quer dizer, se ele não tivesse o compromisso contratual com o organizador de a entregar ou realizar em determinado prazo —, ele não teria vontade de publicá-la. Como é seu direito mantê-la inédita (LDA, art. 24, III), mas não se pode desvencilhar do contrato de participação que assinou, resta-lhe proibir a indicação ou anúncio de seu nome. Esse direito deve ser exercido mediante notificação por escrito ao organizador até a entrega da participação (art. 88, parágrafo único). Note que, mesmo na hipótese de exigir a omissão de seu nome, o autor continuará credor da remuneração contratada com o organizador (art. 17, § 1º).

Segunda, o organizador pode contar com o auxílio de um especialista na organização da obra coletiva, que se costuma chamar coordenador. Trata-se do *autor* da coletivização da obra. E, por isso, além da remuneração acertada com o organizador, também titula direitos morais em relação ao seu trabalho intelectual de coordenação. Quem,

por exemplo, cita, como fonte em tese de doutorado, artigo publicado em trabalho coletivo deve mencionar na bibliografia, além do nome do autor do texto citado, também o do coordenador da obra (LDA, art. 24, II).

7. REGISTROS DAS OBRAS

O direito autoral nasce do ato de criação da obra intelectual. Nenhuma outra condição ou formalidade é exigível. Sua proteção, esclarece a lei, independe de registro (LDA, art. 18).

Os autores interessados em pré-constituir prova de anterioridade de uma obra podem, contudo, registrá-la em determinados órgãos oficiais. É comum, principalmente entre autores jovens, o receio de ver sua criação apropriada ilegítimamente por terceiros. Preocupa-os em particular a possibilidade de serem lesados pelos empresários do ramo cultural a cuja avaliação submetem seus trabalhos. Se isso vier a acontecer, isto é, se for apropriada indevidamente a obra por quem teve acesso a ela antes da publicação, a prova da anterioridade será facilitada pela chancela oficial. O registro é mera faculdade, que não amplia nem prejudica os direitos autorais; apenas, como dito, facilita a prova judicial da anterioridade, se e quando necessária.

Os órgãos de registro de obras protegidas pelo direito autoral variam de acordo com a espécie: os textos (ficção, poesia, teatro e outros) devem ser registrados no Escritório

de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional; as músicas, na Escola de Música da Universidade Federal do Rio de Janeiro; as obras plásticas (pintura, escultura, gravura etc.), na Escola de Belas Artes dessa Universidade; os roteiros de obras audiovisuais ou gravações delas, na Agência Nacional do Cinema (ANCINE); os projetos de arquitetura e engenharia, no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA). Se a obra comportar registro em mais de um desses órgãos, deverá o autor optar por aquele com o qual ela guarda maior afinidade (Lei n. 5.988/73, art. 17 e § 1º; LDA, art. 19). O registro é feito mediante o pagamento de taxa ao órgão responsável.

O registro das obras intelectuais é facultativo, não amplia nem restringe direitos, e se destina unicamente a facilitar a prova da anterioridade, caso questionada a reivindicação de autoria.

As obras musicais, assim entendidas as partituras, os fonogramas e os videogramas, devem ser depositadas na Biblioteca Nacional, nos termos da Lei n. 12.192/2010. Trata-se de uma obrigação administrativa, do impressor ou da gravadora, cuja finalidade está relacionada à preservação da produção musical brasileira. Malgrado este objetivo, o depósito legal pode ser utilizado, também, para fins de comprovar a anterioridade numa disputa sobre direito autoral. Nem por isso, contudo, confunde-se com o registro na Escola de Música da UFRJ.

DIREITOS MORAIS DO AUTOR

1. NOÇÃO INTRODUTÓRIA DOS DIREITOS MORAIS

A atribuição ao autor da propriedade sobre sua criação intelectual tem como um dos objetivos principais garantir-lhe uma fonte de subsistência. Podendo viver de sua arte ou ciência, o autor, de um lado, pode dedicar-se com exclusividade e profissionalismo ao trabalho criativo. A atribuição de tais direitos de propriedade permite a

racionalização do investimento na formação do criador de bens culturais. O tempo, recursos e esforços que o autor emprega no seu aperfeiçoamento podem ser recuperados (embora seja inafastável o risco de perda, como em qualquer outro empreendimento humano). Além disso, o autor não fica a depender do mecenato, gozando então de maior liberdade de criação. Ao lhe assegurar a propriedade da obra, a lei simultaneamente atende ao interesse privado do autor e também ao público (Cap. 53, item 1).

Mas a ligação especial entre o autor e sua obra transcende o aspecto patrimonial. No contexto do sistema *droit d'auteur*, são reconhecidos certos direitos ao autor não ligados diretamente à exploração econômica da obra. São os direitos morais, rica contribuição da cultura jurídica francesa que o sistema *copyright* tem relutado em incorporar.

O significativo diferencial do *droit d'auteur* consiste na percepção de que o autor não tem somente o interesse de viver de seu trabalho criativo. De fato, para a maioria dos verdadeiros artistas e cientistas, a renda proporcionada pela comercialização de bens culturais é *sinceramente* uma questão secundária. Importa-lhes muito mais expressar ideias e valores, vê-los difundidos e usufruídos pelos destinatários e alcançar o reconhecimento à sua específica contribuição para a cultura.

Desse modo, o autor titula em relação à obra que criou

direitos morais e patrimoniais (LDA, art. 22). Uns e outros nascem simultaneamente, com o ato de criação. Enquanto o autor viver, ele será necessariamente o titular dos direitos morais. Não existe a hipótese de eles se apartarem da esfera de direitos do autor. Já os direitos patrimoniais podem ser transferidos por negócio jurídico.

Enquanto o autor enfeixa em seus direitos autorais tanto os morais como os patrimoniais, ocorrendo lesão a qualquer deles ou aos dois, não há maiores dificuldades na identificação da parte legítima para os defender em juízo. É o autor. Todavia, se transferiu os direitos patrimoniais, ele perde a legitimidade para buscar sua proteção no Judiciário. Se ato ilícito de terceiros ofende apenas direitos patrimoniais ligados a certa obra, dos quais o autor não seja mais titular, nada poderá fazer para impedir a ofensa ou obter ressarcimento. Ademais, não tendo o titular dos interesses patrimoniais vontade de os preservar contra o ilícito, por razões que lhe dizem respeito somente, permanecerá o autor de mãos atadas — se estiverem sendo respeitados seus direitos morais.

O autor titula, desde a criação da obra, não somente direitos ligados à sua exploração econômica (patrimoniais) como também alguns que a transcendem (morais).

Enquanto os direitos patrimoniais são disponíveis, os morais são indisponíveis.

Há tecnólogos que consideram inapropriada a adjetivação “morais” para a gama de direitos do autor que lhe são reconhecidos mas não estão ligados diretamente à exploração econômica da obra. Para Pontes de Miranda, a expressão direitos morais é quase “monstruosa, por ser de uma dimensão social o substantivo e de outra o adjetivo” (1963, 16:9/10). Também José de Oliveira Ascensão critica a adjetivação, sustentando que o mais apropriado à língua

portuguesa seria chamar tais direitos de pessoais (1997:129). De minha parte considero que, malgrado a pertinência de algumas dessas críticas, convém à tecnologia jurídica, para facilitar a interpretação e aplicação da lei, operacionalizar com a expressão por esta última adotada. Em futura reforma da lei autoral, será certamente oportuno rever a designação atribuída aos direitos do autor não ligados à exploração econômica da obra.

2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS MORAIS DO AUTOR

Os direitos autorais morais são considerados espécie dos direitos da personalidade do autor. Como destaca a tecnologia dedicada ao tema, esses direitos são de tal modo intrínsecos à pessoa do criador da obra intelectual que ostentam as mesmas características e se sujeitam, de modo geral, ao mesmo regime jurídico dos da personalidade (por todos, Bittar, 1988:52). Os direitos morais, assim, são essenciais, absolutos, vitalícios, extrapatrimoniais e indisponíveis. São essas as características dos direitos da personalidade que se encontram também nos morais do autor.

a) *São direitos essenciais.* Quando se aponta a essencialidade como marca do direito moral, quer-se fazer referência à intrínseca ligação entre seu sujeito e objeto. Não se pode destacar o direito moral ligado a certa obra do autor

dela. Os direitos autorais patrimoniais não ostentam essa marca. Se o autor os cede a empresário do ramo cultural, passa a ser outro o sujeito do mesmo objeto de direito; quer dizer, os direitos patrimoniais são destacáveis da figura do autor, mas não os morais.

Também em razão da essencialidade do direito moral, não há criador de obra intelectual que não o titule; assim como ninguém é titular dele a não ser criando obra intelectual.

b) São direitos absolutos. Os autores podem defender seus direitos morais contra quem quer que os usurpe ou desrespeite. São direitos oponíveis *erga omnes* e não apenas contra aqueles sujeitos com os quais o titular manteve algum vínculo jurídico anterior. Se, por exemplo, pessoa desconhecida do autor publica obra que este último queria manter inédita, a inexistência de vínculo jurídico entre eles não pode servir de obstáculo à repressão do ilícito e obtenção de ressarcimento. Essa característica dos direitos morais se estende aos patrimoniais, que são igualmente absolutos. Não se exige prévio vínculo jurídico entre plagiador e autor para este demandar contra aquele a recomposição de seus interesses patrimoniais prejudicados.

Ser um direito absoluto, relembro, não significa nada além da oponibilidade *erga omnes*. Os direitos morais, como os demais da personalidade, não são ilimitados. Se alguém cria uma escultura fundindo ferro furtado de loja de

construção, não pode invocar seus direitos morais de autor para tentar impedir que o legítimo dono do material furtado destrua a obra tão logo se apossa do que lhe pertence.

Também revela a limitação dos direitos morais a obrigatoriedade de o autor pagar a terceiros prejudicados indenização prévia como condição para o exercício de alguns deles. Se o autor quer modificar a obra, pode fazê-lo a qualquer tempo, desde que antes de introduzir a modificação pague a eventuais prejudicados o ressarcimento devido (LDA, art. 24, § 3º). E, se havia contratado a execução da obra (musical, teatral, operística etc.), não pode alterar-lhe a substância contra a vontade do empresário (art. 71). Vê-se, assim, que os direitos morais são absolutos, mas não ilimitados.

c) *São direitos vitalícios.* Os direitos morais duram por toda a vida do autor, e a parte deles que sobrevive ao seu falecimento dura enquanto viverem sucessores legítimos, ou mesmo após a morte deles. A vitaliciedade dos direitos morais importa a possibilidade de o autor os exercer a qualquer tempo. Mesmo que a lesão se tenha verificado há muitos anos, o autor poderá exercer seu direito moral. Da vitaliciedade do direito moral titulado pelo autor decorre sua imprescritibilidade (Bittar, 2001:48). Se é publicada a obra com modificação não aprovada pelo autor, ele tem o direito moral lesado, podendo pleitear a retirada de circulação. Esse direito pode ser exercido mesmo que decorridos mais de 10

anos — que é o prazo geral de prescrição (CC, art. 205) — da publicação ou de seu conhecimento pelo autor.

A vitaliciedade do direito moral não significa que ele necessariamente se extingue com a morte do autor e seus sucessores. Em alguns casos, sobrevive o direito, mesmo que não vivam mais os seus titulares. A lei preceitua, nesse sentido, que “compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público” (LDA, art. 24, § 2º). Trata-se de medida destinada a proteger dois dos direitos morais do autor — integridade e autoria —, mesmo na hipótese de desinteresse dos seus sucessores. A obra caída no domínio público é aquela sobre a qual deixam de existir direitos patrimoniais. Verifica-se a hipótese, como regra geral, com o decurso do prazo de 70 anos contados de 1º de janeiro do ano seguinte ao da morte do autor (art. 41). Assim, depois desse prazo, os sucessores não têm mais direito patrimonial nenhum sobre a obra. Em razão da perda do interesse econômico, podem também se descuidar da defesa dos direitos morais do autor. Os netos dos tataranetos de um escritor podem ter toda a simpatia pela ideia de defesa dos direitos morais do antepassado ilustre, mas não verem sentido algum em custeá-la se não podem mais usufruir qualquer ganho patrimonial em razão da obra. Para que os direitos morais do autor não corram o risco de ficarem indefesos, a lei imputa o dever de promover sua defesa ao Estado após cair a obra em domínio público. Trata-

se de legitimação concorrente, que não exclui a dos sucessores porventura interessados em preservar a integridade ou autoria da obra ameaçadas.

Imagine que um usurpador publique em livro o texto de *A moreninha*, de Joaquim Manuel de Macedo, como sendo de sua autoria, fazendo pequenas modificações destinadas a ambientar no presente a história da aposta dos três estudantes de medicina. Não está, com isso, desrespeitando o direito patrimonial de ninguém, porque a obra caiu em domínio público em 1º de janeiro de 1953. Mas é obrigação do Estado promover a ação judicial destinada a proibir a comercialização do livro que lesa os direitos morais do romancista fluminense à integridade e autoria de sua obra.

Quanto à duração, portanto, podem-se classificar os direitos morais em três categorias: *i) vitalícios*, que são todos, por ser essa uma característica comum a eles; *ii) supérstites*, os indicados nos incisos I a IV do art. 24 da LDA, porque permanecem na titularidade dos sucessores, a qualquer tempo mesmo depois da morte do autor; *iii) perenes*, os relacionados à autoria e integridade, que sobrevivem enquanto houver a obra, cabendo ao Estado, após a queda em domínio público, promover sua defesa.

d) São direitos extrapatrimoniais. Os direitos morais do autor não são suscetíveis de expressão monetária ou avaliação econômica. Por isso, diz-se que são extrapatrimoniais. Desse modo, o autor não pode pretender

receber pelo seu exercício nenhuma remuneração. Quando a rádio veicula certa música e anuncia o nome do compositor, ela se torna devedora dos direitos patrimoniais incidentes sobre a obra, mas nada deve pelo fato de ter identificado o autor. Além disso, os direitos morais, em razão dessa característica, não estão sujeitos à penhora ou outro ato de constrição judicial, nem podem, por outro lado, ser oferecidos em garantia de qualquer obrigação. Também por força da extrapatrimonialidade do direito moral, quem o ofende deve indenização em valor totalmente desvinculado de eventual prejuízo material do autor. O montante da indenização tem o sentido de mera compensação pela dor sofrida.

Os direitos morais do autor são essenciais (não podem ser destacados da pessoa do seu titular), absolutos (oponíveis erga omnes), vitalícios (perduram por toda a vida do autor), extrapatrimoniais (são insuscetíveis de avaliação econômica) e indisponíveis (irrenunciáveis e intransferíveis).

e) *São direitos indisponíveis.* A inalienabilidade e a irrenunciabilidade dos direitos morais estão expressas em lei (LDA, art. 27). O autor não pode negociar sua transferência ou assumir a obrigação de nunca os exercer. Se o fizer, o negócio jurídico é nulo, não produz efeito nenhum.

O autor pode deixar de exercer um ou mais direitos morais, o que é algo diferente de renunciar a eles. O não

exercício é alternativa sempre aberta ao titular de qualquer direito quando a coibição ao desrespeito, por qualquer razão, é desprovida de interesse. Considere que desagrade ao dramaturgo a modificação em seu texto introduzida pelo diretor da peça teatral, como a supressão de uma frase dita por certo personagem. Se, apesar do desagrado, o dramaturgo não quer estressar a relação com o diretor, por ser interessante ao seu currículo ter a obra montada sob sua direção, tende simplesmente a não exercer o direito moral de se opor à modificação não consentida. Claro, por ser direito irrenunciável, o dramaturgo pode, a qualquer tempo, rever sua atitude e pleitear o rigoroso respeito ao texto de sua autoria.

Por fim, destaco que diversas obras costumam ser veiculadas sem a identificação de autoria, não se configurando propriamente a tentativa de lesionar os direitos morais do autor. Pense na obra publicitária — que merece o mesmo tratamento de qualquer outra protegida pelo direito autoral (Bittar, 1981:181/190) — veiculada na televisão. O criador do anúncio, o compositor do *jingle*, o diretor do filme publicitário e outros tantos profissionais, pela lei, deveriam ter os seus nomes devidamente mencionados a cada veiculação do anúncio. Mas, se fossem cumprir o direito moral deles à risca, os anunciantes teriam de adquirir mais tempo para a veiculação dos créditos de todos os autores da obra intelectual, mesmo não sendo tais

informações normalmente do interesse do telespectador. Veja que até mesmo os objetivos da obra publicitária poderiam ficar comprometidos, por desviar do produto anunciado para os créditos a atenção dos consumidores. Não há exceção expressa na lei, de modo que os autores da obra publicitária podem pretender impor aos anunciantes o ônus de os identificar. Aqueles que o fizerem, contudo, pela total incompatibilidade entre sua pretensão e a natureza da obra, correm o sério risco de não conseguir novas oportunidades de trabalho.

3. LISTA DOS DIREITOS MORAIS

É exemplificativa a lista da lei dos direitos morais do autor. Como projeção da personalidade de quem a cria, a obra intelectual não pode perder o vínculo permanente com o espírito de que originou; mais que isso, deve moldar-se às mudanças de expectativas desse espírito criador. O Direito reconhece a indelével dependência entre a obra e seu autor e o prestigia, sem deixar de atentar aos interesses de outros sujeitos, os quais procura, na medida do possível, conciliar com os do autor. Sendo, de qualquer modo, complexas e imprevisíveis as relações entre autor e obra, não há como as conter num elenco exaustivo de situações. Sempre que o autor tiver qualquer interesse relacionado à expressividade da obra, às sensações, emoções ou ideias que procura por ela comunicar, terá o direito de vê-lo atendido. Ressalva-se

evidentemente a composição de eventuais implicações econômicas suportadas por qualquer sujeito de direito, advindas da mudança de expectativa ou outra idiosincrasia do autor.

São direitos morais do autor:

a) *Direito à autoria*. O mais importante dos direitos morais é o de reivindicar a autoria da obra (também chamado de *direito de paternidade*), exercitável a qualquer tempo (LDA, art. 24, I). Por vezes, o interesse do autor em ver reconhecida a importância da contribuição de sua obra para a cultura transcende todos os demais, inclusive o de auferir renda a partir dela. Em não raras oportunidades, a motivação que impulsiona o autor a lançar-se aos ingentes esforços da criação intelectual não é a eventualidade de vir a contar com uma fonte de subsistência, mas a gratificação subjetiva pela constatação de ter deixado uma especial e individual marca na história da cultura. A difusão da informação de que certa obra foi criada por determinado artista ou cientista é condição para tal reconhecimento.

A vitaliciedade e a imprescritibilidade do direito garantem que a reivindicação de autoria possa ser feita mesmo depois de transcorridas décadas da publicação da obra. Há casos em que não convém ao autor identificar-se no momento em que a obra é oferecida ao público, em razão de não se encontrar a sociedade culturalmente amadurecida para aceitar o trabalho como contribuição digna de

consideração. Nos anos 1950, o funcionário público Alcides Aguiar Caminha desenhava histórias em quadrinhos eróticas, mas se escondia no pseudônimo Carlos Zéfiro. Naquele tempo, apresentar-se com seu nome e rosto em público na condição de autor desse tipo de obra intelectual poderia implicar, em vista do estágio de evolução cultural em que se encontrava a sociedade brasileira, consequências negativas na órbita da convivência social. Em 1991, o ambiente cultural brasileiro era bem diverso. A importância do trabalho do desenhista já podia alcançar o reconhecimento público, e não havia mais risco de constrangimentos de ordem social ou moral. Foi então que Alcides se apresentou como o criador dos famosos desenhos, numa entrevista à revista *Playboy*. Veja que, nesse exemplo, não se trata verdadeiramente de reivindicação de autoria. O autor pode exercer a paternidade da obra por meio de pseudônimo, e foi isso o que Alcides fizera. Suas HQs nunca tiveram a autoria negada. Mas o fato ilustra como é sábia a lei ao estabelecer a vitaliciedade do direito moral. Se, no momento da publicação, não for oportuna, por qualquer razão, a reivindicação da autoria, pode o autor se ocultar no anonimato e aguardar que sobrevenham condições mais favoráveis.

b) *Direito à identificação.* Sempre que uma obra intelectual for utilizada, o nome do seu autor deve ser anunciado (LDA, art. 24, II). Admite-se a substituição do

nome cível pelo pseudônimo ou sinal convencional por ele adotado, embora tais substitutos estejam cada vez mais em desuso. O direito à identificação (ou *ao nome*) está ligado ao da reivindicação de autoria, tendo igual fundamento no interesse do autor quanto ao reconhecimento da importância de sua contribuição cultural.

O direito à identificação diz respeito a qualquer tipo de obra, tendo a lei se preocupado em reforçá-lo em relação à fotografia. Diz o art. 79, § 1º, da LDA que “a fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome de seu autor”. Assim, na exposição de arte, transmissão de música, anúncio de peça teatral, história em quadrinhos, artigo de jornal, cartão-postal, citação em tese acadêmica, *folder* de conferência, exibição em página da internet e em todos os meios de utilização de obra intelectual, a identificação do autor é obrigatória por lei. Quando não ocorre, é porque não há a menor possibilidade de compatibilizar o exercício do direito pelo autor e a própria divulgação da obra, como no caso da publicidade mencionado acima (item 2.e).

Em relação aos dubladores, a lei obriga especificamente sua identificação nos créditos das obras audiovisuais (Lei n. 12.091/2009).

O responsável pela utilização de obra desacompanhada da identificação do autor, além de responder pela indenização dos danos morais, fica obrigado a divulgar a

identidade omitida. Se, no descumprimento do direito moral, incorreu empresa de radiodifusão, ela deve penitenciar-se anunciando o nome do autor em três dias consecutivos, no mesmo horário em que ocorrera a infração. No caso de omissão da identidade em publicação gráfica (livro, jornal, impressos, *folders* de CD, embalagens de DVD etc.), obriga-se o editor a incluir errata nos exemplares ainda em estoque, além de comunicar, com destaque, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação, a identidade omitida do autor. Finalmente, em se tratando de outras formas de utilização, a publicação por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação é punição imposta ao infrator destinada a atender, ainda que tardia e parcialmente, o direito moral lesado (LDA, art. 108).

c) Direito de não publicar. Somente o autor — ninguém mais — sabe se a obra está pronta para ser publicada. Trata-se de uma definição essencialmente subjetiva, insuscetível de apreciação ou reavaliação por outrem, inclusive críticos ou especialistas. Apenas o autor sabe se a expressividade que pretendia comunicar com a obra foi já alcançada ou se exige mais trabalho e aperfeiçoamento. Por isso, reconhece-se o direito moral ao ineditismo, isto é, o de não publicar a obra se assim for sua vontade (LDA, art. 24, III).

Esse direito moral é tão importante que se sobrepõe a compromissos contratuais eventualmente assumidos pelo autor com o editor ou organizador de obras coletivas. Se o

autor tem a obrigação contratual de entregar sua participação em certo prazo, deve fazê-lo, mas se não estiver contente com o resultado a que chegou pode exigir a omissão do nome dele na publicação da obra coletiva (LDA, art. 17, § 1º).

d) Direito à integridade. Outro importante direito moral do autor é o relacionado à integridade da obra (LDA, art. 24, IV). Ninguém pode modificá-la sem seu consentimento, por menor que seja a alteração pretendida. O autor é o único senhor das sensações, emoções, ideias e valores comunicáveis pela obra. Ninguém mais, nem mesmo o titular dos respectivos direitos patrimoniais ou suporte físico, tem o direito de os alterar, para acrescentar ou subtrair qualquer expressividade dela. Quem reproduz obra fotográfica, por isso, deve guardar absoluta fidelidade com o original, não podendo, sem autorização do fotógrafo que a criou, alterá-la em nenhum aspecto (art. 79, § 2º).

Ínsito a esse direito é também o de se opor a qualquer ato cuja prática possa prejudicar a obra ou atingir a reputação ou honra do autor. Pense na hipótese em que a obra não experimenta nenhuma modificação em seus elementos componentes, mas é exposta ou divulgada em contexto que, de algum modo, interfere em sua expressividade. O pintor dedicado a retratar itens de luxo, com o único objetivo de destacar-lhes a beleza, possivelmente não aprovaria a apresentação de seu trabalho

em certa sala do museu em que ele parece um contraponto chocante e negativo de outra exposição, ambientada na sala contígua, com telas destinadas a chamar a atenção da sociedade para os horrores da miséria. O objetivo de sua arte pictórica é puramente estético, e, caso o autor tivesse sido chamado a se pronunciar sobre a questão da pobreza, certamente externaria posições solidárias aos atingidos por ela. É, portanto, direito moral dele opor-se à ambientação pretendida pelo museu. Nesse exemplo, percebe-se, a obra não sofreu nenhuma alteração, mas sua integridade foi indiretamente atingida pelo ato exterior de aproximação das exposições.

Note-se que o bem juridicamente tutelado pelo direito moral à integridade não é o suporte da obra, enquanto coisa tangível, mas uma das projeções da personalidade do autor (Mattia, 1975:313/314). A integridade do suporte corpóreo é objeto de tutela pelo direito das coisas em vista dos interesses do proprietário. Podem ou não coincidir tais interesses com os do autor. O dono de um dos 100 exemplares da gravura *Ana*, de Burle Marx, pode cortá-la pela metade, se quiser, sem ofender o direito moral à integridade titulado pelos sucessores do artista. Se, entretanto, pretender usar uma das metades na composição de outra obra, haverá atentado ao direito moral, porque isso interfere potencialmente na expressividade objetivada por Burle Marx.

Em suma, o direito moral do autor diz respeito à integridade da obra, enquanto criação intelectual, e não do seu suporte (item 7).

e) *Direito de modificar.* Antes ou depois de utilizada, o autor pode modificar a obra (LDA, art. 24, V). O jurista pode mudar o entendimento sobre determinada questão abordada em livro de sua autoria e, nas novas edições, sustentar opinião diversa da anteriormente esposada. O poeta pode suprimir versos ou acrescentar outros à poesia há tempos publicada. O cineasta tem o direito de agregar novas cenas, que inclusive mudem o sentido originário do filme, mesmo que passados vários anos da primeira exibição.

A modificação, viu-se, não se confunde com a transformação. Enquanto esta se refere à produção de obra derivada (tradução, arranjo, adaptação etc.), mantendo-se inalterada a originária, aquela importa introduzir novos elementos na criação intelectual, eventualmente com a supressão de outros. A transformação pode ser feita por autor diverso do da obra originária, desde que autorizado pelo criador desta. A modificação, porém, é direito personalíssimo e só pode ser feita pelo próprio autor.

De tal forma é personalíssimo esse direito moral que a lei preceitua sua intransmissibilidade aos sucessores (LDA, art. 24, § 1º). Morto o autor, a última versão da obra de arte remanesce intocável. A lei, inclusive, proíbe os sucessores de até mesmo reproduzir as versões anteriores àquela

considerada definitiva pelo autor ainda em vida (LDA, art. 35). Evidentemente, trata-se da exploração comercial do trabalho deslocada do contexto da evolução de sua concepção. As versões anteriores de certo trabalho artístico podem licitamente ser apresentadas, depois do falecimento do autor, numa exposição retrospectiva de sua vida e obra, por exemplo.

No tocante às obras científicas, cabe certa relativização do primado de inalterabilidade pelos sucessores. A atualização de textos dessa espécie com o objetivo de mantê-los úteis aos leitores pode ser autorizada pelos sucessores do autor morto, sem que se considere propriamente *modificada* a obra. Claro que o pesquisador interessado especificamente na contribuição do autor deverá valer-se da última edição atualizada por ele em vida, mas negar aos sucessores o direito de atualizar a obra científica equivaleria a sacrificar-lhes os direitos patrimoniais.

Como todo direito de personalidade, o de modificar a obra não é ilimitado. Se havia sido contratada, com empresário de entretenimento, a representação de certa obra teatral, o autor não pode modificar-lhe a substância (LDA, art. 71). O interesse do empresário foi despertado por determinado gênero de teatro ou conteúdo. A mudança substancial de um ou outro pode tornar a peça completamente desinteressante aos propósitos empresariais, não tendo por isso o autor direito moral de a empreender. O

princípio implícito a essa norma é pertinente a obras de todas as espécies. O escritor, depois de assinado o contrato de edição do livro, não pode pretender mudar substancialmente seu texto. O editor havia manifestado interesse empresarial na obra objeto do contrato e não em outra, ainda que do mesmo autor.

Finalmente, o direito moral de modificar a obra encontra seu limite na obrigação do autor de pagar *prévia* indenização aos terceiros prejudicados (LDA, art. 24, § 3º). A modificação pretendida pelo artista pode, de fato, importar redução do valor de mercado da obra. Atende-lhe as expectativas idiossincráticas, mas desvaloriza o trabalho aos olhos dos investidores em arte. Quando for esse o caso, o direito moral à modificação só poderá ser exercitado se o autor ressarcir os potenciais prejuízos antes de alterar a obra.

f) *Direito de recolher*. Quando o passar do tempo faz com que a circulação ou utilização de certa obra afronte a reputação ou imagem do autor, é seu direito recolhê-la (LDA, art. 24, VI). O direito de recolher (ou *de arrependimento*) é manifestação incontestada do acolhimento dado pela lei autoral às expectativas mutantes do autor. Imagine que durante a ditadura militar certo escultor tivesse produzido obra enaltecendo a censura. Restabelecida a democracia, a obra não contribui em nada para a reputação do autor, que tem direito de a recolher.

Tal como o direito de modificar, o de recolher é personalíssimo, intransmissível aos herdeiros e depende o exercício da prévia indenização de eventuais prejuízos a terceiros (LDA, art. 24, §§ 1º e 3º).

g) *Acesso a exemplar único ou raro.* Se da obra resta um único exemplar, o autor tem direito moral de a registrar por meio fotográfico, audiovisual ou semelhante. O legítimo detentor da preciosidade não pode negar-se a colaborar com o processo de registro, sendo evidentemente indenizado caso sobrevenham prejuízos. Esse direito é igualmente exercitável na hipótese de serem raros os exemplares de cuja existência se tem notícia (LDA, art. 24, VII).

O objetivo do registro é limitado à memória do trabalho e não autoriza ao autor qualquer nova exploração comercial da obra. Quer dizer, a lei reconhece esse direito moral com o intuito de municiar o autor de informações úteis ao prosseguimento de seu trabalho de criação. A partir do registro da obra suportada em exemplar único ou raro, o autor pode fazer estudos destinados a auxiliá-lo em novas empreitadas criativas. Nada mais. Tanto o registro não pode ter outra serventia além de auxiliar a memória do próprio autor que o direito de o obter não se transmite aos sucessores.

O elenco exemplificativo aos direitos morais do autor encontrado na LDA menciona, no art. 24, o de paternidade (reivindicar a autoria da obra), o de identificação (ter o nome divulgado em cada utilização dela), ao ineditismo (não a publicar), o de modificar a obra (introduzir alterações na criação intelectual) e o de a retirar de circulação (quando prejudica a reputação ou imagem do autor), além do de ter acesso a exemplar único ou raro para fins de registro. No art. 70, é mencionado o direito de opor-se à

representação da obra precariamente ensaiada. Fora esses direitos, pode-se cogitar também do de destruir a obra ainda não comercializada.

h) Oposição à apresentação da obra precariamente ensaiada. O autor tem direito de impedir que sua obra seja apresentada quando não tiver havido ensaio suficiente por parte dos intérpretes (LDA, art. 70). Trata-se de direito moral exercitável relativamente a obras representadas ou executadas por um conjunto de artistas, de cuja performance depende a comunicação das sensações, emoções, valores e ideias expressos pelo autor. Assim o coreógrafo, o compositor sinfônico e o dramaturgo, por exemplo, têm direito de oposição à apresentação do balé, sinfonia ou peça teatral, se o corpo de bailarinos, a orquestra ou o elenco de atores não estiverem suficientemente preparados. Para o exercício desse direito moral, a lei assegura ao autor livre acesso ao local de ensaio ou apresentação.

i) Direito de destruir. O autor pode destruir a obra ainda não comercializada, se assim quiser. Esse direito moral não

se encontra mencionado na lei. Mas, como assentado de início, a lista legal é exemplificativa. Liga-se, ademais, do direito ao ineditismo. A destruição da obra é apenas um modo definitivo de mantê-la inédita, se ainda não fora publicada. Depois da comercialização, não se deve reconhecer o direito ao autor de destruir a obra, ainda que mediante prévia indenização dos terceiros prejudicados, exceto no caso de implicar sua circulação ou utilização afronta à reputação ou imagem dele, conforme expressamente previsto na norma positiva (LDA, art. 24, VI). Há quem sustente ter o autor sempre o direito de destruir a obra, mesmo a já comercializada, desde que indenizando os prejudicados (cf. Bittar, 2001:49). Não concordo. Se a lei limitou o direito moral de o autor retirar a obra de circulação ou suspender sua utilização ao caso de lesão à reputação ou imagem dele, admitir que possa destruir a obra fora dessa hipótese equivaleria a negar a limitação legal.

Antes da publicação, o autor tem o direito de destruir a obra, por sua exclusiva vontade. Não gostou do resultado e não vê sentido em conservar o trabalho nem mesmo como estudo ou esboço. Nada limita ou condiciona o exercício desse direito. Mesmo após a publicação da obra, se não tiver ocorrido sua comercialização, continua o autor com a faculdade da destruição. É o caso do pintor que expõe suas telas ao público e, finda a exposição, decide destruir as que não vendeu, por puro impulso irracional. Estava no seu

direito também. Mas, se a obra já tiver sido comercializada, há somente duas hipóteses: se sua reputação ou imagem expõe-se a ofensas em razão da obra, ele tem, mediante o pagamento de prévia indenização, o direito de titular a propriedade do suporte da obra e, como seu dono, o eliminar fisicamente; se não há tal condição, ele só poderá destruir a obra adquirindo o respectivo suporte tangível em contrato de compra e venda — mas, para isso, é necessário que o proprietário esteja disposto a vendê-lo e imponha preço com o qual concorde o autor.

4. DIREITOS MORAIS NAS OBRAS AUDIOVISUAIS

Em relação à obra audiovisual, a titularidade dos direitos autorais legalmente definida varia segundo se trate dos morais ou patrimoniais.

Nos aspectos tocantes à exploração econômica da obra, os direitos são repartidos, em princípio, entre o autor do argumento e o diretor. Eles são os coautores da obra. Assim, os direitos autorais patrimoniais de um filme de longa-metragem pertencem em condomínio a quem escreve o roteiro e a quem o dirige. Quando a obra audiovisual é animação, o criador dos desenhos é também coautor (LDA, art. 16). A repartição entre os coautores dos resultados econômicos da obra deve ser contratada entre eles. Nada impede, e é bem comum aliás, que as porções sejam desiguais.

Já na titularidade dos direitos morais não existe condomínio. A lei os atribui exclusivamente ao diretor (LDA, art. 25). Só ele pode modificar a obra, por exemplo, e, se pretender fazê-lo, não dependerá do assentimento do roteirista. Do mesmo modo, cabe apenas ao diretor decidir o momento oportuno do lançamento da obra ou a conveniência de a manter inédita por mais tempo.

Na obra audiovisual, o diretor é o titular exclusivo dos direitos morais, embora divida os patrimoniais com o roteirista — e também com o criador do desenho, no caso de animação.

O premiado filme *O invasor*, de 2001, baseado no romance homônimo de Marçal Aquino, teve a direção de Beto Brant. O roteiro foi escrito por eles e também por um dos produtores, Renato Ciasca. Abstraídos eventuais

contratos e cessões que eles tenham celebrado a respeito, os direitos patrimoniais da obra são titulados por Marçal, Renato e Beto — mas não em partes iguais: Beto, como diretor e corroteirista, tem direito à metade dos resultados da exploração econômica do filme e mais um terço da outra metade (66,6%), enquanto Marçal e Renato titulam 16,6% cada um. Mas os direitos morais referentes a *O Invasor* são exclusivos de Beto Brant. É o nome dele que deve sempre ser anunciado em qualquer utilização da obra; somente ele pode modificá-la, e assim por diante.

5. DIREITOS MORAIS DO ARQUITETO

Para que o arquiteto veja sua obra concluída, é necessário que o proprietário da construção respeite o projeto. Se o edifício for erguido sem a observância do projeto arquitetônico, o resultado será mais ou menos diverso do concebido pelo seu autor. Podem conflitar, então, os interesses do arquiteto e do proprietário da construção: o autor quer ver concretizada a concepção que idealizou, o que nem sempre corresponde à vontade do dono do imóvel. Nesse embate, qual interesse deve ser privilegiado pela lei? O do arquiteto, voltado à integridade de sua obra intelectual, ou o do proprietário da construção?

Para bem enfrentar a questão devem-se distinguir três hipóteses de inobservância do projeto arquitetônico. A primeira diz respeito às alterações ditadas por razões de

ordem técnica surgidas no decorrer da construção. Muitas vezes, constata-se a necessidade de ajustes na concepção inicial apenas no momento de tradução do projeto em realidade. As fundações precisaram ser reforçadas, por características do terreno não inteiramente detectadas em levantamentos geológicos preliminares, e isso acabou interferindo no *volume estético* de algumas colunas do edifício, por exemplo. A segunda está relacionada à superveniência de mudanças econômicas que alteram a economicidade da solução projetada. Ao tempo da elaboração do projeto, o câmbio podia ser favorável à importação de certos materiais de construção, mas se inverteu durante a construção de modo a tornar excessivamente custosa a manutenção da formulação nova do arquiteto. O projeto não pode ser respeitado, nesse caso, porque as mudanças econômicas exteriores impedem obter pelo mesmo preço o resultado pretendido pelo autor. Por fim, a terceira situação a distinguir é pertinente à variação da vontade do proprietário do imóvel em construção. Ele determina ao empreiteiro que se afaste do projeto apenas por não mais lhe agradar a solução proposta pelo arquiteto. Não há impeditivos técnicos à concretização do projetado, nem está em questão sua economicidade.

O entendimento tradicional da doutrina sustentava a inexistência de qualquer direito do arquiteto de impor ao proprietário da construção a observância do projeto. A obra

intelectual não é o edifício, mas o projeto arquitetônico. Este não pode ser mudado sem a anuência do autor, que titula o direito moral à integridade da obra; mas o edifício é bem do patrimônio do proprietário da construção, que pode, por isso, dele dispor como for de sua vontade (cf. Chaves, 1987:263). Aparentemente lógico, esse argumento, na verdade, não se sustenta. Para a construção ser diferente de um projeto arquitetônico, ela deve atender a outro projeto arquitetônico que incorpore as diferenças. Como afirmar que esse outro projeto não é uma modificação do primeiro, feita sem respeito aos direitos morais do autor?

Pois bem, em 1998, a LDA deu solução satisfatória para o potencial conflito de interesses. Compatibilizou o direito de índole moral do arquiteto com o do proprietário da construção, de estatuto constitucional. Prescreveu que o profissional pode repudiar a autoria se o projeto tiver sido alterado sem sua anuência, durante a execução ou após o término da construção. Determinou, também, que, uma vez dado o repúdio, ficava o proprietário da construção obrigado a indenizar o arquiteto se viesse a lhe atribuir a autoria do projeto (art. 26 e parágrafo único). Note que o repúdio da obra, nos termos da LDA, tem cabimento qualquer que tenha sido a razão que motivou o afastamento da construção do projeto arquitetônico. Mesmo que o proprietário tenha sido forçado a desatender o projeto por razões de ordem técnica ou perda de economicidade, o

repúdio é admissível para que tenha amplo resguardo o direito moral do arquiteto.

Com a entrada em vigor do Código Civil em 2003, a questão dos direitos morais do arquiteto na alteração do projeto ficou um tanto mais complexa. Nele é prescrito que, “sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da (construção) introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária” (CC, art. 621). Permite a lei unicamente a introdução de alterações de pouca monta, desde que preservada a unidade estética da obra projetada (parágrafo único). Como se vê, a partir de 2003, o arquiteto poderia também impor (por execução judicial específica do contrato) a observância de seu projeto caso o proprietário tivesse a *vontade* de dele se desviar durante a construção. De acordo com a estranha disposição do Código Civil, se o proprietário quisesse um edifício diferente do projetado pelo arquiteto, deveria antes terminá-lo seguindo à risca o projeto para, somente depois, fazer as mudanças que o satisfaziam.

O arquiteto tem o interesse

moral de ver seu projeto observado na construção do edifício projetado. Quando isso não é possível por qualquer razão, a Lei dos Direitos Autorais lhe assegura o direito de repudiar a autoria (art. 26).

Além disso, se a inobservância não decorre de impeditivos de ordem técnica ou perda da economicidade da solução projetada, mas da simples vontade do proprietário da construção, o arquiteto pode opor-se a ela, segundo o previsto em dispositivo de constitucionalidade duvidosa do Código Civil (art 621)

A solução do Código Civil, além de ineficiente sob o ponto de vista econômico, é de constitucionalidade duvidosa. Se o proprietário da construção tem seu direito enraizado na Constituição, a lei ordinária não o pode limitar. Na Constituição, encontram amparo somente os direitos patrimoniais do autor, mas não os morais, de que o texto fundamental não cuida. Desse modo, a tutela constitucional do direito de propriedade do dono da construção se sobrepõe à dada pela lei ordinária ao direito moral do arquiteto. Claro está, por outro lado, que a observância do projeto atende exclusivamente ao interesse moral do arquiteto e não guarda nenhuma ligação com a função social da propriedade. O ideal seria a revogação do art. 631 do CC, tendo em vista que a equação do art. 26 da LDA é satisfatória para atendimento de todos os interesses envolvidos.

6. TRANSMISSIBILIDADE AOS SUCESSORES

Em princípio, os direitos da personalidade, em razão de seu caráter essencial, não podem ser destacados do sujeito que os titula. Assim, não são transmissíveis aos sucessores. Essa é a regra geral, que a lei autoral excepciona relativamente a alguns dos direitos morais do autor. Nela,

preceitua-se a transmissão *causa mortis* aos sucessores dos direitos morais à paternidade e identificação do autor, bem como ao ineditismo e integridade da obra (LDA, art. 24, § 1º). Teria sido mais adequado, no rigor dos conceitos jurídicos, que a lei preferisse, a exemplo do Código Civil (parágrafos únicos dos arts. 12 e 20), reconhecer a legitimidade dos sucessores para o exercício desses direitos à titularidade deles.

De qualquer modo, falecido o autor, seus direitos morais *em regra* deixam de existir. Remanescem apenas os supérstites, ou seja, os referidos nos incisos I a IV do art. 24 da LDA, que os sucessores podem exercer.

Quando se trata de defender o interesse moral do autor morto lesionado por atos de terceiros, qualquer sucessor pode agir individualmente. Não é necessário que busquem o prévio entendimento para atuar em litisconsórcio ativo, tendo cada um dos sucessores a legitimidade para postular a tutela dos direitos morais lesionados. Assim, se alguém utiliza a obra de autor falecido sem anunciar ou indicar a autoria, o sucessor pode sozinho ajuizar a ação reparatória e indenizatória. Claro que, tendo sido a iniciativa tomada por dois ou mais sucessores, haverá litispendência.

Entendo inclusive que, para garantir a mais ampla proteção dos direitos morais do autor, mesmo aquele descendente ou ascendente que, por força da linha sucessória, não é ainda titular de qualquer direito autoral,

mas poderá vir a sê-lo, tem legitimidade para demandar sozinho a defesa do direito moral. Se o filho do escultor falecido não se interessa em buscar a responsabilização do infrator do direito moral do pai, o neto pode promovê-la a despeito de não titularizar qualquer direito patrimonial relativamente à obra objeto da transgressão.

Aliás, a titularidade do direito patrimonial não é exigida em nenhuma hipótese para legitimar-se o sucessor à defesa dos direitos morais do autor. Mesmo tendo a obra caído em domínio público, o sucessor continua legitimado a pleitear em juízo a tutela dos direitos morais do autor. Se a ofensa atinge direito perene, que existe enquanto existir a obra (autoria e integridade), haverá legitimidade concorrente do Estado (LDA, art. 24, § 2º).

De outro lado, quando não se trata de defender o direito moral ameaçado, mas de decidir se certa obra deixada pelo falecimento do autor deve ser publicada ou permanecer inédita, não tem o sucessor legitimidade para praticar isoladamente os negócios jurídicos correspondentes. Aqui, é necessário o consenso entre os sucessores, tendo direito de participar da decisão apenas os que titulam o direito autoral, e não todos os descendentes e ascendentes. Em caso de divergência, entendo aplicável por analogia a norma estabelecida para o exercício de direitos patrimoniais da obra em comum: prevalece a decisão da maioria dos sucessores, assegurado aos dissidentes o direito de não contribuir para

as despesas de publicação, caso renunciem à respectiva parte nos lucros (LDA, art. 32). A maioria será apurada ponderando-se os votos de acordo com o valor do quinhão de cada sucessor (também por analogia: CC, arts. 1.325 e 1.791, parágrafo único). Só nessas condições podem os sucessores decidir pela publicação de obra póstuma.

Note-se que os sucessores, nesse caso, devem ter especial *respeito* ao exercício do direito moral ao ineditismo que o autor falecido titulava. Devem procurar entender quais razões teriam levado o autor a não publicar a obra em vida. Se estavam em andamento negociações com editor quando a morte surpreendeu o autor, fica claro que ele considerava pronta a obra; mas, se o trabalho adormecia num canto do *atelier* ou num arquivo do computador pessoal há tempos, sem que dele tivesse se ocupado o autor nos últimos anos de sua vida, essa circunstância não pode ser desprezada pelos sucessores, e deve ser considerada indicativo de que o autor desejava manter aquela obra inédita. Muitas vezes, o respeito ao interesse moral do autor falecido pode ser incompatível com o dos sucessores voltados à exploração econômica da obra mantida inédita. Cabe apenas aos sucessores a grandeza de privilegiar os interesses morais do falecido sobre os seus de índole econômica. De qualquer forma, por serem os únicos intérpretes das presumíveis intenções do autor morto, podem sempre optar pela publicação da obra póstuma, a menos que haja instrução

diversa em ato de última vontade do autor (se ele, por exemplo, mandou em testamento manter o ineditismo, destruir o trabalho, deletar o arquivo eletrônico, rasgar os rascunhos etc.).

Os sucessores do autor morto são legitimados à defesa em juízo de alguns direitos morais, a saber: o de reivindicar a autoria, o de identificação e à integridade da obra (art. 24, I, II e IV). Além disso, a eles cabe decidir pela publicação de obra póstuma ou preservação de seu ineditismo (art. 24, III).

Os direitos morais não listados nos incisos I a IV do art.

24 da LDA não se transmitem aos sucessores. Eles não podem, por exemplo, destruir o suporte do trabalho inédito, introduzir modificações na obra deixada ou determinar a suspensão de sua utilização, mesmo que a considerem prejudicial à reputação ou imagem do autor.

7. DIREITOS MORAIS DO AUTOR E A INTEGRIDADE DO SUPORTE

No edifício da Câmara de Vereadores de Belo Horizonte havia um mural de Yara Tupinambá (elaborado em 1973) intitulado *Guerra e paz*. Em reformas no prédio no transcorrer dos anos 1980, o mural foi irremediavelmente destruído. A artista entrou com ação judicial contra o Município de Belo Horizonte pleiteando indenização por lesão ao direito moral de integridade da obra. Ganhou o processo em primeiro grau de jurisdição, perdeu no Tribunal de Minas Gerais e voltou a ganhar, por maioria de votos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A Municipalidade foi condenada a pagar à artista indenização moral (RT, 711/215). Para certa doutrina, a decisão foi acertada (Pellegrini, 1998:16/17), mas eu não penso assim.

A integridade assegurada pela norma protetiva do direito moral diz respeito à obra. A *criação intelectual* não pode ser minimamente alterada sem a anuência do autor. Já o *suporte físico* em que ela se assenta é bem (tangível ou intangível) sobre o qual recai o direito de propriedade de

quem o adquiriu. O autor não tem nenhum direito sobre esse suporte enquanto não houver alteração na expressividade da obra. Assim, se a Câmara de Vereadores belo-horizontina tivesse eventualmente encomendado a outro artista plástico mudanças no mural, Yara Tupinambá teria inegavelmente direito não só à indenização moral como também ao desfazimento da alteração. Mas, ao remover e destruir o mural, a Municipalidade apenas exerceu seu direito de propriedade sobre o edifício, em nada afrontando o direito autoral da prestigiada muralista mineira.

Note-se que, se atos de comprometimento da integridade do suporte da obra configurassem desrespeito aos direitos morais do autor, então, a rigor, também o configuraria qualquer desídia em sua conservação. Noutros termos, o dono de um quadro não só estaria impedido de o jogar fora sem autorização do pintor como deveria custear-lhe a limpeza e restauração periódicas. A prevalecer esse entendimento, um escultor poderia ir a juízo para obrigar o dono da escultura desgastada pelo tempo a providenciar e pagar o restauro. Se a integridade da obra assegurada como direito moral abrangesse também a do suporte, não haveria por que o tutelar unicamente no caso de destruição ou demolição. Quer dizer, quem adquirisse *qualquer* obra intelectual passaria a ter a obrigação de arcar com os custos de manutenção da integridade do suporte, ainda que não tivesse mais nenhum interesse nela. Note-se que tal

interpretação larga do direito moral à integridade da obra conduziria ao despropósito de o proprietário do suporte físico ter de o manter mesmo quando ela fosse desprovida de valor cultural. O direito autoral não leva em conta o mérito da contribuição intelectual para a cultura como condição para proteger a obra e os interesses do autor. Pelo contrário, qualquer obra é tutelada por esse ramo jurídico, mesmo não tendo relevância cultural, mesmo sendo uma porcaria.

Importa considerar, no exame dessa questão, que os direitos morais do autor *não* têm fundamento constitucional, enquanto o de propriedade tem. A Constituição protege apenas os direitos patrimoniais do autor (CF, art. 5º, XXVII e XXVIII). Os direitos morais encontram guarida apenas na lei ordinária. Desse modo, no conflito entre, de um lado, o interesse do proprietário em não gastar com a conservação do suporte físico da obra que lhe pertence (ou mesmo o de a destruir) e, de outro, o do autor em vê-lo restaurado (ou preservado), prevalece o primeiro em razão da supremacia das normas constitucionais.

O autor da obra não pode compelir o proprietário do suporte físico a gastar com a manutenção e o restauro deste, nem tem direito à indenização moral no caso de destruição. Seu direito se exaure na integridade da criação intelectual. A obra não pode ser difundida, publicada, exposta ou apresentada a não ser de acordo com essa criação. Nisso se esgota o direito autoral à integridade da obra. Contra a

destruição do suporte físico em que ela se encontra — ainda que único — nada pode fazer o autor.

O direito moral titulado pelo autor diz respeito apenas à integridade da obra intelectual. Ninguém pode publicar, difundir, expor ou apresentar qualquer obra com mudanças introduzidas a despeito de sua vontade, por mínimas que sejam.

De outro lado, o suporte físico em que se abriga a obra pertence ao sujeito de direito que o adquiriu, não se confundindo a integridade deste com o da obra intelectual.

criação intelectual.

O dono do suporte pode destruí-lo ou deixar de o conservar, sem lesionar com isso nenhum direito moral do autor.

Para encerrar, destaco que o direito de propriedade sobre suportes físicos de obras intelectuais deve, como qualquer outro dessa espécie, cumprir sua função social. A Constituição assegura o direito de propriedade nos limites ditados pelo cumprimento dessa função. Pois bem, quando a obra intelectual tem valor cultural, o proprietário do suporte físico não pode descuidar de sua conservação. Se um banco possui em sua sede, por exemplo, pintura de Cândido Portinari, ele tem a obrigação de manter o suporte íntegro, gastando com a restauração a cargo dos profissionais mais habilidosos do mercado se a preservação da peça vier a exigir tais cuidados. Essa obrigação, contudo, não é a contraparte de nenhum direito moral de autor, mas sim decorrência do mandamento constitucional que sujeita o exercício do direito de propriedade ao cumprimento da função social. Note-se que, não cumprindo o banco a sua obrigação, terá desrespeitado direito difuso da coletividade,

e não o do artista ou seus sucessores. Ressalto que o dono de suporte físico em que se assenta obra intelectual desprovida de valor cultural não tem a mesma obrigação, porque a falta de manutenção ou a destruição do bem de sua propriedade não caracteriza, nesse caso, descumprimento de nenhuma função social a ela associada (Cap. 43, item 3).

DIREITOS PATRIMONIAIS DO AUTOR

1. RELEVÂNCIA PÚBLICA DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DO AUTOR

O valor jurídico da predominância do interesse público sobre os privados é conquista relativamente recente na cultura ocidental de raízes europeias. Enquanto nela vicejou a ideologia do liberalismo econômico, a equação era, em certo sentido, inversa — afirmava-se que do atendimento

dos interesses egoístas (privados) resultaria *naturalmente* a realização do bem comum. Há pouco mais de um século, porém, o valor da predominância do interesse público — traduzido em institutos jurídicos como os da função social da propriedade, revisão dos contratos, abuso de direito e outros — tem sido cada vez mais fortemente cultivado como fundamento da organização social.

O monopólio que a ordem jurídica — no Brasil, por normas insertas na Constituição e em lei ordinária — assegura ao autor sobre a exploração econômica de sua obra intelectual *não* conflita com esse valor. Ao contrário, representa o atendimento simultâneo do interesse público e privado.

Quanto maior for a difusão das obras intelectuais, mais se beneficiará a sociedade. O desenvolvimento econômico de um povo guarda relação direta tão estreita com o seu grau de educação e cultura que se torna difícil identificar qual desses fatores desencadeia o outro. Quanto mais livros, obras de arte, trabalhos científicos e manifestações culturais forem acessíveis ao maior número de pessoas, melhor para a sociedade. Em tese, portanto, poderia parecer que o monopólio concedido aos autores sobre suas obras representaria entrave à plena educação e desenvolvimento econômico da Nação; que importaria a predominância de interesses privados sobre o público. Não é assim, contudo. Ao assegurar a propriedade intelectual sobre as obras aos

autores, a ordem jurídica lhes garante uma fonte de subsistência que, de um lado, proporciona-lhes meios de profissionalização (dedicação exclusiva, constantes aperfeiçoamentos, tranquilidade material etc.) e, de outro, os libera das limitações ínsitas ao regime do mecenato (prestigiando, assim, a liberdade de expressão). E tais condições — profissionalismo e liberdade — são indispensáveis à *melhor qualidade* das obras intelectuais.

Sem profissionalismo e liberdade de expressão assegurados aos autores, a produção intelectual tende a estagnar. Até o Renascimento, a principal fonte de subsistência de artistas e intelectuais não integrantes de ordens religiosas encontrava-se no mecenato. Para um pintor se manter, por exemplo, precisava cair nas graças de alguém com poder e dinheiro — fosse um bispo de diocese rica ou príncipe de algum prestígio, ou o próprio papa ou rei. Era então convidado a integrar a corte, passando a morar, vestir-se e comer por conta do mecenas, em troca das pinturas que produzia. Não é difícil perceber o quanto esse regime impunha limitações ao trabalho do artista ou intelectual. Se não produzisse a obra do agrado de seu protetor, corria o risco de viver na miséria. A partir do Renascimento, começou a se firmar outro modelo de subsistência para alguns artistas (os intelectuais continuariam, até a invenção da imprensa, a depender das benesses do poder para se expressar). O renascimento

comercial propiciara o enriquecimento da Europa, e a demanda por símbolos de opulência e poder crescera na mesma proporção. Os melhores pintores e escultores passaram a ser disputados pelas cortes e puderam estabelecer-se em incipientes oficinas próprias, onde também eram procurados por comerciantes endinheirados (iniciava-se a emergência da burguesia) para a execução de retratos ou eventualmente obras decorativas.

Claro que o estabelecimento próprio não suprimiu de pronto a alternativa do mecenato como forma de subsistência dos artistas. Muito pelo contrário, ainda hoje sobrevivem mecanismos similares, como os subsídios governamentais. E, de fato, por serem os bens culturais essencialmente diferentes dos comerciais e industriais, não convém ao desenvolvimento da cultura que se eliminem por completo tais resquícios do regime de mecenato. A qualidade das obras e a própria liberdade de expressão também correm sérios riscos se os bens culturais forem tratados como simples mercadorias. Falei já da importância para a sobrevivência da indústria cinematográfica fora dos Estados Unidos dos subsídios diretos ou indiretos de que goza. A prevalecer exclusivamente a lógica do mercado, a arte tende também à estagnação. Se apenas o autor cujas obras forem do agrado dos consumidores tiver a possibilidade real de viver de suas criações, inovações radicais — tão importantes ao desenvolvimento da ciência e

cultura — serão mais difíceis. O adequado à proteção simultânea do interesse público voltado ao desenvolvimento da cultura e os privados dos artistas e intelectuais referentes à própria subsistência material é, portanto, a combinação na medida certa entre, de um lado, a atuação das estruturas do livre mercado e, de outro, o apoio governamental.

Ao atribuir ao autor a propriedade da obra intelectual, a lei possibilita, em primeiro lugar, a sua profissionalização. O autor que vive do trabalho intelectual pode ter dedicação exclusiva, investir em seu constante aperfeiçoamento e, se for bem-sucedido, gozar de tranquilidade material. Além disso, a atribuição da propriedade da obra ao autor

assegura-lhe a liberdade de expressão que o mecenato tende a restringir.

Com profissionalismo e liberdade, o autor produz obras de melhor qualidade, contribuindo para o desenvolvimento cultural e econômico do país em que vive e trabalha.

O monopólio que a lei dá ao autor na exploração econômica de sua obra atende, desse modo, não apenas aos interesses privados dele, voltados à subsistência material, como também ao interesse público referente ao

interesse público referente ao desenvolvimento cultural e econômico.

O monopólio outorgado ao autor pelo direito autoral persiste inalterado, ainda que a obra tenha sido gerada graças ao funcionamento de algum mecanismo remanescente de mecenato. Diz a lei que “não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas” (LDA, art. 6º). A propriedade do autor sobre a obra é assegurada do mesmo modo, independentemente do contexto da produção.

2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DO AUTOR

As características dos direitos autorais patrimoniais são diversas das dos morais. Enquanto estes são, como assentado, essenciais, vitalícios, extrapatrimoniais e indisponíveis (Cap. 52, item 2), os patrimoniais têm as marcas da transmissibilidade, renunciabilidade, temporariedade, incomunicabilidade, prescritibilidade e a natureza de bem móvel. A característica comum: os dois gêneros de direitos autorais são absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes*.

Detenho-me um pouco mais em cada característica.

a) *São direitos transmissíveis, em regra.* Em princípio, os direitos autorais patrimoniais são transmissíveis, isto é, podem ser titulados por quem não é o criador da obra, mas cessionário ou sucessor. Há, portanto, duas formas de transmissão do direito autoral patrimonial: de um lado, a transmissão contratual, feita por negócio jurídico bilateral de que participa o autor; de outro, a derivada do falecimento deste, em que os direitos passam a ser titulados pelos herdeiros ou legatários.

Como qualquer outro direito de natureza patrimonial — mesmo estranho à incidência das normas de proteção à propriedade intelectual —, os autorais dessa categoria são suscetíveis de transmissão por via de contrato. A transmissão contratual consiste numa cessão ordinária de direitos e pode, assim, ser total ou parcial, definitiva ou temporária, condicional ou incondicional, dependendo dos termos em que se assentou o negócio jurídico. O autor pode transferir todos os seus direitos patrimoniais sobre a obra, ou apenas parte deles; pode fazê-lo por ato de efeitos definitivos ou limitados no tempo; pode ceder independentemente do implemento de condição ou condicionar a cessão, suspensiva ou resolutivamente, a fatos jurídicos por ele definidos. O instrumento de cessão ditará os limites em que a transmissão dos direitos autorais patrimoniais se opera, definindo, ademais, as condições em

que o cessionário pode ceder a terceiros tais direitos.

Em relação à transmissão por morte, também não há nenhuma especificidade dos direitos autorais patrimoniais em relação aos demais dessa natureza. Com o falecimento da pessoa física, o patrimônio se transfere aos herdeiros ou legatários dela, incluindo na transferência os direitos de exploração econômica de obra intelectual porventura titulados. Evidentemente, a primeira transmissão por esse meio se verifica com a morte do autor. Observada a ordem de vocação hereditária ou disposição testamentária, o sucessor ou sucessores do criador da obra intelectual passam a ser os novos titulares dos direitos patrimoniais a ela referentes. Com o falecimento de qualquer dos herdeiros ou legatários do autor, opera-se nova transmissão dos direitos patrimoniais, desta feita aos sucessores do herdeiro ou legatário morto. Em suma, no transcurso do prazo de duração dos direitos patrimoniais, eles se transmitem por morte enquanto viverem sucessores diretos ou indiretos do autor.

À característica da transmissibilidade está associada a da penhorabilidade. Como os direitos patrimoniais são transmissíveis, eles podem ser, em princípio, objeto de penhora em processo judicial — para a satisfação de credores do autor ou de seus sucessores ou cessionários. Os direitos autorais penhorados, depois de avaliados, são vendidos em hasta judicial, passando a ser titulados pelo

arrematante. Com o produto dessa venda paga-se o credor exequente. Excetua-se da regra da penhorabilidade a *parte* da receita dos espetáculos públicos (apresentações teatrais, musicais, orquestrais, operísticas etc.) correspondente à remuneração do autor e artistas (LDA, art. 77). Nem o credor do empresário organizador do espetáculo — e, portanto, dono da receita aferida —, tampouco o do autor ou artista que nele trabalha, podem pedir a penhora da parcela correspondente aos direitos autorais e conexos. O primeiro pode requerer que se penhore a parte da receita não reservada aos direitos autorais e conexos; o último deve procurar outros bens do devedor para a constrição judicial.

Há, por fim, uma hipótese de direito autoral patrimonial que foge à regra da transmissibilidade. Trata-se do direito de sequência titulado pelo autor, quando a obra de arte ou o manuscrito de sua autoria é revendido. Como se verá adiante (subitem 3.3), em cada revenda dos suportes tangíveis de obra de arte ou do manuscrito, pertence ao autor o equivalente a 5% do valor acrescido no preço. O direito de sequência é nitidamente patrimonial, mas por força de previsão específica da lei é intransmissível (LDA, art. 38). Todos os demais direitos patrimoniais titulados pelo autor são passíveis de transferência por negociação. Veja que a exceção circunscreve-se à transmissão contratual; mesmo o direito de sequência é transmissível por morte do titular e pode ser penhorado, como a generalidade dos direitos

autorais patrimoniais.

b) *São direitos renunciáveis, em regra.* Da transmissibilidade do direito autoral patrimonial decorre a característica da renunciabilidade. Se o autor (ou seu sucessor) pode ceder a outro sujeito de direito (pessoa física ou jurídica) o direito patrimonial que titula, pode também renunciar ao seu exercício. Uma faculdade é inerente à outra, porque a renúncia equivale, em termos econômicos, à cessão gratuita. Aliás, a cessão e a renúncia são formas de alienação do direito — a diferença entre os institutos reside na circunstância de que, naquele, o direito continua sendo titulado por alguém (o cessionário), enquanto nesta última, ninguém mais o titula.

A *renúncia* não se confunde com o *não exercício* de direito. O sujeito que renuncia perde o direito nos termos da declaração feita; mas quem deixa de exercer um direito permanece seu titular enquanto não verificada a prescrição ou decadência. A renúncia é negócio jurídico unilateral (quando veiculada por declaração exclusiva do renunciante) ou bilateral (quando abrigada em contrato entre o renunciante e beneficiário), e, por vezes, para a proteção do titular do direito, é expressamente obstada pela lei. Por outro lado, qualquer direito, inclusive se legalmente irrenunciável, pode deixar de ser exercido pelo seu titular, quando lhe convier manter-se inerte diante da lesão perpetrada por terceiros.

A renúncia não se presume. Para existir, deve ser expressa. Pressupõe-se que as pessoas em geral só abrem mão de qualquer direito em razão de alguma compensação ou proveito direto ou indireto. Não havendo expressa e indubitável declaração no sentido da renúncia, considera-se que ela não ocorreu. Se o autor disponibiliza gratuitamente na internet o texto de obra intelectual, isso não significa que esteja renunciando aos direitos patrimoniais correspondentes. A qualquer momento, ele pode voltar a explorá-la economicamente (Ascensão, 1999:179).

A renunciabilidade dos direitos autorais patrimoniais é a regra. Há, contudo, uma hipótese excepcional de direito autoral patrimonial irrenunciável. Trata-se, uma vez mais, do direito de sequência, ao qual não pode renunciar o autor da obra de arte ou do manuscrito (subitem 3.3).

c) *São temporários*. O monopólio que a ordem jurídica concede aos autores para explorar economicamente a obra destina-se, como se viu, a garantir o profissionalismo e a liberdade de expressão. Não há, por isso, que se perpetuar. Deve ser, ao contrário, um monopólio temporário, que desapareça quando cumpridos tais objetivos. Depois de passado algum tempo do falecimento do autor — quando presumivelmente os sucessores diretos dele também estão mortos —, o monopólio deve deixar de existir, para que a humanidade possa usufruir a contribuição intelectual por ele legada com mais desenvoltura e proveito. Variam os prazos

de duração dos direitos patrimoniais, segundo regras que serão examinadas à frente (item 4).

d) São incomunicáveis. Nesta característica, quando autorais, os direitos patrimoniais se afastam dos demais dessa categoria. Em regra, com o casamento em regime de comunhão de bens, total ou parcial, os direitos patrimoniais dos cônjuges se comunicam. Passam os cônjuges a ser cotitulares desses direitos. Não se verifica, entretanto, a comunicação dos direitos autorais patrimoniais. Como a obra intelectual é projeção da personalidade do autor, submete a lei o direito de a explorar economicamente a regime específico, que preserva a ligação especial existente entre sujeito e objeto. Na separação, divórcio ou desfazimento da união estável do autor, os direitos autorais patrimoniais não compõem a massa de bens a partilhar, em razão da incomunicabilidade (LDA, art. 39).

A comunicação, total ou parcial, de direitos autorais patrimoniais pode ser objeto de pacto antenupcial, hipótese em que deve ser cumprida a vontade dos cônjuges nele expressa.

e) São prescritíveis. A pretensão do autor relativamente ao cumprimento de seus direitos patrimoniais prescreve nos prazos legalmente estipulados (CC, arts. 205 e 206, § 3º, IV). Ao contrário dos direitos morais, imprescritíveis por definição, os patrimoniais titulados pelo autor ou seus sucessores extinguem-se quando não exercitados em tais

prazos.

Os direitos autorais patrimoniais são, em regra, transmissíveis (por negócio jurídico ou sucessão por morte) e renunciáveis. Além disso, são temporários, prescritíveis e se reputam coisas móveis, para os efeitos legais. Finalmente, são, a exemplo dos direitos morais, absolutos, quer dizer, oponíveis erga omnes.

f) *São absolutos.* O titular de direitos autorais patrimoniais pode defendê-los contra qualquer sujeito que

os tenha usurpado, haja ou não entre eles alguma relação jurídica. Essa é a implicação derivada da característica aqui em exame. Os direitos patrimoniais são absolutos porque oponíveis *erga omnes*.

g) *São considerados bens móveis*. Os direitos autorais patrimoniais são legalmente definidos como bens móveis (LDA, art. 3º). A definição destina-se a orientar a forma de transmissão e oneração desses direitos. Se o autor, por exemplo, celebra contrato de mútuo com um banco e oferece em garantia direitos autorais patrimoniais, o instituto de direito real apropriado para a veicular será o *penhor*, e não a hipoteca.

3. DIREITO DE UTILIZAR, FRUIR E DISPOR

A lei sintetiza os direitos patrimoniais do autor na garantia de exclusividade de sua utilização, fruição e disposição da obra intelectual (LDA, art. 28). A exploração econômica da obra se assenta nesses três direitos.

Utilizar uma obra é desfrutar dela, em suas diversas dimensões, inclusive a intelectual. Ninguém pode utilizar obra não caída em domínio público sem, de algum modo, direto ou indireto, remunerar o autor. Quando vou ao bar, ao ouvir a música ambiente, utilizo-me da obra intelectual do compositor, desfruto dela. Do pagamento que faço em razão do consumo de bebidas e petiscos o dono do bar deve destinar ao autor e ao intérprete — geralmente por meio do

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) — a parcela correspondente à remuneração a que têm direito (item 7).

Fruir obra intelectual é obter ganhos econômicos a partir de sua utilização. Se um texto literário não está em domínio público, nenhum editor pode publicá-lo em livro sem autorização prévia e expressa do titular dos direitos patrimoniais correspondentes e, por certo, sem o remunerar. O editor não pode lucrar com a publicação do texto literário em livro sem tais condições, porque isso equivaleria a fruir a obra intelectual, exercendo direito que a lei atribuiu com exclusividade ao autor. Também frui obra intelectual, de modo indireto, aquele empresário de bens ou serviços não culturais que dela se vale para a promoção de seus negócios. Se o fabricante de automóvel veicula anúncio televisivo em que se ouve certa música de fundo, há fruição indireta da obra intelectual (cf. Costa Neto, 1998:117/118).

Por questão relacionada à operacionalidade do controle do pagamento da remuneração pelos direitos autorais, em geral se imputa a obrigação de pagar o autor a quem *frui* a obra intelectual, e não a quem a *utiliza*. Como o responsável pela fruição será remunerado por quem utiliza a obra — consumidor da própria obra ou de bens ou serviços comercializados em associação indireta com ela —, é mais simples cobrar dele a remuneração. Quem utiliza um filme é o consumidor que vai à sala de projeções (cinema) assisti-lo.

Ele, claro, não paga diretamente ao diretor da obra os direitos autorais; paga o ingresso à empresa de projeção. Esta, por sua vez, paga à distribuidora o valor contratado para ter o direito de exibir o filme. A distribuidora paga à produtora a quantia prevista no contrato que firmaram. E a produtora, finalmente, remunera o diretor, também segundo o contratado entre eles. Desse modo, parte do pagamento realizado pelo consumidor ao adquirir o ingresso na sala de projeção acaba se destinando à remuneração do titular dos direitos autorais.

Em situações específicas, a lei procura (por assim dizer) “encurtar” o caminho entre os bolsos de quem utiliza a obra e do autor. Os direitos autorais de execução musical relativos a obras musicais, literomusicais e fonogramas *incluídos* em obras audiovisuais (a trilha sonora de um filme, por exemplo) são devidos aos titulares (compositores e autores da letra, por exemplo) pelos responsáveis pelos locais de frequência coletiva em que são exibidas (cinema, teatro, bares, lojas, academias, motéis, hospitais etc.) ou pelas emissoras de televisão que as transmitem (LDA, art. 86). Nesses casos, não cabe propriamente ao produtor remunerar o criador da obra intelectual, mas a quem a frui no elo da cadeia econômica mais próximo ao consumidor.

Por outro lado, convém destacar que a mesma obra intelectual pode ser objeto de fruição simultânea por dois ou mais empresários. É o caso, por exemplo, do hotel, bar ou

academia em cujas dependências o som ambiente é proveniente da retransmissão radiofônica. Tanto as emissoras de radiodifusão como os empresários prestadores de serviços, nesses casos, estão fruindo as obras intelectuais consistentes nas músicas ouvidas pelos seus respectivos consumidores. São devidos os direitos autorais por todos eles, que de algum modo estão explorando economicamente a obra musical transmitida. É esse o fundamento da Súmula 63 do STJ: “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais”. Para que tenha sentido o ditado pela súmula, a expressão *retransmissão* não pode ser entendida estritamente, mas se deve considerá-la como referência à recepção da transmissão sonora por qualquer gênero de estabelecimento comercial para deleite de seus consumidores, e não apenas a atividade específica das retransmissoras de radiodifusão.

Registro que a simples existência de rádio AM/FM nos quartos de estabelecimento hoteleiro como uma das muitas opções que o hóspede tem para seu entretenimento foi considerada, num julgamento do STJ, situação diversa da retransmissão radiofônica de músicas na recepção, piscina, restaurante ou outras dependências de acesso comum do hotel. Para esse julgado caberia distinguir entre retransmissão radiofônica, em que os direitos autorais são devidos pelo empresário titular do estabelecimento

retransmissor, e a mera disponibilização de aparelhos de recepção aos consumidores (RT, 816/193). Discordo da conclusão do STJ nesse caso. É certo que, no quarto, o rádio pode ser sintonizado numa ou mais emissoras de preferência do hóspede ou mesmo ficar desligado, diferentemente do que acontece nas retransmissões em áreas comuns, em que o estabelecimento hoteleiro escolhe a emissora mais interessante para sintonizar; mas também na disponibilização do aparelho receptor nos quartos está ocorrendo *fruição* de obra intelectual pelo hotel, e isto, nos termos do art. 28 da LDA, é direito exclusivo do autor.

Nem sempre é possível ou mesmo útil aos propósitos do Direito distinguir *utilização* e *fruição* de obra intelectual. O extenso rol exemplificativo que a lei ostenta das modalidades de utilização alberga, a rigor, hipóteses de fruição. Veja a lista: reprodução parcial ou integral, edição, transformação (adaptação, tradução, arranjo musical, orquestração etc.), inclusão em fonograma ou em produção audiovisual, distribuição (a menos que intrínseca ao contrato de uso ou exploração da obra), incluindo a veiculada por meio de cabo, fibra ótica, satélite ou ondas, representação, recitação, declamação, execução musical, emprego de satélites artificiais, alto-falante ou sistemas análogos, radiodifusão (sonora ou televisiva), captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (bares, clubes etc.), sonorização ambiental, exibição audiovisual,

cinematográfica ou por processo assemelhado, exposição de obras de artes plásticas e figurativas, inclusão em base de dados, armazenamento em computador, microfilmagem ou outra forma de arquivamento etc. (LDA, art. 29).

Como os direitos de utilização e fruição da obra são titulados exclusivamente pelo autor, a distinção entre um e outro nem sempre tem utilidade. Enquanto enfeixa em seu patrimônio os dois direitos, o autor pode demandar indiferentemente contra a utilização ou fruição não autorizada. Apenas cabe a distinção na hipótese em que tiver ocorrido a cessão de um desses direitos *sem* a do outro. Como os negócios jurídicos referentes a direitos autorais se interpretam restritivamente (LDA, art. 4º) e todas as formas de utilização listadas na lei são independentes (art. 31), se o autor cedeu o direito de utilizar, mas não o de fruir, ou vice-versa, deve-se partir do conceito tecnológico correspondente para circunscrever o âmbito da cessão. Utilização é desfrute da obra sem sua exploração econômica; fruição é a exploração econômica da obra. Se o autor cede apenas um desses direitos, ele não transfere o outro.

Essa é a regra geral, atinente a obras como textos, pinturas, esculturas e outras. Em relação à obra audiovisual, contempla a lei norma de exceção, que torna implícita ao ato de autorização a licença para a fruição. Veja o art. 81, *caput*, da LDA: “A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para a produção audiovisual

implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica”. Desse modo, se o poeta autoriza a leitura de seu poema num documentário, não havendo cláusula expressa em sentido diverso na autorização, considera-se que também permitiu a fruição econômica da obra. Isto é, sendo omissa, quanto à remuneração, o instrumento que autorizou a utilização do poema no documentário, considera-se que o produtor da obra audiovisual nada deve ao poeta em decorrência da comercialização desta.

O desrespeito ao direito exclusivo do autor à utilização e fruição da obra pode assumir duas diferentes formas: *plágio* e *contrafação*. No plágio, apropria-se a obra intelectual, no todo ou em parte, para explorá-la economicamente com reivindicação fraudulenta de autoria; o plagiador se apresenta como sendo o autor de obra intelectual alheia. Já na contrafação, não se nega a autoria ao verdadeiro criador da obra intelectual, mas ela é explorada economicamente sem a anuência dele e, por evidente, o pagamento de qualquer remuneração. Quem frui como sendo sua obra alheia é plagiador; quem frui indevidamente obra alheia sem negar-lhe a verdadeira autoria, contrafator (Costa Netto: 1998:188/189).

O autor ou o titular dos direitos autorais patrimoniais tem o direito de requerer a apreensão das obras fraudulentas (plagiadas ou contrafeitas), sem prejuízo da indenização

pelos prejuízos, materiais e morais, que tiver experimentado (LDA, art. 102). Em caso de contrafação, as obras apreendidas pertencem ao autor, assim como o preço que o contrafator tiver recebido pela comercialização irregular; não sendo conhecida a quantidade de exemplares constitutiva da edição fraudulenta, o contrafator pagará o preço equivalente ao de 3.000, além de perder os apreendidos (art. 103 e parágrafo único). Ainda na hipótese de contrafação, respondem solidariamente com o contrafator todos aqueles que, direta ou indiretamente, tiverem obtido ou pretendido obter qualquer ganho ou vantagem com a fraude, tais como os que venderam, expuseram à venda, ocultaram, adquiriram, distribuíram, guardaram em depósito ou utilizaram a obra contrafeita (art. 104). Desse modo, também o consumidor de obra produzida e comercializada sem a anuência do autor é responsabilizável. Ao adquirir a obra contrafeita, procurou beneficiar-se pagando preço menor. Como teve vantagem com a contrafação, ele pode perder o suporte tangível que adquiriu *sem direito a qualquer ressarcimento pelo autor*, bem como pagar a este a diferença do preço entre a versão fraudulenta e a autêntica da obra.

Por fim, *dispor* da obra intelectual significa transmitir, graciosa ou remuneradamente, os direitos patrimoniais sobre ela. Quando o autor celebra com alguém (normalmente um editor, produtor ou outro empresário do ramo cultural) contrato ligado à exploração econômica da criação

intelectual, mas mantém em seu patrimônio os direitos patrimoniais correspondentes, ele está *fruindo* a obra. Se, porém, os transfere de modo temporário ou definitivo, está *dispondo* dela. Em regra, a disponibilização da obra será feita de forma onerosa, já que é por meio da remuneração que se alcançam os objetivos do monopólio legal assegurado ao autor (garantia de sua profissionalização e liberdade de expressão). Nada impede, contudo, que o autor disponha gratuitamente de sua criação intelectual.

Os direitos patrimoniais do autor dizem respeito à exploração econômica da obra intelectual. São sintetizados, na lei, nos direitos exclusivos de utilizar, fruir e dispor da obra.

Utilização compreende o desfrute da obra, em todas as suas dimensões, incluindo a de gozo

dos proveitos intelectuais por ela proporcionados. Quem utiliza obra não caída em domínio público deve remunerar, de modo direto ou indireto, o autor.

Fruição é a exploração econômica da obra intelectual. Também depende de anuência expressa e prévia do autor.

Por último, a disponibilização da obra consiste no direito de a ceder temporária ou definitivamente a outra pessoa, de forma graciosa ou remunerada.

Os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra literária,

artística ou científica se manifestam de formas variadas, valendo a pena destacar para exame mais demorado três delas: o direito de comunicar (subitem 3.1), de reproduzir (subitem 3.2) e de sequência (subitem 3.3).

3.1. Direito de comunicar

A exploração econômica de qualquer obra faz-se mediante *comunicação* ao consumidor de bem cultural. A comunicação reveste forma variada de acordo com a natureza da obra. Assim, o texto literário é publicado em livro ou disponibilizado na internet; a peça de teatro é encenada; o filme, exibido em salas de cinema ou vendido em videograma; a música comunica-se por meio de execução em público ou gravação em fonograma; as telas e esculturas são expostas em galerias, museus, eventos culturais (Bienal de Arte de São Paulo, por exemplo) ou espaços públicos; e assim por diante. Para tratar de um modo geral dessas situações em que a exploração econômica da obra se realiza, convém falar em *comunicação*.

O direito de comunicar é manifestação do de fruir. Dele o titular exclusivo é o autor da obra. Como em relação a qualquer outro direito autoral, não se presume a sua cessão, devendo ser expressa a vontade do autor em a realizar. Se o escritor entrega ao editor os manuscritos de texto ficcional, para exame da viabilidade da publicação, não cabe presumir-se autorizado este último a promovê-la. O simples ato de

entrega dos manuscritos ao editor, sob o ponto de vista jurídico, não autoriza a concluir que o autor tenha já consentido com a comunicação da obra. Apenas uma declaração de vontade expressa pode ter o efeito de cessão (do autor para o editor) do direito de comunicar a obra, mesmo assim nos limites declarados.

Expressão da regra geral da exclusividade do direito do autor relativo à comunicação da obra se encontra na disciplina legal da representação pública de peças teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas (LDA, art. 68). Em nenhum local de frequência coletiva (teatros, cinemas, clubes, lojas, feiras etc.) pode ser utilizada obra dessa natureza sem prévia e expressa autorização do respectivo autor ou titular do direito autoral patrimonial.

Quando a obra é comunicada sem o respeito aos direitos do autor, este pode requerer ao juiz que determine a suspensão ou interrupção da comunicação, inclusive mediante fixação de multa diária pelo descumprimento da ordem (LDA, art. 105). Além disso, tem o autor direito a multa — cujo valor a lei fixa em 20 vezes o que lhe deveria ter sido pago (art. 109), mas a jurisprudência, por vezes, tem reduzido para patamares compatíveis com a exploração econômica de atividade cultural (*RT*, 847/187). Quando se trata de representação pública em local de frequência coletiva, respondem solidariamente o organizador do espetáculo e o responsável pelo estabelecimento

(proprietário, diretor, arrendatário etc.) (art. 110).

A comunicação ao consumidor de bem cultural é o meio pelo qual se faz a exploração econômica da obra; por isso, em princípio, o direito de a publicar, expor, encenar, representar ou de qualquer outro modo comunicar pertence exclusivamente ao autor.

A cessão desse direito não se presume e deve ser expressamente declarada pelo autor, exceto no caso de obra de arte plástica, em que a alienação do suporte induz à presunção jurídica de transmissão do direito de expor.

Essa regra geral é excepcionada apenas no tocante ao direito de expor obra de arte plástica (pinturas, esculturas, instalações etc.). Como dito, a comunicação ao público é direito exclusivo do autor, e sua cessão, total ou parcial, deve ser expressa; quer dizer, em regra a transmissão do direito de comunicação não se presume. Estabelece-se, porém, a presunção legal da cessão desse direito no caso de alienação do suporte físico da obra de arte plástica. Desse modo, o dono de um desenho de Carybé titula também o direito de expor a obra. Pode até mesmo cobrar do expositor a remuneração entre eles contratada, não tendo os sucessores do artista argentino nenhum direito sobre essa renda proveniente da comunicação da obra. Trata-se de uma das poucas hipóteses em que a lei associa à propriedade do suporte físico a titularidade de direito autoral. Para que o adquirente do suporte não se torne o titular do direito de comunicação da obra é indispensável convenção das partes em sentido contrário (LDA, art. 77). Ausente qualquer cláusula de ressalva da cessão do direito de expor obra de arte plástica, reputa-se o dono do suporte o seu titular.

Convém atentar que o autor de obra de arte plástica continua o titular do direito moral de impedir atos que possam prejudicá-lo ou atingi-lo na reputação ou honra. Assim, embora não titule o direito de comunicação, não fazendo jus a qualquer remuneração pela exposição da obra,

o autor pode impedi-la se sua reputação ou honra puder ser comprometida ou maculada. Afora essa hipótese, não tem direito de se opor à exposição de seus trabalhos artísticos, nem se encontra esta condicionada à sua prévia e expressa autorização, malgrado os entendimentos em sentido diverso de algumas doutrinas (cf. Costa Netto, 1998:75/76; Pellegrini, 1998:37/41).

3.2. Direito de reproduzir

Reproduzir uma obra intelectual consiste em fazer cópias dela. Com a comunicação ao consumidor de bens culturais, representa uma das formas mais usuais de explorar economicamente a obra. Sua relevância é tanta que, nas origens do sistema *copyright*, encontra-se a rigor a disciplina jurídica desse modo específico de exploração econômica de textos literários ou dramáticos. Até 1989, aliás, era obrigatória nos Estados Unidos a indicação, nos exemplares copiados da obra, da *notice of copyright*, isto é, do símbolo ©, acompanhado ou não da data e identificação da pessoa titular do direito de a reproduzir. Atualmente, é desnecessária a *notice*, porque o direito norte-americano agora protege as obras intelectuais independentemente da vetusta formalidade. Nos países de tradição românica, incluindo o Brasil, tal indicação nunca foi obrigatória; na verdade, não tem e nunca teve qualquer sentido jurídico. Entre nós, o direito autoral constitui-se pelo ato de criação

intelectual e nenhum registro ou qualquer outra formalidade é exigida para sua titularização. Uma ou outra editora a adota, mas isso não tem importância nenhuma na solução dos conflitos de interesses que cercam a titularidade dos direitos sobre a criação intelectual.

Sendo manifestação específica do direito de fruir a obra intelectual, o de reproduzir também é exclusivo do autor. Ninguém pode copiar obra protegida sem a autorização dele. Infringe a lei aquele que imprime livro sem estar autorizado pelo titular do direito autoral, com o objetivo de o vender e auferir lucro com a operação. Aliás, com o desenvolvimento dos meios informáticos, a cópia e impressão de qualquer livro não exige grandes investimentos, exceto talvez quanto à capa. Há contrafatores que anunciam esse impresso descapado na internete (em leilões virtuais, inclusive) como se fosse “livro usado”. Mas o intuito lucrativo não é elemento indispensável à configuração do ilícito. O estudante que xerocopia o livro do amigo para estudar para a prova e o internetenauta que manda a conhecidos, via correio-e, arquivo com música estão lesionando direito patrimonial do escritor e do compositor, mesmo que o façam sem nenhum objetivo lucrativo.

Como na generalidade dos direitos patrimoniais autorais, não se presume a cessão do direito de reproduzir a quem quer que seja. Se disponibilizo no meu *site* na internete artigos jurídicos, estou permitindo naturalmente que

qualquer um os possa ler na tela de seus computadores pessoais; mas, como não autorizei expressamente a reprodução desses textos, ninguém tem o direito de salvar os arquivos em outra mídia ou mesmo de os imprimir em papel.

Nem mesmo no caso de alienação do suporte de obra de arte plástica se considera ocorrer a transferência ao adquirente do direito de a reproduzir (LDA, art. 77, *in fine*). O direito de copiar permanece integralmente sob a titularidade do autor enquanto ele não declarar expressa e inequivocamente que o cede. A lei presume, além do mais, onerosa a autorização dada pelo criador para reproduzir sua obra de arte plástica. Quer dizer, para que seja gratuita, é indispensável que o artista concorde de forma expressa com a reprodução independente de remuneração (art. 78).

A propósito também da reprodução de obras de artes plásticas, preocupou-se a lei em assegurar à cópia feita pelo próprio autor “a mesma proteção de que goza a original” (LDA, art. 9º). Isso significa que o pintor, escultor ou qualquer outro tipo de artista plástico pode *tirar* de sua pintura, escultura, instalação ou outra obra de arte plástica tantas cópias quantas queira. Pode vendê-las a diferentes galeristas ou consumidores, não tendo o adquirente da primeira obra como reclamar contra as cópias subsequentes. Se Aldemir Martins, por hipótese, quisesse, nos anos 1990, pintar de novo o *Galo*, de 1967, com nanquim e ecoline,

reproduzindo a tela com fidelidade em seus mínimos detalhes, o Centro Cultural Oboé, a quem pertence a primeira obra, não teria como obstar a confecção e comercialização da segunda.

Outro gênero de obra intelectual cuja reprodução é especificamente disciplinada em lei é a fotografia. No tempo das máquinas fotográficas analógicas, a reprodução dependia, tecnicamente, da posse do *negativo*. Atualmente, quem dispõe do arquivo eletrônico da imagem pode reproduzir a fotografia com facilidade. A regra, contudo, qualquer que tenha sido o instrumento empregado na reprodução, é igual: ela depende de prévia e expressa autorização do fotógrafo. Cuidou, entretanto, a lei de explicitar certos limites aos direitos patrimoniais do autor desse gênero de arte. O primeiro está relacionado aos direitos de personalidade da pessoa retratada. O fotógrafo não pode invocar seu direito de autor na tentativa de legitimar ato atentatório ao direito das pessoas à própria imagem (Cap. 7, subitem 4.4). O segundo limite diz respeito à reprodução por meio fotográfico de obras de artes plásticas protegidas. Essa reprodução só pode ser feita com a prévia e expressa autorização do autor do trabalho retratado (LDA, art. 79), a menos que se encontre em logradouro público. Para fotografar o lindíssimo *Monumento à imigração japonesa*, de Tomie Ohtake, fincado nos canteiros centrais de importante avenida paulistana, é dispensável a

autorização da escultora. Já para fotografar o mosaico *Vento vermelho*, de Manabu Mabe, que se encontra exposto na Fortaleza de Santo Amaro, no Guarujá (SP), com o objetivo de ilustrar a capa de um livro, por exemplo, será necessário colher a autorização dos sucessores do artista.

O direito de reproduzir consiste no de extrair cópia ou cópias da obra de arte e pertence exclusivamente ao autor.

3.3. Direito de sequência

O direito de autor francês, em 1920, criou uma sistemática destinada a garantir a certas categorias de autor uma participação nas sucessivas revendas do suporte físico de seu trabalho. Trata-se do *droit de suite* (Pollaud-Dulian, 2005: 551/568), que corresponde ao direito de sequência albergado no art. 38 da LDA.

São titulares do direito de sequência os autores de obra

de arte plástica (pintor, escultor, desenhista, gravurista etc.) e o de qualquer outra obra materializada em suporte caracterizável como “manuscrito original” (as folhas de papel em que o escritor escreveu seu livro, a partitura em que o compositor registrou a sequência de notas e símbolos musicais enquanto compunha etc.). No primeiro caso, a obra depende de forma umbilical do respectivo suporte, de tal modo que a venda e revenda deste é operação comercial que deve gerar renda não somente para o seu proprietário, mas também para o autor. No segundo, os manuscritos originais de obra importante para a cultura têm valor de mercado, sendo objeto de disputa de colecionadores e museus. É justo que o autor participe também dos ganhos que essa valorização proporciona ao dono do suporte.

Noto que, em relação aos manuscritos originais, trata-se de suporte cada vez mais raro, graças à difusão dos meios eletrônicos. No passado, o escritor de obra literária ou o dramaturgo escreviam de próprio punho, em folhas soltas ou cadernos, o texto do livro ou da peça teatral. Esse suporte era muito valioso, porque não se encontrava da obra, enquanto não publicada, nenhum outro registro. Com a invenção da máquina de escrever, ainda se podia falar em manuscrito original, porque o texto era datilografado em determinadas folhas de papel, que são valorizadas exatamente por terem sido o primeiro registro da obra. Já há bom tempo, é raríssimo o escritor que não escreve no editor

de textos de seu microcomputador pessoal (assim como o compositor, o arquiteto e outros autores também se valem de programas específicos para criar suas obras). Esses registros eletrônicos, a despeito de entendimentos em contrário (cf. Oliveira-Willington, 2005:73), não podem ser considerados manuscritos originais, em razão de sua virtualidade e alterabilidade. Desse modo, o direito de sequência tende a se limitar, como o tempo, às obras de artes plásticas.

O direito de sequência corresponde a 5% do aumento do preço da obra de arte ou do manuscrito original em cada revenda. O vendedor e, em caso de venda em leilão, o leiloeiro são legalmente definidos como depositários do dinheiro pertencente ao autor (LDA, art. 38, parágrafo único). Nessa condição, podem até mesmo ser presos caso incorram em infidelidade, deixando de entregar ao autor o dinheiro que lhe pertence (Cap. 36, item 5). Imagine que *Antonio* é o dono de escultura feita por *Benedito* no início de sua carreira e pela qual pagou, há muitos anos, \$ 5.000. Se *Antonio*, ao vender a obra a *Carlos*, recebe \$ 50.000, pertencem a *Benedito* 5% da diferença, isto é, \$ 2.250 (5% de \$ 45.000). Se *Carlos* vender a escultura a *Darcy*, um ano depois, por \$ 60.000, caberá a *Benedito* \$ 500 (5% de \$ 10.000), e assim por diante.

Trata-se de direito patrimonial, mas caracterizado pela intransmissibilidade e irrenunciabilidade; marcas que a lei excepcionalmente imprime ao instituto para proteger os

artistas. Como se percebe facilmente, o autor iniciante tem suas obras pouco valorizadas e não se encontra em posição de negociar com liberdade a cessão de seus direitos patrimoniais, premido pelas necessidades econômicas e pela falta de experiência. Encontra-se, numa palavra, vulnerável e pode ceder ou renunciar a certo direito que lhe renderá frutos apenas no futuro, se e quando vier a se firmar como artista conceituado.

O direito de sequência é titulado pelo autor de obra de arte plástica e pelo de obra de qualquer natureza registrada em manuscritos originais. Consiste no direito a 5% do aumento do preço dos suportes ou manuscritos em cada revenda. O vendedor ou o leiloeiro é legalmente considerado depositário do dinheiro pertencente ao autor.

Como qualquer outro direito autoral patrimonial, o de sequência é transmissível a herdeiros ou legatários. Os sucessores têm, enquanto durarem os direitos patrimoniais

do autor (item 4), direito ao percentual sobre a diferença no preço de revenda e não podem igualmente cedê-los ou a eles renunciarem.

4. DURAÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

O monopólio que o autor detém na exploração econômica de sua obra deve ser temporário, para que não prejudique o interesse público presente na maior difusão dos proveitos que pode proporcionar à humanidade. Por essa razão, a lei limita no tempo o direito de exclusividade na utilização, fruição e disposição da obra e demais de natureza patrimonial titulados pelo autor. Vencido o prazo legalmente fixado, a obra cai em *domínio público*, e pode então ser utilizada e fruída por qualquer pessoa, independentemente de autorização dos sucessores do autor ou mesmo de pagamento a eles de qualquer remuneração.

O prazo de duração do direito patrimonial corresponde a certo termo, que se conta da morte do autor. Com isso, a lei procura não só cumprir aqueles objetivos inicialmente indicados, de buscar a profissionalização e independência do criador de obra intelectual, como também garantir renda aos sucessores imediatos dele. Em outros termos, para que o autor de obra literária, artística e científica possa realmente se dedicar com profissionalismo e independência ao seu labor, deve ver atendida, entre outras condições, a da tranquilidade quanto ao sustento material de parentes mais

próximos. Se o direito patrimonial não perdurasse para além da vida do autor, ele naturalmente procuraria ocupar-se de atividade econômica paralela ao trabalho intelectual, que representasse para os seus sucessores imediatos razoável perspectiva de sustento material. Essa atividade paralela por certo consumiria energias e tempo subtraídos do processo de aperfeiçoamento do autor.

No direito brasileiro em vigor, a regra geral de duração dos direitos autorais patrimoniais é de 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor (LDA, art. 41). O filósofo, poeta e pintor Ismael Nery, por exemplo, faleceu precocemente em 6 de abril de 1934. Os direitos autorais sobre sua obra perduraram por 70 anos a contar de 1º de janeiro de 1935 e, portanto, expiraram em 1º de janeiro de 2005.

Os direitos do autor transmitem-se aos seus sucessores segundo a ordem sucessória geral. Assim, em princípio, sucedem o autor os seus descendentes; se era casado, o cônjuge sobrevivente concorre com estes, na forma da lei sucessória (Cap. 63, item 2); não havendo descendentes, sucedem-no os ascendentes em concorrência com o cônjuge; se o autor falecido não tinha descendentes nem ascendentes, o cônjuge é o seu sucessor; se não era casado, sucedem os colaterais até o quarto grau (CC, arts. 1.829 a 1.843).

Mas, para que os direitos patrimoniais perdurem pelo

prazo de 70 anos além do início do ano seguinte ao da morte do autor, é necessário que sobreviva pelo menos um de seus sucessores. Se o autor não deixou descendentes, ascendentes, cônjuge ou parentes colaterais, ou se os que deixou faleceram antes de se completarem os 70 anos, a obra cai em domínio público (LDA, art. 45, I). Em situações como esta, de inexistência de sucessores vocacionados, os bens do falecido passam à titularidade de uma pessoa jurídica de direito público (Município, Distrito Federal ou União), na forma do art. 1.844 do CC. Em relação aos direitos patrimoniais do autor, porém, não se aplica essa regra geral. Quer dizer, à falta de sucessores, os direitos patrimoniais do autor falecido não se transmitem a nenhuma pessoa jurídica de direito público. Tornam-se, a rigor, *res nullius*, coisa de ninguém.

A regra geral de fixação do prazo de duração dos direitos patrimoniais incide também no caso de obra póstuma — isto é, a publicada após a morte do autor (LDA, arts. 5º, VIII, e, e 41, parágrafo único). Paulo Freire faleceu em 2 de maio de 1997. Sua viúva, Ana Maria, reuniu diversos trabalhos até então inéditos do educador e os publicou, em 2000, com o título *Pedagogia da indignação*. Os direitos patrimoniais sobre essa obra terão o mesmo prazo de duração dos livros publicados em vida, isto é, vigorarão até 1º de janeiro de 2068. A publicação de obra póstuma, em outros termos, não interrompe (nem renova) a fluência do

prazo de duração dos direitos autorais; aliás, não interfere com o seu transcurso de nenhuma maneira.

A regra geral de duração dos direitos patrimoniais enfrenta exceção em quatro hipóteses:

a) *Obra em comum indivisível*. Quando a obra é feita em coautoria e não é possível identificar a contribuição individual de cada coautor, os 70 anos a que se refere o art. 41 da LDA contam-se de 1º de janeiro do ano seguinte ao da morte do último dos coautores (art. 42). Sendo a obra comum divisível, cada parte cai em domínio público em prazos diferentes de acordo com o ano do falecimento do coautor a ela associado. Imagine obra feita em coautoria por *Darcy*, *Evaristo* e *Fabrício*. Considere que *Darcy* faleceu em 1985, enquanto *Evaristo* e *Fabrício* faleceram em dias diferentes de 1999. Se a obra era indivisível, os sucessores de *Darcy* ainda serão os titulares dos direitos autorais desse coautor até 1º de janeiro de 2070. Sendo, contudo, divisível, a parte de *Darcy* cairá em domínio público em 1º de janeiro de 2056, enquanto a dos outros coautores, em 1º de janeiro de 2070.

Outra norma excepcional relativa à sucessão dos direitos autorais de obra em comum indivisível é a do acréscimo dos direitos do coautor falecido sem sucessores aos dos sobreviventes (LDA, art. 42, parágrafo único). No exemplo acima, se *Darcy* morreu sem deixar herdeiros nem testamento, os direitos autorais correspondentes à sua parte passam a ser titulados por *Evaristo* e *Fabrício*. Com o

falecimento destes, os seus sucessores também passam a titularizar os direitos que originariamente correspondiam à parte de *Darcy*.

b) Obras anônimas ou pseudônimas. Se o nome do autor não era indicado por vontade dele ou por ser desconhecido (obra anônima), ou se havia sido adotado um nome suposto (obra pseudônima), os direitos patrimoniais caberão a quem tiver publicado a obra e perdurarão por 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano seguinte ao da publicação (LDA, arts. 5º, VIII, *b e c*, 40 e 43). Se o autor ou seus sucessores reivindicarem a autoria, a obra deixa de ser anônima ou pseudônima; nesse caso, eles assumem o exercício dos direitos patrimoniais (ressalvados os direitos adquiridos de terceiros), e o prazo de duração destes passa a seguir a regra geral (parágrafos únicos dos arts. 40 e 43).

c) Obras audiovisuais e fotográficas. A proteção dos direitos patrimoniais sobre obras dessas espécies vigora por prazo não relacionado ao da vida de seus autores. A lei excepcionou a regra geral para definir como termo de duração os 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao da divulgação da obra audiovisual ou da fotografia (LDA, art. 44).

d) Títulos de publicações periódicas. A proteção dos direitos patrimoniais sobre títulos de revistas, jornais e outras publicações periódicas (não registrada como marca) dura um ano, contado da publicação do último número, a

menos que a periodicidade seja anual, quando o prazo de duração sobe para 2 anos (LDA, art. 10, parágrafo único).

A regra geral do prazo de duração dos direitos autorais patrimoniais fixa-a em 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano seguinte ao óbito do autor. Há algumas exceções, em que esse prazo pode ser maior ou menor, como, por exemplo, a duração dos relacionados a obras audiovisuais, fotografia e em coautoria indivisível.

O prazo de duração do direito autoral não se confunde

com o de prescrição da pretensão a ele relativa. Como os direitos patrimoniais são prescritíveis, seu titular (autor, sucessores ou cessionários) não pode deixar de os exercer por certo prazo, sob pena de vê-lo extinto. O prazo para a propositura da ação judicial é o geral de 10 anos, a menos que se trate de demanda visando a reparação civil, cuja pretensão prescreve em 3 anos (CC, arts. 205 e 206, § 3º, V) contados da data em que poderia ter sido ajuizada.

5. NEGÓCIOS JURÍDICOS SOBRE DIREITOS PATRIMONIAIS DO AUTOR

O autor tem a livre disponibilidade dos direitos patrimoniais sobre sua obra. Desse modo, pode transmitir a titularidade deles, estabelecer parceria para a sua exploração econômica ou mesmo definir a quem ela caberá depois de sua morte, fazendo-o por meio de negócio jurídico bilateral (contratos) ou unilateral (testamento).

Em relação aos negócios jurídicos bilaterais de transmissão da titularidade dos direitos autorais patrimoniais ou de exploração em parceria, a disciplina da lei visa basicamente proteger os interesses do autor. Em geral, é ele o contratante mais fraco, já que no polo oposto da relação contratual normalmente se posiciona um empresário do ramo da cultura ou entretenimento. A disparidade de informações é notável. Enquanto o autor, em geral, conhece apenas sua arte ou ciência, o empresário tem experiência e conhecimento

acerca dos meandros da atividade econômica indispensável à viabilização da produção e comercialização da obra. Além disso, no mais das vezes, é o empresário e não o autor que dispõe do capital e demais recursos para promover a exploração econômica da criação intelectual. A lei, em consonância com a trajetória evolutiva do direito dos contratos (Cap. 26, itens 1 e 2), ampara os interesses do contratante mais vulnerável.

Os negócios jurídicos de transferência da titularidade dos direitos de autor podem implicar a transmissão total ou parcial, firme ou precária, definitiva ou temporária, universal ou singular deles. Quanto aos tipos de negócios, menciona a lei o *licenciamento*, a *concessão* e a *cessão* (subitem 5.1). O negócio jurídico de exploração econômica em parceria de direitos autorais disciplinado pela LDA é a *edição* (subitem 5.2). Além desses negócios, dispõe a lei sobre o *contrato de produção audiovisual*, que se situa, por assim dizer, a meio caminho deles (subitem 5.3).

Com o objetivo de proteger o autor, a LDA fixa regras atinentes à formação, validade, alcance e interpretação desses negócios jurídicos. Delas vale a pena destacar, nesse introito, a encontrada no art. 4º da LDA: “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”. Trata-se, a rigor, de princípio de hermenêutica contratual próprio dos negócios sobre direitos de autor. É a mais importante garantia que a lei confere aos criadores de

obra intelectual, seus cessionários ou sucessores. Pelo princípio da interpretação restritiva, considera-se que o autor dispôs apenas dos direitos a que expressamente se referiu e nos exatos limites da disposição declarada.

Esse princípio hermenêutico encontra-se nos fundamentos de diversos dispositivos da lei de tutela dos direitos autorais. Ao disciplinar a utilização das obras intelectuais (literárias, artísticas, científicas ou de fonogramas), a lei aclara que a autorização concedida para certa modalidade *não* se estende a qualquer outra (LDA, art. 31). Imagine que o poeta autorize o compositor a musicar sua poesia, sem se referir a nenhuma outra modalidade de utilização da obra. Se o compositor for procurado pelo produtor de obra audiovisual interessado em aproveitá-la como trilha sonora, ele pode autorizar sozinho apenas a utilização da música sem a letra, porque sobre esta não tem direito nenhum. Tendo o produtor interesse na gravação da poesia musicada, deve obter também a autorização do poeta. Outro exemplo de manifestação do princípio da interpretação restritiva dos negócios jurídicos sobre direitos autorais vê-se na disciplina da cessão, que, salvo expressa convenção em contrário, abrange só as modalidades de utilização existentes na data do contrato (art. 49, V). O escritor que nos anos 1980 transferiu os direitos autorais para a publicação de seu romance em livro conservou em seu patrimônio os referentes à sua difusão por meio da internet. Naquele

tempo, provavelmente nem ele nem o editor tinham condições de antever essa nova modalidade de utilização da obra intelectual. Visando proteger o autor, a lei atribui a ele o direito de dispor sobre qualquer forma nova de exploração econômica da obra.

Evidentemente, o princípio da interpretação restritiva é aplicável apenas aos direitos patrimoniais, já que os morais são insuscetíveis de transmissão negocial. Qualquer cláusula inserta em negócio jurídico que importe pretensa transferência ou limitação de direito moral é nula de pleno direito; não comporta, portanto, nenhum tipo de interpretação.

Qualquer negócio jurídico referente a direito autoral patrimonial — desde os mencionados ou disciplinados na Lei n. 9.610/98 até os tratados em outras leis ou mesmo os atípicos — submete-se ao princípio da

interpretação restritiva.

Considera-se, em função desse princípio, que o autor apenas dispôs sobre os direitos expressamente referidos no instrumento negocial e nos exatos limites de sua declaração de vontade, mantendo íntegros em seu patrimônio todos os demais.

Embora a lei específica trate apenas desses negócios, o autor pode celebrar outros também com os objetivos de transmitir seus direitos ou explorá-los em parceria, os quais podem ser típicos (como, por exemplo, o de contrato de constituição de sociedade limitada, à qual ele transfere os direitos a explorar) ou atípicos. A regra geral de interpretação dos negócios jurídicos sobre direitos autorais prescrita no art. 4º da LDA tem aplicação não somente em relação aos contratos nela mencionados ou disciplinados, mas em qualquer outro cujo conteúdo seja, ainda que

parcialmente, a exploração de obra intelectual. Quer dizer, se o autor integraliza cotas de sociedade limitada com a transmissão à pessoa jurídica de alguns de seus direitos autorais, a interpretação da cláusula correspondente do contrato social deve sempre ser feita de modo restritivo.

5.1. Transferência de direitos autorais

A LDA menciona como negócios de transferência de direitos autorais o licenciamento, a concessão e a cessão. Não os define, nem indica seus principais elementos. Cabe à tecnologia jurídica, por isso, perscrutar as *nuances* características de cada tipo negocial. Evidentemente, a designação dada pelas partes ao negócio não tem tanta importância na identificação dos direitos e obrigações por elas contraídas. Valem mais o disposto expressamente nas cláusulas e a interpretação a partir dos objetivos que motivaram as partes a celebrar o negócio. Desse modo, as observações que seguem sobre o perfil de cada um desses contratos não podem ser tomadas senão como diretrizes gerais da tecnologia no manuseio dos institutos.

No tocante à forma, a cessão deve ser feita necessariamente por escrito (LDA, arts. 49, II, e 50), enquanto o licenciamento e a concessão podem ser orais. Nestes últimos, em que a transferência é temporária, se o instrumento não definir o prazo de duração, ele será de 5 anos (art. 49, III). Em qualquer caso, a transferência poderá

ser total ou parcial, segundo compreenda todos os direitos patrimoniais e disponíveis do autor (art. 49, I) ou apenas uma parte deles (definida em função de sua natureza ou mesmo do lugar em que a transferência produz efeitos).

Examine-se cada tipo em particular.

a) *Licenciamento*. O licenciamento deve ser considerado o negócio de transferência de direitos autorais caracterizada pela *temporiedade* e *não exclusividade*. Ajusta-se o licenciamento, como se vê, às hipóteses de menor relevância econômica na exploração da obra; por exemplo, a difusão de música ambiente em locais ou eventos públicos, como feiras ou exposições; a publicação de artigos em jornais ou periódicos.

É temporária a transferência operada pelo licenciamento porque, após o decurso do prazo avençado entre o titular do direito autoral (licenciante) e o empresário interessado em utilizar a obra (licenciado), fica este último proibido de fazer nova utilização sem autorização daquele. Vencido o prazo, o antigo licenciado precisa negociar a renovação da licença para exploração econômica da obra, pagando, se tiver interesse nela, o valor da remuneração pretendida pelo autor — que, aliás, pode ser maior que a contratada no licenciamento originário.

É não exclusiva a transferência por licenciamento, na medida em que o licenciante pode autorizar o uso da mesma obra a mais de um licenciado simultaneamente. A

exclusividade do licenciamento — como, de resto, de qualquer autorização de uso — depende de cláusula expressa (LDA, art. 4º). Omissa a cláusula, há de se reputá-lo, em geral, conferido sem exclusividade pelo titular do direito autoral. Contudo, na lei há uma exceção, em que o direito de utilização exclusiva da obra licenciada encontra-se presumido. Trata-se da publicação de artigos assinados em diários e periódicos. Nesse caso, o autor readquire a totalidade de seus direitos sobre a obra depois de um prazo contado da publicação, que é o da periodicidade mais 20 dias (art. 36, parágrafo único). Desse modo, o jornalista que envia à revista mensal sua contribuição fica impedido de a remeter para publicação em outro periódico (salvo convenção em contrário) enquanto não transcorrerem cerca de 50 dias da data da publicação (30 dias do período mensal mais 20). Tirante essa hipótese excepcional de presunção de exclusividade, nas demais referentes ao licenciamento a presunção é invertida; quer dizer, o licenciado, em princípio, não tem direito de impedir que o licenciante autorize simultaneamente o uso da mesma obra a terceiros.

*Licenciamento é o negócio
jurídico de transferência da*

... 1 . 1 1 1 1

titularidade de direitos autorais caracterizada pela temporariedade, falta de exclusividade e, eventualmente, precariedade.

A concessão é também negócio de transferência temporária, mas que normalmente assegura exclusividade ao concessionário. A precariedade, por outro lado, é incompatível com as características básicas da concessão.

Por fim, a cessão é o negócio de transferência definitiva de direitos autorais patrimoniais.

O licenciamento pode ou não ser precário, no sentido de admitir sua rescisão unilateral pelo autor a qualquer tempo. A precariedade não se presume, existindo somente no caso de expressa previsão contratual.

b) *Concessão*. A concessão é negócio de transferência de direitos patrimoniais autorais de caráter temporário, normalmente não exclusivo e não precário. O titular do direito autoral concedido chama-se *concedente*, e o beneficiário da concessão, *cessionário*. Aproxima-se a concessão do licenciamento no tocante à temporariedade da transferência. Depois de vencido o prazo estipulado pelas partes, o cessionário perde qualquer direito relativo à obra, voltando o concedente a enfeixá-los todos em seu patrimônio. Afasta-se, no entanto, do licenciamento quando se cuida da exclusividade de exploração e precariedade. Na concessão, o mais apropriado é a previsão expressa da exclusividade em favor do cessionário e a impossibilidade de o concedente rescindir de modo unilateral o contrato.

Na concessão para incorporação de criações intelectuais da obra audiovisual, o prazo da exclusividade é de no máximo 10 anos, contados da celebração do contrato (LDA, art. 81, § 1º).

Relembro que a lei não tipifica os negócios de transferência de direitos autorais, e, por isso, se o

instrumento contratual denominado concessão eventualmente não estipular, de modo expresso, a exclusividade, o concessionário não a titulariza; do mesmo modo, com o instrumento chamado de licenciamento cujo objeto for a incorporação de criação em obra audiovisual que preveja cláusula de exclusividade, esta perdurará por no máximo 10 anos.

c) *Cessão*. São os tipos de transferência negocial de direitos patrimoniais do autor que encontram maior disciplina na LDA, submetendo-se ademais ao disposto nos arts. 286 a 298 do Código Civil. Cuida-se do negócio de transmissão *definitiva* dos direitos autorais.

A cessão pode ser total ou parcial. No primeiro caso, todos os direitos patrimoniais do cedente se transferem ao patrimônio do cessionário. No segundo, cedem-se apenas alguns desses direitos — por exemplo, o de publicação em livro do texto do libreto em obra operística, sem a transferência dos demais relacionados à sua exploração econômica; ou se cedem os direitos apenas para exploração em determinado território ou país. Note-se que, mesmo sendo parcial, somente terá a natureza de cessão a transferência definitiva. Quando estipulado prazo determinado ou determinável para a recuperação dos direitos pelo antigo titular, o negócio será licenciamento ou concessão. A propósito, a cessão de direitos autorais é *essencialmente parcial*, porque produz efeitos apenas em

relação ao país em que se firmou o contrato, e não abrange senão as modalidades de utilização existentes na data da transferência (LDA, art. 49, IV e V).

A cessão adotará sempre a forma escrita. Negócio jurídico praticado oralmente não terá nunca o efeito de transmitir de modo definitivo qualquer direito patrimonial do autor ao outro sujeito. Além disso, a cessão presume-se onerosa; quer dizer, a menos que expressamente convencionada a gratuidade, o cessionário deve pagar ao cedente uma remuneração. Quando omissa o contrato acerca de seu valor, a remuneração será a praticada pelo mercado (LDA, art. 50).

A obra futura pode ser objeto de cessão (definitiva), mas a LDA admite apenas a vinculação contratual do criador por no máximo 5 anos.

O autor pode ceder obra futura, isto é, transferir de

modo definitivo os direitos autorais sobre obra a realizar. Embora com clara impropriedade de linguagem, a lei limitou os efeitos da transferência dos direitos sobre obra futura ao máximo de 5 anos (LDA, art. 51). Em outros termos, um contrato de encomenda de obra não pode ter por objeto criações intelectuais realizadas em prazo maior. Entende-se a preocupação da vedação legal. O autor só pode ter perfeita noção do valor da obra intelectual (ou seja, da renda que sua exploração econômica pode proporcionar) após sua conclusão. Ao negociar sobre obra futura, o autor pode não dimensionar adequadamente o potencial econômico do trabalho que vai estar em condições de realizar daí a cinco anos e contratar uma remuneração injusta. A limitação temporal da vinculação a obrigação contratual, nesse caso, destina-se a protegê-lo do erro de avaliação em que pode ocasionalmente incorrer.

5.2. Edição

A tecnologia jurídica costuma destacar como elemento essencial do contrato de edição a transferência do direito de comunicar a obra (publicar o livro, a partitura da música, produzir o fonograma etc.) do autor para o editor (cf. Pereira, 1963, 3:409/417; Pollaud-Dulian, 2005:610/620). Por esse modo de tratar o tema, a edição seria uma espécie de cessão ou concessão de direitos autorais.

Não penso ser essa a melhor maneira de entender esse

tipo de contrato, porém. Para mim, há na edição uma característica que a afasta dos negócios de transferência de titularidade de direitos autorais. Refiro-me à *colaboração* que o contrato estabelece entre o autor (ou o titular dos direitos autorais) e o editor. Entre as partes da relação contratual existe uma verdadeira parceria na exploração econômica da obra intelectual. Os contratantes unem seus recursos para viabilizar tal exploração. Nessa parceria, o autor ingressa com sua criação e o editor, com os recursos financeiros, materiais e humanos necessários à comunicação da obra como bem de consumo. O autor tem direito a parcela do resultado do empreendimento comum, normalmente fixada em torno do faturamento bruto. Os dois, portanto, investem na parceria e assumem o risco de perda caso a obra intelectual não venha a obter a aceitação projetada no mercado. Quer dizer, não se vendendo da obra as edições em número suficiente para garantir o retorno da contribuição de cada um à parceria, o autor perde o tempo e os esforços empregados na criação intelectual, e o editor, os investimentos feitos. Os riscos são, por certo, diferentes, mas o eventual insucesso de vendas traz perdas a ambos os contratantes da edição (cf., em sentido diverso, Costa Netto, 1998:110).

A colaboração entre os contratantes visando à exploração econômica da obra intelectual é, segundo penso, a marca característica da edição, que a afasta dos negócios

de transferência de direitos autorais. Claro que, para a edição ocorrer, o autor deve autorizar a comunicação de sua obra pelo editor. É por meio dela que dá sua contribuição ao empreendimento comum. Mas a autorização para comunicação — ou a transferência do direito de publicar — não é o aspecto mais importante do contrato de edição. São bem diferentes, aliás, as posturas negociais do autor e do empresário do ramo cultural quando discutem, de um lado, a assunção, temporária ou definitiva, pelo último de direitos autorais do primeiro, e, de outro, a parceria na edição. Destaco duas dessas principais diferenças. *Primeira*, quando o autor *cede* seus direitos ao editor, este pode simplesmente não publicar a obra enquanto reputar inexistentes as condições de mercado propícias ao retorno projetado; pode, inclusive, não publicar nunca, já que passou a ser o titular do direito autoral. Na edição, o editor assume a obrigação de investir na publicação da obra nos termos do contrato, não sendo de seu exclusivo arbítrio e discricionariedade fazê-la ou não, nem postergá-la para quando lhe interessar. Se a obra não estiver publicada no prazo contratado ou em 2 anos após o contrato, quando omissa este, haverá inadimplemento do editor (LDA, art. 62). *Segunda*, no caso de transferência do direito autoral, a lei não atribui ao autor o direito de fiscalizar a escrituração correspondente à exploração econômica da obra. Como o licenciado, concessionário ou cessionário é o titular do

direito de exploração econômica, o quanto vende ou deixa de vender da obra não interessa ao autor. Se eventualmente contratou, na transferência dos direitos autorais, remuneração proporcional às vendas, o licenciador, concedente ou cedente só poderá fiscalizar a escrituração do editor se expressamente previsto tal direito em cláusula do contrato e nos limites dela. Ao seu turno, na edição, a lei assegura ao autor o “exame da escrituração na parte que lhe corresponde”, bem como obriga o editor a “informá-lo sobre o estado da edição” (art. 59) e a “prestar contas mensais” ou noutra periodicidade avençada (art. 61). Essas faculdades são reconhecidas ao autor, na edição, exatamente porque ele faz parte, nesse caso, de uma parceria na exploração econômica da obra intelectual.

O instrumento do contrato deve especificar o número de edições da obra a serem tiradas, bem como a quantidade de exemplares. Em caso de omissão, considera-se que as partes contrataram uma edição de 3.000 exemplares (LDA, art. 56 e parágrafo único). Enquanto não se esgotar a última edição tirada, isto é, enquanto houver em estoque pelo menos 10% dos exemplares nela publicados, o editor terá o direito de exclusividade para publicação da edição seguinte da mesma obra (art. 63).

É comum o contrato de edição assegurar ao editor o direito de tirar sucessivas edições da obra. É uma forma de se garantir quanto ao retorno dos investimentos feitos. Mas

a lei ressalva também nesse caso os interesses do autor. O editor não pode deixar de providenciar nova edição quando em seu estoque houver menos de 10% dos exemplares da última. Se o editor negligencia no cumprimento dessa obrigação, o autor pode notificá-lo, fixando prazo razoável para o lançamento de nova edição da obra. Desatendido o prazo, o editor perde o direito de a publicar e responde pelas perdas e danos sofridos pelo autor (LDA, art. 65). Por outro lado, se for imprescindível a atualização da obra nas novas edições e o autor não a realizar conforme o contrato, o editor pode encomendá-la a outra pessoa. A circunstância deve ser mencionada na edição atualizada (art. 67).

Em cada exemplar da obra é obrigatória a menção do título, identificação do autor, ano de publicação, nome ou marca do editor e, em caso de tradução, o título original e a identificação do tradutor (LDA, art. 53, parágrafo único). Não existe mais, no direito brasileiro, a obrigatoriedade legal de numeração dos exemplares. Apenas em relação às obras registradas em fonogramas, é obrigatória a identificação no suporte do número do lote (e não do exemplar) (Cap. 54, subitem 2.2). O preço de venda deles será fixado pelo editor, não podendo o autor interferir nesse assunto exceto para pleitear a redução da quantia definida, quando puder embaraçar a circulação da obra (art. 60).

No contrato de edição, autor e editor se obrigam no contexto de uma parceria na exploração econômica da obra. Ambos contribuem para a produção do bem de consumo cultural e assumem, embora de modo variado, riscos de perda no caso de insucesso de vendas.

A edição pode ter por objeto obra futura. A lei ocupa-se da disciplina de dois aspectos relacionados a essa hipótese: a entrega do trabalho em desacordo com o contratado e os direitos do editor na eventualidade de o autor ficar impedido de concluir seu trabalho (falecimento, incapacidade, demência etc.). Se o trabalho entregue pelo autor (os “originais”) não observa o contrato de edição, o editor tem 30 dias para manifestar sua recusa. Decorrido esse prazo

decadencial, consideram-se aceitas pelo editor as alterações introduzidas pelo autor no projeto inicial da obra a ser editada (LDA, art. 58). De outro lado, ocorrendo qualquer fato que impeça o autor de terminar a obra, o editor tem, em princípio, três alternativas. Em primeiro lugar, ele pode resilir o contrato de edição. A lei lhe concede essa faculdade, a despeito do quanto o autor já havia realizado do trabalho quando ocorreu o impedimento. Optando o editor pela rescisão, a edição deixa de produzir efeitos para as duas partes. Quer dizer, o editor não fica mais obrigado a publicar a obra, mas perde a exclusividade. A segunda alternativa é editar a obra inconclusa, se entender que a porção concluída se caracteriza como obra autônoma. Para o editor poder exercer essa opção, é necessário que o autor não tenha expressamente vedado a publicação parcial e que os sucessores concordem. Aqui, o editor fica obrigado a pagar apenas remuneração proporcional. Por fim, faculta-lhe a lei encomendar a conclusão do trabalho de outrem. A indicação dessa circunstância na edição é obrigatória, e também se faz necessária a anuência do autor ou dos seus sucessores (art. 55).

No caso de contrato de edição de obra futura, a iniciativa da parceria pode partir do editor. Ele identifica no mercado a oportunidade de exploração de determinada obra intelectual, procura autor com condições de a criar e negocia com ele a edição (LDA, art. 54).

5.3. Contrato de produção de obra audiovisual

Além de mencionar os negócios jurídicos de transferência da titularidade dos direitos autorais e de disciplinar a edição, a LDA cuida ainda do contrato de produção de obra audiovisual (documentário, programa de televisão, filme de longa-metragem etc.). Trata-se do contrato entre, de um lado, o produtor da obra audiovisual e, de outro, os coautores, artistas intérpretes e executantes. O produtor, no mais das vezes, é empresário do ramo cultural que identifica as demandas do mercado, negocia patrocínios, custeia as filmagens e a edição, além de cuidar da distribuição e comercialização da obra audiovisual. Faz isso como puro negócio, não se importando muito se a obra poderá trazer alguma contribuição para a cultura. Não é incomum, porém, que o diretor, quando reúne as habilidades para as tarefas empresariais e tem interesse em executá-las, seja também o produtor da obra. Aqui, em princípio, a qualidade artística do trabalho é tão ou mais importante que o retorno econômico.

Entre as partes do contrato de produção de obra audiovisual pode ou não se estabelecer algum tipo de parceria. Depende da importância do contratado para a execução da obra. O diretor, o autor do argumento e os principais atores do elenco podem contratar a remuneração por suas criações na obra audiovisual mediante participação nos resultados. Quando o fazem, estão “investindo”

trabalho, criatividade e imagem no empreendimento e correm o risco de os perder, se a obra não vier a ter suficiente aceitação dos consumidores. Outros profissionais cujo trabalho é obra intelectual, como o compositor da trilha sonora e os atores coadjuvantes, normalmente são contratados mediante remuneração fixa, assumindo o produtor a titularidade dos direitos autorais patrimoniais e todos os riscos do negócio. Não há que se falar, nesta última hipótese, em parceria. Os criadores serão trabalhadores autônomos com direito a remuneração, independentemente dos resultados econômicos da obra audiovisual.

São requisitos do contrato de produção de obra audiovisual: *a*) remuneração devida pelo produtor aos coautores, artistas intérpretes e executantes, com definição do tempo, lugar e forma de pagamento; *b*) prazo para a conclusão da obra; *c*) no caso de existirem diversos produtores, a responsabilidade daquele que firma o contrato (LDA, art. 82).

Se um dos participantes da obra audiovisual interromper a atuação, não poderá impedir que o produtor utilize a porção do trabalho entregue ou gravada. Não poderá opor-se, ademais, à escolha de substituto. Terá direito, em qualquer caso, à remuneração proporcional, descontada de eventual indenização pelos danos que seu inadimplemento ocasionou (LDA, art. 83). Imagine que o músico havia sido contratado para compor a trilha sonora de um filme de longa-

metragem. O diretor indicou-lhe as cenas em que queria gravar a música. O compositor, no entanto, fez apenas metade do serviço. O produtor pode, então, utilizar as músicas compostas e encomendar as faltantes a outro músico. Pagará ao primeiro a remuneração proporcional ao trabalho feito com o abatimento dos consectários a que tiver direito, por lei ou contrato.

O contrato de produção de obra audiovisual pode ou não se inserir no contexto de uma parceria entre autores de obras intelectuais (diretor, escritor do argumento, compositor da trilha sonora, principais atores etc.) e um empresário do ramo cultural (produtor do filme, documentário, desenho animado etc.).

Os direitos autorais patrimoniais da obra audiovisual, lembre-se, são titulados pelo diretor e pelo autor do argumento (literário, musical ou literomusical); ademais, no caso de animação, também é cotitular de tais direitos o criador do desenho. A obra audiovisual é realizada, assim, sempre em regime de coautoria (LDA, art. 16). Nas relações contratuais entre os coautores e o produtor devem ser

observadas duas regras. *Primeira*, caso tenha sido pactuada remuneração proporcional aos rendimentos da obra, o produtor é obrigado a prestar contas na periodicidade prevista em contrato ou, em caso de omissão, a cada semestre (art. 84). *Segunda*, a parte correspondente à contribuição individual de cada coautor pode ser por ele utilizada em gênero diverso de comunicação de obra intelectual, a menos que o contrato de produção disponha em sentido diverso (art. 85). Assim, o autor do argumento do filme de longa-metragem pode, não o proibindo o contrato, publicar o *script* em livro. Aliás, mesmo que o contrato vede a utilização das contribuições autônomas dos coautores em outros suportes, essa utilização está legalmente facultada se o prazo para a conclusão da obra audiovisual nele previsto for ultrapassado ou se a comercialização não tiver início nos 2 anos seguintes (art. 85, parágrafo único).

6. AS LICENÇAS LEGAIS

O direito autoral visa proteger os interesses privados do autor, mas apenas na exata medida em que sejam compatíveis com os da sociedade. A propriedade intelectual também deve ser exercida tendo em vista sua função social. Assim, quando incompatível a proteção do autor com a realização do interesse público, os direitos patrimoniais daquele cedem lugar a este. Em outros termos, a lei suspende a tutela conferida ao autor da obra intelectual

sempre que precisa prestigiar valores de maior envergadura. Nesses casos, cria uma “licença legal”, isto é, autoriza a utilização da obra intelectual por qualquer pessoa que se encontre na situação descrita em norma, independentemente de prévia oitiva do autor ou do pagamento de remuneração.

A *licença legal* difere da *licença obrigatória*. Nesta última, dispensa-se a prévia autorização do autor, mas ele continua titular do direito à remuneração. Na licença obrigatória, o licenciado pode usar a obra sem pedir autorização do autor, mas deve pagá-lo por isso. No Brasil, assim como na generalidade dos países com direito filiado ao sistema *droit d'auteur*, não há nenhuma hipótese de licença obrigatória, que não se ajusta bem com o respeito aos direitos morais do autor (cf. Rebello, 2002:204/205).

Alguns tecnólogos preferem operar as licenças legais por meio de conceito diverso. Eduardo Vieira Manso, por exemplo, considera-as *exceções aos direitos do autor*, destacando sua conotação processual. Para ele, as hipóteses em que a lei autoriza o uso de obra alheia independentemente de autorização ou remuneração do autor representam matérias de defesa do usuário. Em outros termos, sempre que alguém é demandado pelo titular do direito autoral, sua defesa só pode basear-se em tais hipóteses listadas pela lei. As exceções são classificadas em derrogações e limitações: as primeiras consistem na supressão do direito do autor no atendimento à tutela de

outros direitos; as últimas, em tolerâncias impostas ao autor pelo direito positivo (1980:42/43 e *passim*).

As principais hipóteses de licença legal previstas na LDA são:

a) *Citação*. Para fins de estudo, crítica ou polêmica, é livre a citação de passagens de qualquer obra em livros, jornais, revistas ou outro meio de comunicação, desde que limitada a tais finalidades e com menção à fonte, ou seja, indicação do nome do autor e obra (LDA, art. 46, III). Num livro jurídico, por exemplo, o autor pode transcrever trechos das obras de outros doutrinadores independentemente de autorização deles ou pagamento de remuneração. O objetivo da transcrição é o estudo da matéria jurídica. Os trechos da obra alheia devem ser obrigatoriamente transcritos entre aspas e com a indicação da fonte, sob pena de caracterização de plágio. Por evidente, a dimensão da transcrição deve guardar proporção com a finalidade objetivada, isto é, estudo, crítica ou polêmica. Ninguém pode, a pretexto de citar, reproduzir integral ou quase integralmente a obra alheia.

Numa música, é possível citar outra; isto é, o compositor pode inserir em sua música trecho da linha melódica de obra alheia. Mas, se não houver nessa citação qualquer sentido de estudo, crítica ou polêmica, a licença legal não a ampara. Se visava unicamente homenagear o trabalho de outro músico ou chamar a atenção do ouvinte para a nova música,

a autorização prévia e a eventual remuneração do autor da obra citada são indispensáveis (Manso, 1980:276/277).

b) *Apanhado de lições*. A aula ministrada em estabelecimentos de ensino é obra intelectual protegida. Sobre a forma e a estrutura da aula tem o professor a exclusividade dos direitos morais e patrimoniais. A lei autoriza, no entanto, os alunos a tomar apontamentos das lições apresentadas, como memória para posterior estudo da matéria lecionada. Tais apontamentos, note-se, não são obra intelectual do aluno, que sobre eles não titula nenhum direito. Por isso, devem ser mantidos inéditos, sendo vedada sua publicação, ainda que em parte, sem a autorização prévia e expressa do professor (LDA, art. 46, IV). A gravação de aulas em qualquer suporte de som e imagem ou apenas de som não está abrangida na licença legal e *depende* da autorização do professor (prévia e expressa), já que não se confunde com os simples apanhados. Essas mesmas condições podem ser aplicadas, por via da analogia, nas questões atinentes a direitos sobre palestras, conferências e seminários.

c) *Reprodução em Braille*. Como medida de proteção aos deficientes visuais, é permitida a reprodução de qualquer obra literária, artística ou científica em Braille ou método equivalente (LDA, art. 46, I, *d*). Para conter-se nos limites da licença legal é necessário que a reprodução não tenha fins comerciais, isto é, seja feita sem o intuito de lucro.

d) *Cópia parcial.* Qualquer pessoa pode copiar pequenos trechos de obra num único exemplar, desde que destinado a seu uso privado e sem intuito lucrativo (LDA, art. 46, II). Quem vai à biblioteca, consulta livros de poesias e anota num caderno alguns poemas que o sensibilizam mais, com o objetivo de os reler em momentos de descanso ou quando lhe aprouver, não transgredir nenhum direito autoral dos poetas que os escreveram. A transcrição num único exemplar de pequenos trechos da obra, a inexistência de finalidades lucrativas e o uso estritamente privado da cópia são requisitos para o exercício da licença legal.

e) *Promoção de venda da obra.* Não necessita de prévia e expressa autorização do autor, nem deve pagar quaisquer direitos, o revendedor ou comerciante de bem de consumo cultural que, para promover a venda de certa obra, executa-a em seu estabelecimento comercial (LDA, art. 46, V). A mesma licença abrange a execução, em página acessível pela internete mantida por comerciantes ou revendedores de CDs, de trechos das músicas neles gravadas, para orientar as decisões de consumo dos internautas. Também estão ao abrigo dessa licença os comerciantes e revendedores de equipamentos que permitem a utilização de obras. Na loja de eletrodomésticos, por exemplo, os televisores à venda podem exibir qualquer filme — captado por antena, transmitido por cabo, oriundo da execução de DVD, não importa — sem necessidade de prévia e expressa anuência

do titular dos correspondentes direitos.

O objetivo dessa licença legal é impedir que os direitos autorais acabem encarecendo os bens de consumo de natureza cultural e os equipamentos que permitem sua utilização. Se a loja de eletrodomésticos tivesse de pagar aos titulares dos direitos autorais dos filmes que exhibe nos aparelhos em demonstração, teria de repassar aos preços dos produtos esse custo. O barateamento de bens culturais e dos equipamentos para os utilizar atende ao interesse público de difusão das artes e ciências.

f) *Ambiente doméstico ou escolas.* No recesso familiar, a representação teatral e a execução de música independem de autorização de seus autores ou pagamento de remuneração. Também nos estabelecimentos de ensino, essas obras podem ser livremente apresentadas no contexto de atividades didáticas e não lucrativas (LDA, art. 46, VI). Na verdade, a utilização nessas condições de qualquer outra obra alberga-se na licença legal. A faculdade de Direito pode, por exemplo, exibir aos seus alunos, sem autorização do autor, o documentário *Justiça*, de Maria Augusta Ramos, lançado em 2003, desde que o faça desinteressada do lucro e apenas como meio de motivar no corpo discente discussões úteis à sua formação como profissionais.

g) *Uso de boa-fé.* Nos direitos do sistema *copyright*, as licenças legais costumam ser referidas pelo conceito genérico de *fair use* (Schechter-Thomas, 2003:212/248). De

certo modo, encontra-se o instituto referenciado no direito brasileiro, no art. 46, VIII, da LDA. Nesse dispositivo abriga-se a licença legal de caráter geral que autoriza a reprodução não prejudicial à exploração normal da obra reproduzida ou aos interesses do autor. O autor de livro de história da arte, por exemplo, não precisa de autorização dos pintores, escultores e arquitetos cujos trabalhos pretende reproduzir em fotografias. Essa reprodução impressa num livro de história da arte não prejudica, de modo nenhum, os interesses do autor da obra plástica ou arquitetônica, nem impede sua normal exploração econômica.

h) Obras em logradouros públicos. As obras situadas permanentemente em ruas, praças e outros logradouros públicos podem ser livremente representadas por pinturas, desenhos, fotografias ou procedimentos audiovisuais (LDA, art. 48). Para registrar os jardins do entorno da Igreja da Pampulha, em Belo Horizonte, por exemplo, o fotógrafo não precisa de autorização prévia e expressa dos sucessores de Burle Marx, o genial paisagista responsável pela criação dessa obra.

*Quando não se compatibilizam
os interesses privados do autor,*

voltados ao monopólio na utilização de sua obra, e o interesse público referente à difusão do conhecimento, educação e cultura, este último tem, evidentemente, prevalência. São as hipóteses de licença legal, em que a obra pode ser utilizada sem a prévia e expressa autorização do titular do direito autoral e independentemente do pagamento de qualquer remuneração.

São exemplos de licença legal no direito brasileiro: citação para fins de estudo, apanhado de lições, reprodução por pintura,

desenho ou foto de obra permanentemente exposta em logradouro público, reprodução de textos em Braille feita sem fins lucrativos e outros.

i) Paráfrases e paródias. As paráfrases consistem na mudança da forma de expressão de ideias, mantido seu conteúdo; as paródias, na imitação de obra alheia com o objetivo de fazer troça. Todos têm licença legal para as fazer, desde que não reproduzam a obra parafraseada ou parodiada e não as desacreditem (LDA, art. 47). Na delimitação dos contornos dessa licença legal, deve o juiz ser particularmente cauteloso, para impedir que o plágio procure ocultar-se atrás de falsas paráfrases ou paródias. O doutorando que reproduz em sua tese lição alheia sem aspas, com a mera troca de alguns termos ou expressões, não estará acobertado pela licença legal, ainda que indique a fonte da obra reproduzida. Não fez paráfrase, mas puro plágio. De outro lado, o comediante pode livremente trocar a letra de uma música famosa com o objetivo de ironizar o cenário político. Não pode, contudo, simplesmente substituir

uma ou outra palavra, se isso não importar em nada engraçado, porque nesse caso estaria reproduzindo sem autorização obra intelectual alheia, ou seja, incorrendo também em plágio, não em paródia.

7. CONTROLE DO PAGAMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS

Uma das questões mais difíceis com que se depara o titular de direitos autorais consiste em fiscalizar a utilização de sua obra por terceiros e cobrar a remuneração correspondente. Imagine a dificuldade que o compositor de uma música popular enfrenta para tomar conhecimento das vezes em que ocorre sua execução pelas rádios ou em locais de frequência coletiva, bem como para cobrar o pagamento de seus direitos. Na verdade, é impossível ao autor fazer esse controle isoladamente. O custo da estrutura de que necessitaria para tanto certamente ultrapassaria a receita a ser auferida com a remuneração pela exploração da obra. Além disso, gerir tal estrutura consumiria o tempo e a energia do autor reclamados pela criação intelectual, com prejuízo também para a cultura.

Logo os autores (e também os titulares de direitos autorais conexos, como intérpretes e executantes) perceberam a necessidade de se unir em associações para a defesa dos seus direitos. O ato de filiação à associação de titulares de direito autoral implica a investidura desta última

na condição de mandatária dos seus filiados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial dos direitos patrimoniais que titulam. O autor (ou titular do direito conexo) não fica, por certo, em razão da filiação, impedido de perseguir seus direitos e interesses diretamente; deve, no entanto, comunicar a associação de sua intenção para evitar redundância (LDA, art. 98 e parágrafo único). Também para evitá-la, impede a lei a filiação do autor a mais de uma associação de gestão coletiva dos mesmos direitos (art. 97, § 1º). Há diversas associações dessa natureza no Brasil: ABRAC (Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos), ABRAMUS (Associação Brasileira de Regentes, Arranjadores e Músicos), AMAR (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes), ASSIM (Associação de Intérpretes e Músicos), ATIDA (Associação dos Titulares de Direitos Autorais), SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), SOCINPRO (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais), UBC (União Brasileira de Compositores) e outras.

As associações de proteção a direito autoral, por sua vez, procuram conjugar esforços para otimizar e racionalizar o controle da utilização da obra intelectual de seus membros. Exemplo claro dessa ação coletiva se vê na estrutura de

âmbito nacional criada para a fiscalização dos direitos autorais e conexos decorrentes da execução pública de obras musicais, literomusicais ou gravadas em fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade e da exibição de obras audiovisuais (LDA, art. 99). Até 1966, havia diversas associações de autores e intérpretes de obras musicais constituídas para arrecadar e distribuir os direitos de seus filiados, cada uma com sua própria estrutura. A atuação era ineficiente, conflitante e redundante. Em 1966, parte delas se reuniu para organizar um escritório central, mas nem todas as associações aderiram. Apenas em 1973, a lei tornou obrigatória a articulação das associações para manutenção de uma estrutura única, profissional e centralizada de arrecadação e distribuição. A sistemática foi mantida pela LDA. Desde então, as principais associações de autores e intérpretes de obras musicais (Associação Brasileira de Música, UBC, SBACEM e outras) mantêm o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), com sede no Rio de Janeiro. Sua natureza jurídica é também a de uma associação sem fins lucrativos (Costa Netto, 1998:134/138).

O ECAD possui um corpo de fiscais cujo trabalho consiste em verificar o regular atendimento dos direitos autorais dos filiados às associações que o mantêm. Os valores arrecadados pelo ECAD são distribuídos entre os titulares dos direitos intelectuais, de acordo com critérios

definidos pelas associações — do total arrecadado, 18% destinam-se à manutenção do Escritório, 7% às associações e os restantes 75% são distribuídos entre os titulares dos direitos autorais.

Para controle de seus direitos autorais, os autores (e também o titular dos direitos conexos) podem organizar-se em associações, que se tornam mandatária deles para a defesa judicial ou extrajudicial de tais direitos.

O controle da remuneração devida pela execução pública de obras musicais é feito por um Escritório Central mantido pelas principais associações de autores, intérpretes e executantes — o ECAD.

Desse modo, rádios, televisões, promotores de eventos e qualquer pessoa que deseje executar música em público dispõem de duas alternativas. Pela primeira, devem procurar diretamente cada autor e titular dos direitos conexos de todas as obras que pretendem executar e negociar com eles a remuneração e condições de pagamento (procedimento conhecido como *cleaning*). Pela segunda alternativa, devem se cadastrar no ECAD, indicar as obras que vão utilizar e depositar na conta bancária do Escritório a remuneração por ele fixada (LDA, art. 68, §§ 4º a 7º). Se optarem pela primeira e forem fiscalizados pelo ECAD, bastará exibir os contratos assinados com os titulares dos direitos autorais para comprovar a regularidade da utilização dada à obra; escolhendo a segunda via, os empresários responsáveis pela execução pública da obra não poderão ser demandados diretamente pelos autores e titulares de direitos conexos filiados às associações que mantêm o ECAD se exibirem os comprovantes do regular depósito da remuneração devida.

OUTROS DIREITOS AUTORAIS

1. CONTINUIDADE DO DIREITO AUTORAL

Numa perspectiva histórica, a propriedade intelectual é *muito mais* recente que a corpórea. As duas formas de propriedades têm, no entanto, igual importância econômica. Diversas empresas, hoje em dia, valem exclusivamente pela propriedade intelectual que titulam, e não em razão dos bens corpóreos que integram seu patrimônio. O extraordinário

valor da Microsoft, por exemplo, é definido em função dos direitos autorais sobre os programas de computador que criou, desenvolveu e comercializa. O arcabouço jurídico de tutela da propriedade intelectual ainda se encontra, por assim dizer, em construção. A tecnologia jurídica e a ordem positiva nem sempre conseguem acompanhar a dinâmica da evolução científica e da tecnologia da informação. Novos bens imateriais surgem, e alguns existentes passam a cumprir funções novas, em razão das quais agregam valor a outros bens ou mesmo empresas. Nem sempre essas inovações científicas ou tecnológicas encontram no direito positivado, de imediato, disciplina específica.

Numa tentativa de compatibilizar a dinâmica da ordem jurídica positivada e a da realidade das criações intelectuais, afirma-se a *continuidade do direito autoral*, isto é, a suficiência de seus princípios e regras para o adequado tratamento das novas e novíssimas tecnologias. Sempre que uma nova forma de criação intelectual ou nova função forem dotadas de valor, o direito autoral é aplicável para resguardar os interesses de quem nela investiu e quer explorá-la economicamente com exclusividade. Trata-se, na verdade, de noção cujo objetivo é impedir que fiquem ao desamparo os investimentos feitos em bens intelectuais ainda não reconhecidos pela lei. A continuidade do direito autoral não significa, portanto, que o direito positivo possa ser aplicado independentemente de qualquer interpretação

ampliativa ou analógica, mas sim que ela se justifica quando tais investimentos reclamarem proteção.

A noção de continuidade do direito autoral encontra-se em documentos governamentais importantes, como o *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, conhecido como “Livro Branco”, encomendado pelo governo dos Estados Unidos, e o “Livro Verde”, elaborado pela Comissão da União Europeia para discutir os direitos autorais e conexos na Sociedade da Informação, ambos de 1995. Neles, o pressuposto é o de que o direito autoral está aparelhado para conferir a adequada tutela aos interesses dos criadores de bens culturais e aos dos que investem na produção e circulação deles (Santos, 2001:153/156). Trata-se de princípio assentado na trajetória descrita pela evolução do direito autoral. No início, destinava-se esse ramo jurídico à proteção do escritor ou dramaturgo (no sistema *droit d’auteur*) ou do editor de livros (no *copyright*); aos poucos foi se estendendo à tutela de outras obras intelectuais, como a música, a pintura, a arquitetura e a fotografia.

No contexto dessa trajetória evolutiva, em 1961, foi assinada uma convenção que consagrou, no plano internacional, a extensão do direito autoral à proteção dos artistas, intérpretes e executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão (Convenção de Roma). Chamam-se de *conexos*, *vizinhos* ou *satélites* os

direitos amparados pela Convenção de Roma. Na LDA, esses direitos estão disciplinados nos arts. 89 a 96 (item 2). Outra importante extensão do âmbito de incidência do direito autoral diz respeito à proteção dos programas de computador, ocorrida, no direito brasileiro, no fim dos anos 1980 (item 3).

O princípio da continuidade do direito autoral sustenta que seus postulados e regras são suficientes para a adequada proteção dos investimentos em novas criações intelectuais ou em novas funções de criações existentes. Ele se baseia na trajetória evolutiva desse ramo jurídico, que progressivamente foi incorporando sob seu âmbito de

incidência os direitos conexos (de artistas, intérpretes e executantes, produtores de fonograma e empresas de radiodifusão) e os programas de computador.

Essas progressivas ampliações do manto protetor do direito autoral têm fundamentado a convicção de que os princípios e demais regras desse ramo jurídico servem suficientemente à tutela dos investimentos em novas criações intelectuais ou em novas funções das existentes, enquanto não erigida a respectiva disciplina em normas específicas da ordem positiva.

2. DIREITOS CONEXOS

Conexos aos do autor são os direitos autorais titulados por três conjuntos de criadores: *a)* o dos *artistas, intérpretes e executantes*, que abarca os atores de teatro ou obra audiovisual, regentes de orquestras ou bandas, cantores, instrumentistas, bailarinos, mímicos e profissionais assemelhados; *b)* o dos *produtores de fonograma*,

relacionado à pessoa física ou jurídica que assume o risco empresarial relacionado à produção de obra gravada em suportes dessa natureza (CD, DVD etc.); c) o das *empresas de radiodifusão*, que compreende as rádios AM/FM e as emissoras de televisão.

Percebe-se, desde logo, a grande diversidade entre os titulares dos direitos conexos dos três conjuntos indicados. A rigor, não há nenhum critério de aproximação deles a não ser a circunstância de se encontrar em situações jurídicas vizinhas às dos autores. De certo modo, há uma criação intelectual similar à do autor no trabalho dos titulares dos direitos conexos. Quando o ator sobe ao palco e interpreta o personagem criado pelo dramaturgo, seu trabalho de dar vida à pessoa imaginada pelo autor depende de criatividade e outros dotes artísticos incomuns. Quando o produtor do fonograma reúne num CD determinadas músicas, confere unidade ao disco, exercitando também habilidades criativas. Da mesma forma, não há como estruturar e produzir programas de rádio ou de TV sem alguma dose de atividade criativa (Chaves, 1999).

A aproximação do trabalho dos titulares de direitos conexos aos dos autores fundamenta a extensão da mesma proteção conferida pela lei a estes últimos. Todas as normas relativas ao direito do autor são aplicáveis aos titulares dos direitos conexos, no que couber (LDA, art. 89). Por exemplo, o autor tem o direito moral imprescritível e inalienável de

reivindicar a autoria da obra (art. 24, I). Também o titular de direito conexo tem igual direito, mesmo a lei não o tendo dito de forma específica. Desse modo, o instrumentista que participou da gravação em disco de uma música pode reivindicar a condição de intérprete se não constou seu nome do encarte. Não se comunicam os direitos do produtor de fonograma pessoa física, porque se aplica a norma legal instituidora da incomunicabilidade do direito de autor (art. 39). A empresa de radiodifusão não pode reclamar contra a exibição em estabelecimento de ensino, para fins exclusivamente didáticos, de um programa que produziu e difundiu, em razão da licença legal relativa a essa hipótese (art. 46, VI). E assim por diante.

Os direitos conexos também existem temporariamente. O prazo de duração é de 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões de empresas de radiodifusão; e à execução ou representação pública, nos demais casos (LDA, art. 96). Assim, por exemplo, os direitos conexos titulados pelo maestro Roberto Minczuk relativos à apresentação da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo regida por ele no encerramento do Festival de Inverno de Campos de Jordão de 2005 vigorarão até o dia 1º de janeiro de 2076. Vencido o prazo legal, caem os direitos conexos em domínio público, podendo qualquer pessoa explorá-los independentemente de autorização do artista,

intérprete ou executante, produtor do fonograma ou da empresa de radiodifusão que anteriormente o titulava.

Os direitos conexos são os titulados por profissionais ou empresários que, de algum modo similar ao do autor, desempenham atividade criativa relacionada a obra intelectual.

São os direitos dos artistas, intérpretes e executantes, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão.

Duram por 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano seguinte ao da fixação em fonograma, transmissão ou execução em público.

Na LDA, foram estabelecidos alguns direitos específicos para cada conjunto de titulares acima referidos. Os dos artistas, intérpretes e executantes estão referidos nos arts. 90 a 92 (subitem 2.1); os dos produtores fonográficos, nos arts. 93 e 94 (subitem 2.2); e os das empresas de radiodifusão, no art. 95 (subitem 2.3).

2.1. Artistas, intérpretes e executantes

A música *A violeira*, de Tom Jobim e Chico Buarque de Holanda, fala da vida atribulada de uma nordestina que sonhava migrar para o Rio de Janeiro: *desde menina, caprichosa e nordestina, que eu sabia, a minha sina era no Rio ir morar...* Ouça o xote na interpretação de Elba Ramalho e de Mônica Salmaso — o sotaque da região de origem da personagem e o frenesi de xaxado que a música tem na voz da primeira, e o sotaque paulistano e o ritmo de uma quase toada na da segunda, evocam emoções diferentes. Em Elba, a migrante parece quase não notar o turbilhão de sua vida, e a teimosa resolução de fincar raiz no Rio é séria; em Mônica, a solidão da moça é cortante, mas sua promessa de resistência não convence muito.

Nas interpretações que os cantores emprestam às músicas há clara criação intelectual. Agregam um naco de suas personalidades à obra musical, conferindo-lhes muitas vezes *nuances* próprias, que as enriquecem. Do mesmo

modo, os atores, dubladores, regentes de orquestra, instrumentistas, bailarinos, mímicos, cantores líricos e outros profissionais das artes cênicas e musicais acrescentam sua contribuição pessoal, única, à obra intelectual para a qual dão vida. São profissionais cujo trabalho é indispensável à comunicação das obras interpretadas. Quem conhece o sistema de notação musical pode mentalizar a música lendo a partitura; mas mesmo essa pessoa só poderá *ouvir* a obra se algum instrumentista a executar. Posso ler o texto de peça de teatro impresso em livro e imaginar sua encenação; mas a obra não estará sendo comunicada na forma pensada por seu autor senão por meio da interpretação de atores e atrizes num palco.

A interpretação ou execução é bem intelectual da propriedade do intérprete ou executante. Cabe-lhe com exclusividade o direito de o explorar economicamente (Moraes, 1976:25). Ninguém pode gravá-la, reproduzi-la, executá-la em público ou transmiti-la por radiodifusão ou fazer qualquer outro uso dela sem a prévia e expressa autorização do intérprete ou executante (LDA, art. 90). Estende-se à reprodução da voz e imagem dos intérpretes a proteção conferida pelo direito autoral à interpretação (art. 90, § 2º). Nenhum espectador pode, por exemplo, ir ao teatro munido de gravador sonoro para fixar as vozes dos atores e atrizes no palco sem a autorização prévia e expressa deles.

Quando a interpretação ou execução é feita por vários

artistas (conjunto musical, banda, orquestra, teatro etc.), os direitos conexos são exercidos pelo diretor (LDA, art. 90, § 1º). Executando a orquestra sinfônica certo concerto, será o maestro responsável pela regência o titular dos direitos conexos relativos à interpretação. Quer dizer, cabe apenas ao maestro autorizar a gravação da execução em CD ou DVD, negociar a transmissão dela por rádio ou TV etc. Os instrumentistas que integram o conjunto executante da obra devem negociar seus direitos exclusivamente com o diretor (ou o empresário responsável pela apresentação).

Se a interpretação ou execução da obra tem lugar num programa de rádio ou televisão, e o intérprete ou executante autorizar, a empresa de radiodifusão pode gravá-la com o objetivo de a veicular outras vezes. O número máximo de repetição será o permitido pelo intérprete ou executante. Para a empresa de radiodifusão veicular a gravação mais vezes além do permitido, precisará de nova autorização e deverá pagar remuneração adicional. Fica dispensada de autorização e remuneração unicamente a conservação da gravação em arquivo para fins de consulta pública (LDA, art. 91 e parágrafo único). Desse modo, se o cantor de música popular comparece a programa de televisão, em que é entrevistado e canta, a emissora pode, mediante autorização do artista, gravar a interpretação e veiculá-la tantas vezes quantas estiverem autorizadas. Se decidir repetir aquele mesmo programa ou inserir a interpretação daquele cantor

em outro, precisará colher-lhe antes nova autorização e pagar-lhe o valor adicional negociado.

De acordo com a lei de regulamentação da profissão dos artistas, intérpretes e executantes, é proibida a cessão dos direitos titulados por esses profissionais (Lei n. 6.533/78, art. 13, parágrafo único). Trata-se de norma protetiva de tais direitos conexos, que invalida qualquer negócio jurídico de transferência de sua titularidade em caráter definitivo. O intérprete, artista ou executante sempre está vulnerável, ao negociar com empresários do ramo cultural ou de entretenimento; muitas vezes, premido por dificuldades econômicas, pode acabar concordando com a alienação dos direitos sobre seus trabalhos por valor irrisório. Considera-se, para os efeitos jurídicos, que tal transferência será sempre temporária, limitada aos usos imediatamente visados pelas partes; ou seja, terá sempre a natureza de licenciamento ou concessão, mas nunca a de cessão. Uma vez utilizada a interpretação ou execução, recupera o intérprete, executante ou artista a titularidade integral sobre sua criação artística (Costa Netto, 1998:71).

Os artistas, intérpretes ou executantes — essas expressões são sinônimas — titulam direito conexo sobre seus trabalhos, cabendo-lhes com exclusividade autorizar qualquer forma de uso das interpretações e execuções que fazem.

Para protegê-los, a lei de regulamentação da profissão veda a cessão desses direitos, permitindo apenas o licenciamento e a concessão, isto é, a transferência temporária.

Em relação aos direitos morais, os artistas, intérpretes ou executantes não podem opor-se à redução, compactação, edição ou dublagem da obra de que participaram, desde que não fique desfigurado seu trabalho (LDA, art. 92).

2.2. Produtor fonográfico

O produtor tem, por lei, o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer uso do fonograma que produziu. Cabe-lhe, por exemplo, permitir ou vedar sua reprodução direta ou indireta, total ou parcial, a distribuição por venda ou locação, a comunicação ao público por meio de execução pública, incluindo a radiodifusão (LDA, art. 93).

Qualquer tipo de uso do fonograma, até mesmo os que venham a ser inventados após a edição da LDA, depende de prévia e expressa autorização do produtor. A gravação, total ou parcial, de fonograma em arquivo eletrônico para transmissão via internete (em arquivo MP3) não pode ser feita se o produtor não o autorizou prévia e expressamente. Ainda que feita sem nenhum intuito lucrativo, a prática é ilícita e gera a responsabilidade civil e penal de quem nela incorrer. O consumidor dono do CD pode emprestá-lo aos seus amigos, mas enquanto estiver desaposado do suporte não tem meios para usar o fonograma. Não há equivalência, contudo, entre essa conduta e o envio a dezenas, centenas ou milhares de pessoas, conhecidas ou desconhecidas, pela rede mundial de computadores, do arquivo eletrônico obtido

a partir do fonograma. Aqui, a quantidade de beneficiados é significativamente maior que o número de amigos para os quais um CD pode ser emprestado, e, ademais, o consumidor continua podendo desfrutar do fonograma.

Também não pode ser usado o fonograma sem a autorização do produtor em apresentações de DJs. A combinação de músicas e a execução delas em ritmos ditados por movimentos impressos pelos DJs aos discos do tipo *long-play* é, sem dúvida, uma obra derivada por adaptação. E, portanto, é protegida pelo direito autoral, assim como sua execução gera direito conexo. Isso não significa, porém, nenhuma limitação ou prejuízo aos direitos do produtor do fonograma. O DJ precisa estar autorizado pelo produtor dos fonogramas que utiliza em suas apresentações para não incorrer em desobediência ao direito autoral.

Quando o fonograma é executado publicamente, o empresário responsável pela execução deve pagar a remuneração dos direitos autorais ao produtor fonográfico (ou ao ECAD, na hipótese de ser ele filiado à associação mantenedora do Escritório). Os artistas, intérpretes ou executantes que participam das obras fixadas no fonograma receberão do produtor a remuneração entre eles contratada (LDA, art. 94).

Qualquer uso que se faça do fonograma, inclusive sua reprodução por meio eletrônico ou aproveitamento em adaptação pelo DJ, depende de prévia e expressa anuência do produtor.

O suporte dos fonogramas deve conter certas informações exigidas no Decreto n. 4.533/2002 que permitam a identificação do lote a que pertence. A medida visa possibilitar o controle do pagamento da remuneração devida aos artistas, intérpretes e executantes (LDA, art. 113).

2.3. Empresas de radiodifusão

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, aplicações práticas da descoberta das ondas eletromagnéticas pelo físico alemão Heinrich Hertz possibilitaram o desenvolvimento de uma nova forma de comunicação em massa, a radiodifusão. Por meio dela, mensagens emitidas de um ponto podem ser captadas por diversos pontos, isto é,

pelo público. Até o uso comercial da radiodifusão, nos anos 1920, a única comunicação em massa existente era a imprensa escrita, que, evidentemente, alcançava público bem mais reduzido e apenas a parcela letrada da população. No início, a radiodifusão se fazia só por sons; posteriormente, com a invenção da televisão, passou a se valer de sons e imagens. Hoje, a radiodifusão se vale de variadas estruturas tecnológicas, como a transmissão direta por satélite, cabo, internete etc. (cf. Cordeiro, 2004).

Radiodifusão é definida como “difusão de sons ou de imagens por meio de ondas radioelétricas destinadas à recepção pelo público”; retransmissão, por sua vez, como “a emissão simultânea da emissão de um organismo de radiodifusão, efetuada por outro organismo de radiodifusão” (Convenção de Roma, art. 3º, *f* e *g*). A emissora que veicula sons ou imagens a partir de fonograma ou videograma não está fazendo, tecnicamente, retransmissão, porque falta o elemento da simultaneidade que a caracteriza. No caso de veiculação a partir de fonograma ou videograma, não há retransmissão, mas reprodução de obra, sendo titulares dos direitos conexos, conforme examinado (subitem 2.2), o produtor desses suportes — que pode ser eventualmente a mesma empresa de radiodifusão.

As empresas de radiodifusão têm o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer exploração econômica de suas emissões.

As empresas de radiodifusão (por exemplo, as rádios AM/FM e as emissoras de televisão) têm o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer exploração econômica de suas emissões. Ninguém pode gravar, retransmitir ou por qualquer outro modo reproduzir os sons ou sons e imagens veiculados por essas empresas se não estiver prévia e expressamente autorizado por elas (LDA, art. 95). Quando certa rádio transmite programa humorístico que produz a partir de sua estação, ela adquire sobre os sons veiculados por radiodifusão o direito conexo de exclusividade de exploração econômica. Se outro empresário quiser retransmitir por radiodifusão o mesmo programa, ou gravá-lo para executar em local de frequência coletiva, deve antes solicitar à empresa titular dos direitos conexos a autorização, pagando a remuneração por ela estabelecida.

3. PROGRAMAS DE COMPUTADOR

A classificação dos programas de computador (*softwares*, logiciários) como obra suscetível de proteção pelo direito autoral cercou-se de amplos e calorosos debates — principalmente nos Estados Unidos, ainda hoje o grande produtor, exportador e consumidor do produto. Questionou-se tal classificação a partir de argumentos que ressaltavam sua ininteligibilidade pelos seres humanos, procuravam caracterizá-lo como meros bens físicos (impulsos elétricos) ou mesmo configurá-los como simples ideias insuscetíveis de proteção pelo direito autoral (cf. Schechter-Thomas, 2001:43/50). A todos esses argumentos sobrepôs-se a necessidade de proteção do ingente investimento que sua criação pressupõe. No mundo todo, inclusive no Brasil, o debate vicejou (Baptista, 1983). Entre nós, não se discute mais desde 1987 — ano da primeira lei de proteção dessa espécie de propriedade intelectual — que os programas de computador são obras intelectuais, e, portanto, objeto da proteção do direito autoral (LDA, art. 7º, XII). A lei específica (Lei n. 9.609/98 — LPC) enuncia a propósito que “o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos” (art. 2º).

Quem cria programa de computador, portanto, tem *em princípio*, no direito brasileiro, a mesma proteção legalmente liberada ao escritor de obra literária. Aplicam-se aos

criadores de novos programas de computador as mesmas regras prescritas em favor do escritor de romances, poesias e outras literaturas. Por exemplo, assim como o direito do autor se constitui exclusivamente pelo ato de criação e independe de qualquer registro, também o do criador de programa de computador não está condicionado a essa ou outra formalidade. O registro de obra literária na Biblioteca Nacional, como visto (Cap. 51, item 7), é sempre facultativo e se destina unicamente a facilitar a prova judiciária. Do mesmo modo, o registro de programa de computador no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), feito nos termos do Decreto n. 2.556/98, não é obrigatório; tem igualmente mera função facilitadora de prova da anterioridade da criação intelectual, caso venha a ser a matéria discutida em juízo (LPC, arts. 2º, § 3º, e 3º).

Note-se que da circunstância de ter sido escolhido o INPI como órgão de registro dos programas de computador não decorre nenhuma implicação quanto ao regime protetivo da propriedade intelectual, que continua a ser o do direito autoral e não o do industrial. Ao requerer o registro, assim, o criador do logiciário não está obrigado a revelar o seu código-fonte, mas apenas trechos do programa e outros dados suficientes para o identificar e caracterizar a originalidade. Ao contrário dos inventores, que, ao pleitearem perante o INPI a patente de certa invenção, devem descrevê-la pormenorizadamente (Lei n. 9.279/96 —

LPI, art. 24), os autores de programas de computadores não precisam senão prestar informações gerais sobre sua obra (LPC, art. 3º, III). Além disso, enquanto a reivindicação da patente é necessariamente tornada pública pelo INPI na tramitação do procedimento administrativo (LPI, art. 30), os trechos do programa de computador indicados no requerimento de registro são mantidos em sigilo (LPC, art. 3º, § 2º). Em suma, malgrado ter sido eleito, pelo Poder Executivo, o INPI como órgão para receber o correspondente registro facultativo, o regime de tutela dos programas de computadores é o do direito autoral, não se aplicando sequer supletivamente os preceitos do direito industrial.

Mas o regime de proteção do autor de obra literária estabelecido pelo direito autoral não se aplica inteiramente à criação de programas de computador. Há algumas regras na LPC que excepcionam o regime estatuído pela LDA, com o objetivo de disciplinar as particularidades desse específico tipo de propriedade intelectual. Essas regras dizem respeito ao prazo de duração, direitos morais e obra sob encomenda e licenças legais. Veja-se cada uma em separado.

a) *Prazo de duração.* Os direitos relativos aos programas de computador são, a exemplo dos demais autorais, temporários. Eles duram pelo prazo de 50 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente à publicação do programa ou, se esta não ocorrer, de sua criação (LPC, art. 2º, § 2º). Esse é prazo mais que suficiente para o retorno

dos investimentos feitos na criação de qualquer *software*, ainda mais se considerarmos que a dinâmica das inovações tecnológicas importa a obsolescência deles em período consideravelmente mais breve.

Durante esse prazo, o criador do programa de computador tem o direito exclusivo de exploração econômica da propriedade intelectual (LPC, art. 2º, § 5º). Ninguém pode utilizá-la ou fruir dela sem que esteja autorizado pelo titular do direito autoral. Ao adquirir, por exemplo, um editor de textos oferecido no mercado por certa empresa de informática, estou autorizado por ela a instalá-lo em meu computador pessoal; mas não posso, por exemplo, emprestar o suporte para meu amigo fazer a instalação do mesmo programa na máquina dele. Se o fizer, estarei desrespeitando o direito de propriedade intelectual da empresa que pesquisou e desenvolveu o programa de computador e não me autorizou esse tipo de uso.

b) Direitos morais. Nem todos os direitos morais titulados pelo autor de obra literária também são assegurados ao criador do programa de computador. Ele tem apenas o direito de reivindicar a paternidade e o de obstar alterações que lhe prejudiquem a honra ou reputação (LPC, art. 2º, § 1º). Como examinado, o autor de obra literária tem o direito moral à integridade de sua criação intelectual, podendo se opor a qualquer modificação que terceiro pretenda nela introduzir, ainda que tenha sentido meramente

estético (LDA, art. 24, IV). No caso do autor de programa de computador, no entanto, o direito de se opor às alterações não tem a mesma extensão. Se a honra ou reputação dele não corre risco de ser maculada pela mudança, o criador do *software* não titula nenhum direito de oposição. A *customização* é, conforme se verá à frente (subitem 3.1), uma das hipóteses de licença legal do usuário do programa de computador, não podendo o seu criador impedir as mudanças dela decorrentes na medida em que sejam inofensivas à sua honra ou reputação.

c) *Obra sob encomenda ou criada por empregado.* Outro importante capítulo em que a disciplina dos direitos do criador de programa de computador é bem diversa da do autor de obra literária diz respeito à criação sob encomenda. Viu-se que o autor da obra literária é sempre uma pessoa física, ainda que empregada ou contratada da editora responsável pela publicação (Cap. 51, item 2). A LPC, entretanto, admite que a pessoa jurídica seja, para todos os efeitos legais, a *autora* de programa de computador. Por evidente, a operação mental criadora do *software* é sempre ato de homem ou mulher, trabalhando isoladamente ou em equipe. Mas se ele ou ela são empregados contratados para trabalhar na pesquisa e desenvolvimento de programa de computador, o empregador (normalmente sociedade empresária, isto é, pessoa jurídica) será considerado o autor e titular dos direitos de propriedade intelectual. Igual regra

aplica-se no caso de servidor público, prestador de serviços ou diretor estatutário encarregados respectivamente pelo órgão público, tomador dos serviços ou empresa, de pesquisar e desenvolver *softwares*. São estes últimos os titulares originários dos direitos autorais.

Essa é a regra da lei (LPC, art. 4º), que, claro, pode ser alterada por convenção das partes. Se do contrato de trabalho constar expressa cláusula atribuindo a titularidade dos direitos intelectuais sobre o programa de computador ao empregado, prevalece a vontade dos contratantes — são dele, e não do empregador, tais direitos. Igualmente, se a mesma previsão expressa contiver o documento representativo do vínculo entre o servidor público, prestador de serviços ou diretor estatutário, de um lado, e o órgão público, tomador dos serviços e empresa, de outro. Mas, sendo omissa o contrato ou o instrumento representativo do vínculo, incide a regra da lei que atribui ao empregador, órgão público, tomador dos serviços ou a empresa a totalidade dos direitos de propriedade intelectual sobre o programa de computador. Em consonância com essa previsão, estatui a lei que o salário, vencimentos ou remuneração avençados entre as partes representa a justa compensação pela criação intelectual, salvo se expressa disposição de vontade estabelecer em sentido diverso (LPC, art. 4º, § 1º).

Imagine que *Antonio* é contratado (no regime celetista)

por *Beta*, uma empresa de informática, para pesquisar e desenvolver determinado programa de computador, com o salário mensal de \$ 3.000,00. No contrato de trabalho não há nenhuma disposição expressa sobre a titularidade dos direitos intelectuais atinentes ao programa de computador, nem relativa a qualquer outra remuneração. Nesse caso, *Beta* será a única titular dos direitos de propriedade intelectual sobre o *software* pesquisado e desenvolvido por *Antonio* e poderá explorá-lo economicamente sem se obrigar a pagar a este último qualquer valor além do salário e demais obrigações trabalhistas. *Antonio*, em suma, por não existir cláusula expressa no contrato de trabalho que disponha em sentido diverso, não tem nenhum direito sobre o programa de computador, não fazendo jus a qualquer participação nos lucros advindos de sua exploração econômica.

Obviamente o programa de computador que o empregado, prestador de serviços, funcionário público ou diretor estatutário desenvolvem sem relação com suas funções e “sem utilização dos recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos” do empregador, tomador dos serviços, órgão público ou empresa pertence aos primeiros. Trata-se de esclarecimento da lei (LPC, art. 4º, § 2º). Se *Carlos*, enquanto está vinculado — por contrato de prestação de serviços não relacionado à pesquisa e desenvolvimento de *software* — com *Beta*, pesquisa e

desenvolve *exclusivamente com seus próprios meios* um novo programa de computador, a tomadora dos serviços não pode reivindicar nenhum direito sobre a criação intelectual. Serão de *Beta* os direitos, nesse caso, apenas se *Carlos* acabou de algum modo utilizando recursos dela na criação do programa de computador.

O criador de programa de computador tem, em princípio, os mesmos direitos autorais conferidos ao escritor de obra literária.

Sujeita-se, porém, a disciplina específica da lei própria (Lei n. 9.609/98 — LPC) em temas relacionados aos direitos morais, duração do monopólio de exploração econômica, obra feita sob encomenda e licenças legais.

Esse tratamento dispensado pela LPC ao criador de fato do programa de computador se encontra também em outros países adeptos do sistema *droit d'auteur*, inclusive a França

(Schmidt-Szalewski-Pierre, 2003:133/134).

d) *Licença legal*. O monopólio da exploração econômica do programa de computador, como qualquer outro direito derivado do de propriedade, não pode ser exercido sem atenção à sua função social. Há situações em que o monopólio deve ceder lugar à realização de valores cultivados pela sociedade de maior envergadura que os atinentes à proteção do investimento na pesquisa e desenvolvimento de *software*. Quando o interesse privado pelo monopólio conflita, por exemplo, com o público relacionado à educação, deve prevalecer forçosamente este último. O monopólio destinado a proteger o investimento na pesquisa e desenvolvimento de *software* só tem cabimento, enfim, quando o seu exercício for plenamente compatível com os valores sociais de maior envergadura.

Nas situações em que suspende a exclusividade conferida ao titular do programa de computador, a ordem jurídica confere uma *licença legal* a todos os que nelas se encontram. Em outros termos, na hipótese descrita em lei, qualquer pessoa pode usar o programa de computador independentemente de prévia autorização do titular da propriedade intelectual ou mesmo do pagamento de remuneração. A licença legal referente aos programas de computador está prevista no art. 6º, II, da LPC. É, portanto, bem menos extensa que as licenças legais da LDA. Quer dizer, também em relação às hipóteses de suspensão do

monopólio de exploração econômica, o titular de direitos sobre programa de computador não se submete às regras gerais protetivas do escritor de obra literária.

Independente, assim, de autorização prévia do criador do programa de computador, ou mesmo do pagamento de qualquer remuneração, a sua citação parcial para fins didáticos. Em qualquer curso (de nível médio ou superior) ou seminário em que seja pertinente a transmissão de conhecimentos sobre a estrutura e o funcionamento de programa de computadores, o professor ou palestrante pode livremente usar qualquer um dos existentes no mercado para ilustrar a aula ou exposição. A finalidade do evento deve ser exclusivamente didática para que incida a licença legal. Além disso, a citação deve ser parcial, limitada aos objetivos da aula ou exposição. A citação total do programa de computador extrapola os parâmetros da licença legal, inclusive por perder a função didática. Por fim, devem ser obrigatoriamente identificados pelo professor ou expositor o programa citado e o titular dos direitos respectivos.

Para fazer a citação parcial de programa de computador num evento de fins didáticos, o professor ou expositor deve desconstruí-lo. A desconstrução de *software* é ato legal quando desprovida de intuítos comerciais e destinada a contribuir com a difusão do conhecimento. Lembre-se que as ideias *em si* não são objeto de proteção do direito autoral. Quem desconstrói programa de computador para entender a

lógica empregada em sua criação está unicamente conhecendo a ideia por trás dele. A engenharia de *software* é, a rigor, indispensável ao progresso da ciência da computação e, por isso, insere-se no âmbito protetivo da licença legal do art. 6º, II, da LPC. Nos Estados Unidos, o *Digital Millennium Copyright Act*, de 1998, admite que o *software* contenha dispositivos de proteção contra cópias não autorizadas, mas contempla expressamente a engenharia (*reverse engineering*) como uma das hipóteses em que eles podem ser legitimamente desativados. O objetivo é impedir que o monopólio do titular do direito intelectual dificulte o desenvolvimento das ciências informáticas querido pelo interesse público (cf. Schechter-Thomas, 2003:142/146).

3.1. Licença de uso de programa de computador

Os contratos cujo objeto é o uso de programa de computador, classificados por Newton de Lucca entre os *informáticos* (2003:67/70), correspondem à hipótese mais frequente de negócios contratuais dessa categoria. Não se confunde com a *cessão de direitos autorais*, em que o titular da propriedade intelectual referente ao *software* (*cedente*) transmite-a a outrem (*cessionário*), mediante remuneração, deixando de ser, assim, o proprietário. Na licença de uso, o titular dos direitos autorais (*licenciante*) apenas autoriza o uso do programa pelo outro contratante (*licenciado*),

conservando a propriedade intelectual em seu patrimônio. O contrato pelo qual uma pessoa, física ou jurídica, fica legitimamente autorizada a usar programa de computador, então, é a *licença de uso*. Quando o consumidor “adquire”, no mercado, o *software* de um jogo para instalar em seu computador pessoal, o que se verifica, juridicamente falando, não é compra e venda, mas o licenciamento de uso do bem intelectual pela empresa de informática detentora dos direitos a ele relativos.

O licenciado pode ser um consumidor, no sentido legal da expressão (CDC, art. 2º), ou empresário, que necessita do programa de computador como insumo para sua atividade econômica. No primeiro caso, a licença de uso de *software* é contrato de consumo, podendo então o licenciado invocar a proteção da legislação consumerista. Já no segundo, a licença de uso é contrato empresarial e não se sujeita ao Código de Defesa do Consumidor (Cap. 27, subitens 7.3 e 7.4). Independentemente do regime aplicável ao contrato, porém, o licenciado encontra na LPC também normas destinadas à proteção de seus interesses.

O licenciado, na licença de uso de programa de computador, é titular, assim, de direitos assegurados pela LPC relacionados aos seguintes temas:

a) *Cópia de salvaguarda*. Não constitui ofensa aos direitos do licenciador sobre o *software* sua reprodução pelo licenciado num só exemplar destinado a servir de cópia de

salvaguarda (*back up*). O objetivo da norma é preservar o licenciado dos danos advindos de eventual perda do *software* (LPC, art. 6º, I). A cópia não pode ser utilizada concomitantemente com a versão original, em outra máquina, ainda que também pertencente ao licenciado, porque essa circunstância descaracterizaria a reprodução como instrumento de salvaguarda. Ela deve permanecer necessariamente inoperante enquanto o original estiver em uso.

b) Customização. O licenciado tem direito de introduzir no programa de computador objeto de licença as alterações necessárias a torná-lo interoperacionalizável com o sistema dele. Enuncia a lei que não ofende os direitos do licenciante “a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu” (LPC, art. 6º, III).

Trata-se de direito normalmente exercido pelo licenciado empresário — o consumidor em geral não dispõe dos recursos necessários à integração, que pressupõe também sua parcial engenharia, tampouco precisa dela. Assim, quando a empresa “adquire” a licença de certo programa de gerenciamento de correio eletrônico vendido no mercado, precisa integrá-lo com seu sistema já implantado, com vistas à interoperacionalidade deles. Para fazer a integração,

precisará necessariamente introduzir mudanças no programa licenciado. O licenciante não pode opor-se a tais mudanças, nem jurídica, nem tecnologicamente; quer dizer, além de não ter direito de evitar em juízo a customização, ele é obrigado a desativar (ou informar como se desativam) eventuais dispositivos de proteção contra alterações do programa licenciado.

No contrato de licença de uso de programa de computador, o licenciado tem os direitos de extrair uma cópia de salvaguarda, integrá-lo ao seu sistema (customização) e de contar com o suporte técnico do licenciante durante o prazo de validade técnica.

c) *Validade técnica*. Uma das obrigações legais impostas a quem licencia o uso de programa de computador é oferecer aos licenciados serviços técnicos complementares relativos ao seu adequado funcionamento (LPC, art. 8º). Essa obrigação perdura pelo prazo de validade técnica do programa de computador, ainda que cessada sua comercialização. A essa obrigação do licenciante corresponde direito do licenciado, que pode contar, assim, com o suporte necessário à plena utilização do bem intelectual objeto de licença. O prazo de validade técnica deve ser informado ao licenciado no contrato de licença de uso, documento fiscal, suportes físicos do programa ou suas embalagens (art. 7º).

3.2. Software livre

O marco inicial do movimento do *software* livre pode ser identificado na instituição, em 1985, por Richard Stallman, da *Free Software Foundation* (FSF). Esse cientista norte-americano estava desenvolvendo um sistema operacional, denominado GNU (abreviatura de *GNU is Not Unix*), com o objetivo de disponibilizá-lo gratuitamente na rede. Mais que isso, tornou público o código-fonte do GNU, de modo a possibilitar a qualquer outro cientista a possibilidade de alterar o sistema, independentemente de sua autorização, para usá-lo como quisesse. Uma das iniciativas da FSF foi a

preparação das condições gerais para o livre uso e manipulação do programa disponibilizado. Segundo os termos da *licença pública geral* da FSF (LPG), a única condição para alguém mudar o GNU é a de a mudança ficar igualmente disponibilizada na rede mundial de computadores de forma gratuita e livre.

De acordo com a LPG, qualquer pessoa tem asseguradas, em relação aos *softwares* disponibilizados segundo os termos dessa licença, quatro liberdades: *a*) executar o programa, para qualquer propósito; *b*) estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas necessidades; *c*) redistribuir cópias; *d*) aperfeiçoar o programa, desde que permita a toda a comunidade se beneficiar do aperfeiçoamento. O exercício dessas quatro liberdades tem por pressuposto o livre acesso ao código-fonte do sistema. Quando se diz, em suma, que determinado *software* é livre, isso significa que o seu código-fonte tornou-se acessível a qualquer um por ato de vontade de seu criador.

O mais importante evento impulsionador do movimento, porém, aconteceu em 1991, na Finlândia. Linus Torvalds, um jovem e talentoso estudante de matemática da Universidade de Helsinque cuja diversão era contar piadas em latim aos amigos *nerds*, disponibilizou na internet o núcleo (*kernel*) de um novo sistema operacional por ele inventado. Fez, então, um convite a todo o mundo para que contribuísse

com o aperfeiçoamento do embrionário sistema operacional, objetivando criar um programa de computador passível de livre utilização, estudo, reprodução e alteração. O desafio difundiu-se rapidamente pela rede mundial, e contribuições chegaram de todas as partes do planeta. Em 1994, o jovem Torvalds, já famoso pela iniciativa, lançou a versão 1.0 do sistema operacional Linux, numa cerimônia na Universidade de Helsinque. Disponibilizado na internet para quem quiser baixá-lo e usá-lo gratuitamente, o Linux é a maior obra intelectual coletiva já produzida pela humanidade. Tem sido usado com sucesso não somente por internetenautas sem dinheiro para comprar programas, mas também por empresas de porte, como, por exemplo, a IBM. Ainda hoje, quem descobrir algum modo de aprimorar o Linux pode fazê-lo independentemente de licença do criador de seu núcleo, Torvalds, que, aliás, continua recebendo contribuições para melhoria do *software*. Sua única exigência, expressa na LPG que adotou, é ficar o aperfeiçoamento também disponibilizado gratuitamente para quem quiser dele se utilizar ou mesmo alterá-lo.

Nem tudo, porém, é puro desprendimento no mundo do *software* livre. Stallman lidera uma campanha para que o sistema operacional iniciado por Torvalds passe a ser chamado de GNU-Linux, tendo em vista que o universitário finlandês usou parte do GNU para desenvolver o Linux (Torvalds-Diamond, 2001; Stallman, 2002; Lessig,

De qualquer modo, iniciativas como a do jovem universitário finlandês e a do pesquisador norte-americano estimulam movimentos em torno da bandeira do *software* livre. Neles, contudo, encontram-se as mais variadas postulações, desde as *anárquicas*, que questionam a própria noção de propriedade intelectual, até as *libertárias*, que procuram convencer os proprietários de *software* a licenciar seus programas pela LPG, abrindo a todos o código-fonte. Envolvidos de algum modo nos movimentos do *software* livre não há somente jovens anarquistas, mas também grandes empresas de computadores (fabricantes de *hardware*) interessadas no barateamento de seus produtos.

Note-se que nem todos os movimentos de *software* livre são incompatíveis com o direito da propriedade intelectual. Pelo contrário, a LPG pressupõe a existência do direito de propriedade dos criadores de programas de computador sobre sua criação. Ao permitirem o uso gratuito e a livre alteração e reprodução do *software*, os outorgantes da LPG exercem seu direito de propriedade. Se, por exemplo, alguém pretender licenciar onerosamente (isto é, *comercializar*) um sistema operacional que seja aperfeiçoamento do GNU ou do Linux — contrariando os termos da LPG —, os licenciantes podem ir a juízo pleitear a retirada do produto do mercado e indenização pelos danos causados. Exercerão tais direitos com fundamento na propriedade intelectual que titularizam e

no fato de não terem licenciado aquela forma de fruição. O *software* pode ser livre, mas não é órfão de jeito nenhum.

Na verdade, que outra opção real tinha Linus Torvalds? É um equívoco pensar que ele, se não tivesse aberto o código-fonte de seu sistema, poderia estar hoje rico como Bill Gates. Em primeiro lugar porque, sem a ajuda de anônimos *hackers* dos mais longínquos cantos do planeta, ele não teria completado o Linux. Mas se admita que o jovem finlandês eventualmente tivesse continuado a trabalhar sozinho e conseguisse enfim concluir o sistema operacional. Como não dispunha de capital para montar uma empresa de *software*, restariam as alternativas de cessão dos direitos autorais a um dos empresários do ramo da informática ou qualquer forma de parceria econômica com um deles. Mas Linus Torvalds não conhecia ninguém com esse perfil, nem alguém que pudesse apresentá-lo. Ainda que conhecesse, esse empresário cessionário dos direitos autorais sobre o Linux — ou a sociedade formada entre ele e Torvalds — conseguiria competir com a Microsoft, líder do segmento? Quer dizer, se tivesse optado por negociar sua obra intelectual, o mais provável é que Torvalds acabasse se tornando “apenas” um grande profissional de informática de uma empresa sediada num dos países nórdicos. Se hoje desfruta de fama e prestígio (diz que não ficou rico, embora tivesse tido a oportunidade), é porque em 1991, isolado em seu escuro quarto de dormir, tomou a decisão acertada de

disponibilizar na rede mundial o Kernel do Linux.

Não quero com isso desmerecê-lo minimamente. Pelo contrário, o que Torvalds fez, no meio a tantas adversidades, foi admirável e sumamente importante não só para a informática como para a própria cultura universal. Meu objetivo com essa reflexão é apenas demonstrar que talvez não exista a alternativa imaginada por parte dos movimentos do *software* livre; ou seja, penso ser difícil crer estarmos diante de uma nova forma de criação intelectual (a coletiva) que, em pleno capitalismo, poderá substituir o atual modelo (empresarial) de geração e exploração das obras intelectuais.

Os movimentos de software livre são variados e abrangem propostas que vão desde a negativa, pura e simples, de qualquer direito de propriedade intelectual (anarquistas) até o convencimento dos titulares de direito autoral sobre programas de computador da importância de outorgarem licença de uso geral e gratuita (libertários).

Não há incompatibilidade entre uma parcela dos movimentos de software livre e o direito de propriedade intelectual.

Podem-se, nesse contexto, classificar os programas de computador em dois grupos. De um lado, os *programas-proprietários*, cujo código-fonte é mantido em segredo pelos seus titulares — por exemplo, o *Office*, da Microsoft, o *Acrobat*, da Adobe etc. Esses programas só admitem alteração autorizada pelo titular do direito autoral (exceto na hipótese de customização). De outro lado, há os *programas-livres*, cujo código-fonte foi tornado acessível a qualquer pessoa pelo titular do direito autoral, condição que possibilita sua livre alteração por qualquer um — por exemplo, o *Debian*, que também utiliza o kernel do Linux.

A classificação dos programas de computador numa ou noutra classe independe da gratuidade ou onerosidade da licença de uso. Todos os programas-livres podem ser baixados na internete gratuitamente pelo usuário, mas isso também acontece com alguns dos programas-proprietários — o software *Acrobat* pode ser obtido gratuitamente na rede na versão apta apenas à leitura de arquivos *pdf*, já a versão que propicia a transformação em *pdf* de arquivos *doc* é objeto de licença remunerada; nos dois casos, porém, trata-se de programas-proprietários. O que caracteriza o *software* livre, portanto, não é a gratuidade da licença de uso, mas a publicidade e livre alterabilidade do código-fonte.

Bibliografia

ABRÃO, Eliane Y.

2003 A internet e sua inserção no sistema dos direitos autorais. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 69, maio 2003, p. 73/82.

AKEL, Hamiltom Elliot

2003 Das servidões prediais. In: *O novo Código Civil — estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coordenado por Domingos Franciulli Netto et alii. São Paulo: LTr, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira

1965 *Direito romano*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

1973 *Da alienação fiduciária em garantia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

1990 *Posse*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARMELIN, Donaldo

2003 A tutela da posse no novo Código Civil. In: *O novo Código Civil — estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coordenado por Domingos Franciulli Netto et alii. São Paulo: LTr, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira

1997 *Direito autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
Sem data da 1ª ed.

1999 Sociedade da informação. In: *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. v. 1, p. 163/184.

2000 *Direito civil — reais*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. Sem data da 1ª ed.

2002 Bases de dados electrónicas: o estado da questão em Portugal e na Espanha. In: *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. v. 1, p. 9/26.

AZEVEDO, Álvaro Villaça

2003 O condomínio. In: *O novo Código Civil — estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coordenado por Domingos Franciulli Netto et alii. São Paulo: LTr, 2003.

AZEVEDO Jr., José Osório de

1979 *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Saraiva, 1979.

BAPTISTA, Luiz Olavo

1983 A proteção dos programas de computador em direito comparado e internacional. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: RT, v. 50, 1983, p. 26/41.

BARBOSA, Denis Borges

2003 *Propriedade intelectual — a aplicação do Acordo TRIPs*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BESSONE, Darcy

1996 *Direitos reais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Sem data da 1ª ed.

BEVILÁQUA, Clóvis

1934 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1934. Sem data da 1ª ed.

BITTAR, Carlos Alberto

1977 *Direito de autor na obra feita sob encomenda*. São Paulo: RT, 1977.

1981 *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1981.

1988 *Curso de direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

1990 *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

2001 *Direito de autor*. 3ª ed., rev., ampl. e atual., conforme a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Sem data da 1ª ed.

CAMARGO, Cândido

1967 Da alienação fiduciária em garantia e fundos contábeis de natureza financeira face à Lei de Mercado de Capitais. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília: Ministério da Justiça, n. 103, 1967.

CARBONI, Guilherme C.

2003 *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

CASCONI, Francisco Antonio

2001 *Tutela antecipada nas ações possessórias*. São Paulo:

Juarez de Oliveira, 2001.

CASELLA, Paulo Borba

2004 *Exceção cultural à livre circulação de bens e serviços: o ponto de vista do cinema no Brasil*. Separata da obra *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 2, p. 741/763.

CERQUEIRA, João da Gama

1946 *Tratado da propriedade industrial*. 2ª ed. rev. e atual. por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: RT, 1982. 2 v.

CHAVES, Antonio

1987 *Direito de autor — princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

1999 *Direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa

1994 *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

1998 *Curso de direito comercial*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder

1986 Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: RT, n. 63, 1986, p. 71/79.

COMPORTI, Marco

2004 Possesso. La comunione. In: *Istituzioni di diritto*

privato. 11ª ed. Coordenado por Mario Bessone.
Torino: G. Giappichelli, 2004. Sem data da 1ª ed.

CORDEIRO, António Menezes

1983 *Da boa fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa

2004 *Direito de autor e radiodifusão. Um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até a tecnologia digital*. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA NETTO, José Carlos

1998 *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

COVELLO, Sérgio Carlos

1999 *Contratos bancários*. 3ª ed. São Paulo: LEUD, 1999.
Sem data da 1ª ed.

DANTAS, San Tiago

1944 *Programa de direito civil III*. Edição histórica atualizada por Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

DINIZ, Maria Helena

1993 *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993.

1997 *Sistemas de registros de imóveis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Sem data da 1ª ed.

2002 *Direito civil brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. Sem data da 1ª ed.

2003 *Direito civil brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva,

2003. v. 3. Sem data da 1ª ed.

ENGELS, Friedrich

1884 *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Tradução para o português de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

ESPÍNOLA, Eduardo

1956 *Posse, propriedade, condomínio, direitos autorais*. Edição atualizada por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luiz Edson

2003 *Comentários ao Código Civil*. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 15.

FIGUEIRA Jr., Joel Dias

2002 *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiuza. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, J. Nascimento

1997 *Condomínio*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

FUCCI, Paulo Eduardo

1998 Aspectos da alienação fiduciária de coisa imóvel. *RT*, São Paulo: RT, v. 753, 1998, p. 80/83.

FULGÊNCIO, Tito

1936 *Da posse e das ações possessórias*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Atualização de José de Aguiar Dias. O ano de referência é da 3ª ed., porque não mencionado o da 1ª ed.

GALLO, Paolo

2000 *Istituzioni di diritto privato*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2000. Sem data da 1ª ed.

GIACOBBE, Giovanni

2003 *La superficie*. In: *Trattato di diritto civile e commerciale*. Já coordenado por Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. Coordenado por Piero Schlesinger. Milano: Giuffrè, 2003.

GOMES, Orlando

1957 *Introdução ao direito civil*. 15ª ed. atual. e anotada por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

1958 *Direitos reais*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

1970 *Alienação fiduciária em garantia*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1971.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha

1979 *Da propriedade resolúvel*. São Paulo: RT, 1979.

GRAU, Eros Roberto

1990 *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JHERING, Rudolf von

1869 *Über den Grund des Besitzschutzes*. Tradução para o português de Aderbal de Carvalho. Salvador: Progresso, 1959.

1889 *Der Besitzwille*. Tradução para o francês de O. de Meulenaere. In: *Études complémentaires de l'esprit du*

droit romain. Paris: Marescq, 1891.

1890 *Der Besitz*. Tradução para o espanhol de Adolfo González Posada. In: *3 estudios jurídicos*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

LESSIG, Lawrence

1999 *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

2004 *Free culture*. New York: Penguin, 2004.

LITMAN, Jessica

2001 *Digital copyright*. Amherst: Prometheus Books, 2001.

LOPES, João Batista

1982 *Condomínio*. São Paulo: RT, 1982.

LOPES, Miguel Maria de Serpa

2001 *Curso de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 6: direito das coisas. Sem data da 1ª ed.

LUCCA, Newton de

2003 *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus & MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos

2004 *O condomínio edilício no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MANSO, Eduardo Vieira

1980 *Direito autoral — exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)*. São Paulo: José

Bushatsky, 1980.

MARCATO, Antonio Carlos

2004 *Procedimentos especiais*. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. Sem data da 1^a ed.

MARTINS, Fran

1961 *Contratos e obrigações comerciais*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MASKUS, Keith E.

2000 *Intellectual property rights in the global economy*. Washington: Institute for International Economy, 2000.

MATTIA, Fábio Maria de

1975 *O autor e o editor na obra gráfica*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MEIRELLES, Hely Lopes

1961 *Direito de construir*. 3^a ed. São Paulo: RT, 1979.

1964 *Direito administrativo brasileiro*. 26^a ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Alberto de Sá e

2001 Os *multimedia* — regime jurídico. In: *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 3, p. 79/111.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de

1980 *Curso de direito administrativo*. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes

1963 *Tratado de direito privado*. 3ª ed., 2ª reimp. São Paulo: RT, 1984; ou 2ª ed. da atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros

2003 *Curso de direito civil*. 34ª ed. atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3 e 5. Sem data da 1ª ed.

MORAES, Walter

1976 *Artistas, intérpretes e executantes*. São Paulo, RT, 1976.

NORONHA, Fernando

2003 *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Pedro

2000 *Do usucapião*. 5ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Sem data da 1ª ed.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno de & WILLINGTON, João

2005 *Anotações à lei do direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PATTERSON, Lyman Ray

1968 *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University, 1968.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama

1998 *Direito autoral do artista plástico*. São Paulo: Oliveira

Mendes, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva

1963 *Instituições de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 3.

1965 *Condomínio e incorporações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

1970 *Instituições de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 4.

PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges

1958 *Traité pratique de droit civil français*. Paris: LGDJ, 1958.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric

2005 *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005.

REBELLO, Luiz Francisco

2002 Informação sobre direitos. In: *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. v. 3, p. 193/210.

RESTIFFE Neto, Paulo

1975 *Garantia fiduciária*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.

RIZZARDO, Arnaldo

1990 *Contratos de crédito bancário*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

rodrigues, Silvio

2003 *Direito civil*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3 e 5. Sem data da 1ª ed.

SACCO, Rodolfo & CATERINA, Raffaele

2000 *Il possesso*. 2ª ed. In: *Trattato di diritto civile e commerciale*. Já coordenado por Antonio Cicu e Francesco Messineo. Coordenado por Luigi Mengoni. Milão: Giuffrè, 2000. v. 7. Sem data da 1ª ed.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos

2000 Considerações iniciais sobre a proteção jurídica das bases de dados. In: *Direito & Internet — aspectos jurídicos relevantes*. Coordenação de Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. Bauru, IBCI-Edipro, 2000, p. 283/298.

2001 O direito autoral na internet. In: *Direito e Internet — relações jurídicas na sociedade informatizada*. Coordenação de Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 2001, p. 137/162.

SANTOS, N. P. Teixeira dos

1990 *A fotografia e o direito do autor*. 2ª ed. São Paulo: LEUD, 1990. Sem data da 1ª ed.

SAVATIER, René

1950 L'évolution du droit de propriété. In: *Du droit civil au droit public*. Paris: LGDJ, 1950, p. 40/64.

SAVIGNY, Friedrich Karl

1803 *Das Recht des Besitzes*. Tradução para o francês de Henri Staedtler. Paris: LGDJ, 1893.

SCHECHTER, Roger E. & THOMAS, John R.

2003 *Intellectual property — the law of copyrights, patents*

and trademarks. St. Paul, Mn: Thomson-West, 2003.

SCHIMIDT-SZALEWSKI, Joanna & PIERRE, Jean-Luc

2003 *Droit de la propriété industrielle*. 3^a ed. Paris: Litec, 2003. Sem data da 1^a ed.

SILVA, José Afonso da

1976 *Curso de direito constitucional positivo*. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Pedro Sousa e

1996 *Direito comunitário e propriedade industrial. O princípio do esgotamento dos direitos*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996.

SINGER, Joseph William

2005 *Introduction to property*. 2^a ed. New York: Aspen Publishers, 2005. Sem data da 1^a ed.

STALLMAN, Richard M.

2001 *Free software / free society*. Boston: GNU Press, 2001.

THEODORO Jr., Humberto

1991 *Posse e usucapião. Direitos reais I. Doutrina e jurisprudência*. 2^a reimpr. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

TORVALDS, Linus & DIAMOND, David

2001 *Just for fun — the story of an accidental revolutionary*. Paperback edition. New York: Harper Business, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo

2001 *Direito civil*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 5

(direitos reais).

VIANA, Marco Aurélio S.

2004 *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16.

VIEIRA, José Alberto

2001 Obras geradas por computador e direito do autor. In: *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 2, p. 113/144.

VOIRIN, Pierre & GOUBEAUX, Gilles

1999 *Droit civil*. 27^a ed. Paris: LGDJ, 1999. t. 1. Sem data da 1^a ed.

WALD, Arnaldo

2002 *Direito das coisas*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Sem data da 1^a ed.