PARECERES

HIPOTECA DE TERRENO DE MARINHA EM FAVOR DE EMPRESA ESTRANGEIRA — VALIDADE E EFEITOS JURÍDICOS — PROCEDIMENTO ARBITRAL

I

Objeto da consulta

1. Uma instituição financeira estrangeira está abrindo um crédito em favor de uma empresa brasileira em moeda norte-americana, cuja garantia é representada pela fiança solidária de várias pessoas físicas e de uma pessoa jurídica brasileira (cláusula 19 do contrato) e por uma hipoteca (cláusula 20) que, no caso, dever recair sobre terreno de marinha.

2. A cláusula 1 do contrato prevê a elaboração de um parecer jurídico abrangendo os diversos aspectos da operação.

3. Como antecipação do mencionado parecer e pelo fato de constituir uma condição prévia das partes para a própria contratação, foi solicitada a apreciação dos aspectos relacionados com a propriedade do terreno de marinha e a concessão da hipoteca em relação ao mesmo, considerando, em particular, o fato de ser estrangeiro o credor e de se tratar de débito em moeda estrangeira. Por outro lado, fomos solicitados a apreciar a possibilidade de simplificação do procedimento arbitral.

II

Do regime jurídico dos terrenos de marinha

4. A legislação brasileira define os terrenos de marinha como sendo "todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis em sua foz, vão até a distância de 33m para a parte das terras, contados desde o ponto em que chega o preamar médio" (Aviso imperial de 12 de julho de 1933).

5. O Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, conceitua os terrenos de marinha, no seu art. 2º, nos seguintes termos:

"Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33m, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do premar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5cm pelo menos no nível das águas que ocorra em qualquer época do ano."

6. Não há, atualmente, qualquer dúvida quanto ao fato de pertencer o domínio direto dos terrenos de marinha à União Federal, enquanto o domínio útil pode ser por ela concedido, mediante aforamento previsto nos arts. 99 e segs. do decreto-lei referido.

7. Os aforamentos dos terrenos de marinha podem ser transferidos mediante prévia licença do Serviço do Patrimônio da

União (SPU) e pagamento do laudêmio na base de 5% sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias (art. 101, § 1º do decreto-lei). A transmissão, por ato *inter vivos*, do domínio útil, será nula de pleno direito se não tiver sido obtida a prévia autorização do SPU. O foro que deve ser pago anualmente corresponde a 0,6% do valor do respectivo domínio pleno (art. 101 *caput*).

8. O art. 205 do decreto-lei determina que não podem ser cedidos os aforamentos a pessoas estrangeiras, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, a não ser que, para tanto, seja obtida autorização do presidente da República.

9. Tanto a doutrina como a jurisprudência dos Tribunais e as decisões dos órgãos administrativos reconhecem que os terrenos de marinha se regem pela legislação especial que a eles se refere e, por analogia, pelas disposições do Código Civil referentes à enfiteuse, justificando-se a aplicação da analogia, nos precisos termos do art. 4º da Lei de Introdução, que determina a sua aplicação nos casos de omissão por parte do legislador.

10. Neste sentido esclarece Clóvis Beviláqua que:

"O Código Civil regula a enfiteuse de bens particulares, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas. A enfiteuse dos terrenos de marinha sempre se regeu por lei especial, ainda que se lhe aplicassem preceitos do direito comum, naquilo em que não havia provisões próprias desse caso particular de aforamento" (*Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951. p. 308).

11. O caráter perpétuo e a amplitude das faculdades legalmente asseguradas ao enfiteuta e, conseqüentemente, ao titular do aforamento, no caso dos terrenos de marinha, fizeram com que se lhes atribuísse uma verdadeira forma de propriedade que passou a ser consagrada pelo legislador como constituído o *domínio útil*, enquanto o enfiteuticador, proprietário ou senhorio direto — a União Federal, na hipótese dos terrenos de marinha — mantinha o chamado *domínio direto* ou eminente. Os poderes inerentes ao domínio direto em geral estão limitados ao recebimento do foro e do laudêmio bem como ao direito de preferência no caso de cessão dos direitos do enfiteuta. Em relação aos terrenos de marinha, como já indicamos, tem ainda a União Federal, pelo SPU, a competência exclusiva para autorizar as cessões de aforamento sob pena de nulidade das mesmas (Arnoldo Wald. *Curso de direito civil, direito das coisas*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. p. 194).

12. No mesmo sentido esclarece o Prof. Washington de Barros Monteiro que:

"As expressões *domínio direto* e *domínio útil*, algumas vezes empregadas em textos legais, são antiquadas e sem rigor científico; mas, para melhor compreensão, delas nos utilizaremos, por serem bastante expressivas. O senhor direto é, pois, titular do domínio direto, também chamado domínio eminente, enquanto o enfiteuta é titular do domínio útil.

Tendo o domínio útil, pode o enfiteuta usar da coisa do modo mais completo, assistindo-lhe o direito de aliená-la e de transmiti-la por herança. O titular do domínio direto, isto é, o senhor direto, só tem direito à substância da coisa, sem suas utilidades. Como bem observa Clóvis, o domínio direto é direito que se mantém ordinariamente na sombra e que só se manifesta em ocasiões restritas, para o recebimento do *canon*, para a percepção do laudêmio em caso de alienação, e nos casos já mencionados concernentes ao *jus praelationis* e ao *jus devolutionis*" (Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1963. p. 251).

13. A própria lei admite expressamente que o titular do domínio útil, ou seja, do aforamento, possa hipotecar o seu direito, como se verifica pelo art. 810, IV, do Código Civil, de acordo com o qual:

"Podem ser objeto de hipoteca:

(...)

IV. O domínio útil."

14. Por sua vez, o art. 756 do Código Civil esclarece que só aquele que pode alienar poderá hipotecar, mas a jurisprudência admite que o titular do domínio útil possa

dar o seu direito em hipoteca, pois nada impede que faça a alienação do mesmo, resguardados os direitos do titular do domínio direto. Esta posição do legislador já existia no direito anterior e a este respeito inexiste, atualmente, qualquer discussão (Tito Fulgêncio. *Direito real de hipoteca.* 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1960. v. 1. p. 17).

15. Em tese, não é exatamente a mesma a situação do enfiteuta do direito civil e do titular do aforamento de terrenos de marinha, pois enquanto, naquela situação, ao proprietário, titular do domínio direto, só é dado exercer o direito de preferência ou exigir o laudêmio, na hipótese de terrenos de marinha, a administração deve autorizar a cessão do aforamento. (Orlando Gomes. *Direitos reais.* Rio de Janeiro, Forense, 1958. p. 419, nº 247). É, todavia, preciso salientar que essa autorização administrativa não é um ato discricionário, mas sim um ato vinculado de tal modo que, atendidos os requisitos legais, não pode a administração recusar-se a autorizar a cessão, sem que, para tanto, haja justo motivo, que não existiria no caso da presente consulta.

III

Da garantia hipotecária

16. A legislação processual brasileira prevê que na execução da dívida com garantia hipotecária o senhorio direto seja intimado 10 dias, no mínimo, antes da praça (art. 698). Entende a maioria dos processualistas que o não comparecimento do senhorio direto, em tal hipótese, importa em perda da possibilidade do exercício do direito de preferência (Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1976. t. 10. p. 399; Celso Neves. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro/São Paulo, Forense. p. 116). Parece-nos que o artigo se aplica aos terrenos de marinha. Caso contrário, poderia incidir em relação aos mesmos o atr. 898 do Código de Processo Civil, que trata da hipoteca de vias férreas e fixa o prazo de 30 dias para que a fazenda se manifeste.

17. De qualquer modo, intimada, a União Federal, poderá ou exercer a preferência ou, em seguida, exigir o laudêmio e autorizar a cessão do aforamento.

18. Existe também, no direito processual, a previsão da adjudicação pelo credor caso não haja lançador (art. 714) e, neste caso, realmente não caberia o exercício desta faculdade pelo fato de ser o credor estrangeiro e não poder adquirir, conseqüentemente, o domínio útil do terreno de marinha, sem autorização do presidente da República.

19. É preciso, todavia, salientar que a garantia não é dada com a finalidade de se realizar uma dação em pagamento e que a margem de garantia fixada na base de 150% do valor do débito (cláusula 20) pressupõe que se encontre um comprador no caso de inadimplemento do devedor.

20. O fato de ser o imóvel um terreno de marinha não lhe retira a alienabilidade, a não ser em relação aos estrangeiros. O valor do imóvel, pelo fato de ser terreno de marinha, pode ser reduzido em cerca de 5%, que é o montante correspondente ao laudêmio a ser pago pelo comprador e que influirá na fixação do preço de aquisição do bem. Para atender ao valor do foro a ser pago e da eventual tramitação burocrática da autorização do SPU, é possível calcular mais uns 2 ou 3%, não ultrapassando, assim, a diferença de valor entre a propriedade plena e o domínio útil cerca de 10% do máximo. Assim, para um imóvel que valeria 100, a sua condição de terreno de marinha importaria em reduzir o seu valor para 90 ou 92.

21. Cabe, outrossim, salientar que a atual legislação processual tenta evitar a venda por preço vil e permite, inclusive, o financiamento de 50% do preço de venda com garantia hipotecária, assim como o funcionamento de corretor (art. 700 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 6.851, de 17 de novembro de 1980).

22. Por outro lado, se as partes quiserem, podem estabelecer que, no caso de inadimplemento, a venda seja feita por agente fiduciário, na forma dos arts. 29 e segs. do Decreto-lei nº 70, de 21 de novem-

bro de 1966, caso em que poderão ser dadas instruções para a forma de realização dos leilões (art. 36 do Decreto-lei nº 70), a fim de evitar a venda por preço vil ou abaixo do real.

23. Aludimos à possibilidade da venda a prazo, do funcionamento do corretor de imóveis no caso de execução e à alienação pelo agente fiduciário com normas próprias estabelecidas pelas partes, pois parece-nos que tal sistemática pode impedir o único risco eventual que poderia surgir e que é evocado simplesmente *ad argumentandum*, consistindo numa venda judicial a preço vil, que, na realidade, não atende aos interesses de nenhuma das partes, tanto mais que a devedora, além de sua posição pessoal no mercado brasileiro, conta ainda com a fiança de seus controladores.

24. Finalmente, a autorização do presidente da República para aquisição de terrenos de marinha por estrangeiros tem sido dada com freqüência conforme se verifica pelo *Diário Oficial* de 4.12.81, p. 22.952. Assim sendo, caso o preço obtido pela área, não obstante as cautelas referidas, não for suficiente para atender aos interesses do banco, haveria a possibilidade de obter a autorização do presidente da República. O procedimento administrativo não é complexo, embora implique alguma demora. Assim, no momento da eventual execução, poderia ainda o Biape optar entre a venda a terceiros ou a adjudicação para si da área ficando, neste último caso, a regularização na dependência de autorização do presidente da República.

IV

Do procedimento do juízo arbitral

25. Quanto ao juízo arbitral previsto pela cláusula 15, pensamos que poderia ser simplificado, sem prejuízo da sua validade e eficácia, mediante a nomeação de um único árbitro por ambas as partes e indicação do seu eventual suplente. Enquanto no direito anterior não se admitia o funcionamento do árbitro único, o art. 1.076 do Código de Processo Civil vigente consagra expressamente a possibilidade de tal procedimento, em relação à qual a doutrina não suscita qualquer dúvida (Hamilton de Moraes e Barros. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense. v. 9. p. 389 e 394).

26. Parece-nos que, diminuído o número de árbitros para um efetivo e um suplente em vez de três efetivos e três suplentes, na versão atual da cláusula 15, o resto da mencionada cláusula poderá ser mantido, sem maiores alterações.

27. O funcionamento do árbitro único em vez dos três árbitros sendo dois indicados pelas partes e um desempatador não diminui a garantia da qualidade do julgamento, pois geralmente a decisão final já é a do desempatador, funcionando os árbitros das partes, muitas vezes, mais como advogados dos mesmos do que como verdadeiros juízes.

28. Para evitar que no futuro o árbitro indicado ou seu substituto não aceitem a incumbência, seria oportuno obter uma carta dos mesmos informando que assumirão o cargo se solicitados no momento oportuno, pois o compromisso de juízo arbitral se extingue no direito brasileiro quando um dos árbitros se escusa e não há substituto (art. 1.077 do Código de Processo Civil).

V

Conclusões

29. Concluímos, pois, que:

a) o credor, sendo estrangeiro, não poderá tornar-se titular do domínio útil dos terrenos de marinha sem autorização do presidente da República, mas tal autorização pode ser eventualmente obtida;

b) o fato de o imóvel dado em garantia ser um terreno de marinha não impede nem dificulta a eventual execução, no caso de inadimplemento do devedor;

c) a condição de terreno de marinha importa em redução do valor do imóvel entre um mínimo de 5% e um máximo de 10%, em virtude do adquirente ser obrigado a pagar, de imediato, o laudêmio (5% do valor) e anualmente o foro, além de existirem

pequenas despesas burocráticas para a transferência do aforamento no SPU;

d) tendo sido exigido na cláusula 20 que o valor do imóvel fosse de 150% do montante do crédito, a condição do terreno de marinha do bem dado em garantia não deverá causar qualquer dificuldade, embaraço ou prejuízo ao credor;

e) a eventual venda por preço vil não deverá ocorrer na execução, pois a lei brasileira e o contrato de hipoteca ensejam medidas para evitar que tal fato possa ocorrer;

f) inexiste qualquer impedimento à concessão da garantia hipotecária para débitos em moeda estrangeira;

g) o procedimento arbitral poderá ser simplificado mediante o funcionamento de um árbitro único, com indicação do seu eventual suplente.

É o nosso parecer. — *Arnoldo Wald,* professor titular na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.