

Direito das Coisas*

LUIZ EDSON FACHIN

Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná

Do Código Civil Brasileiro nasce a tarefa de uma apreciação crítica desse texto legislativo, tarefa essa que não se pode afastar de uma consideração basililar, a de que um Código em verdade não nasce Código, mas se faz como um processo contínuo de construção.

O estatuto jurídico concernente aos Direitos Reais trata de uma das circunstâncias essenciais contida tanto na base desse governo jurídico, como na base da própria formulação político-jurídica inserida em uma dada sociedade. É por esta razão que tratar desse tema significa, antes de tudo, procurar inferir quais foram as diretrizes que governaram a formulação da nova codificação sobre esse assunto.

Recentemente, o Ministro Sálvio de Figueiredo, ao comentar a nova codificação, resumiu o que ele chamou de diretrizes de trabalho da comissão presidida pelo Professor Miguel Reale, que respondeu pela formulação, pela revisão e pelo acompanhamento da codificação até a sanção presidencial. Segundo o Ministro Sálvio, as diretrizes foram as seguintes: “Preservar, sempre que possível, o Código de 1916; não se limitar à revisão (do Código de Bevilacqua); aproveitar os trabalhos até então elaborados (ele se referia, evidentemente, desde o projeto de 43 - da tentativa de unificação das obrigações - até os projetos da década de 70, passando pelo Professor Caio Mário, Professor Orlando Gomes e todas as formulações ali inseridas); unificar o direito das obrigações e não o direito privado; dar nova estrutura ao Código; somente inserir no Código matéri-

as já consolidadas ou com elevado grau de relevância crítica, dotadas de plausível certeza e segurança e, por último priorizar princípios essenciais e valores da pessoa humana”.

Embora cada uma das diretrizes mencionadas demande uma explicitação, cabe destacar essa última, que versa sobre os princípios essenciais e fundamentais atinentes à pessoa humana. Uma questão introdutória se coloca nessa nova codificação no intuito de saber se o novo Código mantém a denominação de código patrimonial imobiliário. Com os olhos guiados por essa mirada direcionada à estrutura da nova codificação, pode-se dizer que ela, se de um lado apresenta indícios dessa preocupação na parte geral (por exemplo, com o capítulo atinente aos direitos da personalidade), na parte relativa aos direitos reais, por outro lado, afora alguns capítulos indiciários que tratam da função social da propriedade e que versam, também, sobre uma modalidade de desapropriação atípica por interesse social, a estrutura da nova codificação mantém, ao nascer do século XXI, as suas preocupações fundamentais assentadas no conceito de posse e de propriedade do século XX.

Nesse sentido, portanto, nasce a primeira tarefa hermenêutica, animada por aquela dimensão construtiva a que já se fez menção, a atualização. Por isso julga-se fundamental o papel criativo da jurisprudência, para que dentro do sistema jurídico, sem dele sair - porque o sistema jurídico e o direito não se confinam à expressão legislatada dentro do primeiro - dê respostas coerentes com a realidade contemporânea dos fatos, atualizando essa nova codificação, fazendo com que surja desta prerrogativa da arte uma preocupação central com a pessoa,

* O texto mantém por completo a estrutura da exposição oral (e é coerente com essa opção metodológica de coloquialidade), com ajustes feitos pelo autor, algumas exclusões e outras inclusões.

Palestra proferida no Seminário realizado em 11/10/2002

como, por exemplo, na defesa do patrimônio mínimo, que é uma das nossas preocupações recentemente vertidas em um livro.

De modo que, em matéria de diretriz, portanto, já aparece uma preocupação de atualização do ponto de vista da principiologia filosófica, para que não se tenha, no século XXI, de novo, um Código Patrimonial Imobiliário; para que a tutela do patrimônio reconheça antes a proteção à pessoa e a seus valores fundamentais - do que é exemplo a proteção ao patrimônio mínimo - e que isto seja uma diretriz informadora, se possível, da aplicação concreta e da densidade real e efetiva que esse Código terá no cotidiano das atividades dos juizes, dos advogados, do Ministério Público e dos operadores do Direito em geral.

Dito isso, cabe discorrer acerca das alterações e permanências que a futura codificação traz em matéria de posse e propriedade, de modo que ao lado de uma reflexão principiológica esteja outra, munida de uma intenção de aprofundar na dimensão informativa apenas os mencionados aspectos atinentes à nova codificação, já que o universo jurídico legal que se apresenta é composto por dois mil e quarenta e quatro artigos, cuja análise comparativa de sua totalidade, mesmo que facilitada pela publicação da EMERJ, seria tarefa extensa em demasia para as breves linhas que ora são traçadas. Nada obstante, no recorte analítico feito procede-se a exames das diferenças entre o texto legislativo atual e o vindouro, o qual a partir dessas semelhanças ou dissimilhanças, constrói a hermenêutica já referendada. Apresenta-se a análise, doravante, em dois momentos, sendo que no primeiro serão abordadas as modificações trazidas pelo novo texto legal, e, por fim, suas permanências.

Tem-se presente, primeiramente, significativa alteração, colocada em tela no início do texto legislativo codificado, onde se lê o Capítulo atinente à propriedade, e dele se extrai a referência às finalidades econômicas e sociais do exercício da propriedade, destacando a tutela da flora, fauna, do equilíbrio ecológi-

co, do patrimônio histórico e artístico, da qualidade do ar e das águas. Diante disso, pode-se dizer que um conjunto de interesses sociais “não-proprietários”, para usar a expressão do Prof. Gustavo Tepedino, foi elevado à categoria jurídica de proteção ao lado da tutela que está no Código, a do direito de propriedade. Isso significa, portanto, que ao mesmo tempo em que se protege e tutela o direito e seu respectivo exercício, há um condicionamento nesse exercício aos chamados “interesses sociais” ou “interesses não-proprietários”.

O parágrafo 4º do artigo 1.228 cria uma modalidade de desapropriação, que, à falta de uma expressão melhor, tem sido designada de “desapropriação judicial”. A lei prevê que, em uma área extensa, havendo posse de boa-fé, tendo decorrido lapso temporal de cinco anos, e com considerável número de pessoas, o juiz poderá, em uma determinada demanda, quer seja possessória ou petitória, manter nessa área esse considerável número de pessoas e decretar a indenização ao titular, ao proprietário desse bem. Esse é um dos parágrafos que o Professor Miguel Reale acentuou como uma inovação na nova codificação, em função do binômio que ele designou de posse-trabalho.

O desafio que se apresenta ao Judiciário é o do entendimento acerca dos limites e das possibilidades desse dispositivo, porque se de um lado dúvida não há em um país como o Brasil, das tarefas do Poder Executivo, para que leve adiante e de fato realize uma redistribuição da malha fundiária, que não seja compatível com a fenomenal e inadmissível concentração de terra e de renda que temos, de outro, parece que exigir do Judiciário a realização dessa tarefa... Esse dispositivo, ainda, não se refere diretamente a quem irá realizar a indenização: certamente não será o Judiciário e sim uma das três instâncias do Poder Público Federal, Estadual ou Municipal. Em uma hermenêutica construtiva, provavelmente, pode-se dizer que em se tratando de áreas rurais, a atribuição do pagamento indenizatório se-

ria da União, e das áreas urbanas, dos Municípios ou eventualmente dos Estados onde os imóveis estariam inseridos. Desse modo, já se vê as diferenças e controvérsias desta inovação, que de certa maneira traduz um problema social e, de outra, um desafio para a jurisprudência.

Destaca-se, também, que o futuro Código reduz, de um modo geral, todos os prazos de usucapião; basta ver o que dispõem os artigos 1.238 e 1.239, em matéria de imóveis. Soma-se a introdução no futuro código da usucapião que, originariamente, começou com o Estatuto da Terra de 1964, em seu artigo 98 e que com a Constituição de 1988 passou a ser designada de usucapião constitucional que, aliás, também tem origem na usucapião especial da Lei nº 6.969 de 1981, admitindo usucapião quinquenal até cinquenta hectares e em duzentos e cinquenta metros quadrados.

Ademais, uma outra inovação que está na futura codificação advém do disposto no artigo 1.197, que do ponto de vista técnico, nos parece mais apurada ao menos do ponto de vista redacional - a expressão que atualmente se situa no Código de 1917. Esse artigo explicita a bipartição entre posse direta e indireta, mencionando a defesa do possuidor direto em face do possuidor indireto, e elimina os exemplos que atualmente estão expressos no artigo 486, onde havia menção ao usufrutuário, ao comodatário e assim por diante. Não se trata de nenhuma inovação substancial, apenas reconhece o que a jurisprudência já reconhecia, que a tutela possessória do possuidor direto se dirige em face de todos, inclusive do possuidor indireto se houver turbação ou, em hipóteses mais ofensivas, até mesmo esbulho. Mas, isto, de algum modo, está agora na legislação e é curioso que esse dispositivo se refira a titular de direito pessoal ou real o que, de algum modo, introduz alguns gravetos a mais na fogueira doutrinária que acende o debate sobre a natureza jurídica da posse e a inserção, nesse dispositivo, de circunstâncias que estão nos direitos reais - usufrutuário, por

exemplo - e circunstâncias que estão nos direitos obrigacionais - o locatário. Ter-se-á, nessa seara também, alguma esgrima do ponto de vista da configuração jurídica, mas, do ponto de vista prático, a alteração que se dá é, na verdade, uma adequação até onde foi à jurisprudência.

Outra alteração digna de nota está no artigo 1.198, no qual a nova codificação procura definir o que é detenção, e cria também uma presunção de detenção. É, de algum modo, uma tentativa de avanço em relação à atual codificação que, em diversos momentos, não explicitou bem os lindes dos conceitos, do ponto de vista da dogmática jurídica, entre a posse precária, a posse propriamente dita e a detenção.

Também a matéria de aquisição de posse foi alterada na codificação vindoura. Enquanto o Novo Código Civil, no artigo 1.204 estabelece que somente a partir do momento em que se torna possível o exercício de qualquer dos poderes inerente à propriedade, em nome próprio, ter-se-á sua aquisição, a codificação anterior, no artigo 493 mencionava a apreensão da coisa, fatos ou qualquer dos modos de aquisição. Trocou-se, portanto, uma disposição genérica pela introdução do exercício em nome próprio. Ver-se-ão em numerosos casos concretos a repercussão dessa distinção, a qual não merece aplauso, porque a equação anterior, genérica e aberta, era certamente mais adequada.

Do mesmo modo, sobre a perda da posse, há uma substituição no artigo 1.223, do que está no artigo 520 do Código atual, de maneira que este se refere a hipóteses específicas como o abandono, tradição e até mesmo constituto possessório, e o Novo Código Civil traça uma regra geral falando que a perda é a do poder que se exerce sobre uma determinada coisa. Aliás, a futura codificação não faz referência específica a diversas figuras importantes nos direitos reais, tal como o constituto possessório, que tem uma função relevante em muitas hipóteses, quer de direito real, quer de direito obrigacional - basta citar as diversas modalidades do leasing como

exemplo. Logo, o fato de não estar na codificação, não significa que não esteja no mundo jurídico. Mesma circunstância se deu em algumas outras figuras na área das obrigações, tal como o pacto comissório. De modo que o fato de certas figuras jurídicas não estarem inseridas na nova codificação, não quer dizer que efetivamente tenham sido excluídas, *ipso facto*, pela circunstância de não terem previsão expressa - e o constituto possessório é uma dessas figuras.

Outra circunstância é a prevista no artigo 1.210, com uma referência específica ao seu final, no tocante ao cabimento do interdito proibitório. É claro que, a rigor, não há inovação maior alguma, mas apenas o compasso com uma das diretrizes a que se fez referência, e uma delas, ditas pelo Ministro Sálvio, era a de incluir, segundo a comissão formuladora e revisora do Código, matérias pacificadas. Não há dúvida alguma em incluir o interdito proibitório no conjunto dos interditos, especialmente quando não se consumou nem a turbação e por óbvio muito menos o esbulho. Como é de conhecimento, pela fungibilidade dos interditos possessórios ou proibitórios, consumando-se a turbação e o esbulho, isso significará uma possibilidade de conversão com as seqüelas daí decorrentes. Assim, o que está aqui nesse artigo, a rigor já estava na jurisprudência e na doutrina, mas, de qualquer modo, o que estava na jurisprudência e na doutrina passa a ter vida explícita na futura codificação.

Merece ainda referência a inclusão de novos direitos reais. No atual rol expresso no artigo 674 não se encontra o direito real de superfície, tampouco o direito real derivado do compromisso irrevogável e irretroatável de compra e venda. O futuro Código introduz esses novos direitos, que suscitam já estudos específicos, como o do Professor Ricardo César Pereira Lira, expresso no cotejo entre a nova codificação e o Estatuto da Cidade, bem como num exame do resultado desses dois conjuntos de dispositivos a partir de janeiro de 2003.

No tocante ao direito do promiten-

te comprador, a matéria está regulada nos artigos 1.417 e 1.418, depois de ter sido mencionada no artigo 1.225, e aquilo que a jurisprudência já reconhecia como um direito real e a doutrina também, passa agora a ter vida explícita no âmbito da futura codificação. No rol do artigo 1.225, do futuro código, não está a enfiteuse e também não estão as rendas expressamente constituídas sobre imóveis. No tocante às rendas, a exclusão tem completo sentido, que já foi dado pela prática excludente dessa figura, mas no que se refere à enfiteuse, não é possível esquecer um dispositivo que está no ato das disposições constitucionais transitórias e que a Constituição de 1988, de certo modo, recolocou o instituto jurídico da enfiteuse para as diversas conseqüências ali de fato previstas. Isso significa, portanto, que o fato do rol do artigo 1.225 não conter referência explícita à enfiteuse, não quer dizer que o instituto jurídico tenha desaparecido do cenário, ao contrário, os problemas derivados do pagamento de foros, laudêmios e todas as circunstâncias atinentes, inclusive as remissões, continuarão sendo objetos de análise jurídica.

Ademais, duas outras novidades estão na futura codificação: a introdução do condomínio em edificações a partir do artigo 1.331 e seguintes. Até esse momento era a lei especial do condomínio sobre incorporações e edifícios urbanos, Lei 4.591/64, suas alterações legislativas posteriores, os ajustes jurisprudenciais e construções doutrinárias que governavam essa matéria. A partir de janeiro do próximo ano, esse tema estará na futura codificação gerando descompassos, pois há diversos dispositivos da futura codificação que vão de encontro, não apenas com a lei especial, mas também com alguns entendimentos jurisprudenciais. Também gerará problemas outra hipótese de direito intertemporal, que versa acerca de testamento.

Uma última novidade é a introdução da propriedade fiduciária nos artigos 1.361 e seguintes. Essa questão, de

algum modo, suscitará também bons debates e desafiará a construção jurisprudencial, porque nela há um conjunto de diretivas sobre alienação fiduciária em garantia e o tema polêmico da qualificação jurídica da situação em que está o depositário é assumido pela nova codificação (na perspectiva dele estar na condição de depositário) o que tem repercussões imensas em matéria de prisão civil em face de inadimplemento.

Fez-se referência não a todos, mas a um conjunto de aspectos que mereciam atenção nessa perspectiva. Cabe, doravante, elencar algumas circunstâncias que não se modificam.

A partir de um exame do Código como um todo, e desta parte, pode-se afirmar que a estrutura da arquitetura jurídica encartada na futura codificação não se altera. Não obstante as mudanças referidas e algumas outras, as quais foram citadas muito rapidamente, e outras que sequer foram mencionadas, a estrutura como um todo se mantém na dicotomia da propriedade e da posse, nos mecanismos de aquisição e perda da posse e da propriedade, nos direitos reais limitados, excluídos os já mencionados e previstos os demais com algumas variações, inclusive com relação ao penhor.

Do ponto de vista da base, tem-se um Código que efetivamente realizou uma compilação com o sentido de atualização e nem sempre com o intento realizado em relação aos institutos que foram vivenciados ao longo do século XX. Aliás, sua própria denominação, direito das coisas, já é dessa idéia representativa; parece óbvio que a denominação atualmente empregada já superou essa antiga expressão “direitos das coisas”, “direitos reais” ou “direitos sobre as coisas”, mas até isso, de algum modo, efetivamente se mantém, como perdura também o conceito de posse. Da crítica à atual codificação não se poderia deixar de reproduzi-la para a vindoura, já que esta reproduz a dimensão subordinada da posse ao direito real de propriedade como se vê no atual artigo 485 e no futuro artigo 1.196.

Aspectos que também não foram alterados: o regime jurídico da composesse, que está no artigo 1.199 e se mantém enquanto tal; o conceito de posse justa e injusta, no futuro artigo 1.200; o regime jurídico da retenção por benfeitorias, como sabemos hoje, é o do artigo 516, que admite, no tocante às benfeitorias úteis e necessárias, o exercício do direito de retenção, estando o possuidor demandado de boa-fé, e seu regime jurídico não sofre alterações em face do futuro artigo 1.219. Não se trata evidentemente disso, mas sim de uma compreensão diferenciada sobre o fenômeno jurídico possessório. Mas enfim, essas e outras circunstâncias destacam-se como matérias que aguardam discussão em sede de direitos reais.

Como conclusão, retoma-se a um texto já mencionado do Ministro Sálvio, no qual disserta acerca do futuro Código: “Além de um sem número de inovações, muitas das quais de grande relevo para a ciência jurídica e para a sociedade brasileira dos nossos dias, e sem embargo das múltiplas deficiências que o texto contém e que todos esperamos sejam corrigidas legislativamente, ainda antes da sua entrada em vigência, certo é que estamos a ingressar em uma nova etapa do Direito Privado Brasileiro, com novas regras e a correção de muitas carências acumuladas ao longo do tempo, com a renovação de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana”.

Talvez teremos, por essa senda, a oportunidade de construir o Código, na sua concretude diária, quando poderá ser transformado o Código de 2002 no Código do Século XXI. A instabilidade e a incerteza devem ser fenômenos ínsitos à própria riqueza do Direito, e é isso que faz a condição humana ineliminável, nas possibilidades que o Direito apresenta para algum mínimo de felicidade pessoal, e algum necessário mínimo de realização e felicidade coletiva. Muito obrigado. ☐