

## NOVOS DIREITOS REAIS E O PROJETO DO CPC

Melhim Namem Chalhub\*

Nas últimas décadas, novas figuras de direitos reais vêm sendo incorporadas ao direito positivo brasileiro, muitas delas vinculadas à dinâmica do mercado de capitais.

São exemplos o direito de superfície, a alienação fiduciária de bens imóveis, a cessão fiduciária de direitos creditórios, os fundos de investimento imobiliário, a securitização de créditos imobiliários, o regime fiduciário de créditos objeto de securitização imobiliária, a afetação patrimonial das incorporações imobiliárias, entre outras figuras.

O Projeto de Lei do Código de Processo Civil, entretanto, não cuidou de estabelecer as normas procedimentais necessárias à efetividade dessas novas figuras.

Examinamos a situação no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e apresentamos sugestões que foram convertidas em Emendas na Câmara dos Deputados, a saber:

Emenda 92 - art. 518, §1º; Emenda 93 - art. 818, §3º e § 4º; Emenda 94 - art. 660, §1º; Emenda 95 - art. 792, inc. III; Emenda 96 - art. 756, inc. I; Emenda 97 - art. 789, caput; Emenda 98 - art. 761, parágrafo único; Emenda 99 - art. 811, inc. I e II; Emenda 100 - art. 790, inc. XII; Emenda 101 - art. 691, inc. VI; Emenda 145 - art. 743, inc. V; Emenda 188 - art. 743, inc. XI; Emenda 255 - art. 792 inc. IV; Emenda 256 - art. 664, caput; Emenda 257 - art. 544, caput e parágrafo único; Emenda 258 - art. 506, caput e inc. IV; Emenda 423 - art. 792, §3º; §4º, §5º (direito de superfície); Emenda 424 - art. 756, inc. I (direito de superfície); Emenda 425 - art. 761, caput; §1º e §2º (direito de superfície).

Destaquem-se, a título de ilustração, algumas dessas emendas.

O art. 756 do Projeto dispõe que, em caso de penhora de bens gravados com direitos reais, seus titulares devem ser intimados, mas refere-se restritivamente ao penhor, à hipoteca, à anticrese e ao usufruto. A Emenda 96 propõe seja estendida a mesma providência às garantias fiduciárias e à promessa de compra e venda, que atualmente são empregadas com muito maior frequência do que as garantias tradicionais.

O mesmo ocorre em relação ao art. 761 do projeto, que, no processo de execução, trata da ineficácia da alienação de bens gravados, mas omite-se em relação aos credores fiduciários, caucionários e os promitentes vendedores de bens imóveis, situação que é contemplada pela Emenda 98.

O art. 789, que declara insuscetíveis de execução os bens impenhoráveis e inalienáveis, é objeto da Emenda 97, que entre eles inclui os bens submetidos ao regime legal de

---

\* Advogado e Professor no Rio de Janeiro. Autor dos livros *Negócio Fiduciário*, *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*, *Da incorporação imobiliária*, *Trust*, *Direitos Reais*, entre outros.

afetação, tais como os integrantes das incorporações imobiliárias, dos fundos de investimento e de securitização de créditos imobiliários, ressalvada, entretanto, a possibilidade de excussão desses bens para cobrança de obrigações "propter rem" e de dívidas contraídas para realização da finalidade para a qual foram gravados.

O art. 792 limita-se a enumerar entre os bens penhoráveis os bens móveis e imóveis, deixando de indicar os direitos aquisitivos oriundos de promessa de venda ou de alienação fiduciária, lacuna que é objeto da Emenda 255.

O art. 818 do Projeto, ao reproduzir, sem ressalvas, vetusta disposição que admite a penhora de edifícios em construção, está em rota de colisão com o moderno regime das incorporações imobiliárias, que contém sistema próprio de proteção dos adquirentes de imóveis "na planta". Nesse caso, os destinatários do edifício são os adquirentes, que aportam recursos para parte da construção, situação que, por incompatível com a norma do artigo 818 do Projeto, deve ser expressamente ressalvada porque os créditos a ela relacionados submetem-se a um regime de vinculação de receitas destinadas à obra, de modo que eventual penhora pode atingir os direitos dos adquirentes, terceiros de boa-fé, colocando em risco a realização da função social do contrato e da propriedade. A Emenda 93 propõe seja suprida essa lacuna.

Duas outras figuras de extraordinário alcance econômico e social são o direito de superfície e os patrimônios de afetação regulados no direito material, situações peculiares que reclamam tratamento específico no campo do direito processual, sob pena de se comprometer a realização da sua função, tendo em vista a eventualidade de constrição de bens a elas vinculados.

O direito de superfície é constituído por meio de escritura de concessão, pela qual o proprietário de um terreno (concedente) confere a um terceiro (concessionário, também denominado superficiário), o direito de construir ou plantar em seu terreno, tornando-se o concessionário proprietário da construção ou da plantação independente da propriedade do solo, que continua a pertencer ao dono do terreno.

Por esse meio criam-se duas propriedades, uma sobre o solo e outra sobre a construção ou a plantação, aquela pertencente ao dono do terreno e esta pertencente ao concessionário, cada uma delas dotada de autonomia e incomunicabilidade. Disso resulta que, conservando consigo a propriedade do terreno, o concedente responde pelo passivo a ele relacionado, e só por esse passivo, enquanto o concessionário, como é titular dos direitos sobre a construção ou a plantação, só responde pelo passivo a elas vinculados.

Dada essa estruturação, as execuções de dívidas do concedente comportam constrição da propriedade do solo e não se estendem à construção ou plantação, enquanto as execuções contra o superficiário comportam penhora da propriedade da plantação ou da construção e, portanto, não alcançam a propriedade do solo.

É nessa direção que a matéria foi interpretada nas Jornadas de Direito Civil, promovidas em 2004 e 2006 pelo Conselho da Justiça Federal.<sup>1</sup>

O Projeto omite-se em relação a essa situação patrimonial e essa omissão é objeto da Emenda 423, que propõe a inclusão de dois parágrafos ao art. 792, para ressaltar que, tratando-se de imóvel objeto de direito de superfície, a penhora e quaisquer outros atos de indisponibilidade ou constrição, incidirão sobre o solo, domínio útil ou pleno, ou sobre a construção ou plantação, conforme seja executado o titular daqueles ou destas, e serão registrados separadamente na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis, na qual deve ser destacada a incomunicabilidade entre os direitos e obrigações vinculados a cada um desses bens, de modo a identificar a responsabilidade de cada um desses patrimônios pelas suas próprias dívidas e obrigações.

Outra situação patrimonial relevante, que precisa ser regulada na lei instrumental, é a afetação, contemplada no Código Civil de 2002 e em legislação especial.

É o caso, por exemplo, do bem de família, que, de acordo com o novo Código Civil, “poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família” (art. 1.712). Esses valores podem ser administrados por terceiros, empresas corretoras ou administradoras de valores mobiliários, e são “blindados” contra os riscos de eventual insolvência da empresa administradora, caso em que o juiz determinará a transferência dos valores mobiliários a outra empresa credenciada (art. 1.718).

É também o caso da incorporação imobiliária submetida ao regime da afetação patrimonial, pela qual os bens, direitos e obrigações correspondentes a cada empreendimento imobiliário constituem um patrimônio autônomo, que só responde pelas suas próprias dívidas e não sofre os efeitos de eventual insolvência da empresa incorporadora; em caso de falência da incorporadora, os bens e direitos creditórios do patrimônio de afetação não são arrecadados à massa falida e a administração do empreendimento é transferida a uma comissão de representantes dos adquirentes, que prosseguirá a obra independente de intervenção judicial (Lei nº 4.591/1964, art. 31A, § 1º, e art. 31F).

Igual proteção é conferida aos subscritores de cotas dos fundos de investimento imobiliário; para esse fim, a Lei nº 8.668/1993 dispõe que os bens integrantes das carteiras de investimento são alocados pela empresa administradora num patrimônio de afetação e, portanto, não são passíveis de excussão por dívidas da administradora (art. 7º, I, II e V).

---

<sup>1</sup> Na III Jornada foi aprovado o Enunciado nº 249, pelo qual “a propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.”

Na IV Jornada, o Enunciado nº 321 dispõe que “os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressaltadas as fiscais decorrentes do imóvel.”

Do mesmo modo, a Lei nº 9.514/1997 protege os direitos dos subscritores de títulos emitidos em processo de securitização, ao dispor que os créditos que lastreiam esses títulos “estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora” e são afetados à satisfação dos direitos dos subscritores dos títulos no processo de securitização (art. 11, V).

Em relação a essas situações a Emenda 97 propõe seja dada nova redação ao art. 789, para dispor que, além dos bens impenhoráveis ou inalienáveis, são também excluídos de excussão os bens submetidos ao regime legal de afetação, entre eles o bem de família, os bens integrantes das incorporações imobiliárias, dos fundos de investimento e da securitização submetida ao regime fiduciário, ressalvada, entretanto, a possibilidade de constrição desses bens para pagamento de dívidas relacionadas à finalidade para a qual esses bens tiverem sido afetados.

Esses são apenas alguns dos aspectos dessas novas figuras do direito material que não podem deixar de ser adequadamente consideradas na lei processual visando assegurar a consecução das suas funções econômica e social e em atenção à segurança jurídica e à estabilidade social.