

Em, 03/11/2002.

REFERÊNCIA: Pc/CVM/RJ2001/11828

INTERESSADOS: SRE;

Banco CR2 de Investimentos S/A.

ASSUNTO: Consulta – *pleito* - sobre a possibilidade de aquisição por um Fundo de Investimento Imobiliário do domínio útil de imóvel sobre o qual pese, total ou parcialmente, o instituto da enfiteuse, haja vista a disposição do inciso VI do art. 7º da Lei nº 8.668; e em havendo restrições ao entendimento de ser positiva a resposta se poderiam os Fundos adquirir pelo menos imóveis foreiros à União, em vista das normas especiais que os regem e onde a remição do foro não for possível.

EMENTA: Manifestação do consulente quanto ao entendimento de que a enfiteuse não deve inibir a aplicação em imóveis a essa condição submetidos. O inciso VI do art. 7º da Lei nº 8.668. A alínea "f" do art. 14 da Instrução CVM nº 205. Conceituações. O administrador do Fundo como cabecel. Diferença entre bem público e bem privado na enfiteuse. A restrição do art. 681 do Código Civil. A súmula nº 326 do STF. O acompanhamento do representante dos quotistas (art. 30 da Instrução CVM nº 205). O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001). O projeto de lei nº 3.215/00 que extingue a enfiteuse.

CONSULTA:

Solicitada a análise e manifestação desta PJU, sobre a consulta efetuada pelo Banco CR2 de Investimentos (fls. 01/02 do processo), com consulta interna complementar, efetuada pela SRE, conforme apresentado na folha de despachos, traduzida no requerimento referente à interpretação do inciso VI do art. 7º da Lei nº 8.668 (que praticamente se reproduz no art. 14 da Instrução CVM nº 205).

Posta em seus devidos lindes, pode-se afirmar que toda a consulta transita sobre uma única questão: possível/admissível que um fundo de investimento imobiliário – *mesmo que de forma excepcionada* – adquira um bem imóvel gravado com ônus? No caso sob consulta, um bem imóvel gravado pela enfiteuse?

Conveniente, como exórdio, falar-se sobre o que vem a ser enfiteuse - **algumas definições (excertos, com adaptações, do DJI – Dicionário Jurídico Informático):**

a) Enfiteuse:

- i. a enfiteuse é o ato jurídico inter vivos ou de última vontade, onde o proprietário atribuiu a outrem o domínio do seu imóvel, pagando o adquirente (enfiteuta) uma pensão ou foro anual, certo e invariável, ao senhorio direto;
- ii. a enfiteuse é o Direito Real sobre a coisa alheia, que autoriza o enfiteuta a exercer sobre coisa imóvel alheia todos os poderes do domínio mediante pagamento ao senhorio direto de uma renda anual (foro). Em outras palavras: a enfiteuse é o contrato também denominado aforamento, bilateral e oneroso, no qual, por ato inter vivos ou por disposição de última vontade, o proprietário do imóvel confere, perpetuamente, a outrem o domínio útil deste, mediante o pagamento de uma pensão anual, invariável, denominada foro. Por ser perpétua, a enfiteuse não se confunde com o arrendamento propriamente dito. Na enfiteuse o proprietário do imóvel reserva para si o domínio direto, atribuindo-se ao enfiteuta ou foreiro o domínio útil.
- iii. A par dos arts. 678 a 694 CC, a CF regulamenta a matéria no Art. 49 e parágrafos das Disposições Transitórias.
- iv. O enfiteuta é detentor do "*ius abutendi - ius disponendi*" (direito à alienação), podendo vender, doar ou abandonar a coisa, desde que seja comunicado o senhorio direto para que este exerça o direito de preferência ou de percepção do laudêmio - Art. 683 C.C. Exercida a preferência, extinta estará a enfiteuse sobre a coisa, pois, o senhorio direto terá em mãos o domínio útil.

b) Foro: - pensão anual a ser paga pelo enfiteuta ao senhorio direto

c) Laudêmio:

Do latim *laudare*, aprovar. Prêmio ou compensação que o foreiro paga ao senhorio direto quando há alienação do respectivo prédio enfiteuta. Preço pago ao senhorio direto, que renuncia ao direito de opção, na transferência do domínio útil por venda ou dação em pagamento. CC: Art. 686.

d) Aforamento – Foro:

- i. contrato pelo qual o proprietário de um imóvel transfere o domínio útil e perpétuo deste, mediante o pagamento de um foro anual, certo e invariável;
- ii. o CC Art. 678 conceitua o aforamento também denominado enfiteuse., assim: "Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando, por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável";
- iii. crédito decorrente, título executivo: Art. 585, IV, CPC;
- iv. resgate: Art. 900, CPC;
- v. o Art. 679, CC adverte: "O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege".

e) Outros termos:

- i. *Aforador* é o senhorio direto do imóvel, que, ao ceder o domínio útil da propriedade, conserva os direitos de senhor do terreno aforado;
- ii. *Foreiro ou enfiteuta* é quem recebe o imóvel aforado, com os direitos inerentes ao domínio útil da coisa;
- iii. *Aforado ou emprazado* é o terreno dado em aforamento. O aforamento é conhecido também por enfiteuse (grego, emphyteusein, amanhar, plantar), sendo enfiteuta o titular do domínio útil. Além do foro estipulado no contrato, é devido ao senhorio direto um laudêmio, a ser pago sempre que o foreiro transmitir o domínio útil a outro enfiteuta. Ao estabelecer um direito real sobre o imóvel, o aforamento transmite-se aos

herdeiros do enfiteuta ou foreiro, e pode ser objeto de contrato de venda, cessão ou doação, cabendo ao senhorio direto ou aforador o direito de preferência ou preempção. (CC: Arts. 678a 694);

- iv. *Cabecel* é o Foreiro escolhido pelo senhorio direto ou pelos demais foreiros, para responder pela cobrança do foro, respondendo por todos perante aquele. Determina o CC que, realizada a eleição do cabecel, todas as ações do senhorio contra os foreiros serão propostas contra o cabecel, cabendo a este o direito regressivo contra os outros pelas respectivas cotas.

f) Doutrina/extinção legal da enfiteuse:

* **Caio Mário** (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil IV, 171), referenciando diversos civilistas de nomeada, estabeleceu conceito acerca do instituto: "é um direito real e perpétuo de possuir, usar e gozar de coisa alheia e de empregá-la na sua destinação natural sem lhe destruir a substância, mediante o pagamento de um foro anual invariável".

* Pela enfiteuse, transfere-se ao enfiteuta o "jus utendi", "fruendi", e até o "disponendi", pois esse pode alienar seus direitos sem que haja anuência do senhorio, podendo ainda reivindicar a coisa de quem quer que seja, embora não haja dualidade, pois segundo o art. 527, do Código Civil, é impossível a coexistência de dois direitos de propriedade sobre a mesma coisa.

* O projeto de lei (PL nº 3215, de 2000) de autoria do Exmo. Sr. Dep. Adolfo Marinho, prevê que a enfiteuse de imóveis urbanos - *públicos e particulares* - será extinta mediante a aquisição do domínio direto ou resgate dos bens públicos. *O projeto excepciona dessa extinção os terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.* Acordante a justificativa do projeto, "o legislador constituinte de 1988, sensível à obsolescência do instituto da enfiteuse, não apenas deixou margem à lei ordinária para que o extinguisse como delineou a maneira pela qual deveria fazê-lo, ressaltando, somente, os terrenos de marinha e seus acrescidos (art. 49 do ADCT)." (Fonte: Diário da Câmara dos Deputados, 21 de junho de 2000, 9. 33.258-59, distribuído em janeiro de 2001).

* Haja vista o estatuído no art. 2.038 do novo Código Civil - *que proíbe a constituição de enfiteuses e subenfiteuses* - entende-se não haver mais sentido - ou, pelo menos, requererá reexame - no acima apresentado projeto de lei.

g) A enfiteuse e a alienação fiduciária:

A Lei n. 9.514/97, que instituiu a garantia fiduciária imobiliária, *deixou de considerar a sua constituição em bens públicos, especialmente nos terrenos de marinha e seus acrescidos*, nos exatos termos do Decreto-lei nº. 9.760, de 05 de setembro de 1946 e suas modificações posteriores.

Com isto, impede-se a utilização desta nova garantia real nestes imóveis, diminuindo sensivelmente a sua aplicação no cotidiano. Acresce salientar que a finalidade da propriedade fiduciária imobiliária está estritamente vinculada a operações imobiliárias de valores consideráveis e que os imóveis em terreno de marinha se enquadram perfeitamente nesta modalidade. Sendo assim, de pensar-se como necessária uma modificação na Lei nº 9.514/97, de modo a permitir a contratação da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel como acessório das transações imobiliárias sobre estes bens.

h) Direitos dos senhorios:

Com a enfiteuse existem dois titulares de direitos reais sobre a coisa: um, o senhorio, sobre o domínio direto, e o outro, o enfiteuta, sobre o domínio útil, a quem se transferem os direitos elementares do domínio.

A enfiteuse é ampla na transferência desses direitos, o que representa verdadeira distinção em relação a outros direitos reais, que são parciais e fragmentários.

Resta ao senhorio, pouco além da condição de proprietário. Cabe ao mesmo a expectativa de retorno à condição anterior, através do exercício do direito de preferência, na hipótese de alienação, ou através do comisso, ou do falecimento do enfiteuta, sem deixar herdeiros, bem ainda o direito ao foro e ao laudêmio.

i) Direitos do enfiteuta:

É o mais amplo direito real sobre coisa alheia imóvel. Como titular do domínio útil, detentor da posse direta do imóvel aforado, pode aproveitá-lo segundo seus interesses e nos limites da lei, percebendo por seus frutos e rendimento, *sem todavia destruir-lhe a substância*.

Não poderá, contudo, dividi-lo sem autorização do proprietário. É-lhe permitido aproveitar-se da acessão, contratar em aluguel, mudar sua destinação, sem que lhe diminua o valor, plantar e construir.

Poderá alienar o imóvel, independentemente de autorização do senhorio, cabendo apenas comunicá-lo, como visto acima, para que exerça a preferência ou a percepção do laudêmio.

Pode o enfiteuta constituir subenfiteuse, como negócio jurídico autônomo, assumindo a condição de senhorio em relação a subenfiteuse. independentemente de notificação ao titular do domínio direto, salvo se o contrato estabelecer tal obrigação.

Pode o foreiro constituir co-enfiteuse, pois a enfiteuse admite a titularidade de várias pessoas, (art. 690 do CCB).

Tem o foreiro o direito às benfeitorias necessárias em caso de comisso, segundo o inciso II do art. 692 do Código Civil.

Pode o enfiteuta gravar a coisa aforada com servidões, usufrutos e hipotecas, com a condição de se extinguirem com a cessação do aforamento .

Pode, em algumas situações, o enfiteuta resgatar o foro, decorridos dez anos, mediante o pagamento de dez pensões anuais, e um laudêmio de dois e meio por cento. O exercício do direito de resgate representa a extinção do aforamento. É forma de consolidação da propriedade nas mãos do enfiteuta.

Tem o foreiro ação contra terceiros e contra o próprio senhorio direto para proteger sua posse, pois decorre do seu próprio direito real sobre o bem. Pode propor ainda ação confessória e negatória, sempre que preciso for compelir o senhorio a cumprir seus deveres estabelecidos na enfiteuse.

j) Extinção da Enfiteuse:

A enfiteuse cessa: (a) pelo perecimento do objeto, ou seja, pela destruição total do bem enfiteutico; (b) pela desapropriação do imóvel; (c) pelo usucapião do bem, em caso de inércia tanto do foreiro quanto do senhorio (não em caso de bem público e observado que não há usucapião entre foreiro e senhorio).

A enfiteuse pode ser extinta pela renúncia do seu direito, o que deve ser registrado no Cartório de Imóveis da circunscrição.

Pelo art. 692 do Cód. Civil, deteriorando-se o bem a ponto de não valer a quantia do foro, mais um quinto deste, extingue-se a enfiteuse, mas responderá o foreiro por perdas e danos.

Haverá a extinção no caso de comisso, quando deixar de pagar o foro por três anos consecutivos. Cessa pelo falecimento do enfiteuta, sem deixar herdeiros, salvo se os credores optarem pela continuidade do aforamento até a liquidação dos débitos.

Pelo exercício do direito de preferência, tanto de uma parte quanto da outra, com a consolidação do domínio.

Na hipótese de confusão, quando nas mesmas pessoas forem reunidas as situações jurídicas de enfiteuta e senhorio direto, seja por ato "inter vivos" ou "causa mortis".

Pode ainda ocorrer a extinção pelo resgate, quando decorridos dez anos de vigência da enfiteuse (não para imóveis públicos), e mediante o pagamento das pensões e laudêmio estabelecidos no art. 693 do CCB.

COMENTOS/DEFINIÇÕES:

As disposições referenciais básicas relativas à enfiteuse se fazem constar no Código Civil em vigor (Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916), arts. 678 a 694, sendo de destacar-se que o art. 694 dispõe, no seu *in fine*, que a enfiteuse e a subenfiteuse " *dos terrenos de marinha e acrescidos será regulada em lei especial*".

Destaque-se, desse modo, que os terrenos de marinha, em sede de legislação, têm tratamento em apartado. Observe-se, também, como comprovação superior – *ordenamento jurídico* - que o art. 49 das ADCTs (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da CFRB-88 dispõe sobre a possibilidade de extinção do instituto da enfiteuse, "*desde que continue sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos*".

O diploma legal central e atual de regência da matéria – **para bens imóveis de domínio da União** - é a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998.

O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), a vigor a partir de 10 de janeiro de 2003, cuida da enfiteuse em um único artigo - *no art. 2.038 -*, *verbis*:

"Art. 2.038. *Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses*, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1ª de janeiro de 1916, e leis posteriores.

§ 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:

I - *cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;*

II - *constituir subenfiteuse.*

§ 2º *A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.*" (grifou-se)

Com essa definição - *do novo Código Civil* - fica claro que, até a extinção das enfiteuses já constituídas - *consoante definições legais* -, segue-se o disposto no atual Código Civil. O que se proíbe é a constituição de novas. As preexistentes permanecem, sendo e estando, contudo, proibida a cobrança de laudêmios ou prestações análogas (a partir de 10 de janeiro de 2003).

Assim, e até 10 de janeiro de 2003, ainda pode-se constituir enfiteuses e o sistema legal será o atual e vigente, tendo-se como base legal, doutrinária e conceitual a atualmente estabelecida, qual seja:

a) A enfiteuse caracteriza-se como *direito real sobre coisa alheia*. Estabelecido, por isso, consoante art. 677 do Código Civil, o princípio geral de que os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente, ou seja: tudo aquilo que representar uma vantagem ou desvantagem para o proprietário do imóvel passa para o adquirente (por tratar-se de um direito real).

b) Sendo que, no caso da enfiteuse, tem-se a passagem do "domínio útil" de um enfiteuta para outro, permanecendo o proprietário como senhorio direto, ao qual será pago o foro anual. Conceituação essa, que se extrai da leitura do art. 678 (Código Civil): "*Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro anual, certo e invariável*".

c) Na enfiteuse, o domínio se biparte em direto e útil. Ainda na esteira das disposições do Código Civil – art. 524 - domínio vem a ser o direito de usar, gozar e dispor do bem, com o poder de reavê-lo de quem quer que injustamente o possua. O titular do domínio útil tem esses poderes.

d) A enfiteuse contraria, assim, aparentemente duas disposições do Código Civil; a do art. 527, quando diz que o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, e a do art. 530, que não inclui o registro da enfiteuse como um dos modos de adquirir-se a propriedade imóvel. [...] A enfiteuse se acha classificada no Código Civil como ônus real (art. 674, I) e estes, na sistemática, são registrados no Registro de Imóveis. Assim, a enfiteuse constitui um direito real de fruição. Entretanto, trata-se de um instituto jurídico híbrido, consubstanciando ao mesmo tempo um ato constitutivo de direito real de fruição e de garantia e ato translativo de direito real limitado de propriedade, com predominância deste, motivo pelo qual deveria ser versada, não no capítulo dos ônus reais, mas no dos modos de adquirir-se a propriedade, não obstante limitação do domínio (*Direito Imobiliário Brasileiro, João Rabello de Aguiar Vallim, pág. 183/184*).

e) O enfiteuta ou foreiro pode vender ou dar em pagamento o domínio útil, observado, contudo, um prévio aviso ao titular do domínio direto, para que este exerça, se quiser, o direito de opção, nas condições reguladas em lei.

f) Importante caracterizar-se que normalmente não há resgate, pois que esse importaria na transferência do domínio direto daí advindo a consolidação da propriedade plena (pelo detentor do domínio útil). O que há é uma remição que se constitui na dispensa de pagamento dos foros anuais e que é averbada no registro de Imóveis (art. 124). Na verdade, há uma antecipação de valores de foros – *determinado número de foros é pago antecipadamente* -, os quais consubstanciam a remição.

FOCO DE ANÁLISE

Da vedação *posterior* à aquisição se a tem como bem estabelecida. A disposição do inciso VI do art. 7º da Lei nº 8.668 não dá margem a dúvidas. Mas, e quanto a existência do gravame *priori*? Possível?

Este, o foco de análise. Em termos gerais, tem-se pela impossibilidade da aquisição de bens imóveis gravados. Um direcionamento legal – *central* -

contido na lei de regência é o da ênfase na absoluta segregação patrimonial entre bens de terceiros – por via direta ou indireta – e os do fundo, estabelecido que, por consentânea, e compreendidos nessa segregação, devem os bens segregados estar livres e desembaraçados, desde o primeiro momento; depreendida, então, a inexistência de ônus no instante genético da formação patrimonial, qual seja, no momento de ingresso e inclusão do bem no patrimônio do fundo de investimento, pela via de aquisição. Defluindo, como condição primeva, a não incorrência de ônus. Se existentes, a aquisição restaria vedada.

Até porque, seria despicando preconizar-se a segregação patrimonial absoluta entre a instituição administradora e o fundo, quando o bem objeto de segregação faticamente pertenceria, ou poderia vir a pertencer, a mais de um proprietário/dono/possuidor.

A almejada e buscada proteção ao quotista do fundo de investimento imobiliário, na hipótese, v.g., de uma liquidação, restaria comprometida – pela via de seqüela - retirada, compartilhada, ou, pelo menos, posta sob discussão.

Com o que ter-se-ia a decorrente negativa à admissibilidade de aquisição de bem imóvel gravado. Uma enfática vedação.

De nada adiantaria dispor sobre segregação entre o bem da instituição administradora e o da administrada – o fundo de investimento imobiliário – quando, por origem, preexistiria um gravame, um ônus. A tese assumida é a da absoluta segregação, sendo de anotar-se que o legislador cuidou de tratar das relações após a aquisição, mas, por inteligência, observa-se que o cuidado deve ser prévio.

Mas, é de observar-se que a consulta versa sobre bens enfitêuticos. Tendo-se – como ponto essencial de reflexão - a enfiteuse caracterizada como – no abalizado entender doutrinário – o mais amplo e elástico instituto de bipartição dominial; necessário, ainda, distinguir-se à pública (bens imóveis enfitêuticos de domínio público) e à privada (bens imóveis enfitêuticos de domínio privado).

De início, um "complicador" conceitual: enfiteuse é direito real sobre coisa alheia. E, por essa via de definição, já se tem o óbice do exercício de um direito sobre coisa que pertence a outrem, decorrente a insita caracterização de ser o bem (a coisa) compartilhado/a.

No sentido de mitigar esse evidente óbice, apura-se que ao enfiteuta transferem-se o " *jus utendi*", o " *fructu*", e o " *jus disponendi*". Clóvis Beviláqua (in Comentários ao Código Civil, v. 6. Direito das Coisas) ensina que ao enfiteuta, titular do domínio útil: "*São-lhe atribuídos o direito de usufruir o bem de modo mais completo, o de aliená-lo e o de transmiti-lo por sucessão hereditária*".

Onde, então, o equilíbrio na questão?

Atendida essa introdução, e como preliminar, examine-se os textos legais regenciais suso descritos:

"Lei nº 8.668

[...]

Art. 7º - *Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:*

I - não integrem o ativo da administradora;

II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;

III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;

V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;

VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis .

§ 1º - *No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.*

§ 2º - *No registro de imóveis serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.*

§ 3º - *A instituição administradora fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, administrada pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.*

Art. 8º - *O fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do Fundo ou em assembléia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do Fundo ou de determinação da assembléia de quotistas.*

Art. 9º - *A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do Fundo será efetivada diretamente pela instituição administradora , constituindo o instrumento de alienação documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e destaque de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 7º.*

Parágrafo único - *Os recursos resultantes da alienação constituirão patrimônio do Fundo."*

"Instrução CVM nº 205

[...]

Art. 14 - **Constituem obrigações da instituição administradora do Fundo :**

I - **providenciar a averbação, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, das restrições dispostas no Artigo 7º da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, fazendo constar nas matrículas dos bens imóveis integrantes do patrimônio do Fundo que tais ativos imobiliários:**

[...]

f) - **não podem ser objeto de constituição de ônus reais .**

II - manter, às suas expensas, atualizados e em perfeita ordem:

[...]

c) - **a documentação relativa aos imóveis e às operações do Fundo;**

[...]

XII - manter à disposição dos quotistas, em sua sede, informações, atualizadas mensalmente, relativas a:

[...]

c) - relação das demandas judiciais ou extrajudiciais propostas na defesa dos direitos de quotistas ou desses contra a administração do Fundo, indicando a data de início e a da solução final, se houver;

[...]."

DO CABECEL:

Relevante, na matéria sob consulta, a disposição contida no art. 690 do Código Civil:

"Art. 690 – *Quando o prédio emprazado vier a pertencer a várias pessoas*, estas, dentro em seis meses, *elegerão um cabecel*, sob pena de se devolver ao senhorio o direito de escolha.

§ 1º - Feita a escolha, todas as ações do senhorio contra os foreiros serão propostas contra o cabecel, salvo a este o direito regressivo contra os outros pelas respectivas cotas.

[...]"

Recordado que o Fundo de Investimento Imobiliário é um condomínio, tem-se que os bens que o integram – *e considerados como seu patrimônio* - pertencem a essa universalidade de pessoas, o que promove, pelo menos em intenção, por via fática e doutrinária, e ainda com vistas a uma melhor segregação, a associação para com a necessidade da eleição e existência do cabecel.

Na situação ora em exame seria a hipótese de eleger-se de forma natural – *veja-se, e.g., os arts. 8º e 9º da Lei nº 8.668* - o administrador do Fundo como o cabecel, com assistência fiscalizadora do representante dos quotistas, consoante inteligência extraída do estatuído no art. 30 da Instrução CVM nº 205:

"DO REPRESENTANTE DOS QUOTISTAS

Art. 30 - *A assembléia-geral dos quotistas poderá, a qualquer momento, nomear um ou mais representantes para exercer as funções de fiscalização e controle gerencial dos empreendimentos ou investimentos do Fundo, em defesa dos direitos e interesses dos quotistas.*"

PARECER:

SOBRE A DISPOSIÇÃO DO INCISO VI DO ART. 7º DA LEI Nº 8.668:

O entendimento central que se retira da leitura das disposições contidas no art. 7º da Lei nº 8.668, bem como da parte correspondente na Instrução CVM nº 205, é o do estabelecer-se uma nítida – *e demonstrável* - segregação entre o patrimônio da instituição administradora e o do Fundo, por aquela administrado. Cuidando-se para que, desde o início/momento de constituição, haja uma clara separação entre o que é patrimônio de um, o que de outro. Face a isso, e com vistas a essa manutenção de patrimônios segregados, é que o texto legal estatui que "*os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: [...]*" (caput do art. 7º da Lei nº 8.668)

E, onde a lei de regência dispõe para que essa obrigatória separação patrimonial assim permaneça. Não cuida, pois, de apenas uma determinação de cuidados tão só iniciais, mas da continuidade da segregação ao longo de toda a existência do fundo de investimento.

No particular ao disposto no questionado inciso VI "*não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis*" tem-se pela vedação de constituição de gravames, remanescendo os imóveis livres e desembaraçados de ônus reais, ou seja: em suas condições (inclusas/admissíveis as com gravames?) originárias. Há lugar para uma disposição dizível sobre a possibilidade de, originariamente, terem sido/serem esses imóveis gravados com ônus; ônus reais?

Com remissão à lei societária, que em alguns artigos dispõe sobre gravames, v.g., arts. 40, 100, 114, 169 e 171, tem-se pela admissibilidade de uma existência/preexistência de bens – *ações* – gravados. Importante, na disposição legal, é o fato do conhecimento. O saber-se serem gravados. *Determinada uma averbação*, qual seja, determinado o conhecimento do fato do gravame, do ônus. Com a clara conceituação, *in casu*, de que praticada a tese da absoluta segregação entre o compósito patrimonial da administradora e o do Fundo, e em objetiva linha de absoluta contramão conceitual, admitida a aquisição de um bem enfiteutico, esse sofrerá uma associação – por expressa definição legal: "*é direito real sobre coisa alheia*" - para com o compósito patrimonial do chamado senhorio direto, como detentor que é do domínio direto.

O aspecto básico – no estritos termos da legislação - a apresentar-se, é que esse imóvel não se comunica com o patrimônio da administradora. Mas, visto já foi que essa incomunicabilidade não se restringe tão só e apenas quando das relações administradora e administrado. A premissa é a da segregação patrimonial. Patrimônios distintos, livres e desembaraçados (sem ônus). O que resta desatendido no caso de aquisição de bens enfiteuticos. Nessa situação, a relação de comunicação é para com o senhorio direto, haja vista a bipartição do domínio útil e do domínio direto. Desatendida a segregação.

Ônus, portanto, no que pertine à aquisição, há, mas preexistente, não estando inserto nas expressas vedações dispostas no art. 7º da Lei nº 8.668. Contudo, é de anotar-se que existe a vedação.

Remetendo à idéia de um compósito de fundo com componentes voltados para investidores de risco – não enquadráveis na condição de perfis conservadores de investimento – e destacado o fato de que, à exceção dessas características, pode o enfiteuta alienar, fruir e gozar, dispor, assim, por inteiro, do bem enfiteutico por si adquirido.

Com isso, tem-se que a vedação para que o Fundo de Investimento Imobiliário adquira bens imóveis gravados, como regra geral, poderá ser excepcionada, quando tratante – *envolvendo aquisição* - de imóveis em situação enfiteutica. Condicionado a que, desde o primeiro momento – *fazendo-se constar no prospecto* -, se defina o fundo como de risco – mesmo que moderado -, não subsumido à condição de absoluta segregação patrimonial, e desde que se admita fundos imobiliários dotados e voltados para todos os perfis de investidores - conservadores, moderados e de risco -, lembrado o

trinhômio garantia, liquidez e rentabilidade.

Inexistindo o fundamento – *até pelo contrário: lei é comando geral e abstrato, donde há de tratar-se às exceções, se e quando ocorrentes e reconhecidas* - QUE CRIE ÓBICE para com o imóvel não incorrente – NÃO ENFITÊUTICO - nessa situação (bem imóvel livre para alienação, fruição, etc...), inserto o ENFITÊUTICO, nas mesmas disposições, não é de, **absolutamente (como pressuposto)**, vedar-se a consideração de aquisição, até por, efetivamente, essa representar uma maximização de oportunidades negociais.

Óbice absoluto, pois, só há no pós-aquisição. Isto porque, e aí sim, aplica-se a disposição do inciso VI do art. 7º da Lei nº 8.668, qual seja: sobre o imóvel enfitêutico não pode a instituição administradora, tal qual como para os demais, constituir ônus reais. Pois que o imóvel é o garante natural do patrimônio – como existência, rentabilidade, liquidação e solvência - do Fundo.

Até antecipando algumas questões: poderia o Fundo utilizar-se de imóveis em situação de anticrese, de comodato modal, fideicomisso, de usufruto, etc...?

Entende-se que sim. Desde que assim averbados e analisados caso a caso. Desde que assim reconhecidos. Desde que com garantias adicionais. Com premissa de conhecimento (pela via de registro público) e divulgação – *transparência* – que habilite o investidor – *o quotista* – na sua decisão de ingresso em um investimento que, por origem, passa a qualificar-se como de risco. Aspecto esse que se deve fazer constar no prospecto.

ADOTANDO A FICÇÃO

Dispõe o art. 7º, inciso VI, da Lei nº 8.668, de 1993, que não podem ser constituídos quaisquer *ônus reais* sobre os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora.

Com a expressão *ônus reais* ⁽¹⁾, designa a lei qualquer direito real incidente sobre os bens imóveis em questão; compreende-se nessa noção qualquer limitação ao direito de propriedade do fundo sobre os imóveis que compõem seu patrimônio, quer se trate de limitação legal ou voluntária, total ou parcial.

Da análise do referido dispositivo em questão, exsurge claramente que o intuito do legislador é o de coibir a oneração do patrimônio do Fundo.

Embora a enfiteuse enquadre-se no conceito de ônus real, a finalidade do art. 7º, inciso VI, da referida lei é o de vedar a constituição de tal ônus sobre o bem após o seu ingresso no patrimônio do fundo, o que colide com o propósito do investimento realizado pelos cotistas, tendo em vista que a finalidade precípua do Fundo é a captação de recursos para serem destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários.

Nesse passo, a constituição de ônus reais não se coaduna com a finalidade do Fundo de Investimento Imobiliário, dada a restrição que os mesmos representariam para a efetiva realização dos empreendimentos imobiliários do Fundo.

Não obstante, se os imóveis a serem adquiridos pelo Fundo, como base para a realização do empreendimento a que este se destina, apresentam-se, *ab initio*, sujeitos a um determinado ônus real, e se, a critério do administrador e, principalmente, dos investidores que vierem a subscrever cotas do fundo, a existência de tal ônus não constitui óbice à realização do empreendimento, entende-se que a vedação constante do art. 7º, inciso VI, não tem aplicação.

No caso da enfiteuse, há que se salientar que a natureza do instituto confere tão amplos poderes ao enfiteuta que, de fato, há de se assentir tal ônus não possui aptidão para se erigir em um obstáculo à realização de empreendimentos imobiliários em geral, pois a enfiteuse abrange todos os produtos e o poder de transformar a coisa, desde que não seja deteriorada a sua substância.

Até o momento da constituição do Fundo e da subsequente subscrição de suas cotas, tem-se como prevalecente o princípio da liberdade contratual - *consoante a melhor doutrina* -, desde que garantido ao investidor o pleno acesso às informações relevantes sobre o Fundo, como, no caso, a existência, a natureza e a extensão do ônus que recai sobre o bem imóvel que se pretende adquirir, a teor dos arts. 678 a 694 do Código Civil.

Outra questão relevante que a presente consulta encerra diz respeito à natureza do bem que é transmitido ao patrimônio do Fundo.

Nos termos da definição legal contida no art. 678 do Código Civil vigente, "*dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável*".

Para San Tiago Dantas, a enfiteuse é um direito real perpétuo de uso e gozo que inclui ainda o poder de disposição do imóvel. O instituto confere ao enfiteuta os poderes de uso, gozo e disposição do imóvel enfiteuticado, podendo aliená-lo, alterá-lo ou onerá-lo, restando ao proprietário "*uma sombra de direito de propriedade*" ⁽²⁾.

Segundo o mesmo autor, "se a noção popular que se tem da enfiteuse a equipara a uma propriedade, de tal sorte que o enfiteuta se considera proprietário, na noção técnica já não se pode dizer o mesmo. Aí, convergem para o conceito do instituto duas tradições doutrinárias: a tradição romana, que fez da enfiteuse um *ius in re aliena*, e a tradição medieval, que dela fez um verdadeiro domínio útil, para distinguir do outro, reservando a este senhorio do proprietário percebedor de foros e laudêmios, o nome de domínio direto ou iminente, colocando, assim, o imóvel debaixo de dois direitos de propriedade superpostos" ⁽³⁾.

Já Pontes de Miranda, repudiando a tese da propriedade superposta, assevera que "a enfiteuse, como direito real limitado, faz-se com elementos que resultam de restrição ao conteúdo, quanto ao exercício, do direito de propriedade. O domínio não *diminui*; restringe-se, isto é, elementos que, levados à formação do conteúdo do direito enfitêutico, não causam diminuição ao conteúdo do domínio, deixam de ser à disposição do senhorio" ⁽⁴⁾, entendendo-se este último como o efetivo proprietário do bem.

Conforme assevera o mesmo Pontes de Miranda, "a estruturação feudal dos domínios superpostos deturpou a instituição romana; pôde o Código Civil, todavia, reafirmar que não importamos tal deformação. O poder alienar e hipotecar não são essenciais ao domínio, para que se possa ter a enfiteuse como domínio inferior, domínio útil, ou quejandas expressões impróprias: por isso mesmo, as alusões a senhorio direto, domínio útil e semelhantes não têm o sentido que interpretação literal lhes atribuiria. Direito real limitado, de regra *in re aliena*, a enfiteuse pode conceber-se, como teremos ensejo de ver, em prédio próprio" ⁽⁵⁾.

Adotando a corrente esposada por Pontes de Miranda, pode-se concluir que, do ponto de vista jurídico, a propriedade do bem enfitêutico não se transmite para o enfiteuta, o que importa, para o caso sob análise, na impossibilidade de este último transferi-la, em caráter fiduciário, para o Fundo de Investimento Imobiliário. O bem passível de integrar o patrimônio do Fundo, na hipótese, é o direito decorrente da enfiteuse, que constitui-se no domínio útil sobre o imóvel, o qual, por sua vez, considera-se como bem imóvel *para efeitos legais*, a teor do art. 44 do Código Civil, *verbis*:

"Art. 44. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram;

(...)⁽⁶⁾

Isto posto, é relevante frisar que o Fundo não terá a propriedade do bem imóvel propriamente dito, **e sim dos direitos que assistem ao enfiteuta**, equiparado, por ficção jurídica, a um bem imóvel.

Em conclusão, entende-se possível a constituição de Fundo de Investimento Imobiliário destinado à realização de empreendimento em imóvel enfiteutico, observadas as ressalvas acima, tendo em vista que o escopo do art. 7º, inciso VI, da Lei nº 8.668, de 1993, é o de vedar a constituição *a posteriori* de ônus real sobre imóvel integrante do patrimônio do fundo, não abrangendo a hipótese em que o ônus preexiste, e é devidamente informado ao público investidor.

Concluindo:

O bem enfiteutico - até a entrada em vigor do novo Código Civil - tem um custo maior que o não. Afora os impostos próprios aos bens imóveis não enfiteuticos, sobre aquele incidem foros, laudêmios, etc... Inclusive, se for o caso, remição e resgate. Que são onerosos.

Em contrapartida, dadas as localizações (v.g., nos terrenos de marinha), há uma presunção de maiores rendimentos. A teor dos dizeres legais, aduza-se a necessidade de prévia aquiescência do senhorio direto para a constituição de glebas (art. 681 do Código Civil). Recorde-se, ainda, o aspecto da necessidade da eleição do cabecel, supracomentado (exigência, essa, como tal depreendida, não constante na enfiteuse de bens públicos).

Em virtude do comando insculpido - *cogente* -, no inciso VI do art. 7º da Lei nº 8.668, vis a vis as possibilidades e permissivos do instituto da enfiteuse, não poderá a instituição administradora, s.m.j., constituir subenfiteuse, nem co-enfiteuse, nem gravar a coisa aforada com servidões, usufrutos e hipotecas, donde a definição do caput do art. 2.038 (impossibilidade de constituição de subenfiteuses) do novo Código Civil, na situação dos fundos imobiliários, ressurte como despicenda.

Restrições essas, todavia, que não elidem, nem inviabilizam a aquisição. **É, assim, de dizer-se pela possibilidade de aquisição do domínio útil de imóvel - dentro de um cenário de maximização de oportunidades - sobre o qual incide a enfiteuse, com ênfase para os públicos, haja vista, a rigor, desconhecer-se a contrapartida - evolução legal - que será dada aos particulares (detentores do domínio real), no caso de extinção desse instituto.**

Antevista a hipótese de adoção de avenças particulares - *contratos de gaveta* - com mantença de constituição de enfiteuses - e cobranças de valores pertinentes - após a entrada em vigor do novo Código Civil, vislumbra-se o momento como fundamental para constituição da decisão de aquisição: adquirir agora ou deixar para o instante de vigência do novo Código Civil, qual seja, 10 de janeiro de 2003.

É o parecer, em 02.04.2002.

Adail Blanco

Procurador Federal

Mat. CVM nº 7.000.877

Parecer aquisição do domínio útil de imóvel-3

De acordo. À SER.

Henrique de Rezende Vergara

Procurador-Chefe da CVM

Mat. 7000.970

(1) Consoante definição dada por Maria Helena Diniz, ônus reais "são obrigações que limitam a fruição e a disposição da propriedade. Representam os direitos reais sobre a coisa, móvel ou imóvel, prevalecem *erga omnes* e revestem-se do atributo da seqüela. São obrigações de realizar, periódica ou reiteradamente, uma prestação que recai sobre o titular da coisa; logo, vinculam-se ao bem que servirá de garantia ao seu adimplemento. Grava, portanto, o bem, sem atender propriamente a pessoa que o possui. São ônus reais: a servidão predial, a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, a renda constituída sobre imóvel, que é um direito real temporário e que grava determinado bem de raiz, obrigando seu proprietário a pagar prestações periódicas de soma determinada. É um direito real sobre coisa alheia, pois há um imóvel de outrem, afetado ao pagamento de uma renda. (in "Dicionário Jurídico", Ed. Saraiva, 1998, vol. 3, pp.443/444).

(2) In "Programa de Direito Civil", p. 369.

(3) Ob. cit., p. 370.

(4) Tratado de direito Privado - parte especial, vol. 18, p. 68.

(5) Ob. cit., p. 61.

(6) O dispositivo transcrito encontra-se reproduzido nos mesmos termos no art. 80 do novo Código Civil.