

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DAS COISAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Advogado em Brasília.

Introdução

No sumário estudo que apresentamos sobre o Direito das Coisas no Código Civil de 2002, pretendemos formular apenas um esboço geral com a apresentação daquilo que nos parece relevante na atualização do estatuto civil brasileiro, visto haver o código revogado alcançado um atraso secular no conceito do instituto mais importante do tema, que é a propriedade, e ter sido necessária não só a modificação de princípios constitucionais, como a elaboração de uma vasta legislação a margem do Código, em especial para preencher as lacunas que o desenvolvimento da sociedade vinha impondo.

Assim, tendo em vista a finalidade da exposição, faremos tão somente uma análise breve das linhas mestras deste importante capítulo do direito privado, com a abordagem daquilo que para nós se apresenta como novidade no estatuto civil de 2002, e um esboço crítico a respeito do que poderia ter sido alterado.

Conceito de bens

Ao estudar o Direito das Coisas não podemos deixar de iniciar o estudo com a apreciação do conceito de bens, admitindo que o novo Código dá-lhe uma conceituação mais ampla do que às "coisas". Os bens sujeitos à posse, à propriedade e a outros direitos reais constituem o objeto de nosso tema. Daí nosso interesse pela definição de bens apresentada na parte geral do Código. A expressão utilizada neste estudo, a partir do título, da mesma forma que se verificava no estatuto revogado, é a "do Direito das Coisas", mas o novo Código na sua parte geral, a

exemplo da lei anterior, engloba tais utilidades dentre os bens, terminologia ali utilizada com exclusividade.

Registramos, de início, que, em substituição à longa e exemplificativa definição de bem imóvel lida no art. 43 do Código de 1916, contém o atual Código uma definição mais geral e aperfeiçoada desse conceito.

Assim dispõe o art. 79 do Código Civil em vigor: “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.” Notamos aí a falta de menção ao espaço aéreo e ao subsolo, mas nem por isso estes bens deixam de compor o solo (São bens da União: ...*os recursos minerais, inclusive os do subsolo*, CF, art. 20, IX). O legislador preferiu omitir-se com relação àqueles bens que compõem o imóvel, de certo, por conta das restrições legais e administrativas que sobre eles recaem. Observamos, ainda, a falta de referência expressa aos imóveis por acessão intelectual, porém, o Ministro MOREIRA ALVES justifica a falta de alusão aos imóveis por destinação pela acolhida ao conceito de “pertença”¹. Adiante (art. 81), repete o Código a lei velha, a dispor não perderem o caráter de imóveis os materiais provisoriamente separados de um prédio para nele se reempregarem e acrescenta, dando um relevo de modernismo à cláusula legal, também não, perderem a natureza de imóveis “as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local”. Consideram-se imóveis para os efeitos legais, de acordo com antigo entendimento (art. 80), “os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram”, bem assim “o direito à sucessão aberta”. Excluídas deste conceito foram, acertadamente, as apólices da dívida pública, inalienáveis, de que tratava o Código de 1916, que, naturalmente, se enquadram como bens móveis, títulos de crédito que são.

¹ “A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro”, 2ª ed., aumentada, 2003, São Paulo, Saraiva, p. 80.

Prescreve, em seguida, a lei sob exame, serem móveis “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia”, acrescentando a observação, sem correspondência na lei revogada: “... sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (art. 82). Incluem-se neste conceito, naturalmente, os semoventes. Ao princípio, adiciona a lei considerarem-se móveis, para os efeitos legais, além dos direitos reais sobre objetos móveis e ações a eles correspondentes e dos direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações, bem assim “as energias que tenham valor econômico”. No novo rol não aparecem explicitamente os direitos do autor, mas estes evidentemente são bens móveis por determinação legal² (na verdade, são direitos pessoais de caráter patrimonial).

A atualização deste conceito alcança a energia elétrica, bem assim qualquer outra energia aproveitável economicamente, consoante entendimento firmado na lei penal, na doutrina e na jurisprudência do País.

Importante considerar que o novo Código repete as demais classificações de bens encontradas no Código anterior. Assim, considerados em si mesmos, os bens podem ser classificados em fungíveis e infungíveis, consumíveis e inconsumíveis, divisíveis e indivisíveis, singulares e coletivos, e, ainda, em função da titularidade do domínio, em públicos e privados.

Os bens reciprocamente considerados são compreendidos como principais e acessórios. Os últimos supõem a existência do primeiro. Observamos, entretanto, que o novo Código não repete expressamente o velho brocardo de que o acessório segue o principal e, de forma explícita

² Art. 3º da Lei n. 9.610, de 19.02.98, mas, conforme entendimento jurisprudencial: “Os direitos autorais não podem ser objeto de proteção possessória, uma vez que não se trata de coisa corpórea” (RESP n. 65.859, STJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 09.12.97).

(art. 95), dispõe que os frutos e produtos, ainda não separados do bem principal, podem ser objeto de negócio jurídico.

Como novidade, o Código de 2002 define as “pertencas” como “bens que não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro” (art. 93). A rigor são bens acessórios, mas não integram o bem principal e o negócio jurídico relativo ao principal não as alcança, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade e das circunstâncias do caso (art. 94).

Quanto à vedação de usucapião de bens públicos, que constitui outra novidade expressa, exposição de motivos do Ministro MOREIRA ALVES, datada de 1970, expunha que, na versão original do Anteprojeto, apenas eram considerados, insuscetíveis de usucapião “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial”; na redação de 1972 do Anteprojeto, encontramos que excluídos da proibição seriam os “bens dominicais”; e na redação do mesmo Anteprojeto, de 1973, MOREIRA ALVES explica que, em face de objeções, a Comissão alterara a orientação, mantendo a proibição de usucapião, ressalvadas, “de modo expresse, disposições especiais de lei”³. Através de emenda aprovada no Senado, provavelmente para harmonizar o tema com a Constituição (§ 3º do art. 183 e par. ún. do art. 191), a norma contida no art. 102 do novo Código ficou redigida desta forma: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião” (v. a propósito Súmula 340/STF).

Posse e propriedade

A posse é certamente um dos mais complexos e controvertidos institutos de direito civil. A doutrina moderna da posse, no Brasil, tanto quanto em outros países, sofreu forte influência de dois dos mais renomados juristas do século XIX, que trataram deste instituto: SAVIGNY e IHERING.

³ Op. cit., na nota 1 p. 81 e 92.

A criação de SAVIGNY, segundo o magistério de ORLANDO GOMES, é uma tentativa de reconstrução do instituto da posse no direito romano. Para este romanista, diz o mestre baiano,

a posse resulta da conjunção de dois elementos: o *corpus* e o *animus*. O *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus*, o elemento intelectual, que representa a vontade de ter essa coisa como sua. Não basta o *corpus*, como não basta o *animus*.⁴

Pela ênfase dada ao elemento intelectual essa teoria é qualificada de subjetiva.

IHERING, na construção de sua teoria, qualificada de objetiva, faz, em princípio, uma distinção entre posse e propriedade, reconhecendo a primeira como o poder de fato e a segunda como o poder de direito sobre o bem. Estes dois poderes surgem em geral nas mãos de uma só pessoa, que é o proprietário. Desmembrados, podem dar ensejo à posse justa, mediante transferência do proprietário ou de legítimo possuidor a outrem, ou à posse injusta decorrente de subtração ou usurpação do bem. Refuta IHERING o conceito subjetivo baseado, principalmente na vontade, ou no *animus*.

Daí acentuar ORLANDO GOMES que, admitida “a concepção de Ihering, a posse vem a ser o exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao da propriedade ou de outro direito real. Não se exige, portanto, que o possuidor tenha *animus domini*.”⁵

A ausência do elemento volitivo causa uma certa confusão entre as figuras da posse e da detenção. O Professor JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, já mencionado, aliás integrante da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, entretanto, esclarece que, a detenção, para IHERING, “é uma posse degradada: que, em virtude da lei, se avilta em detenção”, e conclui com este ensinamento:

⁴ “Direitos Reais”, 5ª ed., 1976, Rio de Janeiro, Forense, p. 28.

⁵ Op. cit. na nota anterior, p. 33.

A detenção, em conseqüência, é, conforme se adote a orientação das teorias subjetivas ou da teoria objetiva de IHERING, a relação material com a coisa com *animus* diversa do *rem sibi habendi* ou do *domini*, ou a relação material com a coisa com o mesmo *animus* da posse (*animus* que se reduz à consciência e se revela pelo elemento objetivo), a que a lei, porém, nega efeitos possessórios.⁶

As idéias de IHERING inspiraram várias legislações, tais como o Código Civil alemão, o Código Civil suíço, o mexicano e o peruano, dentre outros. CLÓVIS BEVILÁQUA, autor do Projeto de nosso Código de 1916, declinou sua filiação doutrinária ao pensamento do professor de Göttinge, mas, na verdade, o sistema não foi adotado na sua inteireza.

O Código em vigor, no que tange à posse, veio mais aperfeiçoado, conforme a doutrina mais recente tem se manifestado. Não há no texto uma definição de posse, como acontece no Código italiano de 42 (art. 1140, colocado no final do livro sobre a propriedade) e no Código Civil português (art. 1251^a, deste teor: "Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real").

Mas o conceito de possuidor está expresso em seu art. 1.196 e consoa com as definições daqueles códigos: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade", que, em relação ao texto do Código de 1916, apenas suprimiu a palavra "domínio"⁷.

⁶ "A detenção no direito brasileiro-, in "Posse e Propriedade doutrina e jurisprudência", Coordenador Yussef Said Cahali, 1987, São Paulo, Saraiva, p. 4.

⁷ No Anteprojeto revisto em 1973 e encaminhado ao Ministério da Justiça consta a seguinte redação da norma referente ao "possuidor": "Art. 1.377. *Considera-se possuidor quem manifesta poder de fato sobre uma coisa, mediante comportamento que corresponda ao exercício de faculdade inerente à propriedade.*" A redação guarda filiação aos conceitos de "posse" contidos nos Códigos Cíveis Italianos (1942) e Português (1966), a saber: "Art. 1.140. *Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale [832 ss.; c.p. 646]. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa [1597, 1780].*" "Art. 1.251^o. *Posse é o poder que se manifesta quanto alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.*"

EBERT CHAMOUN, outro dos componentes da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil e responsável pelo livro do Direito das Coisas, a chamar atenção para a semelhança do estado de fato vislumbrado na posse ao exercício da propriedade, destacou na Exposição de Motivos da parte correspondente àquele direito, que a Comissão eliminou qualquer referência à posse de direito por entender que a posse não pode ter direitos por objeto⁸.

O novo estatuto definiu de forma mais didática a compatibilidade da posse direta (“... de pessoa que tem a coisa em seu poder, ..., em virtude de direito pessoal ou real, ..”) da posse indireta (“... de quem aquela foi havida, ...”), deixando claro que cada qual pode defender a sua posse, bem como o possuidor direto contra o indireto (art. 1.197) e vice-versa⁹.

Ao contrário do Código anterior que definia o detentor por exclusão, como sendo aquele que não era possuidor, o novo Código traz, em seu art. 1.198, um conceito expresso daquela figura como sendo “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”, estabelecendo uma presunção de que começando a comportar-se da forma descrita supõe-se detentor, até prova em contrário.

Quanto à aquisição da posse, o Código de 2002 não apresentou um elenco de modalidades de aquisição como o fez o Código de 1916 (art. 493), alvo de muitas críticas por parte da doutrina, que vislumbrava, nos modos pelos quais se adquiria a posse, a persistência de idéias da teoria subjetiva, além da inutilidade da enumeração. Assim,

⁸ “Exposição *in* Arquivos do Ministério da Justiça, A. 32, n. 134, abr./jun 1975, p. 1-199.

⁹ “O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil)”, é o texto do enunciado 76, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, em Brasília.

acolhendo as lições do próprio CLOVIS BEVILÁQUA¹⁰, de WASHINGTON BARROS MONTEIRO¹¹ e SÍLVIO RODRIGUES¹², e adotando a solução do Código alemão, fiel à doutrina de IHERING, simplesmente normatizou: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.” (art. 1.204).

Em outra alteração ao Código de 1916 (art. 494), o novo Código, em seu art. 1.205, declara quem pode adquirir a posse, isto é, a “própria pessoa que a pretende” por si ou “por seu representante” (I) e o gestor de seus negócios, dependente de ratificação (II), em disposição totalmente inútil, segundo apreciação da doutrina.

Ao alterar a redação do art. 494 do Código Civil revogado, a nova disposição suprimiu menção à aquisição da posse pelo *constituto possessório*, que também deixou de figurar como causa de perda da posse (art. 1.223 do Código de 2002). Qual o efeito dessa supressão? O *constituto possessório* ou a chamada cláusula *constituti*, nos contratos de transferência de bens, significa que aquele que possuía a coisa em seu nome passa a possuí-la em nome de outrem. Se o transmitente mantém a coisa em seu poder em nome do adquirente será um mero detentor; se for convencionado que o transmitente ficará na posição de locatário ou comodatário terá a posse direta do bem, sendo transferida apenas a posse indireta. Tais convenções não enfrentam qualquer obstáculo na lei. Assim, a rigor, nenhum efeito produz a mencionada supressão, podendo a cláusula continuar a ser adotada.¹³

A merecer encômios encontra-se a disposição do art. 1.223 sobre a perda da posse, em substituição ao art. 520 do Código de 1916,

¹⁰ “Direito das Coisas”, v. I, História do Direito Brasileiro, 3, 2003, Brasília, Senado Federal, p. 52.

¹¹ “Curso de Direito Civil”, v. 3, 35^a ed., São Paulo, Saraiva, p. 32.

¹² “Direito Civil”, v. 5, 27^a ed., 2002, São Paulo, Saraiva, p. 38.

¹³ “A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo *constituto possessório*”, é o texto do enunciado 77 (v. nota 6, retro)

que albergava várias hipóteses de perdimento (abandono, tradição, perda ou destruição, proibição de ser a coisa comercializada, posse de outrem e *constituto possessório*). Dispõe, na verdade, de modo sucinto, a norma atual: “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.”

Continha o Código anterior, no capítulo dos efeitos da posse, normas de caráter nitidamente processual, tais como os arts. 501, 506, 507, 508 e o art. 523 (proteção possessória), estes últimos a conter os conceitos do que se chamava “posse nova” e “posse velha”. Tais matérias, acertadamente, não estão mais tratadas no Código Civil de 2002. Não significa, porém, que as ações de procedimento especial de manutenção e de reintegração de posse tenham desaparecido, pois, estas continuam regidas pelo Código de Processo Civil de 1973 (arts. 924 e outros aplicáveis). Importa salientar que o novo Código eliminou do texto normas tipicamente adjetivas.

Importante destacar que o Código em vigor expungiu do texto o período final do art. 505 do Código de 1916 (“Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”), fonte de intermináveis discussões, na doutrina e nos tribunais, e que, nem mesmo, a Súmula n. 487, do Supremo Tribunal Federal, superou (“Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”). A questão, costumeiramente denominada na doutrina e na jurisprudência de “exceção de domínio”, vem de ser cuidada de forma clara e indubitosa no § 2º art. 1.210 do Código de 2002, com esta redação: “Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.”

Feitas estas breves observações sobre a posse, passemos à propriedade.

O Professor EBERT CHAMOUN, no início da exposição do livro correspondente ao Direito das Coisas, lançou uma assertiva digna de louvores a justificar transcrição:

Reafirma-se que, a propriedade, sem deixar de ser um direito subjetivo, um "jus", deve ser considerada, sobretudo como um "munus", um poder que se exprime simultaneamente num direito e num dever. Longe de ser um direito absoluto e soberano, vale dizer, ao invés de se reconhecer no interesse do proprietário uma incondicional prevalência, de sorte que todos e quaisquer atos, ou omissões, de sua parte, estariam automaticamente legitimados, insiste-se em que o direito de propriedade deve desempenhar, mais do que quaisquer outros direitos, uma função social, no sentido de que a ordem jurídica confere ao titular um poder em que estão conjugados simultaneamente o interesse do proprietário e o interesse social.

Uma vez que a propriedade interessa ao proprietário e, também substancialmente a outros, além deles, e particularmente ao Estado, a atribuição do poder correspondente realiza o direito objetivo da pressuposição de que se devem consorciar as duas ordens de interesse, e de que, se alguma predominância deve assumir uma delas, não pode ser senão a do interesse público.¹⁴

Daí não surpreender o vigoroso texto, escrito muito antes da Constituição da República de 1988, introduzido no Código Civil de 2003, em seu art. 1.228. Em seu teor verificamos que, ao lado das tradicionais faculdades do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e do direito de reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha, foram postos os deveres do exercício do direito em consonância com as finalidades econômicas e sociais da propriedade, guardando fidelidade à função social da propriedade exigida desde a Constituição de 1934, e de modo que sejam 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.

¹⁴ "Exposição..." citada na nota 7, retro.

Não é só. Veda o Código a prática de atos que não tragam ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, feitos com o propósito de causar prejuízo a outra pessoa e alinha nos §§ 4º e 5º do mesmo artigo um singular e controvertido caso de desapropriação por decisão judicial. O Professor MIGUEL REALE, ao submeter ao Ministro da Justiça o anteprojeto do Código, disse abrir-se, nos domínios do Direito, “uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo”¹⁵. Assim prescrevem os parágrafos citados:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

“§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

Os comentadores do novo Código Civil têm analisado os mencionados parágrafos apenas naquilo em que sua motivação social é a mesma do denominado usucapião coletivo, previsto no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), mas têm deixado de lado o exame da constitucionalidade da norma, contra o que se alinham fortes argumentos, a partir das espécies de desapropriação previstas na própria constituição e de seus princípios, dentre os quais o da prévia indenização em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV).¹⁶ Por outro lado, a cláusula legal é demasiadamente aberta (o que será “extensa área”? e como quantificar-se um

¹⁵ Diário do Congresso Nacional (Seção 1) — Suplemento (B), de 13.06.75.

¹⁶ Nas Jornadas de Direito Civil do CEJ do CJF, já referidas em notas anteriores, à norma foi considerada constitucional, conforme enunciado 82, deste teor: “É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.” Entendeu-se ainda, consoante enunciado 83, que “nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

“considerável número de pessoas?”), e, pressupondo-se cogitar-se de área invadida por pessoas de baixa renda, é de perguntar-se: quem vai pagar ao proprietário a indenização: os possuidores ou o Estado?; o município, o estado-membro da Federação ou a União?¹⁷ São questões que estão a merecer uma resposta imediata com uma emenda corretiva. No nosso entendimento, melhor será reconhecer o direito dos possuidores a usucapir coletivamente a área, conforme dispõe o Estatuto da Cidade.

Aclarado, em relação ao diploma anterior, ficou o direito à propriedade do espaço aéreo e do subsolo correspondentes à propriedade do solo, que, se antes, pelo menos até a Constituição de 1934¹⁸, era ilimitado, está contido, não mais “em toda altura” e “em toda profundidade” (art. 526 do CC/1916), mas apenas “em altura e profundidade úteis ao seu exercício” (art. 1.229 do CC/2002). É certo que a utilidade já era mencionada no Código revogado, mas para o intérprete faz diferença a qualificação da altura e da profundidade. Claramente, em disposição sem correspondência no Código revogado, mas em harmonia com a Constituição de 1988 e com a legislação sobre minas e outros bens do subsolo, o novo Código declara que a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais, tendo o proprietário do solo, entretanto, o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não transformados industrialmente (art. 1.230).

¹⁷ Nas mesmas Jornadas referidas na nota anterior foi manifestado, conforme enunciado 84: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.”

¹⁸ Na Constituição de 1822, as minas pertenciam ao proprietário do solo (art. 72, § 17, 2º al), na Constituição de 1934, as minas passaram a ser consideradas propriedades distintas do solo e depender de concessão para serem exploradas (arts. 118 e 119), e assim por diante até que em 1988 passaram a ser bens da União os recursos minerais, inclusive, os do subsolo (art. 29, IX, da CF).

Importantes modificações são encontradas na seção destinada ao usucapião, com especial observação tocante ao usucapião *pro-labore*, já previsto na legislação agrária.

No usucapião extraordinário, que não requer o requisito da boa-fé, os prazos foram reduzidos de 20 anos (art. 550 do CC/1916) para 15 anos, em qualquer situação de posse sem oposição e ininterrupta, ou 10 anos, nas mesmas circunstâncias fáticas “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”, segundo predispõe o art. 1.238 do novo Código.

No denominado usucapião ordinário, reunidos os requisitos do justo título e da boa-fé, os prazos foram diminuídos de 15 ou 10 anos, entre ausentes e presentes, respectivamente (art. 551 do CC/1916), para 10 e 5 anos, no último caso,

se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico,

de acordo com o disposto no art. 1.242 do Código vigente.

Nos seus arts. 1.239 e 1.240, cuida o novo Código do chamado usucapião constitucional (arts. 191 e 183 da Constituição de 1988), rural e urbano, ambos a proporcionar a aquisição da propriedade decorridos 5 anos de posse ininterrupta e sem oposição, desde que o possuidor não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, em qualquer um dos dois casos. No primeiro caso, tem o usucapião por, objeto área de terra em zona rural não superior a 50 hectares, tornada produtiva pelo trabalho do possuidor, ou de sua família, e nela tendo sua moradia. É o típico usucapião *pro labore*. No segundo caso, tem o usucapião por objeto área urbana de até 250 metros quadrados, utilizada pelo possuidor para sua moradia ou de sua família, edificada ou não (imaginamos que o

possuidor poderia morar em uma construção precária ou “barraco”), inclusive unidade autônoma de edifício em condomínio¹⁹. É o usucapião em favor da casa própria ou do lar.

O art. 1.240 tem correspondência no art. 9º da lei sobre a política urbana ou Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001)²⁰ Trata-se, naturalmente, de usucapião individual, ao contrário do usucapião previsto no art. 10 da mesma lei especial²¹, que, em virtude da composesse, é um usucapião coletivo.

No tópico pertinente às construções e plantações, há um dispositivo de relevante alcance social. Referimo-nos ao parágrafo único do art. 1.255 que confere àquele que plantar, semear ou edificar em terreno alheio, de boa-fé, o direito de adquirir a propriedade do solo, mediante pagamento de indenização, desde que a plantação ou a construção exceda consideravelmente o valor do terreno.

¹⁹ V. enunciado 85 das Jornadas do CEJ do Conselho da Justiça Federal.

²⁰ “Art. 9. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Para os efeitos; deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.”

²¹ “Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por, este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.”

Cuidando-se de construção feita parcialmente em solo próprio, mas que invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, respondendo porém pela indenização correspondente ao valor da área perdida e à desvalorização da área remanescente (art. 1.258, sem correspondência no Código revogado). O construtor de má-fé pagará em décuplo as perdas e danos se em proporção à vigésima parte do solo o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção (parágrafo único, do art. 1.258).

No caso de invasão excedente da vigésima parte, o construtor de boa-fé responderá por perdas e danos que compreenderão o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, o construtor é compelido a demolir o que foi construído em solo alheio, respondendo por perdas e danos em dobro.

Inovações também surgiram na esfera do direito de vizinhança, por exemplo, para permitir a passagem de cabos, tubulações e outros condutos de serviços de utilidade pública, mediante pagamento de indenização, quando impossível ou excessivamente onerosa a instalação dos dutos por outra forma. (arts. 1.286 e 1.287).

Outra norma que importará em mudanças na Jurisprudência, inclusive, na Súmula 414 do STF²², é o § 1º do art. 1.301 que, estabelecendo exceção ao disposto no *caput* do artigo que mantém a vedação de abertura de janelas, eirado ou varanda a menos de metro e meio do terreno vizinho, assim disciplina: “As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser

²² “Não se distingue a visão direta da oblíqua na proibição de abrir janelas, ou fazer terraço, eirado ou varanda, a menos de metro e meio de outrem”.

abertas a menos de 75 (setenta e cinco) centímetros.” Com relação às frestas, seteiras ou óculos para luz, não maiores de 10 centímetros de largura sobre 20 de comprimento, a lei civil exige sejam construídos a mais de 2 (dois) metros de altura de cada piso (§ 2º do mesmo artigo).

Na órbita da propriedade condominial, anotamos que, além do condomínio voluntário e do necessário em distinção igual à encontrada no Código revogado, versa o Código de 2002 sobre o “condomínio edilício”. Antes de fazermos alguns comentários sobre este, lembramos interessante inovação encontrada no art. 1.316, no âmbito do condomínio comum voluntário. Prevê esta norma a renúncia do condômino à parte ideal eximindo-se do pagamento das despesas e dívidas. De notar que a renúncia de direitos sobre bem imóvel exige formalidade, somente produzindo efeitos após o registro do ato no respectivo cartório de imóveis. A renúncia aproveita aos demais condôminos se assumirem as despesas e as dívidas, na proporção dos pagamentos que fizerem. Não havendo condômino que faça os pagamentos, a coisa comum será dividida. É o que dispõe a lei.

Em capítulo inovador, o Código estabeleceu normas específicas sobre o denominado “condomínio edilício”. Não sabemos quem foi o responsável pela denominação adotada para esta espécie de condomínio. Na sua exposição, EBERT CHAMOUN registrou que o “condomínio especial” foi objeto de uma disciplina minuciosa²³. ORLANDO GOMES, no seu Projeto de Código Civil, simplesmente, cuidou “do condomínio nos edifícios de apartamentos”, qualquer que fosse sua destinação²⁴. Diz-se que o Código Civil italiano contém essa denominação, mas, na verdade, aquele código cuida da *proprietà edilizia* sujeita a leis especiais e regulamentos edilícios comunais. Ao tratar de condomínio, aquele Código utiliza a denominação de *condominio negli edifici*.

²³ “Exposição...” cit. na nota 7, p. 85.

²⁴ “Código Civil anteprojetos”, v. 4, 1989, Brasília, Senado Federal, p. 79.

Lembrou, ainda, o Professor CHAMOUN, no mesmo documento, que “as incorporações devessem continuar sendo regidas exclusivamente por lei especial”, como de fato, continuam a ser regidas pela Lei 4.591 de 1964 (lei bastante modificada), naquilo que não contrariar o Código Civil.

É oportuno lembrar a crítica do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, na imprensa leiga, décadas atrás, ao prescrito na primeira disposição geral sobre o tema. Consta no art. 1.331: “Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos”. Para o autor mineiro, a associação das partes comuns com as partes exclusivas é obrigatória e não facultativa. “Pode haver consta no Código Civil, sendo, assim, inexata a disposição legal. De fato, havendo na edificação apenas partes ideais se estará diante do condomínio comum, e, por outro lado, não haverá condomínio se todas as partes forem exclusivas e, de certo, autônomas. Assim, nas edificações, devem existir partes ideais ou comuns a todos os condôminos e partes exclusivas.

O capítulo apresenta importantes disposições sobre os conceitos de partes suscetíveis de utilização independente, que podem ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, com rol exemplificativo, e de partes comuns. O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária contida na escritura de constituição do condomínio. Dispõe, ainda, sobre os direitos e deveres dos condôminos, bem como contém artigos sobre a administração do condomínio e sua extinção.

Norma bastante criticada, cuja censura endossamos, mas que se harmoniza com os direitos do condômino de “usar, fruir e livremente dispor das suas unidades” — sic— (art. 1.335, 1), está escrita no art. 1.338, que, sem ressalva de disposição em contrário na escritura de constituição do condomínio, assegura ao condômino a faculdade de alugar

área no abrigo para veículos a estranhos, embora a lei conceda preferência, em igualdade de condições, a outro condômino²⁵.

Seguindo esta breve apreciação, encontramos no novo Código as disposições sobre a propriedade resolúvel, sem nenhuma alteração em comparação com o Código de 1916, e a propriedade fiduciária. Sobre o último tema, o relator dessa parte do ante-projeto do Código Civil manifestou não ter nenhuma simpatia pelo instituto, destacando ter a alienação fiduciária “inconvenientes indisfarçáveis” e patentear uma “feição artificiosa” de negócios cujos meios ultrapassam sua finalidade, os motivos excedendo as causas. Esclareceu, na sua Exposição, tantas vezes mencionada:

não enfileiramos a alienação fiduciária, que a Lei n° 4.728, de 14 de julho de 1965, introduziu entre nós, para garantir compulsoriamente empréstimos realizados por empresas financeiras para a compra de bens móveis; e, a que, sob forma de cessão fiduciária em garantia, se reportou a Lei n° 4.864, de 29 de novembro de 1965, ao disciplinar os financiamentos de edificações, ou unidades habitacionais, concedidos por Caixas Econômicas ou sociedades de crédito imobiliário.²⁶

A Comissão Elaboradora e Revisora do Código, entretanto, por proposta do Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, acatou sugestão do Banco Central, introduzindo a figura da propriedade fiduciária na nova codificação. Incompleta, entretanto, é a disciplina, pois à margem ficou a alienação fiduciária de bem imóvel, como veremos.

Achamos que, uma vez acolhida a sugestão, o Código não deveria limitar-se a disciplinar a propriedade fiduciária de coisa “móvel”, mas também de coisa imóvel, alcançando, em lineamentos gerais, a garantia de financiamento prevista na Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 (Sistema de Financiamento Imobiliário), que contempla a alienação

²⁵ Nas Jornadas do CEJ do CJF foi aprovado o enunciado 91, com esta redação: “A convenção de condomínio, ou a assembléia geral, podem vedar a locação e área de garagem ou abrigo para veículos a estranhos ao condomínio.”

²⁶ Exposição... cit. Na nota 7, p. 92.

fiduciária em garantia de coisa imóvel. Isto porque consideramos a propriedade fiduciária espécie de direito real de garantia, e o próprio texto do art. 1.361 não oculta o escopo de garantia, com a transferência do bem do devedor ao credor.

A corroborar a similitude da propriedade fiduciária aos demais direitos reais de garantia (hipoteca, penhor e anticrese), o próprio Código estabelece, em seu art. 1.367, que se aplica, no que couber, o disposto nos arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436 à propriedade fiduciária, todos estes dispositivos contidos no Título X, adiante colocado, que dispõe sobre o penhor, a hipoteca e a anticrese.

O rol dos direitos reais

Ao iniciar o Título II, relativo aos direitos reais, o Código de 2002 enumera, nas suas disposições gerais, quais são os direitos reais, que assim se apresentam de forma comparativa em relação ao Código de 1916:

Código Civil de 2002	Código Civil de 1916
Art. 1.225. São direitos reais: I — a propriedade; II — a superfície; III — as servidões; IV — o usufruto; V — o uso; VI — a habitação; VII — o direito do promitente	Art. 674 — São direitos reais, além da propriedade: I — a enfiteuse; II — as servidões; III — o usufruto; IV — o uso; V — a habitação; VI — as rendas expressamente constituídas sobre imóveis;

comprador do imóvel;	VII — o penhor;
VIII — o penhor;	
IX — a hipoteca;	VIII — a anticrese;
X — a anticrese.	IX — a hipoteca.

Uma primeira observação diz respeito à taxatividade destes direitos. O Professor JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, reconhecidamente um mestre no assunto, em comentário comparativo entre o Projeto de nosso atual Código Civil e o Código Civil Português fez a seguinte apreciação:

No que respeita aos tipos de direitos reais, não esclarece o Projeto brasileiro se os direitos reais são ou não *numerus clausus*, ao contrário do Código português, que é um dos quatro Códigos Civis que resolvem expressamente a dúvida. O art. 1.306 impõe a tipicidade taxativa. No Projeto brasileiro existe uma enumeração de direitos reais (art. 1.263), mas não se esclarece se essa enumeração é ou não taxativa. O art. 1.421 da primitiva versão do Anteprojeto foi suprimido: o autor do Anteprojeto considera que ele qualificava a posse como um direito real, e que com o seu desaparecimento a enumeração dos direitos reais deixou de ser rigorosamente taxativa (Exposição de Motivos Complementar, de 1973, n. 3) Pelo contrário, na Exposição de Motivos do Projeto n. 27, al. a, fala-se na “enumeração taxativa” dos direitos reais. A diversidade de interpretações situa-se pois, já hoje, ao nível de declarações oficiosas. Seria pois, de toda a conveniência evitar a indefinição neste ponto fundamental. Pessoalmente consideramos preferível um sistema de *numerus apertus*, pois permite uma adaptação automática às necessidades reais. Assim o defendemos, em nosso livro “A Tipicidade dos Direitos Reais”, Lisboa, 1968.²⁷

²⁷ “O direito das coisas no projeto de Código Civil Brasileiro e no Código Civil Português”, in Revista Forense, v. 255, julho/setembro de 1976, p. 109-120.

Também nós teríamos uma preferência por um sistema de enumeração claramente aberta dos direitos reais, mas, por um lado, reconhecemos ser da tradição da doutrina brasileira o entendimento de que a vontade particular não é autônoma para a criação de novas figuras de direitos reais. Assim se manifestava CLOVIS BEVILAQUA, nos seus comentários ao Código Civil de 1916 (art. 674) e no seu “Direito das Coisas”²⁸, e assim se pronunciou ORLANDO GOMES na memória justificativa de seu anteprojeto²⁹. E, por outro lado, também admitimos não serem tão rápidas as mutações sociais nas necessidades reais, a justificar uma enumeração aberta. Acreditamos que as figuras arroladas e interpretadas com menos rigidez, salvo algumas exceções, são suficientes para atender a todas as exigências da economia moderna.

Do rol contido na lei, examinaremos tão somente o direito de superfície, o direito do promitente comprador do imóvel e algumas atualizações nos direitos reais de garantia.

Direito real de superfície

Acentuou ORLANDO GOMES, na memória de seu anteprojeto³⁰ já citada, que muitos códigos que conservaram a enfiteuse repeliram, como o de 1916, o direito de superfície. Mas o direito de superfície existiu antes, no Brasil colônia, e, mesmo após a independência, manteve sua existência, por força da lei de 20.20.1823 que determinava continuar a vigorar a legislação do Reino de Portugal. E assim aconteceu até seu banimento através da Lei n. 1.257, de 24.09.1864. CLOVIS BEVILAQUA, apesar de saber que a figura jurídica era conhecida no direito romano, não incluiu, em seu Projeto, o direito de superfície por entender que “o nosso direito civil considera a superfície como parte componente do solo, que se não desprende dele para constituir um jus in re aliena”³¹. Houve tentativa

²⁸ Ob. cit. na nota 9, v. I, p. 307/308.

²⁹ “Código Civil anteprojeto”, v. 2, 1989, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 197.

³⁰ Idem, p. 199.

³¹ Ob. cit. na nota 9, p. 308.

de colocá-lo no Código de 1916, sem êxito, durante a tramitação do Projeto no Congresso.

ORLANDO GOMES incluiu esse direito em seu anteprojeto, porém, a Comissão Revisora de seu Anteprojeto, de seu texto, mais uma vez, afastou o direito de superfície. O mencionado autor assim justificou sua tentativa de reabilitação da figura do direito de superfície:

... Códigos recentes retomaram-na, dando-lhe novos traços, admitindo a sua utilidade para certos fins, dentre os quais, como se reconhece na Alemanha, o de facilitar as construções, principalmente nos terrenos de domínio do Estado, concorrendo para a solução do problema da habitação. Volta, assim, a ter aplicação, sob forma nova e em outra perspectiva, um direito que fora condenado e caíra em desuso.³²

Antes do Código Civil atual, a figura foi reincluída na legislação brasileira, no Decreto-lei n. 271, de 28.02.67, sob a denominação de “concessão de uso”, como um direito real resolúvel em terrenos públicos ou privados, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

Daí dizer o Professor REALE, na Exposição de Motivos do anteprojeto do vigente Código Civil:

Trata-se de inovação recente da legislação pátria, mas com larga e benéfica aplicação. Como a lei estende a “concessão de uso” às relações entre particulares, não pode o Projeto deixar de contemplar a espécie. Consoante justa ponderação de José Carlos Moreira Alves, a “migração” desse modelo jurídico, que passou da esfera do Direito Administrativo para a do Direito Privado, veio restabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da superfície.³³

Dispõe o novo Código Civil, em seu art. 1.369, que o “proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar

³² Op. cit. na nota 23, p. 199.

³³ Op. cit. na nota 14.

em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis". Não há, portanto, direito de superfície por tempo indeterminado. A concessão será gratuita ou onerosa.

O direito de superfície pode transferir-se a terceiro e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. A norma não é cogente, podendo ser estipulado no negócio que a superfície é intransferível, mas sendo facultada a transferência, nada poderá ser exigido pelo concedente, a nenhum título.

Cuida-se de figura de grande utilidade, sendo lembrado pelo Ministro MOREIRA ALVES, com freqüência, que, na prática, ela já está presente, nas cadeiras cativas dos estádios e em outras situações assemelhadas. Efetivamente, grandes negócios imobiliários vêm sendo feitos no País, desde a vigência do novo Código, sendo a compra e venda ou a locação substituídas pela concessão da superfície.

Falta, talvez, uma disposição clara sobre a possibilidade de vir a ser hipotecada a superfície, como bem imóvel que é por força de sua incorporação ao solo. A respeito, foi aprovado, mediante proposta do Professor Melhim Namem Chalhub, na III Jornada de Direito Civil realizada no STJ pelo Conselho da Justiça Federal, enunciado ao art. 1.369 do Código Civil (*"A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474."*), admitindo a hipoteca da propriedade superficiária, com o que plenamente estamos de acordo.

Direito do promitente comprador

Abre o novo Código Civil um título, no Livro III, sem correspondência no Código de 1916, a versar sobre o direito do promitente comprador de bem imóvel. Coloca-se aqui na legislação

codificada algo do que vem sendo consagrado na legislação especial a respeito do tema, ampliando-se o direito do promitente comprador ao nível dos direitos reais, em conformidade com o que já era reconhecido pela doutrina.

Ao contrário, no Código de 1916, o direito do promitente comprador de bem imóvel, em sendo o instrumento público da substância do negócio jurídico, acaso frustrado, quando muito, era satisfeito pelo pagamento das perdas e danos correspondentes, sem prejuízo da devolução das arras em dobro, acaso existente cláusula de arrependimento na promessa. É o que se encontrava no art. 1.088 do Código de 1916. Tal disposição afastava a possibilidade de o promitente comprador exigir o cumprimento do contrato da parte contrária e, durante algum tempo, a doutrina brasileira deu guarida a essa norma, assim como a jurisprudência, que a chancelou em homenagem ao vetusto princípio "*nemo ad factum precise cogit potest*" ("ninguém pode ser obrigado a praticar especificamente determinado ato").

A disposição em si não apresenta uma novidade, eis que a legislação especial brasileira, desde 1937, conforme dissemos, já havia modificado de forma sensível a idéia profundamente radicada na doutrina, no primeiro quarto de século passado, de que a promessa de compra e venda era simplesmente um contrato preliminar, cujo objeto era um *facere* infungível. E de que não era assim possível exigir do juiz a execução específica de tal obrigação. A situação, portanto, já havia se modificado na legislação esparsa e agora, sumariamente, está codificada.

A inexistência de cláusula de arrependimento é condição para que o contrato típico de promessa de compra e venda produza seus normais efeitos. Compreenda-se por arrependimento a manifestação de vontade contrária à anteriormente declarada, no sentido de não mais concretizar negócio jurídico prometido. A cláusula de arrependimento encontra lugar nos contratos preliminares, pois o negócio jurídico perfeito

e acabado é, em princípio, irretratável, não podendo ser desfeito, nem modificado, salvo através de novo acordo. No caso do contrato preliminar, conforme prescreve o novo Código Civil, em seu art. 463, fiel à moderna doutrina de efetivação do direito, concluído este, “e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”. Caso contrário, a parte prejudicada poderá pedir ao juiz que supra a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isso se opuser a natureza da obrigação (art. 464). Cuida-se, assim, de uma execução específica, quando possível. Não comportando a obrigação execução específica, resolve-se a inadimplência em perdas e danos. Na hipótese de haver cláusula de arrependimento, aplica-se o disposto no art. 420 do Código de 2002, a saber:

Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Esta é uma regra geral que se aplica a todos os contratos preliminares, inclusive à promessa de compra e venda, contrato a rigor, nos termos do novo Código Civil, de dupla natureza jurídica: próprio, como contrato preliminar, quando contém a cláusula de arrependimento (o arrependimento há de ser expresso), e impróprio conforme tipificado na legislação civil.

A norma do art. 1.417, na verdade, comporta a seguinte distinção: contempla ela o contrato que podemos chamar de preliminar de compra e venda, com cláusula de arrependimento, que é, de fato, um pré-contrato, gerador de direitos apenas de natureza pessoal, sobre essa espécie incidindo as regras gerais sobre o contrato preliminar, antes comentadas; e a promessa de compra e venda, tradicionalmente

conhecida em nosso meio jurídico como compromisso de venda, contrato irretratável que registrado no Cartório de Imóveis confere ao promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

O direito civil brasileiro adota o princípio da liberdade de forma para expressão dos atos de vontade. Com efeito, lemos no art. 107 deste Código, repetindo disposição contida no art. 129 do CC/1916, que a validade da declaração, de vontade independe de forma especial, salvo se a lei expressamente a exigir. Logo em seguida, no novo Código, deparamo-nos com o art. 108 (correspondente em parte ao art. 134 do CC/1916), que estabelece:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Exigida, assim, em princípio, é a escritura pública para qualquer constituição ou transferência de direito imobiliário de imóvel de valor superior ao valor móvel (vinculado ao salário mínimo) indicado na lei.

Lembramos que a controvérsia sobre a necessidade de escritura pública para a promessa de compra e venda decorria do entendimento de alguns de que o contrato preliminar deveria ter a mesma forma do contrato definitivo, se este fosse solene, sob pena de afrontar a finalidade das normas que impõem a forma especial. A partir da vigência do novo Código, entretanto, a promessa de compra e venda pode ser celebrada por instrumento público ou particular, não importando o valor do negócio. Acaba-se, assim, de vez, velha discussão sobre a exigência de escritura pública para a formalização das promessas desta natureza, aliás já dirimida pela legislação especial.

Segundo a lei, registrada deve ser a promessa. O primeiro efeito do registro é a irretratabilidade do contrato, irretratabilidade que,

entretanto, não impede a resolução do contrato por inadimplemento, nem sua dissolução por mútuo acordo. O registro do contrato, por outro lado, tem valor *erga omnes*, concedendo ao promitente comprador o exercício das faculdades de usar, gozar e dispor da coisa prometida, enquanto vigorar o contrato.

Aquelas faculdades próprias do dono, exercidas com observância da função social da propriedade, na realidade, se transferem para o promitente comprador, após o registro, que passa a ter, além delas, o direito de reaver a coisa do poder de quem quer que, injustamente, a possua ou detenha (art. 1.228 do novo Código Civil).

Com o registro do contrato, o direito do promitente comprador encontra espaço no rol de direitos reais elencados no art. 1.225 do Código de 2002, como um novo direito real (inc. VII).

Lembramos, nesta oportunidade, que a jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, no verbete 239, a cogitar da interpretação e aplicação do art. 639 do Código de Processo Civil, proclama não se condicionar o direito à adjudicação compulsória “ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

Assim se manifestou a Terceira Turma daquela Corte Superior no julgamento do Recurso Especial nº 30, relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, em cujo acórdão foi proclamado que a falta do registro não acarreta a ausência do direito pessoal à adjudicação, conforme consta da ementa, deste teor:

Promessa de venda de imóvel — Instrumento particular — Adjudicação compulsória. Decreto-lei 58/37 — Lei 6766/79. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais não dependendo para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no registro de imóveis. (DJ de 18.09.1989).

Quanto à vigência da legislação especial sobre o mesmo tema, ao nosso ver, são válidos seus dispositivos em confronto com o artigo comentado, pois não há antinomia entre o que nele está disposto e aquilo que a legislação vinha construindo.

Destacamos, apenas, o disposto no art. 25 da Lei 6.766, de 1979, que impõe a irretratabilidade dos compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, que tenham por objeto lotes ou frações de parcelamento urbanos, segundo nosso entendimento, em vigor por se tratar de lei especial, não revogada pela geral. No mesmo sentido, chamamos a atenção para a nova redação do § 2º do art. 32, da Lei 4.591/1964 que estabelece serem irretratáveis os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas em incorporações imobiliárias.

Quanto à alteração introduzida pela Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, relativa aos negócios com lotes ou parcelas de terras, que dispõe sobre a equiparação dos compromissos de compra e venda às próprias escrituras de compra e venda da propriedade de lote urbano, quando acompanhados os contratos de promessa da respectiva prova de quitação (§ 6º do art. 26 da Lei 6.766/1979), também não temos dúvida de que, inserida a norma em lei esparsa a versar sobre o parcelamento urbano, tem sua vigência mantida, por se tratar de lei especial, não revogada pela lei geral codificada (art. 2º, § 2º, da LICC).

Ressalvada a situação dos compromissos de compra e venda e atos equivalentes tratados na legislação especial, em vigor, conforme demonstramos, entendemos que o novo Código Civil, no pertinente às promessas ou compromissos de compra e venda de imóveis comuns, não alcançados pela legislação especial, volta a exigir a condição do registro para a propositura da ação de adjudicação de imóveis.

Claro que, contra terceiros, indispensável é o registro para a manifestação de qualquer oposição ao título de que é detentor, pois

somente com o lançamento no álbum imobiliário surge o direito real oponível a todos e a conferir o direito de seqüela sobre a coisa ao promitente comprador.

Contra o promitente vendedor, entretanto, a idéia que poderia se originar de uma interpretação aligeirada e meramente literal do artigo 1.418 não encontra espaço para se expandir no sistema jurídico vigente no País. Trata-se de obrigação meramente pessoal. Ainda não há domínio. A sentença proferida na ação de adjudicação, por outro lado, também não transmite a propriedade. Esta, de acordo com o sistema da duplicidade formal adotado no Brasil, deverá ser levada ao registro de imóveis a fim de que possa produzir efeitos *erga omnes*.

Dos direitos reais de garantia

Cuida o novo Código, no início do Título X e Capítulo I, das disposições, concernentes ao penhor, à hipoteca e à anticrese. Reuniam-se estas espécies no Código Civil de 1916, no art. 755 (Título III, Capítulo VIII), sob o rótulo "dos direitos reais de garantia". O novo Código não contém um rol expresso dos direitos reais de garantia o que dá ensejo ao entendimento de que negócios diversos, com o escopo de garantia de obrigações, possam ser criados pela vontade das partes.

As espécies aqui estudadas são direitos reais, conforme definição do Código Civil de 2002, que as põe ao lado das demais (propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação e direito do promitente comprador), enumeradas no seu art. 1.225.

Fazemos esta observação porque alguns códigos modernos colocaram tais direitos fora do "direito das coisas". O Código Civil italiano, de 1942, por exemplo, os coloca no Livro Sexto, intitulado "*della tutela dei diritti*"; o Código Civil espanhol, que é bastante antigo embora tenha recebido muitas alterações nas últimas décadas, os enfeixa no livro que cuida das obrigações e dos contratos, assim como o Código Civil francês.

O Código Civil português, de 1966, preferiu classificá-los como garantias especiais das obrigações, no livro (II) dos direitos das obrigações. O Código Civil de Québec, que entrou em vigor em 1994 e é um dos mais modernos do mundo, alinhou as normas sobre prioridades e hipotecas no livro 6º, após os livros dos direitos dos bens e das obrigações (contratos e responsabilidade).

Conservou-se o nosso Código fiel ao Código Civil alemão (BGB), que regula os penhores e as hipotecas no livro do direito das coisas, bem assim a doutrina que se mantém uniforme no sentido de considerar o penhor, a hipoteca e a anticrese, como direitos reais de garantia. É a opinião de TRABUCCHI e TRIMARCHI, na Itália, e de MARTIN WOLFF, na Alemanha.

A moderna doutrina portuguesa (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, no seu “Direito das Obrigações”) considera a “consignação de rendimentos” (equivalente em parte a nossa anticrese), o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios, o direito de retenção assim como a penhora e o arresto como garantias especiais das obrigações, de natureza real, distintas naturalmente das garantias pessoais, reguladas ou referidas, sem embargo das disposições processuais, pelo Código Civil daquele país.

Nas disposições gerais, chama a atenção, tocante ao requisito da especialização, o art. 1.424, inciso I, que dispõe a respeito da exigência, sob pena de não terem eficácia os contratos de garantia real, de neles declarar-se o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo. O valor do crédito é o valor do negócio principal. Assim se a garantia é oferecida a um mútuo o valor do crédito será o valor do mútuo. A referência ao valor de estimação traduz, naturalmente, a necessidade de ao negócio atribuir-se um certo valor, por não se ter o valor exato do crédito. A estimação do crédito acontece no contrato estimatório ou de consignação, agora previsto em nossa legislação (arts. 534 a 537 do

CC/2002), em que o preço estimado é elemento fundamental do contrato, e nos contratos de representação e de mandato, além de outros. O valor máximo pode surgir, por exemplo, no contrato bancário de abertura de crédito em conta corrente (crédito para capital de giro ou para suprimento de conta de depósito do mutuário), ou em outros contratos em conta corrente.

O Código de 1916 exigia o valor da “dívida ou sua estimação”, o que gerava algumas controvérsias. Assim, discutia-se se seria válido ou não o contrato de garantia nas aberturas de crédito, porque quando da assinatura do contrato principal ainda não existia a dívida, ou a partir de quando deveria o contrato acessório produzir seus efeitos, a partir da data do contrato, de seu registro, ou a partir da primeira utilização do crédito posto à disposição do garantidor. Alguns autores chegavam a repudiar a hipoteca de dívida futura. A partir de agora não mais se questiona essa forma de constituição prévia da garantia, restando, apenas, o problema da liquidez da dívida para efeito de propositura da ação de execução, o que é uma questão processual.

A adotar melhor sistematização, o novo Código Civil contém uma seção dedicada à regulamentação do penhor rural, englobando as disposições gerais deste tipo de garantia e suas subespécies, quais sejam, o penhor agrícola e o penhor pecuário. Dispõe a lei civil que o penhor rural pode constituir-se mediante instrumento público ou particular, sendo, assim, um contrato formal. Mais que isso, o instrumento deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição em que estiverem as coisas empenhadas.

Não predispõe o Código sobre a tradição da coisa, porque, em regra, nesta espécie de penhor não há transferência do bem ao credor. Permanece o bem em poder do devedor.

O penhor rural é um extraordinário instrumento de estímulo às atividades econômicas do homem no campo, proporcionando-lhe crédito especializado e orientado àquelas ações.

Os bens dados em garantia, nesta espécie de penhor podem ser constituídos, dentre outros, de colheitas pendentes ou em via de formação, bem assim de máquinas agrícolas incorporadas ao solo, razão pela qual, além da circunstância de permanecerem na posse do devedor, oferecem uma certa semelhança deste penhor com a hipoteca e justificam a publicidade através do registro de imóveis.

O Código Civil de 1916 cuidava da matéria em seus arts. 781 a 788, enfeixando no título do “penhor agrícola” o “penhor pecuário”, mas há muito tempo o tema vinha disciplinado em lei especial. Assim, em 1937, surgiu a Lei 492, de 30.08.1937, em cuja primeira disposição lê-se que o penhor rural se constitui pelo vínculo real, resultante do registro, ficando culturas ou animais sujeitos ao cumprimento da obrigação e agricultores ou criadores como depositários dos bens onerados.

Passando adiante, introduz o Código Civil de 2002 uma Seção no Capítulo “Do Penhor”, que não tem correspondência no Código Civil de 1916, mas cuja matéria, em parte, era disciplinada pelo Código Comercial (Penhor Mercantil) e por legislação esparsa (Penhor Industrial).

Os conceitos destes penhores especiais não fogem das normas gerais do penhor comum, ressalvada a dispensa da tradição da coisa. Apenas se distinguem deste, assim como do penhor rural, agrícola ou pecuário, em face do objeto, que, no penhor industrial e comercial, além das matérias primas e produtos industrializados, no primeiro caso, e de mercadorias, no segundo, é composto de máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos e outros bens, com aplicação na atividade industrial e na atividade comercial.

O que caracteriza estes penhores é a utilização dos bens móveis gravados na indústria ou no comércio, e, naturalmente, a permanência dos bens empenhados com o devedor.

O novo Código Civil apresenta uma seção, sob a denominação “Do penhor de direitos e títulos de crédito”, cuja correspondência com o Código de 1916 não é total, pois, naquele, limitava-se o legislador do início do século passado a normatizar o penhor chamado “caução de títulos”.

A forma restrita que a lei de 1916 trata da matéria não inibiu a doutrina de vislumbrar a possibilidade de penhor sobre outros bens, além dos títulos de crédito.

ORLANDO GOMES esclarece que o penhor não recai apenas em coisas, mas, também, em direitos. “Ao lado dos bens móveis corpóreos, podem ser gravados com o ônus pignoratício os bens incorpóreos, a se aceitar esta classificação dos bens”³⁴. Acrescenta que o Código de 1916 não mencionava o penhor de crédito *stricto sensu* mas disciplinava a caução de títulos de crédito. A omissão, continua o autor, gerou dúvidas, prevalecendo a opinião de que implicitamente o penhor de crédito fora admitido³⁵.

ARNOLDO WALD é da mesma opinião, assim se expressando antes da vigência do novo Código:

O penhor de direitos abrange o de títulos de créditos, públicos ou particulares, o de créditos ou direitos obrigacionais e o de direitos reais. Os direitos obrigacionais ou de créditos podem por sua vez ser objeto de penhor. Assim, o crédito do locador contra o locatário referente aos aluguéis, que deve receber, e o do vendedor contra o comprador referente às prestações do preço da venda de determinado objeto, são empenháveis ou seja suscetíveis de serem dados em penhor. Tudo que pode ser cedido e que representa valor econômico é sujeito ao penhor. As dúvidas

³⁴ “Direitos Reais”, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 364.

³⁵ Op. cit. na nota anterior, p. 365.

anteriormente suscitadas nesta matéria não perduram depois que a própria lei reconheceu que os créditos podem ser objeto de penhor (Decreto 24.778, de 14.7.34). Discutiu-se a natureza do penhor de direito de crédito, reconhecendo a melhor doutrina que se trata de direito real, embora exercido em relação a direito de crédito.³⁶

Efetivamente, para dissipar dúvidas quanto à validade do penhor, ou caução, de créditos hipotecários e pignoratícios, na vigência do velho estatuto civil, foi baixado o Decreto 24.778, de 14.07.1934, revogado por um Decreto sem número, de 25.04.1991, do Governo Collor, e repristinado pelo Decreto 3.329, de 06.01.2000, que reconheceu a nulidade do art. 4º do decreto anterior, na parte em que revogou o primeiro decreto citado. No art. 10 do Decreto 24.778/1934, lê-se: "Podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor, os quais, para esse efeito, considerar-se-ão coisa móvel."

O Anteprojeto de Código Civil, de autoria de ORLANDO GOMES, contemplava estas espécies, além de outras. Assim, eram admitidas as modalidades especiais de penhor: penhor de créditos (art. 630 e seguintes) e penhor de títulos de valor (arts. 640 a 642). Na primeira espécie, incluía-se também o penhor de outros direitos que não os de crédito (art. 639). Requisito desses direitos eram serem transmissíveis.

O novo Código Civil disciplina nos arts. 1.451 a 1.460 o penhor sobre direitos, direitos sobre coisas móveis e suscetíveis de serem cedidos. Cessão, na sua acepção mais abrangente, é a transferência voluntária e direta de um direito. Em regra todos direitos podem ser cedidos. As exceções ficam para os direitos personalíssimos ou para as hipóteses de proibição legal, tais como os direitos a alimentos ou o direito de preferência, como cláusula especial à compra e venda (art. 520, do CC/2002).

³⁶ "Direitos Reais", 10ª. Ed., São Paulo, RT, 1995, p. 230 e 231/232.

Destarte, pode a cessão ter por objeto créditos ou desmembramentos do direito de propriedade, os direitos sobre obras literárias, artísticas, sobre patentes e invenções e até mesmo direitos litigiosos, estes, através de negócio aleatório.

São, portanto, empenháveis todos os direitos sobre coisas móveis, suscetíveis de cessão, de acordo com o novo Código Civil.

Segue o Código de 2002 a tendência dos códigos civis modernos, a delimitar um campo bastante amplo para os objetos móveis ou direitos assim considerados passíveis de serem dados em penhor. O Código Civil italiano, entre os bens passíveis de serem empenhados, inclui a universalidade de móveis, os créditos e outros direitos tendo por objeto bens móveis (art. 2.784); e o Código Civil português, em seu art. 666º dispõe conferir ao credor o direito à satisfação do seu crédito pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca.

Seguindo o exame do novo Código Civil, regula a seção VIII, seguinte, um novo penhor especial, denominado penhor de veículos, sem correspondência no Código Civil de 1916. No direito comparado, não é novidade a constituição de uma outra garantia, a hipoteca sobre veículos. Na Itália, também são objeto de hipoteca os navios, as aeronaves e os automóveis (art. 2.810 do Código Civil); no direito português, podem ser objeto de hipoteca os navios (C. Comercial, art. 584º), as aeronaves (Dec. 20.062, de 25.10.1930) e os veículos automóveis (Decreto-lei 54, de 12.02.75).

Entre nós, disciplina o Código Civil de 2002 a hipoteca sobre navios e aeronaves, como já acontecia no nosso direito positivo, enquanto que o penhor de embarcações encontra-se regulado na legislação sobre o direito marítimo, e o penhor sobre veículos terrestres na lei civil.

A nova idéia surgiu no Anteprojeto do Código Civil de ORLANDO GOMES e, claramente, cuidava do penhor de automóveis, assim definido: “Por automóvel entende-se, para os efeitos legais, todo veículo de propulsão própria, destinado à condução de pessoas ou de carga por via terrestre.” (par. único, do art. 673)

Justificava o Professor baiano que a inconveniência da constituição sob essa forma de garantia seria a privação do uso do bem, porém, admitido que o devedor continue na posse do veículo, como acontece com relação a outros penhores especiais, desapareceria o obstáculo.

Poderá o penhor de veículos, ao lado da alienação fiduciária em garantia, ser um instrumento útil no comércio de veículos terrestres. Não acreditamos, porém, que, na prática, se vá substituir a garantia da alienação pelo penhor.

Adiante, encontramos a disciplina específica da hipoteca. Esta constitui o direito real de garantia por força do qual bens imóveis e seus acessórios, conjuntamente, alguns direitos reais sobre imóveis, os navios, as aeronaves e outros bens previstos em lei, que permanecem em poder do devedor ou do prestador da garantia, asseguram, preferencialmente, o pagamento de uma dívida.

O que garante o pagamento da dívida, preferencialmente a outros credores não titulares de privilégios maiores, ou de hipotecas não anteriores, é o valor ou o preço do bem obtido na execução, judicial ou extrajudicial.

Diferencia-se esta garantia, fundamentalmente, do penhor tradicional, pelo fato de não ficar o bem onerado em poder do credor, assemelhando-se, portanto, aos penhores especiais convencionais, nos quais o bem continua em poder do devedor.

Os penhores especiais, aliás, são cada vez mais importantes economicamente e, talvez, responsáveis pelo tratamento legislativo único, sob a denominação de hipoteca. Assim é no Código Civil de Quebec, em cujo artigo 2.660 é definida a hipoteca como um direito real sobre um bem, móvel ou imóvel, afetado à execução de uma obrigação.

A hipoteca teve grande importância no desenvolvimento do crédito industrial e rural, entre nós, bem assim, na criação do mercado de crédito destinado à habitação. Créditos mais aquinhoados em privilégios, como o crédito fiscal e o trabalhista, bem como a lentidão na solução das controvérsias submetidas ao Judiciário provocaram o desprestígio desta garantia, substituída pela alienação em garantia.

O sujeito ativo da obrigação garantida por hipoteca chama-se credor hipotecário, e o sujeito passivo denomina-se devedor hipotecante. Acrescentamos a figura do terceiro hipotecante que pode prestar a garantia por dívida alheia sem ser parte na obrigação principal.

O credor hipotecário detém os direitos de seqüela e de preferência, assumindo o devedor um ônus de natureza real. Não paga a dívida, cabe ao credor hipotecário o direito de excutir o bem dado em garantia, para, com o preço obtido na sua alienação forçada, pagar-se.

A hipoteca, conforme a causa que a determina, é convencional, legal ou judicial. A hipoteca convencional surge de um acordo de vontades e se constitui mediante contrato, lavrado em escritura pública (art. 108 do CC/2002) ou em cédula específica (legislação especial). Na hipoteca legal, sua causa está na lei, sendo seu título constitutivo a sentença de especialização e na hipoteca judicial, cuja causa está na lei processual, o título é a sentença condenatória. No Código de Processo Civil esta espécie é denominada "judiciária" (art 466 do CPC).

Todos esses títulos devem, naturalmente, conter o requisito da especialização, sob pena de não terem eficácia, descrevendo-se,

minuciosamente a coisa imóvel (v. art. 1.424), e serem levados ao registro imobiliário (art. 1.492), para a constituição do direito real e plena validade contra terceiros.

A hipoteca, levando-se em conta seu objeto, pode ser classificada em hipoteca comum ou especial. Hipotecas comuns são aquelas constitutivas do ônus sobre os imóveis e direitos reais sobre imóveis, enquanto aquelas que oneram móveis podem ser classificadas como especiais. Tais são as hipotecas marítima ou naval e a hipoteca aérea ou de aeronave.

Da mesma forma que os demais direitos de garantia, a hipoteca é, em princípio, um direito acessório. Isto quer dizer que a existência da hipoteca é vinculada a uma relação obrigacional ou, simplesmente, creditícia. Por isso, no dizer de alguns autores, pelo menos até antes da vigência do novo Código Civil, não existiria entre nós a chamada “hipoteca abstrata” (hoje, como explicamos antes, a hipoteca pode ser de valor máximo), que se constituiria independente de um crédito.

O civilista gaúcho CLÓVIS DO COUTO E SILVA, outro membro da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil de 2002, em sugestões apresentadas à Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil de 2002, a propósito do tema de que tratamos, articulou as seguintes considerações:

Discute-se no direito brasileiro a possibilidade de que o proprietário possa constituir sobre imóvel que lhe pertença uma hipoteca em seu favor. Pela afirmativa, manifestou-se Pontes de Miranda. À maioria dos autores nacionais passou despercebido esse problema preocupados quase exclusivamente em explicar o direito hipotecário à luz do princípio de acessoriedade. À sua vez, a própria jurisprudência não deu maior relevo ao princípio da constitutividade do registro e às conseqüências que dele haviam de derivar. É implícita assim a resposta negativa à possibilidade de constituição de ônus sobre bem próprio. O problema maior está em saber se quando o proprietário,

devedor pessoal ou terceiro adquirente, solve a dívida adquire em seu favor a hipoteca, ou ela se extingue. O princípio da constitutividade do registro levaria à conclusão de que, enquanto não cancelada a inscrição, o gravame perduraria em favor do proprietário, se este fosse também devedor pessoal; se, no caso, ele fosse terceiro que deu sua propriedade em garantia de dívida alheia, ter-se-ia sub-rogação no crédito contra o devedor e aquisição de hipoteca sobre bem próprio, solução essa idêntica à do direito germânico, em que se deram todas as conseqüências ao princípio da constitutividade. A primeira dúvida está na possibilidade de existir a figura da hipoteca pré-constituída, como pré-forma da dívida imobiliária, ou mesmo como dívida imobiliária. A vantagem de tal sistema seria a de poder constituir um gravame real antes de se ter um credor e também a faculdade de reservar pela só vontade do proprietário uma melhor posição dentro do registro imobiliário. Para admissão dessa figura haveria necessidade de norma expressa, pois representa profunda lesão ao princípio da acessoriedade e, embora a jurisprudência tenha considerado o registro como constitutivo, não consta que tenha admitido a extração de uma hipoteca sem que houvesse uma relação de crédito, servindo de suporte, sobretudo por força do art. 755 do Código Civil, que impõe, como elemento estrutural, a aludida dependência.³⁷

Refere o autor ao art. 755 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 1.419 do novo Código, permanecendo a vinculação da hipoteca à dívida, como elemento estrutural.

Em disposição nova, no art. 1.475, veda o novo Código a existência de cláusula no contrato de hipoteca que proíba ao proprietário o direito de alienar o imóvel hipotecado. É nula, de acordo com a norma, a cláusula contida em convenção de hipoteca que imponha tal restrição ao direito de propriedade.

EBERT CHAMOUN, na Exposição de Motivos do livro correspondente ao Direito das Coisas no Anteprojeto do novo Código Civil, justificou a inclusão do artigo em exame expondo que a existência de uma cláusula proibitiva dessa natureza

³⁷ "A hipoteca no direito comparado", in O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva, P ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 155/156.

prejudica sensivelmente o devedor, que fica despojado da faculdade de vender o imóvel para pagar a dívida, sem trazer grandes benefícios ao credor hipotecário, por causa da natureza real do seu direito.

E, concluía, que a permissão daquela cláusula restritiva do direito de propriedade compromete “a excelência e a flexibilidade da hipoteca, cujo apuro técnico dimana parcialmente do poder de dispor do imóvel, que tem o devedor.”³⁸

No Código Civil alemão (BGB), consta uma norma segundo a qual é nulo um acordo pelo qual o proprietário se obrigue perante o credor a não alienar o imóvel ou a não gravá-lo posteriormente (§ 1.136). No Código Civil português, encontramos, no mesmo sentido, a disposição contida no art. 695' daquele estatuto:

É igualmente nula a convenção que proíba o respectivo dono de alienar ou onerar os bens hipotecados, embora seja lícito convencionar que o crédito hipotecário se vencerá logo que esses bens sejam alienados ou onerados.

Estas são provavelmente as fontes inspiradoras do princípio em nosso novo direito civil. Encontra fundamento a proibição legal de cláusula restritiva de direito do proprietário de alienar o bem hipotecado na teoria das cláusulas abusivas do moderno direito do consumidor. Por outro lado, por força do direito de seqüela de que é dotada a hipoteca, nenhum prejuízo terá o credor diante da alienação do bem hipotecado.

O art. 59, do Decreto-lei 167, de 14.02.67 (dispõe sobre títulos de crédito rural), estabelece que a venda dos bens apenhados ou hipotecados pela cédula de crédito rural depende de prévia anuência do credor, por escrito. O Decreto-lei 413, de 09.01.69 (dispõe sobre títulos de crédito industrial) contém idêntica disposição (art. 51) e as Leis 6.313, de 16.12.75 (dispõe sobre títulos de crédito à exportação), e 6.840, de 03.11.80 (dispõe sobre títulos de crédito comercial) expressam que se

³⁸ “Exposição..” cit. na nota 7, p. 93.

aplicam aos títulos de que elas tratam as normas do Decreto-lei 413/69, legislação que por sua natureza especial continua em vigor, mas sua interpretação deve merecer temperamentos.

Notamos que o Código português foi adiante, vedando a cláusula que proíba o proprietário de onerar os bens hipotecados. Tal nulidade não está prevista no direito brasileiro, todavia, a norma codificada no art. seguinte, 1.476, de natureza cogente, faculta ao dono constituir outra hipoteca sobre o mesmo bem, independente de assentimento do credor anterior.

O parágrafo único do art. 1.475 tem também, por óbvio, inspiração no direito português, pois tanto quanto o caput não tem correspondência no CC/1916. É uma nova hipótese de vencimento antecipado do crédito hipotecário que deve ser agregada a outras relacionadas no art. 1.425 deste Código. A possibilidade de cláusula deste teor encontra respaldo na autonomia privada, que é o poder assegurado e limitado pelo sistema jurídico para as pessoas regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva regulamentação.

Não vislumbramos nada a obstar uma cláusula de vencimento antecipado de tal natureza, pois, o credor desconhece o novo proprietário, sua situação patrimonial, suas dívidas de ordem fiscal e trabalhista, sendo, então lícita a defesa daquilo que se constitui na garantia de seu crédito.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de serem válidas as cláusulas de antecipação do vencimento em caso de alienação do imóvel hipotecado, sem a anuência do credor (REsps nºs. 55.270 e 75.373, DJs de 06.03.95 e 16.06.97, ambos da Primeira Turma)

Uma outra novidade é encontrada no art. 1.479. Na verdade, restaura o novo Código uma faculdade existente no vetusto direito

hipotecário brasileiro, revogada pelo Decreto 169-A, de 19.01.1890, a de “largar a hipoteca”.

EBERT CHAMOUN, na muitas vezes citada Exposição de Motivos do Livro correspondente ao Direito das Coisas no Anteprojeto deste Código Civil, apresenta as suas razões para a inclusão do artigo no Anteprojeto do novo Código:

Reconhecemos a faculdade do adquirente do imóvel hipotecado, que se não obrigou pessoalmente, de se exonerar da hipoteca, abandonando o imóvel hipotecado aos credores hipotecários. O adquirente, que não quer remir o imóvel hipotecado, priva-se da posse dele (somente a adjudicação transferir-lhe-á a propriedade), colocando-se à disposição dos credores hipotecários e furtando-se, destarte, aos efeitos da execução. Pareceu-nos que essa faculdade, que o direito romano admitia, e legislações estrangeiras consagram, serve a atenuar o excessivo rigor da disciplina da hipoteca no direito brasileiro. Aliás Lafaiete criticava já o direito anterior, porque rompia “com a ciência e a tradição”, abolindo “em matéria de hipoteca aquela faculdade” (Direito das Coisas, 2, § 259).³⁹

Faz-se mister esclarecer que o “abandono” é uma das modalidades de perda da propriedade, prevista no art. 1.275 do CC/2002. Pelo abandono o proprietário deixa o imóvel com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio. Acontece, através desse ato a derrelição, ou seja, o estado de abandono da coisa sem que haja qualquer relação subjetiva entre o abandonante e o adquirente da *res derelicta* pela ocupação.

O abandono aqui comentado, porém, é diverso, em favor dos credores hipotecários, a exemplo do abandono do dono do prédio serviente, em favor do dono do prédio dominante, para eximir-se das obras necessárias à conservação da servidão (art. 1.382 do CC/2002). Guarda uma certa semelhança com a dação em pagamento, no primeiro caso, ou, podemos dizer, identidade, por isso é uma forma de extinção subjetiva do direito de propriedade.

³⁹ “Exposição...” cit. na nota 7, p. 93.

O abandono em favor dos credores hipotecários acarreta uma confusão, reunindo na mesma pessoa a qualidade de credor e devedor hipotecário, hipótese que, embora não prevista no art. 1.499 do novo Código Civil, acarreta a extinção da hipoteca.

Cuida o art. 1.480 do procedimento relativo ao abandono do imóvel. Determina a lei que o adquirente notificará o vendedor e os credores hipotecários da declaração de abandono, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo. A notificação tem o sentido de cientificar as partes no contrato de hipoteca de que devem elas, vendedor ou, mais do isso, alienante, e credores hipotecários, conjuntamente, assumir a posse do imóvel para a tomada de providências cabíveis no sentido de solucionar a dívida ou desonerar o imóvel. O alienante pode ser o próprio devedor ou outra pessoa para quem tenha sido transferido o bem onerado antes da última alienação.

De outra parte, exime-se o abandonante de qualquer responsabilidade com relação à hipoteca, através do deferimento da posse do bem imóvel. O alienante e os credores hipotecários podem recusar-se a receber o bem, caso em que assiste àquele que está a exercitar seu direito ao abandono do imóvel a faculdade de depositar o bem em juízo. O depósito deve ser feito para os fins do art. 334 do CC/2002, onde está estatuído que se considera pagamento e extingue a obrigação, o depósito judicial da coisa devida, nos casos e formas legais.

Dispõe, finalmente, a lei a respeito do prazo de que dispõe o adquirente para exercer a faculdade de abandonar o imóvel hipotecado. O prazo tem seu limite máximo até as 24 (vinte e quatro) horas subseqüentes à citação, no processo de execução iniciado pelo credor. Na execução, embora o adquirente não seja o devedor, deve ser citado pelo fato de ter-se tornado dono da coisa onerada, sobre a qual incide o direito de seqüela e que deverá ser penhorada para oportuna expropriação e alienação judicial. O adquirente pode optar entre remir o imóvel livrando-o

do ônus (art. 1.481, seguinte) ou abandonar o bem no prazo previsto em lei. Naturalmente, decorrido o prazo não mais lhe assiste o direito ao abandono da coisa.

Uma alteração importante na legislação, fruto das sugestões de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, responsável, na Comissão, pela parte do caderno de família do novo Código, surge no Código Civil de 2002. Referimo-nos à possibilidade de constituir-se hipoteca para garantia de dívida futura ou condicionada, conforme está previsto expressamente no art. 1.487, em consonância com a disposição geral contida no art. 1.424, 1, já referida de início.

O princípio da indivisibilidade da hipoteca também veio a ser mitigado no novo Código, conforme se vê no art. 1.488.

Estas as mais relevantes modificações encontradas no Capítulo da Hipoteca.

Resta-nos o exame da Anticrese, desde logo salientando que foi perdida uma excelente oportunidade para a atualização desse último direito real de garantia previsto no Código Civil, conforme registraremos adiante.

No direito luso-brasileiro, segundo PONTES DE MIRANDA, a anticrese tanto tinha como objeto móveis quanto imóveis. Lembra o autor:

Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 39, o penhor tanto recaía em bens móveis como em bens imóveis. Idem, nas Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 26, e nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 56. No que respeita ao conteúdo do direito de anticrese, os deveres do titular do direito de anticrese eram os mesmos do titular do direito de penhor; mas havia de pagar os encargos, prelevando-os dos interesses, e prestar contas, exceto se se estipulou renda certa, ou se os rendimentos foram para paga dos interesses, quaisquer que fossem aqueles (Manuel de Almeida e Sousa, Notas de uso prático, 1, 317 s., que se inspirou em S. Stryk e J. Voet), salvo se havia usura (Coelho da Rocha,

Instituições, 11, 528, com invocação do Preussisches Allgemeines Landrecht, 1, 20, § 231), O que sobrasse dos rendimentos, Melo Freire (Institutiones, III, 182 s.) queria que se imputasse ao capital.⁴⁰

CLÓVIS BEVILAQUA observa que a Ord. 67, § 4º, proibiu-a, com receio das características usurárias do negócio, mas acrescenta que as reformas hipotecárias de 1864, 1865 e 1890 levantaram essa proibição e fixaram alguns traços do instituto⁴¹. Ao Código Civil de 1916, todavia, é que coube completar a evolução do instituto da anticrese, destacando-a da hipoteca e acentuando-lhe a característica de direito real sobre os frutos de um bem imóvel, provendo o titular da anticrese dos direitos de retenção e de seqüela.

O instituto, na realidade, foi, no passado, e é, no presente, de uso raro. Daí porque ORLANDO GOMES, no seu Projeto, sugeriu sua supressão “porque garantia real que não se recomenda sob o ponto de vista econômico em virtude de ser da sua essência a transferência do imóvel ao credor da obrigação principal”. Conclui: “Por isso caiu em desuso, não se justificando, por conseguinte, sua permanência no Código.”⁴²

EBERT CHAMOUN foi mais incisivo na sua proposta de suprimir a anticrese do novo Código Civil, por força de seu desuso, argumentando que enquanto simples pacto acessório do penhor tinha sua utilidade, mas como direito real de garantia revelava os defeitos que levaram o instituto ao esquecimento:

A perda da posse do imóvel não pode deixar de ser considerada como uma desvantagem para o devedor, a par das dificuldades que ocasiona relativamente à alienação e à constituição de outros gravames reais. Para o credor tem o inconveniente de lhe transferir o ônus do pagamento, pois que através da percepção dos frutos e produtos e sua

⁴⁰ “Tratado de Direito Privado”, 4ª ed., São Paulo, RT, 1983, t. XXI, p. 135.

⁴¹ “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, 1ª. Ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1917, v. III, p. 374.

⁴² “Código Civil anteprojetos”, v. 2, 1989, Brasília, Senado Federal, p. 206.

imputação nos juros e capital é que a dívida se extinguiра, paulatinamente — inconveniente tanto maior quanto, recaindo a garantia sobre o imóvel e armada de direito real, é desnecessária a transferência da posse do imóvel do proprietário ao credor.⁴³

Da parte de CLOVIS DO COUTO E SILVA houve uma tentativa de revitalizar a anticrese, ampliando seu objeto. São dele estas considerações:

No direito inglês, a mortgage contém, como uma virtualidade de execução do débito, a transferência da posse imediata ao credor para que este possa fruir as utilidades do bem e compensar os juros ou o capital. No direito brasileiro, há uma certa tendência para a extinção da anticrese. Uma das razões de não ser aplicável entre nós, a anticrese está em que o seu regramento, ao contrário do usufruto, não permite que essa garantia recaia sobre universalidades. Por sua vez, impunha-se que o Código Civil houvesse exarado certas regras sobre a administração, prestação de contas e até mesmo, como sucede no direito inglês, sobre a possibilidade de ser fixado judicialmente o preço do arrendamento que compensasse a utilização do imóvel. Deixar ao arbítrio do credor essa providência torna extremamente desinteressante o instituto. O Projeto Orlando Gomes não consagrou a anticrese entre os direitos gerais de garantia, seguindo, aliás, o exemplo do Código Civil português. Os direitos do usufrutuário, no Projeto Orlando Gomes, podem ser cedidos a terceiros, resolutivamente, tendo o nu-proprietário direito de preferência na aquisição de modo que esses direitos podem ser objeto de hipoteca.

Todavia, não parece acertado extinguir a anticrese, quando em outros países ela tem sido aplicada até mesmo no direito de empresas, com excelentes resultados. O BGB não contemplou a anticrese no catálogo dos direitos reais de garantia sobre imóveis, mas a praxe criou o denominado 'usufruto de garantia', por meio do qual se pode atribuir ao credor hipotecário o usufruto sobre o bem gravado, para desse modo imediatamente (e não após o 'seqüestro') poder fruir os frutos do imóvel (por exemplo, os aluguéis). Os frutos destinam-se a abater a dívida garantida por hipoteca. Com a combinação dessas duas figuras, hipoteca e usufruto, chegou-se à permissão fática da anticrese sobre bens imóveis que o BGB não consagra, pois o 'penhor de fruição' somente pode recair sobre bens móveis, Nosso Código Civil define a anticrese como direito real de garantia através do

⁴³ "Exposição..." cit. na nota 7, p. 91.

qual o devedor, ou um terceiro, entrega ao credor um imóvel, cedendo-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos. Essa definição corresponde à da *vifgage*, e a do § 1º do art. 805, à da *mortgage* medieval já que é lícito estipular também que os frutos e rendimentos do imóvel, na sua totalidade, sejam percebidos pelo credor, somente à conta de juros. Em nosso direito, permite-se que o imóvel hipotecado possa ser dado em anticrese pelo devedor ao credor hipotecário, assim como o imóvel sujeito à anticrese possa ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético.⁴⁴

Na conclusão de seu relatório, o autor gaúcho adverte que, restrita a anticrese aos frutos e rendimentos produzidos por imóveis, o instituto não satisfaz à sociedade em uma época predominantemente industrial, na qual a empresa tende a ser o centro da economia, e propôs que o “objeto da anticrese pudesse ser também empresas, ou seja, universalidades, tal como sucede com o usufruto”.⁴⁵

Sua utilíssima proposta foi aceita pela Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, mas emenda no Senado Federal deixou como está a redação do artigo comentado, perdendo-se uma grande oportunidade de atualizar o vetusto instituto. Assim, não oferece a anticrese no novo Código grandes novidades em relação ao regramento anterior.

⁴⁴ Op. cit. na nota 36, p. 174/175.

⁴⁵ Idem, p. 176.