

Os Direitos Reais no Novo Código Civil

GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO

Professor de Direito Civil da UERJ. Procurador Regional da República/RJ

1. Questões Preliminares ao Estudo do Novo Código Civil e das Principais Inovações no Âmbito dos Direitos Reais

A chegada de um Código novo gera idiossincrasias e ufanismos. Daí a necessidade de sublinhar, preliminarmente ao estudo do Código Civil de 2002, a postura que se deve adotar diante da nova codificação. Pessoalmente, por honestidade científica, devo dizer que fui um dos mais rigorosos críticos do novo Código. O Texto me pareceu inoportuno, redigido substancialmente antes da Constituição, não absorvendo a recente história jurisprudencial brasileira – importantíssima para o direito privado, sobretudo a partir da criação do Superior Tribunal de Justiça.

Pretendeu-se realizar uma atualização meramente técnica, uma espécie de purificação legislativa; na vã ilusão de que o Direito está apartado dos fatos sociais e de que, portanto, a partir das modificações experimentadas pela sociedade, bastaria vir o legislador e, com regas mais atuais, restaurar o tecido envelhecido, mantendo-se a mesma racionalidade do passado. O equívoco maior do Código, portanto, não está na sua omissão no que concerne às novas matérias e novas tecnologias mas na sua própria concepção, fundada em tábua axiológica excessivamente voltada para a lógica patrimonialista e proprietária.

Tendo sido o Código promulgado, contudo, haveremos de *construí-lo interpretativamente*, com paixão e criatividade, no sentido de buscar a sua máxima eficácia social, harmonizando-o com o sistema normativo civil-constitucional.

Um novo tempo não se realiza com a produção de leis novas, desconhecen-

do-se a identidade cultural da sociedade. É preciso que se ofereça aos profissionais do Direito, com esforço e inteligência, a interpretação mais compatível com a Constituição da República - com os valores da sociedade, com a experiência do Direito vivo, cunhado, em grande parte, pelos magistrados. Assim verificaremos criticamente os aspectos que poderiam estar melhor redigidos, ou que poderiam estar regulados de outra maneira, procurando, de todo modo, esgotar as possibilidades hermenêuticas *de lege lata*.

Neste contexto, causa uma imensa insegurança o fato de termos 180 emendas ao Novo Código, em regime de urgência, tramitando no Congresso Nacional. Tais propostas de reforma não guardam coerência interna, atendendo a solicitações as mais variadas. Expressam sentimentos individuais de colaboradores, o que impede uma análise sistemática das alterações propostas. Por isso, o mais prudente, neste momento, é desconsiderar as reformas e dedicar nossa atenção às normas em vigor, na tentativa de extrair a melhor interpretação possível.

A segunda questão importante, também preliminar, diz respeito à crise de fontes normativas do momento presente. No Séc. XIX, com as Ordenações ainda em vigor no Brasil, havia uma pluralidade de fontes normativas que confundia a aplicação do direito pelos magistrados. A codificação àquela altura expressou uma identidade cultural em torno dos valores liberais da revolução burguesa, absorvidos pelas elites rurais brasileiras. Liberdade para o contratante e para o proprietário, que poderiam, sem entraves, adquirir e acumular riqueza, eis a aspiração patrimonialista reconhecida pelo Código de 1916.

Texto elaborado a partir de transcrição fonográfica de palestra proferida na EMERJ, em 8/11/2002.

Tais valores logo se mostrariam insuficientes, no começo do Séc. XX, para regular nosso incipiente mercado e nossas relações jurídicas privadas, obrigando a uma intervenção crescente do legislador. A intervenção se faria imprescindível já nos anos 30, em vista da necessidade de reequilíbrio das relações privadas, que se mostrava urgente ao aperfeiçoamento do próprio capitalismo, uma vez que as diferenças sociais já se agravavam no Brasil. Nessa época surgiram a Lei da Usura, as primeiras leis locatícias, em particular o decreto relativo à renovação compulsória, e assim por diante.

O longo processo de intervenção legislativa, durante todo o séc. XX, que ensejou o chamado dirigismo contratual, foi intensamente auxiliado pela Magistratura, delineando-se cenário de afirmação de direitos sociais paulatinamente consagrados, processo histórico que tem o seu estuário na Constituição de 5 de outubro de 1988.

Com a Constituição de 5 de outubro, verifica-se, por um lado, a perda de importância do Código Civil e, por outro, a necessidade de se conviver com uma pluralidade de fontes normativas – as leis especiais, os chamados grandes estatutos. Os maiores exemplos destes estatutos são o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulam inteiros setores do ordenamento, não somente em matéria de direito substantivo, mas também de direito adjetivo, além de criarem tipos penais, regras de interpretação, dispendo sobre questões de direito administrativo etc.

Esse conjunto de fontes normativas ainda é acrescido pelas normas consagradas em tratados internacionais, cujos princípios podem até ser incorporados no rol dos princípios fundamentais, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição da República.

Tal conjunto de fontes normativas há de ser, de alguma maneira, harmonizado pelo intérprete, exigindo-se um esforço redobrado da magistratura, sobretudo diante da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Não é mais possível imaginar que o Novo Código Civil irá

restaurar aquela unidade orgânica das codificações do Séc. XIX, com perfil de verdadeira *Constituição do Direito Privado*. A complexidade da vida contemporânea afasta esta pretensão e descarta a velha dicotomia do direito público e do direito privado, ramos cada vez mais sobrepostos, diante das atuais demandas problemas da sociedade.

Essa visão oitocentista do Código Civil como Constituição do Direito Privado deixa de ser verdadeira no momento em que se tem uma pluralidade de fontes normativas e o surgimento de novos institutos e interesses insuscetíveis de enquadramento no Direito Público ou no Direito Privado. Especialmente quando a Constituição da República, reunificando todos esses subsistemas legislativos, elege a pessoa humana, a sua dignidade, como o valor central de todo o ordenamento, permeando as relações jurídicas de direito público e de direito privado.

Significa dizer que os princípios informadores do sistema hão de ser os fixados pela Constituição. E, à medida que a Constituição instrumentaliza as situações jurídicas patrimoniais (empresa, propriedade) aos valores existenciais (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial), a busca do significado funcional do institutos de direito civil há de nortear a atividade do intérprete mais do que a discussão casuística de um ou outro problema suscitado pelo Novo Código.

Examinem-se tais princípios fundantes no nosso sistema jurídico. Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inc. III. O segundo é o valor social da livre iniciativa e do trabalho, funcionalizando a autonomia privada e, portanto, também a transferência de bens móveis e imóveis aos valores sociais daí decorrentes. Quanto à solidariedade social, esta justifica a vulnerabilidade tutelada pelo Código do Consumidor, a pluralidade da concepção familiar, a capacidade contributiva norteadora do Direito Tributário etc. Finalmente, o princípio da igualdade

de substancial, de que trata o art. 3º, III, e que, ao lado do art. 5º, segundo o qual todos são iguais perante a lei, estipula o dever de diminuição das desigualdades sociais e regionais.

Até bem pouco tempo, tais princípios eram considerados vinculantes apenas para o legislador, já que o Código Civil era a Constituição do Direito Privado. Os princípios constitucionais eram considerados, no máximo, como princípios gerais de Direito, aplicados como norma de integração no âmbito do direito civil. Há quem ainda pense assim.

Entretanto, enquanto os princípios constitucionais encontram-se no vértice da hierarquia legal, verdadeiras pontes normativas entre os valores, como grandes opções do ordenamento, e as regras jurídicas, os princípios gerais de direito, ao contrário, nada mais são do que mecanismos de integração subsidiários do Juiz, aos quais, segundo a Lei de Introdução do Código Civil, só se recorre na inexistência de analogia possível ou de costume reconhecido. Daí a imprescindibilidade de se separarem os dois conceitos.

Tais premissas devem servir de balizas para o exame de todos os livros do Código Civil, sendo-nos dado agora enfrentar as principais inovações no campo do direito das coisas.

2. Os Direitos Reais no Novo Código Civil. Principais Inovações

O Livro dedicado ao Direito das Coisas foi redigido pelo meu grande e querido mestre, Prof. Ebert Chamoun. É um jurista de grande cultura e rigor técnico, qualidades que transparecem em relação à posse a diversas soluções aventadas no âmbito dos direitos reais.

Destaco dois aperfeiçoamentos técnicos, quanto à posse. Em primeiro lugar, no que toca à sua própria concepção. Passando ao largo da discussão secular acerca de sua natureza jurídica, na busca de sua definição como *fato* ou como *direito*, a posse é definida como um *exercício de fato*. Independentemente, pois, de título, o simples exercício de uma

das faculdades inerentes ao domínio já se constitui em posse, um direito autônomo, com ações próprias, independente em relação à propriedade.

Ihering concebeu a proteção da posse a partir da propriedade. A posse era considerada uma espécie de vanguarda avançada da propriedade, que tinha tanta importância ideológica para o sistema que o seu mero exercício, por si só, já recebia tratamento autônomo, a fim de se proteger a simples aparência de proprietário.

Essa visualização do domínio, contudo, no âmbito e a partir da evolução legislativa e jurisprudencial, torna-se uma proteção autônoma; a vanguarda avançada da propriedade mostra-se assim reconhecida independentemente da presença do título dominical, até mesmo sem o domínio, ou, em alguns casos, contra o domínio. Essa vanguarda avançada, escapando dos limites entrevistos pela construção de Ihering, passa a ter bases axiológicas constitucionais. Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independentemente do domínio. A justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.

Essa concepção da posse se manifesta no Código Civil e deve ser construída pelo intérprete à luz da Constituição. No Código de 1916, a aquisição e a perda da posse, ou seja, os antigos arts. 493 e 520, eram reguladas por preceitos infelizes. Dizia o primeiro: “Adquire-se a posse pela apreensão da coisa ou pelo exercício do direito”. Ao que objetava o Prof. Chamoun: “Nada mais impreciso, porque a rigor basta o exercício do direito para se verificar a posse”. Segundo inciso: “Pelo fato de se dispor da coisa ou do direito”. Replicava o Prof. Chamoun: “Quando disponho de alguma coisa, eu

me despeço dela, eu deixo de ser possuidor, não adquiro”. Terceiro inciso: “Por qualquer dos modos de aquisição em geral”; rematava o Prof. Chamoun: “Qual a razão dos incisos I e II, se em seguida o inciso III faz referência a qualquer dos modos de aquisição em geral?”.

Não era realmente feliz esse dispositivo. O Novo Código Civil é bem mais preciso. Determina o art. 1.204: “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”. Trata-se de uma situação fática, mas que se separa da propriedade e que tem sua autonomia reconhecida pelo ordenamento.

Quanto à perda da posse, no atual art. 1.223, temos a mesma revisão conceitual. Afirma o preceito: “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem ao qual se refere”. Vê-se que posse, no Novo Código, está posta como mero exercício de fato de alguma das faculdades inerentes ao domínio, independentemente do domínio, sem o domínio e mesmo contra o domínio.

O segundo aspecto - agora não conceitual, mas prático -, atinente à funcionalização da posse aos valores constitucionais, dá-se, em particular, no que tange à forma de aquisição da usucapião. Aqui, o Código absorveu as duas modalidades que já conhecíamos do Código Civil, diminuindo os prazos de 20 e 10 anos para 15 e 10 anos, respectivamente, dependendo da presença do justo título. O Código Civil também absorveu as duas modalidades constitucionais dos arts. 183 e 186, ou seja, 5 anos para a usucapião no caso de imóvel rural de até 50 hectares, e, no caso de imóvel urbano, de até 250 m², o que reflete a preocupação com a moradia.

Quanto ao usucapião urbano, aqui no Rio de Janeiro há tendência de se aplicar esse instituto também a apartamentos, e não só a terrenos, quando se tratar de comunidades pobres, rompendo-se com a interpretação estritamente literal. Instrumentaliza-se o instituto à

moradia, ao trabalho, independentemente da estrutura física do imóvel. Ao lado disso, temos a proteção na usucapião de 5 anos, que foi uma novidade, para a hipótese de problemas registrais. Essa nova modalidade resolve problemas gravíssimos. É o caso do Rio de Janeiro, onde, em torno da Barra da Tijuca, do Recreio dos Bandeirantes, moram dois milhões de pessoas numa cidade *sub judice*, devido a problemas registrais que vêm desde as Capitâneas Hereditárias. O parágrafo único do art. 1.242 pretende resolver esses problemas em muitas cidades ao rezar: “Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante de cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. É uma maneira de colocar-se um ponto-final, no prazo de cinco anos, à insegurança quanto à propriedade do bem imóvel adquirido por alguém que confiou no registro imobiliário.

Com relação à função social da posse, não é preciso que ela esteja prevista na Constituição, expressamente como está a da propriedade, para que seja exigível. No caso da posse, sendo um exercício de fato, já existe, *de per se*, a sua justificativa de acordo com a sua finalidade. A função social da posse, segundo recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prevalece em face da propriedade, mesmo quando a propriedade tiver sua finalidade econômica atendida, mas não atenda corretamente a sua função social. Então é uma proteção autônoma que se dá à posse. O Código aperfeiçoou isso do ponto de vista técnico e há de ser interpretado à luz da Constituição.

No que tange à propriedade, o art. 1.228 absorve, no §1º, ao lado do *caput*, que trata dos poderes do proprietário, sua função social. Até pouco tempo atrás, os juristas entendiam que função social da propriedade era uma questão filosófica, política ou teológica – Santo Tomás

considerava que a terra, no fundo, era uma propriedade coletiva e que, portanto, estávamos aqui só por empréstimo. Mas, o fato de a função social da propriedade ter-se inserido na Constituição da República e, em particular, agora, no Código Civil, reclama uma definição objetiva de seu conteúdo jurídico

Como se sabe, a estrutura do direito de propriedade, prevista no Código Civil anterior e repetida no atual, é formada por um aspecto econômico e por um aspecto jurídico. O aspecto econômico é a senhoria: faculdade de usar, fruir e dispor; e é econômico porque manifesta a possibilidade de utilização econômica do bem. Já o aspecto jurídico propriamente dito é a possibilidade de utilizar-se das vias judiciais para repelir a ingerência alheia, para reaver a propriedade com a ação reivindicatória e protegê-la por meio das ações postas à disposição do proprietário.

Ao lado deste aspecto estrutural do domínio (que indica a estrutura de poderes do proprietário), é de se considerar o aspecto funcional, considerando-se a função social como elemento interno, e não como mera restrição externamente imposta pelo Estado.

Como elemento interno do domínio, a função social é responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não-proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical.

A propriedade privada, pois, como direito subjetivo, tem o aspecto estrutural e o funcional. Se a propriedade, por exemplo, não preserva o meio ambiente, o direito de propriedade começa a perder a sua legitimidade funcional porque, segundo o art. 186 da Constituição, a função social só é atendida quando – e agora o Código Civil o prevê expressamente – se respeita o meio ambiente.

A função social da propriedade confere, portanto, ao titular da propriedade, um duplo dever: o de deixar de praticar o ilícito, como colocar fogo numa floresta, e o de promover o meio ambiente, sob

pena de perder a legitimidade constitucional. O Judiciário não poderia admitir a tutela de um direito de propriedade que despreza a sua função social.

Veja-se, no Código Civil, o §1º do art. 1.228: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados,” – aqui está o conteúdo objetivo – “de conformidade como 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”. Tais interesses, expressamente indicados pelo codificador, devem ser preservados pelo titular do domínio para que o seu direito subjetivo seja assegurado.

O § 2º do mesmo art. 1.228 foi menos feliz: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Os atos emulativos, úteis no passado para se construir a doutrina do abuso do direito, tornam-se totalmente desnecessários no sistema atual, sendo a função social um elemento interno do domínio, um pressuposto de legitimidade. Muito antes do ato emulativo, a propriedade tem de se submeter a um controle social da utilização positiva na promoção dos valores sociais e constitucionais.

Com relação à propriedade, há ainda uma inovação muito importante, prevista no § 4º do art. 1.228: “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 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”.

É o problema dos núcleos irregulares. Se for dada uma interpretação literal ao dispositivo, será difícil caracterizar a boa-fé subjetiva, ou seja, o desconhecimento do vício possessório, nas situações ali descritas. A interpretação há

de ser, aqui, evolutiva, expandindo-se a noção de boa-fé e ampliando-se a legitimidade dos títulos para este efeito.

Em seguida, o § 5º diz: “No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário”. Isso pode também nunca ser aplicado, e vai-se passar a vida discutindo quem paga. Se for o Estado, seria uma forma de desapropriação, sendo necessária a previsão orçamentária e regulamentação própria do direito administrativo. Se forem os próprios possuidores, seria uma espécie de usucapião oneroso, uma modalidade nova. E como definir o justo valor para uma propriedade que se desvaloriza justamente pela forma de ocupação irregular? Tais aspectos hão de ser ainda debatidos e amadurecidos.

Uma curiosidade digna de nota diz respeito ao art. 1.233, em tema de invenção. Invenção vem de *in venire*: achar, encontrar; então, na verdade, não é um modo de aquisição da propriedade. Pois bem, o novo codificador, preocupado com esta acepção não vulgar de invenção, cuidando-se de noção técnica, substituiu-a por descoberta. A emenda ficou pior do que o soneto, porque invenção existe em todos os Códigos da família romano-germânica, é noção vinda do latim *inventare*, é um termo técnico. Já descoberta nem sempre é sinônimo de inventar. Ocorreu um desrespeito à tradição cultural do vernáculo das línguas neolatinas, a meu ver.

Há também duas novidades que resolveram problemas do direito de vizinhança: uma no que tange à construção em terreno alheio e outra no que concerne à servidão de janela.

Na construção de terreno alheio, havia dúvidas na solução do problema do proprietário que, invadindo uma nesga do terreno vizinho, construía um prédio de grandes proporções. Era um problema grave porque, teoricamente, pela acessão, a construção iria aderir ao proprietário do imóvel vizinho, que era um terreno baldio, por exemplo. E não seria razoável mandar demolir um prédio de 50 andares.

Agora o legislador regulou no art. 1.258, como já alguns Juizes vinham fazendo. Quanto à construção em terreno alheio, *se com boa-fé* e não superior a 1/20 do terreno, adquire a propriedade aquele que construiu, se o valor da construção exceder ao do terreno indenizado evidentemente, pagando o valor do terreno mais o da desvalorização do imóvel. Se o valor não exceder ao do terreno não adquire, mas isso normalmente não ocorre. Se superior a invasão a 1/20, adquire com o pagamento de indenização, que leve em conta também a valorização do terreno, o valor da faixa de imóvel perdida e a desvalorização do imóvel.

E se a invasão e construção se deu com má-fé? Mesmo com má-fé, é dramática a situação, porque a má-fé se torna menos importante se existem, por exemplo, duas mil pessoas morando no imóvel. Em homenagem à função econômica da apropriação dos bens, se a invasão exceder a 1/20 do imóvel, seria necessária a demolição, com perdas e danos. Mas, normalmente, é de menos de 1/20 a invasão, e, neste caso, mesmo tendo agido com má-fé, vai-se adquirir a propriedade, com uma indenização que é do décuplo da avaliação que foi feita para a construção, indenização que seria cabal. Assim os arts. 1.258 e 1.259 disciplinam esse tormentoso problema.

Um outro problema grave era o da janela construída a menos de metro e meio do vizinho. Agora, pelo novo Código, art. 1.301, § 1º, a referência é a distância de 75 cm. Não se pode abrir janelas tão próximas, evitando-se a bisbilhote alheia.

Antigamente, se alguém estivesse construindo uma janela a menos de um metro da linha limítrofe, 75 cm a partir do Novo Código, o vizinho poderia propor ação de nunciação de obra nova. Concluída a obra, facultava-lhe ingressar com ação demolitória no prazo de ano e dia. Expirado o prazo da demolitória, o que fazer? Alguns, inclusive o Prof. Chammoun, entendiam que se criava uma servidão de janela, devendo-se respeitar a distância legal em relação à jane-

la aberta e cujo fechamento não fora pedido a tempo pelo vizinho. O ponto de vista era minoritário, contudo. Tal solução foi finalmente consagrada pelo Novo Código.

Temos, agora, art. 1.301, § 1º, segundo o qual não se pode abrir janelas a menos de 75 cm do limite do terreno vizinho; mas, caso isso ocorra e não tenha sido proposta ação de nunciação ou ação demolitória, o vizinho prejudicado não pode pura e simplesmente vedar a janela ali aberta, levantando um contra-muro. Embora prejudicado, terá que respeitar os 75 cm para nova construção. Ou seja, criou-se, agora, a servidão de janela pela inoperância do vizinho no exercício da ação demolitória.

No que tange aos direitos de vizinhança em geral, o Código absorveu a construção jurisprudencial com seus arts. 1.278 e 1.279, adotando precisamente os critérios que, desenvolvidos pela doutrina, especialmente por San Tiago Dantas, foram absorvidos ao longo do tempo pela jurisprudência brasileira, tal qual agora aparecem disciplinados.

Hoje, o mundo assiste a uma recodificação, não como a nossa, mas uma recodificação por meio de cláusulas gerais, como são os Códigos de Québec, da Louisiana, da Holanda, e o nosso Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente. Ou seja, na impossibilidade de regular todas as questões, as cláusulas gerais oferecem aos Juízes valores, descritos analiticamente pelo próprio legislador, por meio de normas especificamente concebidas para este fim.

No caso do Novo Código, a ausência de uma definição clara, analítica, descritiva, do significado das cláusulas gerais provoca insegurança quanto à excessiva discricionariedade que tais normas, de baixa concretude, poderiam oferecer aos magistrados. À míngua de uma solução técnica do próprio codificador, o intérprete deve buscar na Constituição da República tais parâmetros ou critérios axiológicos, evitando subjetividade e vacilações na aplicação dos novos dispo-

sitivos, especialmente quando se tratar de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais.

E para os que julgam a magistratura não suficientemente preparada para tal desafio, basta lembrar, em termos de direitos de vizinhança, a velhíssima cláusula geral do art. 554, do Código de 1916, com base na qual a jurisprudência criou, com bases seguras, toda a dogmática relacionada à matéria.

A Magistratura desenvolveu com perfeição aqueles critérios que todos conhecem; definiu-se o uso normal da propriedade e o grau de tolerância admissível, levando-se em conta a região e a destinação. Não havendo interesse público, o Juiz manda cessar a atividade ilícita, a imissão indevida, considerando-a intolerável; havendo interesse público, ao revés, em zonas industriais, por exemplo, mantêm-se as imissões, mas indeniza-se o vizinho prejudicado. E, enfim, em muitas hipóteses, a Magistratura tem resolvido o conflito impondo medidas de segurança ou de proteção, em favor dos vizinhos. Evita-se a solução mais drástica que seria a indenização cabal ou a peremptória cessação da atividade. E tal solução foi também prevista nos arts. 1.278 e 1.279.

Tal construção hermenêutica, repita-se ainda uma vez, demonstra que nossa Magistratura sabe perfeitamente como dar densidade normativa à cláusula geral, aplicando-a com equilíbrio, e buscando na solução interpretativa um certo consenso social.

Com relação, finalmente, ao condomínio, há alguns problemas. Penso que a Lei de Condomínio de 1964 merece todas as homenagens. Temos, no Brasil, estruturas monumentais de condomínio, empreendimentos que abrigam, em seu bojo, a um só tempo, *shopping centers*, *apart-hotéis*, hotéis em sistema de *time-sharing*, prédios residenciais, prédios comerciais, tudo a partir da convenção entre os condôminos, expressão da autonomia privada. Isso demonstra o amadurecimento dos advogados, que criaram essas operações imobiliárias, e da

Magistratura, que soube absorver essa realidade.

Mas, a nova lei trouxe alguns problemas. Alguns deles pontuais, como, por exemplo, o art. 1.334, que, ao fixar o que deve constar na convenção, não faz previsão de fundo de reserva. Essa é uma questão, que, na prática, dá muita briga, porque, se não há previsão, o sujeito não quer gastar dinheiro e é contra o fundo de reserva. Só que o fundo de reserva, às vezes, é essencial para a manutenção do patrimônio econômico e social dos condôminos. Nos novos condomínios, se não houver previsão de fundo de reserva, parece-me que a assembléia tenha competência para deliberar, constituindo-o. Evidentemente, não se pode aceitar fundo de reserva abusivo. Este deve ser compatível com o patrimônio imobiliário. A admissão de sua constituição pela Assembléia evitará a deterioração de grande parte do acervo imobiliário.

A outra questão diz respeito ao art. 1.335, segundo o qual só pode votar na assembléia - e votar é manifestação da faculdade inerente ao domínio, porque é forma de utilização do imóvel - quem estiver em dia com o condomínio. Poder-se-ia discutir a constitucionalidade do dispositivo. Aquele condômino inadimplente, mal ou bem, tem o direito de propriedade. A proibição de votar, pura e simplesmente, por não estar em dia com o condomínio, é muito drástica em termos da expressão da propriedade, até porque o inadimplente pode ter tido motivos razoáveis, como estar em discussão com a administradora. Creio que o dispositivo útil e constitucional se lhe for dada uma interpretação razoável, assegurando-se o direito a ampla defesa e sempre que a proibição atingir as deliberações concernentes à manutenção do imóvel e às benfeitorias. Parece-me de constitucionalidade duvidosa a vedação do direito de deliberar quanto à alienação de parte comum ou à extinção do condomínio.

Para concluir, dois aspectos a serem destacados muito rapidamente. Em primeiro lugar, o direito real do promi-

tente comprador. O art. 1.417 vem a consagrá-lo. Mais importante do que a regulamentação de um novo direito real, a rigor já previsto em lei especial, parece-me a tendência, no Direito Obrigacional, de execução específica das obrigações. Sempre aprendemos, desde o Direito Romano, que o normal, no Direito Civil, era a indenização para o caso de inadimplemento das obrigações. Só excepcionalmente haveria execução específica. O art. 1.088 do Código Civil de 1916 - segundo o qual, quando um contrato exige forma especial e a promessa não se revestir da mesma forma, a recusa à sua celebração ensejaria perdas e danos - não foi mantido pelo novo Código.

Ou seja, ao lado do direito real do promitente comprador, que lhe garante a oponibilidade da promessa de compra e venda *erga omnes*, ressalta-se a tendência jurisprudencial e legislativa a se autorizar a execução específica e, em particular, a adjudicação compulsória sempre que possível, para se dar maior efetividade aos contratos preliminares em geral, mesmo em se tratando de documento particular.

Por fim, o direito de superfície. Ele era uma exigência já de há muito tempo como forma de reorganização urbana e de utilização melhor do patrimônio imobiliário, possibilitando a separação do solo e de suas diversas possíveis superfícies, tantas quantas forem as formas possíveis e autônomas de aproveitamento econômico (cogita-se de superfície de espaço aéreo, e dos diversos planos de uma construção). Em algumas comunidades carentes, tal separação entre o solo e a superfície já se pratica há muitos anos, na figura do direito de laje: constrói-se no plano inferior, vende-se o direito de laje para outro construir, tudo isso de maneira espontânea.

O problema jurídico para os senhores magistrados aqui presentes é que o Estatuto da Cidade acaba de ser aprovado, com outra disciplina para o direito de superfície. Surge, pois, a dúvida quanto à convivência dos dois diplomas. A interpretação que parece estar prevalecen-

do entre os especialistas - em particular, é o que pensa o Prof. Ricardo César Pereira Lira, que é um especialista no assunto - é no sentido de que estarão em vigor as duas normativas. O direito de superfície inserido no Plano Diretor ou no projeto urbanístico, capitaneado pela Prefeitura, avocará a disciplina do Estatuto da Cidade. E o direito de superfície feito por um particular atrairia a disciplina dos arts. 1.369 e seguintes do Código Civil. Na prática, parece-me que a disciplina do Estatuto da Cidade, por ser mais abrangente e flexível, acabará por absorver toda a matéria.

Eis aí apenas algumas considerações que me parecem interessantes para o início dos debates, chamando a atenção para o fato de que o Novo Código não é uma obra acabada. Não sou pessimista e, embora com o espírito crítico, penso que o Novo Código será o Código que fomos capazes de criar interpretativamente. Cabe, portanto, a nós, aos profissionais do Direito, em particular aos magistrados, aos jovens estudantes, que terão de reescrever o Direito Civil, criar um Direito vivo e, assim, um Código Civil vivo também em matéria de direitos reais. 