

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO ESBOÇO DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL – DIREITO DAS COISAS¹

Ebert Chamoun

Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ. Desembargador aposentado do TJ/RJ.

1 Vários dos preceitos novos do direito das coisas foram elaborados consoante a nova dimensão que a propriedade adquiriu, e que tanto se acentua no direito contemporâneo. Reafirma-se que a propriedade, sem deixar de ser um direito subjetivo, um *jus*, deve ser considerada sobretudo como um *múnus*, 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 de 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 dele, e particularmente ao Estado, a atribuição do poder correspondente realiza o direito objetivo na pressuposição de que se deve assumir uma delas, não pode ser senão a do interesse público.

Antes de tudo, sentimos a necessidade de, ao ensejo de elaboração da definição da propriedade (o legisladora invadir indevidamente a seara dos conceitos), repetir a vedação, provavelmente já constante da parte geral do esboço, dos atos emulativos e realizados com abuso de direito. É certo que o que dissemos acerca da função social e do abuso de direito não é peculiar ao direito de domínio, senão

¹ O presente trabalho, publicado originalmente no volume 23 da *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Guanabara*, em 1970, reflete a visão do Prof. Ebert Chamoun, autor do livro III da parte especial do anteprojeto que resultou no Código Civil de 2002, acerca das principais alterações idealizadas na recodificação. A precisão dos conceitos e da linguagem bem como a extraordinária atualidade dos problemas suscitados ensejaram sua publicação no volume 46 da *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC* (p. 217-230). O seu recente falecimento, ocorrido em março deste ano de 2019, justifica a republicação do texto, a fim de motivar nova leitura das ideias do autor.

aos direitos subjetivos em geral, que estão todos necessariamente impregnados de sociabilidade e, sendo essencialmente limitados pelo interesse social, devem exercer-se em consonância com as finalidades econômicas e sociais. Mas sabe-se que, a respeito do direito de propriedade, que interessa ao Estado Moderno muito mais intensamente do que outros subjetivos privados, é que se deve, com muito maior ênfase, equacionar tais questões e tentar formular princípios gerais em ordem e solucioná-las, de modo que se imponham imperativamente aos juízes. A necessidade específica de referência a esses princípios não pressupõe a de um pronunciamento do legislador quanto aos problemas, exclusivamente doutrinários, das diferenças porventura existentes entre abuso de direito e ato emulativo e entre esses atos e os ilícitos.

Entre os preceitos novos, que manifestam a orientação recente que se imprime à propriedade, merece especial referência o relativo ao abandono do imóvel. Distinguímos o imóvel urbano do imóvel rústico, em virtude da diferença vincada de destinação e política legislativa. O imóvel urbano, que o proprietário abandonar e que não se encontrar na posse de terceiro, poderá ser arrecadado como bem vago e passar, dez anos depois, à propriedade do Estado, do Distrito Federal ou da União; o imóvel rústico abandonado poderá ser igualmente arrecadado e transferir-se, cinco anos depois, à propriedade da União. Evidentemente do abandono se exigira a intenção, que se presumirá quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. À União deferimos a propriedade dos imóveis rústicos abandonados porque lhe compete a arrecadação do imposto territorial rural e a formulação e a execução da reforma agrária. Esta beneficia-se, assim, com mais um incentivo, cuja atuação não trará à União maiores dispêndios.

Outro é o preceito concernente às construções que se fazem parcialmente em solo alheio. A despeito de tecermos a necessária distinção entre boa-fé e má-fé, por parte do construtor, nunca deixamos de reconhecer, de um lado, o valor social das edificações, que jamais serão demolidas, doutro a restrição que deve sofrer quem não exerce oportunamente o seu direito de domínio, não embargando a construção invasora. Parece-nos, assim como à doutrina e à jurisprudência dos nossos tribunais, que mais encarna a função social da propriedade quem constrói no imóvel, embora com parcial invasão do alheio, do que o que não exerce a necessária vigilância e não tem a atenção indispensável para com um bem tão relevante.

Esse também é o sentido da eliminação do tratamento privilegiado de que gozam os ausentes, em face do usucapião, em nosso direito. Eles perdem o domínio imobiliário em prazo maior do que os presentes, considerando-se como tais (o que é defeituoso) os que moram no mesmo município. Desde o momento em que se dá ao tradicional dispositivo o seu verdadeiro sentido (dez anos, se o proprietário mora no município onde está situado o imóvel, quinze, se mora em município

diverso), comprova-se que, à luz da nova concepção de propriedade, ele não deve ser mantido. Como favorecer quem levou o seu desinteresse a ponto de habitar em município diferente do da situação do imóvel, colocando-se em condições de não só de mais dificilmente praticar quaisquer atos de posse ou domínio, como também de não manifestar, a seu respeito, a fiscalização e o interesse mínimo?

2 A respeito da eficácia na transcrição do título translativo o Registro de Imóveis, foram incorporados, numa única seção, os dispositivos que se encontram no Código Civil, expostos em setores diferentes (arts. 531, 534, 859 e 860), e mantidos os princípios do registro atributivo da propriedade imobiliária e o da presunção relativa, inclusive diante do terceiro adquirente de boa-fé, a título oneroso. Rejeitamos o princípio da eficácia material, ou da fé pública, do direito alemão, e esposamos a tese de Virgílio Sá Pereira e Soriano Neto, que a jurisprudência dos nossos tribunais vem consagrando. Pareceu-nos que se não pode deixar de sujeitar o terceiro adquirente, que se amparou no registro, à reivindicação, uma vez que, cancelada a transcrição, incumbe a propriedade inegavelmente a quem é beneficiado pelo registro anterior – corolário irrecusável do não reconhecimento do princípio da eficácia jurídica material. Sem embargo, uma vez que consideramos o adquirente a título oneroso, que confiou no registro; digno de uma eficiente proteção, admitirmos, em seu favor, um usucapião especial, de cinco anos, tal como pelo prazo de dez anos fez o artigo 1.159 do Código Civil italiano.

3 No usucapião introduzimos alterações relevantes.

Reduzimos o prazo do usucapião extraordinário, de vinte para quinze anos, para contemplar a hipótese de o possuidor, no decurso desse prazo, pagar os impostos que incidem sobre o imóvel.

Já notamos que a tradicional distinção entre presentes e ausentes, peculiar ao usucapião ordinário, foi suprimida, porque nos parece injustificável. Considerada a propriedade como um poder que se legitima através do uso pessoal da coisa, em atenção às finalidades econômicas e sociais, não se compreende que o proprietário, que abandona o imóvel, para residir noutro município, e ausentes os que habitam município diverso: é irrelevante o lugar onde o possuidor mora. Se se mantivesse o preceito, atendendo-lhe a orientação, ausente deveria ser o proprietário que reside fora do município onde está situado o imóvel, presente o que nele habita.

O chamado usucapião pró-labore merece acolhida no Código Civil. Persegue os rumos novos do direito de propriedade, valorizando a efetiva utilização do imóvel, que se torna produtivo com o trabalho do possuidor. O preceito do art. 98, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, foi, entretanto, revista, em ordem a eliminar a referência incorreta à aquisição da propriedade “mediante sentença a declaratória” e à exigência de o *usucapiens* não ser proprietário rural ou urbano, a qual foi razoavelmente circunscrita ao Estado onde o imóvel se localiza.

O art. 552 requeria apenas que as posses unidas fossem contínuas e pacíficas porque evocava exclusivamente o usucapião extraordinário (do usucapião e ordinário não cogita o Projeto Clóvis do Código Civil). Uma vez que a acessão da posse deve ocorrer em ambos os usucapiões, menção expressa, embora particularizada, deve fazer-se aos requisitos do título e da boa-fé.

4 É a posse um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada um objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito. A lei protege, assim, a posse como estado de fato, sem embargo de reconhecer que há um direito a esse estado de fato, e tão ampla é a proteção, que o possuidor, turbado ou esbulhado, conserva a posse, embora às vezes provisoriamente, ainda que contra o titular do direito, ou em detrimento deste.

A lei salvaguarda a posse como simples estado de fato porque aparenta uma situação jurídica regular, e a aparência é juridicamente digna de proteção; e se permitisse, a quem tem o direito sobre a coisa, exercê-lo contra quem tem o poder de fato sobre essa coisa, consagrar-se-ia a justiça privada, o recurso à violência. Demais, ao possuidor que tem simultaneamente o poder de fato e o direito sobre a coisa concede-se uma proteção muito mais eficiente do que a atribuída apenas a esse direito.

Ocorre que o poder de fato, em que a posse consiste, tem o conteúdo mesmo do direito de propriedade, a senhoria ou economia da propriedade é o mais extenso direito existente em relação a uma coisa, não havendo poder de fato cuja consistência se subtraia a esse poder de direito. Por isso, de ordinário, a noção de posse aparece associada à da propriedade. Mas é apenas por isso, já que a proteção da posse independe da correspondência acaso existente entre esse poder e qualquer direito que se possa configurar quanto a uma coisa, inclusive o domínio. Quem possui só pode, pois, ter um comportamento semelhante, embora parcialmente, ao de quem é o dono. As aparências são necessariamente idênticas. Mas o direito não consagra e tutela a posse porque seja ela elemento exterior da propriedade.

A posse, então, não se pode definir como o exercício da propriedade. Nem mesmo conviria dizer que é o exercício de faculdade inerente à propriedade. A posse não é o exercício da propriedade ou de qualquer outro direito. Ela simplesmente é um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade: o possuidor tem um comportamento análogo ao de quem exerce poder peculiar ao domínio, ou de outro titular de um direito real à substância da coisa. O possuidor comporta-se

“como se” fosse titular de um direito real (diferente do da posse). Mera questão de aparência – mas questão juridicamente relevante.

Foram esses fatores determinantes da definição de posse que propusemos, e que só inserimos entre as normas propriamente jurídicas por apreço à tradição de nosso direito (a rigor deveria ficar fora do código): considera-se posse o poder de fato que se manifesta sobre uma coisa, mediante comportamento que corresponde ao exercício de faculdade inerente à propriedade. Protege-se a posse independentemente de ter o possuidor, sobre a coisa, o direito de propriedade, ou de qualquer outro direito.

Eliminamos qualquer referência à posse de direito por entender que a posse não pode ter direitos por objetos. As razões que tornam inconcebível a posse de uma coisa incorpórea militam em desfavor da admissão de uma posse de direitos. Os efeitos da posse encontram-se vinculados essencialmente à existência de uma coisa, tais como o usucapião, o direito aos frutos e as benfeitorias. Parece-nos também extremamente difícil imaginar proteção possessória eficaz sem que se possa reportar a algo de material e é notório que só motivos de ordem política vinculados à ausência de uma proteção tão eficiente quanto a possessória, é que determinam a funesta extensão da posse de direitos pessoais – motivos que, aliás, atualmente não prevalecem. A pureza técnica e o rigor científico foram conturbados por fatores rigorosamente extrajudiciais e eventuais. A chamada *posseio juris*, ou *quase posseio*, compromete, ao nosso ver, os fundamentos doutrinários do conceito de posse, que emigraria do direito das coisas, para, praticamente, confundir-se com a noção rarefeita de exercício de direito.

Condenando a posse de direitos, e restaurando destarte a tradição romana, reconhecemos os resultados da pesquisa que, contemporaneamente, se faz em torno do conceito de posse.

Ma che oggetto di un rapporto giuridico possa essere un diritto è concezione che è stata vigorosamente combatuta ed oggi si va eclissando. Salvo qualche sporadica resistenza, è ormai opinione comune in dottrina – e si va affermando anche nelle pronunzie giurisprudenziale – che oggetto del rapporto giuridico è sempre un bene. Anche del possesso, pertanto, è oggetto un bene, ossia una porzione delimitata del mondo esteriore, assoggettabile al dominio dell'uomo.²

Dentre as grandes codificações, apenas o Código Civil português insiste na posse de direitos. Na esteira do Código alemão e do suíço, o italiano (a posse é o poder sobre a coisa), o etíope (a posse consiste na senhoria efetiva que uma

² GENTILE, Francesco Silvio. *Il possesso*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965. p. 62.

pessoa exerce sobre a coisa), o polonês (poder de fato sobre a coisa), o grego (poder de fato sobre a coisa) restringem a posse às coisas.

Aliás não foi outra a orientação dos projetos de Código Civil de Clóvis Bevilacqua e de Orlando Gomes, inclusive da Comissão revisora.

Nem mesmo a servidão justificaria a esdrúxula criação da posse de direitos, pois que o objeto da posse não é o direito de servidão, senão o imóvel serviente. A extensão e a natureza do aproveitamento econômico da coisa, vale dizer, da sua utilização e fruição, é que determinam o enquadramento da posse nas categorias de direitos reais existentes, fazendo com que a posse “corresponda” a esse direito, enseje o surto desse direito através do usucapião:

Tanto se si eserciti fatto-correspondente al domínio quanto se si eserciti una servitù o un qualunque diritto reale, l'oggetto del possesso è sempre la cosa, non la cosa nel primo caso, il diritto reale – che tra l'altro non esiste nel secondo. E se differenza vi è tra i due possessi, essa verte sul contenuto, sulla estensione del godimento.³

A doutrina e jurisprudência brasileiras perseguem atualmente o rumo da posse de coisa. É esse o testemunho dos autores (*vide, v.g.*, Serpa Lopes e Washington de Barros Monteiro) e a obra nacional mais recente que versa a posse, o magnífico *Tratado de direito privado*, de Pontes de Miranda, advoga com fervor a limitação de posse às coisas.⁴

À defesa da posse não fizemos senão uma referência miúda, já que tem o assunto prevalecente natureza processual. Bastará, ao Código Civil, mencionar a tríplice lesão da posse e as ações correspondentes. Inclusive a conhecida alusão à posse velha e posse nova deverá omitir-se, evitando-se o atrito entre os dispositivos do Código Civil (art. 507) e do Código de Processo civil (art. 371), relativos à expedição do mandado liminar.

5 O condomínio especial foi objeto de disciplina minuciosa, que estava a merecer. E pareceu-nos que as incorporações devessem continuar sendo regidas exclusivamente por lei especial.

Foi assente o critério do valor do cálculo da fração ideal e o princípio da inseparabilidade que rege as unidades imobiliárias em relação às frações ideais, os direitos às partes comuns relativamente à propriedade exclusiva, e permitiu-se ao condômino alienar parte acessória da sua unidade (por exemplo, a sua área no abrigo para veículos) a outro condômino. Preferência reconhecemos ao condômino

³ STOLFI, N. *Diritto civile*. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926. nº 22.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. t. X. p. 81.

na locação, por outro condômino, da área no abrigo para automóveis, na tentativa de prevenir os conflitos que frequentemente causam a admissão de estranhos nesse compartimento, de ordinário tão exíguo. A classificação das benfeitorias foi invocada para a determinação dos votos necessários à aprovação de obra; as absolutamente indispensáveis e urgentes até mesmo qualquer condômino pode realizar, mas não se arvorará em síndico para o fim de, efetuando outras, pretender o reembolso das despesas. Fizemos a exigência da unanimidade dos condôminos para a construção de nova unidade imobiliária, ainda mesmo quando realizada no terraço de cobertura particular; mas obras de acréscimos pode o condômino aí empreender, subordinadas inclusive à condição de não erguer mais de um pavimento no edifício (a faculdade que o art. 1.127 do Código italiano cria, de o condômino elevar outros andares, se nos afigurou excessiva).⁵ Consideramos justo o condômino custear as despesas relativas às partes comuns do uso exclusivo, e isentá-lo das concernentes ao ascensor, quando mora no pavimento térreo.

Não podemos deixar de enfrentar o problema do condômino que recalitra no descumprimento dos seus deveres perante o condomínio. É esse o caso do que reiteradamente não paga as contribuições e do que tem tal comportamento que torna insuportável a convivência e até mesmo a utilização das suas unidades pelos outros condôminos. A questão, que infelizmente não rareia, não escapou à consideração de legislações estrangeiras, que lhe dão soluções drásticas. O art. 44 da lei mexicana, de 15 de dezembro de 1954, sujeita o condômino inadimplente à perda da sua unidade, mediante a venda forçada, deliberada por três quartos dos condôminos restantes. A lei espanhola sobre propriedade horizontal, de 21 de julho de 1960, comia, ao exercício, no imóvel, de atividades não permitidas pelos estatutos, prejudiciais, imorais, perigosas, incômodas ou insalubres, a sanção da privação do uso, extensiva a quem convivia com o possuidor. Preferimos impor, ao morador da unidade imobiliária, multa, que pode atingir o décuplo das contribuições para o condomínio, em período que a assembleia dos condôminos, com o quórum de três quartos dos restantes, vier a determinar. A gravidade da sanção pecuniária pode levar o recalitrante a mudar-se, devolvendo a tranquilidade à conveniência entre os moradores.

Dispositivos de menor importância foram insinuados na parte relativa à administração do condomínio, acerca dos poderes de representação do síndico e reunião da assembleia dos condôminos em segunda convocação.

6 De considerar o problema das construções, que invadem parcialmente terrenos alheios, descuidou o nosso Código Civil, não obstante o Código Civil alemão já haver regulado a matéria. No direito alemão, o vizinho, proprietário do

⁵ Vide também o art. 25 da Lei colombiana nº 182, de 1948.

solo invadido, deve suportar a invasão, se o construtor obrou de boa-fé, mas tem direito a ser indenizado com renda anual, em dinheiro (§§912-916).

O Código Civil suíço, art. 674, permite ao construtor de boa-fé adquirir direito real sobre a parte invadida, mediante pagamento de indenização razoável ao proprietário, que não manifestou oposição oportuna. Também o direito italiano (artigo 928 do Código Civil) faculta à autoridade judiciária a atribuição, ao construtor de boa-fé, da propriedade da edificação e do solo invadido, se este paga ao proprietário o dobro do valor do solo ocupado e lhe ressarcir os danos; a hipótese da construção realizada de má-fé não figurada no Código Civil italiano.

No direito brasileiro, a questão foi agitada pelo eminente Professor Clóvis Paula da Rocha, em sua monografia a respeito, *Das construções na teoria geral da acessão*. Ele defende a tese do interesse social na conservação das construções e concede, ao dono da edificação invasora, a propriedade do solo invadido, através de pagamento de indenização que exprima assim “o valor do mercado na área perdida” como “a desvalorização da área remanescente”.

O Código Civil português, reconhecendo a propriedade do construtor de boa-fé sobre a parcela de terreno alheio, manda pagar também “o valor do terreno” e reparar “o prejuízo causado designadamente o resultado da depreciação eventual do terreno restante” (artigo 1.343, I). À tese eminente do Professor Clóvis Paulo da Rocha aderiu Serpa Lopes.⁶ Defende também a permanência da construção invasora Orlando Gomes.⁷ O artigo 435 do Projeto de Código Civil, da Comissão Revisora, atribui ao construtor de boa-fé a propriedade do terreno invadido, quando a invasão não excede um metro; no Projeto Orlando Gomes essa distância é de meio metro (art. 443). Acerca da permanência das construções invasoras, feitas de boa-fé, proferiu brilhante voto o emitente Desembargador Martinho Garcez Neto, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 28.711.⁸

Distinguímos as hipóteses de boa-fé e má-fé, do construtor, embora atribuindo-lhe, em ambos os casos, em princípio, a propriedade do solo invadido. Sacrifica-se o direito do proprietário, que não embargou a construção oportunamente, em homenagem ao princípio do maior valor social das construções. O construtor de boa-fé adquire a propriedade do solo invadido, se o valor da construção excede o desta parte, e paga indenização que represente inclusive o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente; o construtor de má-fé adquire também essa propriedade, pagando o triplo das perdas e danos previstas para o caso anterior, e se o valor da construção excede consideravelmente o valor

⁶ LOPES, Miguel Serpa. *Curso de direito civil*. [s.l.]: [s.n.], 1960. v. VI. p. 395-398.

⁷ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. [s.l.]: [s.n.], 1958. p. 217.

⁸ *Diário de Justiça*, 29 ago. 1957. p. 2223.

do solo invadido e não se pode demolir a porção invasora sem grave risco para a construção.

7 Abolimos a referência que o faz o artigo 715 do Código Civil ao usufruto que resulta do direito de família, o qual, não sendo direito real, não é, a rigor, um usufruto. Substituímo-la pela menção ao usucapião, cuja eficácia, como se sabe, independe de registro.

Mantivemos o princípio da inacessibilidade do usufruto e, coerentemente, repudiamos a hipoteca desse direito real.

O usufruto de títulos de crédito enseja o problema do usufruto de dinheiro, quando o título vence enquanto perdura o direito do usufrutuário. É certo que tem este o direito, e mesmo o dever, de cobrar, a menos que se exija – o que não fizemos – autorização expressa do nu-proprietário a que se lhe faça o pagamento (Código Civil da Etiópia, art. 1350). Ora, convertendo-se em dinheiro o título de crédito, o usufrutuário transformar-se-ia em proprietário, e o usufruto em mútuo. Para que o direito real do nu-proprietário não se desfaça num mero direito de crédito, ordenamos, no interesse inclusive do próprio usufrutuário, que fica preservado de uma aplicação desastrosa das quantias recebidas, e sob pena de antecipada extinção do usufruto, a imediata sub-rogação desse direito em títulos da natureza dos anteriores, já vencidos e cobrados, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de correção monetária.

Mantivemos os direitos reais de uso e habitação.

O uso foi alargado para compreender todos os atos que são abrangidos pela faculdade de uso, com as delimitações peculiares ao usufruto, e a própria fruição, mas circunscrita às necessidades do usuário e das pessoas de sua família. Noutras palavras, as restrições que diminuían o uso, agora atingem a fruição.

Restaurada a verdadeira doutrina acerca do uso, ampliadas as possibilidades do seu emprego, é possível venha o instituto ganhar vitalidade.

Aliás, à habitação veio de se referir a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que a concede ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto permanece viúvo, quanto ao imóvel destinado à residência da família.

8 No condomínio geral, há, apenas, duas inovações: o princípio de presunção de igualdade das partes ideais dos condôminos, o qual atua quando falta a indicação no título de constituição, e a faculdade, que assiste ao condômino, de se exonerar do pagamento das despesas e dívidas do condomínio, renunciando a sua parte ideal.

O exercício dessa faculdade de renúncia, que a doutrina reconhece,⁹ entendemos que aproveita aos demais condôminos na proporção dos pagamentos que

⁹ Vide, v.g., PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. t. XII. p. 88; 119, o qual defende a tese de que a parte ideal do condomínio renunciante é *res nullius*, ou pertence ao Estado.

fizeram. Se não há condômino que se interesse por eles, proceder-se-á à divisão da coisa comum, consoante o que prescreve o parágrafo único do artigo 624 do Código Civil.

Tem o condômino preferência, na venda da coisa comum, em relação ao estranho, e em iguais condições de oferta (artigos 623 do Código Civil e 410 do Código de Processo Civil). Entre os condôminos, prefere-se o que tiver benfeitorias mais valiosas e, não as havendo, o de quinhão maior. Ora, pode ocorrer que nenhum dos condôminos tenha benfeitorias na coisa comum e participem, todos eles, do condomínio, em cotas iguais. O Código Civil não previu a hipótese. Qual, então, dos condôminos terá preferência? Clóvis Bevilacqua opina no sentido de que, nesse caso, “o direito igual dos condôminos anula-se reciprocamente, e a coisa será vendida ao estranho”,¹⁰ o que vale dizer que, esgotados os critérios legais, a preferência se desfaz. Pareceu-nos mais acertada a tese desenvolvida, em parecer notável, por Epiácio Pessoa¹¹ e abraçada por Francisco Campos,¹² a qual fornece critério subsidiário e definitivo para o exercício do direito impostergável do condômino à preferência ante o estranho: os condôminos não intervêm no leilão para licitar com estranhos, mas, ultimadas as ofertas destes, verificar-se-á, dentro os condôminos, quem oferece maior lance. Ao condômino, que oferece maior lance, e superior, ou igual, ao do estranho, adjudicar-se-á o imóvel.

9 A parte geral do direito de vizinhança sofreu total remodelação. Impunha-se a reforma, por causa de insuficiência da disciplina do Código Civil, restrita ao art. 554. Malgrado a elasticidade com que sabidamente o legislador dotou esse dispositivo e as ensanchas que destarte abriu à doutrina, a falta de critérios firmes de soluções dos variados e graves conflitos de vizinhança tem ensejado sulcadas dificuldades para os juízes.

Inovamos em relação à lei, não quanto à doutrina. Esposamos a teoria desenvolvida pelo saudoso Professor San Tiago Dantas, na sua tese brilhante *O conflito de vizinhança e sua composição*. Ela conjuga a teoria do uso normal e a da necessidade, o princípio da coexistência dos direitos, que é o estatuto de vizinhança comum, e o princípio da supremacia do interesse público, ao qual se reporta a vizinhança industrial. Devem sempre cessar as interferências anormais que podem ser evitadas ou tornam inabitáveis os imóveis adjacentes. As outras, que o interesse público justificar, podem ser mantidas, mas mediante pagamento de indenização aos vizinhos prejudicados.

¹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado* – Comentário ao artigo 632. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. III.

¹¹ PESSOA, Epiácio. *Arquivo Judiciário*, v. 8, p. 58.

¹² CAMPOS, Francisco. *Direito civil*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. p. 425.

A respeito da passagem forçada, acrescentamos que se exerce em relação ao imóvel que mais natural e facilmente a ela se prestar; e que, na hipótese, o encravamento resultar de alienação parcial e divisão de um prédio, se constrangerá à passagem de uma das suas partes sem agravamento para a situação de terceiros.

Reproduzimos, com pequenas alterações, as normas, que figuravam no projeto anterior, quanto à passagem de cabos elétricos, tubulações de gás e esgoto.

Normas novas foram elaboradas acerca do aqueduto, das plantas que servem de divisa, dos tapumes especiais, do alteamento da parede divisória, do ingresso em imóvel alheio para apoderamento de coisas próprias, e das construções, escavações ou demolições passíveis de provocar desmoronamentos ou deslocamentos de terra.

Particularmente importantes são os preceitos referentes à construção e às servidões de janelas. Mantivemos a norma que veda abrir janelas a menos de metro e meio do terreno vizinho, mas demos, tal como vêm fazendo julgados dos nossos tribunais, tratamento especial às janelas perpendiculares, que propiciam, muito menos que as outras, o devassamento do imóvel adjacente; e, pela mesma razão, àquelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, projetando-se para dentro do próprio imóvel em que se ergueu a construção.

Se o proprietário não exige, no prazo de ano e dia após a conclusão da obra, que se desfaça a janela, constitui-se a servidão. A perplexidade, que o silêncio do Código Civil provocou acerca dos efeitos desse direito real, agora se desmancha, ao se prever que o proprietário do imóvel serviente não pode abrir janela a menos de três metros da construção vizinha e que, sem a abrir, não lhe é lícito edificar a menos de metro e meio dessa construção. O objetivo da lei, ao ordenar que cada proprietário abra janela a menos de metro e meio da linha divisória, é manter, entre as janelas, a abertura mínima de três metros, dificultando, assim, o devassamento. Constituída a servidão, alcança-se esse objetivo, em detrimento do imóvel serviente, cujo dono, não tendo embargado oportunamente a construção irregular e não pretendendo, no prazo legal, que se desfizesse – terá de recuar a sua edificação. Uma vez que a abertura ilícita da janela pode não ter sido feita sobre a linha divisória, pareceu-nos que as finalidades da lei seriam amplamente preservadas, se a distância, dos três metros, ou do metro e meio, fosse contada a partir da construção irregular, e não da referida linha.

As frestas, seteiras ou óculos para luz podem ser tolerados, sem o risco de se constituir servidão, seja qual for a sua disposição, altura e quantidade, mas estabelecemos que não podem ser abertos a menos de um metro e oitenta centímetros de altura, contados do chão, em ambos os lados da parede. Permite-se, assim, a iluminação e, ao mesmo tempo, preserva-se o vizinho do devassamento.

10 Sugerimos que, entre as disposições finais do novo Código, figure a proibição de constituição de novas enfiteuses, e de subenfiteuses, respeitando, assim, os aforamentos até então existentes. Uma vez que a sua disciplina se regerá, pelo direito anterior, pareceu-nos conveniente omiti-la. A reprodução dos preceitos do Código Civil vigente seria enfadonha e unicamente desaconselhável, ainda porque o instituto realmente não se coaduna com a orientação dominante no esboço. Transplantá-los seria aceitar um órgão vulnerável e doente, comprometendo, nesse ponto, a estabilidade e a longevidade de todo o novo corpo de leis. Afigurou-se-nos inclusive que, se vier a prevalecer a tese de extinção do instituto, ou de que maiores dificuldades devem ser propiciadas em vista do seu paulatino desaparecimento, as providências devem ser objeto de lei especial, ficando o Código extreme das controvérsias doutrinárias, imputações de inconstitucionalidade, discussões e dúvidas, que certamente aflorarão.

11 No instituto das servidões tocou-se apenas para admitir a possibilidade de o dono do prédio dominante remover a servidão, de um local para outro, contanto que o faça à sua custa, sem prejuízo para o prédio serviente, e haja considerável incremento da utilidade (a comodidade não justifica a remoção). Corresponde ao direito de remoção, que o artigo 703 do Código Civil já consagra, do proprietário do prédio serviente.

12 A anticrese pareceu-nos uma garantia em desuso e, por isso, foi suprimida. Enquanto simples pacto acessório do contrato de penhor, destinado a compensar os juros pelos frutos, a sua criação justificava-se (aliás, a função que exercia foi preenchida, em nosso esboço, mediante o reconhecimento do direito do credor pignoratício, que tenha a coisa empenhada em seu poder, de se apropriar dos seus frutos, imputando o valor deles no montante da dívida). Como direito real autônomo, revela os defeitos que relegaram o instituto ao esquecimento. A perda da posse do imóvel não pode deixar de ser considerada uma desvantagem para o devedor, a par das dificuldades que lhe ocasiona relativamente à alienação e à constituição de outros gravames reais. Para o credor, tem a anticrese o inconveniente de lhe transferir o ônus do pagamento, pois que através da percepção dos frutos e produtos e sua imputação nos juros e capital é que a dívida se extinguirá, paulatinamente – inconveniente tanto maior quanto, recaindo a garantia sobre o imóvel e armada de direito real, e desnecessária a transferência da posse do imóvel do proprietário ao credor.

13 Entre os direitos reais de garantia não enfileiramos a alienação fiduciária, que a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, introduziu entre nós, a fim de 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 nº 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.

A alienação fiduciária tem inconvenientes indisfarçáveis, para o devedor e para o credor, que patenteia a sua feição artificiosa, de negócio cujos meios ultrapassem desnecessariamente os fins, os motivos excedendo as causas. Constitui um retrocesso técnico indiscutível, em confronto com os demais direitos reais de garantia: a evolução deles se iniciou precisamente com a transferência de propriedade (*fiducia cum creditore*), prosseguiu com a transferência da posse (penhor), culminou com a desnecessidade até mesmo da cessão de posse da coisa ao credor (penhor sem translação de posse, hipoteca), para terminar com a substituição das garantias pelo seguro (seguro de crédito).

Esse instituto, do qual não se esboçou ainda, satisfatoriamente, a disciplina, civil e processual, certamente não está em condições de figurar num corpo de leis que se propõe a substituir o nosso Código Civil, diploma notável pelo rigor da técnica jurídica.

14 Preferimos introduzir no penhor importantes modificações e inovações, destinadas a alargar a área de utilização do instituto e a satisfazer as necessidades crescentes de expansão do crédito. O credor pignoratício foi autorizado a apropriar-se dos frutos da coisa apenhada, que tenha consigo, para imputar o seu valor nas despesas de guarda e conservação do objeto do penhor, nos juros e na própria dívida; e a promover a venda antecipada, quando haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, depositando-lhe o preço. O depósito do dinheiro foi também exigido no penhor de título de crédito vencido, e cobrado pelo credor pignoratício. E criaram-se penhores de veículos automotores e de coisas de uso doméstico, com a particularidade peculiar também ao penhor rural e ao industrial, de permanecerem tais bens em poder do devedor. Com este último penhor atendem-se às necessidades do pequeno consumidor, cujos recursos magros são insuficientes para a aquisição até mesmo das alfaias e aparelhos domésticos, e que, doravante, com a garantia deles, poderá vir a contrair empréstimos, sem se privar da posse de bens cuja utilização lhes é indispensável, os interesses do credor foram satisfeitos com a associação entre o penhor e o seguro, uma vez que pode exigir que o devedor segure o objeto do penhor, sob pena de fazê-lo à custa dele, pelo valor real. Demais, a alienação das coisas empenhadas, ou a sua mudança sem prévia comunicação ao credor, acarreta o vencimento antecipado da obrigação.

O penhor legal foi abolido. Dentre os casos, nos quais o Código Civil concede penhor, apenas um tem certa vitalidade, o dos hospedeiros, estalajadeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento sobre bagagens, móveis, joias ou dinheiro, dos seus consumidores ou fregueses. O penhor legal do proprietário sobre as

alfaias do inquilino jamais teve qualquer aceitação: alvo de descrédito, a fiança preencheu-lhe sempre as funções.

Em verdade, o penhor legal padece de um mal insanável, qual seja a apreensão material dos bens do devedor por iniciativa e autoridade própria do credor. É legítimo reter a pessoa bens alheios em determinadas circunstâncias, ou defender-lhes a posse, até mesmo empregando força.

Mas, violentamente, apossar-se de coisas que se encontram em poder de outrem é chocante, embora com a permissão da lei, e pode provocar graves conflitos.

À Comissão propusemos a substituição do penhor legal pelo direito à preferência e à retenção, nesta última hipótese quando, evidentemente, bens do devedor se encontrem em poder do credor, como pode acontecer no caso do hoteleiro.

15 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 sua posse (somente a adjudicação transferir-lhe-á a propriedade), colocando-a 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 Lafayette já criticava o direito anterior, porque rompia “com a ciência e a tradição” abolindo “em matéria de hipoteca aquela faculdade”.¹³

O mesmo sentido tem a proibição da cláusula que veda ao proprietário alienar o imóvel hipotecado. Ela prejudica sensivelmente o devedor, que fica despojado da faculdade de vender o imóvel para pagar a dívida, sem trazer grandes benefícios ao credor hipotecário, em virtude da natureza real do seu direito. Compromete, em suma, a excelência e a flexibilidade da hipoteca, cujo apuro técnico dimana parcialmente do poder de dispor do imóvel, que tem o devedor.

O art. 855 do Código Civil sofreu correção, substituindo-se a “preferência” pela faculdade de remição, que se confere ao Poder Concedente. O art. 985 do Código de Processo Civil incorreu, aliás, no mesmo equívoco.

Estendemos a licitação, subsequente à recusa do preço oferecido pelo terceiro adquirente do imóvel hipotecado, que se dispôs a remi-lo, a estranhos, possibilitando, assim, a oferta do preço maior. Não descobrimos razão ponderável para circunscrevê-la, como fazem o Código Civil (art. 816) e o Código de Processo Civil (art. 396), aos credores hipotecários, os fiadores e o próprio adquirente.

¹³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas* – 2. [s.l.]: [s.n.]. [s.d.]. §259.

O prazo de validade da prenotação foi ampliado para noventa dias, que é, aliás, o proposto no Projeto Clóvis. Raramente julgam-se as dúvidas nos trinta dias, a que se refere o art. 835 do Código Civil.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CHAMOUN, Ebert. Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do Código Civil – Direito das coisas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 225-239, abr./jun. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.02.013
