

Anotações sobre os Aspectos Intertemporais do Direito das Coisas no Novo Código Civil

MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Defensor Público Titular da 21ª Vara Cível da Comarca da Capital

Professor de Direito Civil da UCAM e da EMERJ

I - Introdução

Quase todas as questões relativas ao denominado direito intertemporal são cercadas de acaloradas discussões pelo simples fato de que a norma jurídica que adentra em um sistema jurídico, a despeito de sua natural vocação para dirigir-se ao futuro, acaba por encontrar situações que foram criadas sob a égide da lei antiga e que merecem um tratamento dos operadores do direito que confirmem proteção à segurança jurídica e, ao mesmo tempo, respeitem o novo sistema que se cria com a presunção de ser melhor que o anterior, fato que justificou a revogação.

A complexidade desse tema levou Clóvis Beviláqua²⁸¹ a dizer em sua **Teoria Geral do Direito Civil** que o direito intertemporal constitui-se em um dos pontos mais obscurecidos pela discussão jurídica, afirmação confirmada pela simples observação dos trabalhos jurisprudenciais e pela quantidade de tratados sobre a matéria com a adoção das mais variadas teorias.

II – Princípio da irretroatividade

Apesar de reconhecer que há controvérsias sobre se o princípio é o da retroatividade ou da irretroatividade, como observamos em arguta lição de Goffredo Telles Junior²⁸² no sentido de que o princípio é o da retroatividade da lei, salvo quando esbarrar no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, nos parece que, efetivamente, a regra a ser perseguida é a da irretroatividade, sob pena de concebermos a possibilidade incoerente de que a lei nova pudesse ter eficácia em período pretérito, sendo que naquele referido momento ela sequer existia. Ora, como será possível dar eficácia ao que não existe?

O referido critério é perseguido pela maioria das legislações e encerra uma importante decisão política. Nesse diapasão, a título de exemplo, regis-

281 Clóvis Beviláqua. **Teoria Geral do Direito Civil**, Ed. Francisco Alves, 2a ed., 1976, p. 25.

282 Goffredo Telles Junior. **Iniciação na Ciência do Direito**, Ed. Saraiva, 2001, p. 200.

trem-se os artigos 2º do Código Civil Francês²⁸³, 11 do Código Civil Italiano²⁸⁴, 3º do Código Civil Argentino²⁸⁵, 12 do Código Civil Português²⁸⁶, podendo-se ainda citar o 3º do Código Civil Espanhol e 1º das Disposições Finais do Código Civil Suíço.

O nosso ordenamento jurídico apresenta a particularidade de que a ir-retroatividade da norma jurídica quando afrontada pelo direito adquirido está prevista como garantia fundamental no artigo 5º, XXXVI, motivo pelo qual a proteção da pessoa pode ser exercida em face do julgador e do legislador.

Outra especificidade de nosso ordenamento jurídico, fato que nos aproxima do sistema germânico, é o de não dizer categoricamente que a lei não pode retroagir, mas simplesmente afirmar, dentro de uma concepção que, a nosso sentir, é um misto da teoria subjetiva e filosófica do livre-arbítrio propugnada por Ferdinand Lassalle e aprimorada por Gabba²⁸⁷ com a concepção objetivista que analisa o conteúdo da própria norma para saber se a mesma é retroativa ou não e que teve em Paul Roubier, dentre outros, o seu maior defensor.

Para Gabba, *“adquirido é todo direito resultante de um fato capaz de produzi-lo segundo a lei em vigor ao tempo em que este fato se verificou; embora a ocasião de fazê-lo valer se não haja apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; direito este que, de conformidade com a lei sob a qual tal fato foi praticado, passou, imediatamente, a pertencer ao patrimônio de quem o adquiriu.”* Outro grande mérito da apontada teoria foi o de estabelecer com precisão o significado das denominadas *expectativas de direito* que pela sua falta de completude significa exatamente o contrário do sentido de direito adquirido e, por tal motivo, estaria infensa ao princípio da irretroatividade.

283 “A lei só dispõe para o futuro; não tem ela efeito retroativo”

284 “As leis só dispõem para o futuro; não têm elas efeito retroativo.”

285 “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”

286 “1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina regular. 2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.”

287 “Teoria della retroattività delle leggi”, *apud* José Acir Lessa Giordani. **Curso básico de direito civil**, Ed. Lumen Juris, 2a ed., p. 29.

Paul Roubier²⁸⁸ vislumbrava o problema do direito intertemporal com a necessidade de diferenciar o efeito retroativo da norma jurídica com a incidência imediata da mesma. Para tanto, dizia que os fatos podem ser divididos entre fatos passados, fatos pendentes e fatos futuros. Se a lei nova atingir fatos já consumados segundo a lei anterior, estaremos diante de uma proibida hipótese de retroatividade, ao passo que se atingir os fatos futuros apenas estará cumprindo o destino para a qual foi criada. O problema surge diante dos **facta pendentia** que para ele poderá ser atingido, desde que a lei nova faça alusão a referida possibilidade de forma expressa, uma vez que não há retroatividade tácita e atinja apenas os efeitos de uma relação jurídica elaborada segundo os ditames da lei anterior (retroatividade média). Outra questão importante é o fato de a lei nova jamais poder negar eficácia a uma situação fática já passada e consumada, sob pena de incidir na retroatividade máxima proibida pela lei.

Como dito anteriormente, o direito brasileiro soube mesclar de forma inteligente as teorias subjetiva e objetiva, prescrevendo que a lei não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido, mas ao mesmo tempo há que se respeitar a incidência imediata e geral da nova lei. Prevê o *caput* do artigo 6º da LICC que “a lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.” Observa-se assim que nosso direito cuida da incidência imediata da norma jurídica, mas ao mesmo tempo preserva-se o direito subjetivo adquirido.

Com efeito, o nosso sistema jurídico dá ao Magistrado uma discricionariedade maior para definir se a norma está incidindo na proibida irretroatividade ou se o caso pode ser tratado como uma simples hipótese de incidência imediata da lei.

É possível, ainda, que a nova lei esteja atingindo os efeitos de uma situação jurídica criada sob a égide da lei anterior e, em homenagem ao interesse público, venha a merecer o reparo da lei nova para que seja feita justiça ao caso concreto.

Essa aparente insegurança no tratamento que a nossa lei dá à matéria, pode se converter em uma autêntica possibilidade de se construir decisões mais justas, de vez que algumas vezes, permitir a uma lei posterior que atinja o efeito de algo realizado no passado materializa justiça no caso concreto, anseio permanente do novo Código Civil brasileiro.

Nessa esteira, registre-se a precisa lição **ex professo** do insigne professor carioca J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁸⁹: “Mas nem sempre o princípio da

288 Paul Roubier. **Le droit transitoire; conflits des lois dans le temps**, Paris, 2a ed., 1960.

289 J. M. Leoni Lopes de Oliveira. **Introdução ao Direito Civil**, Ed. Lumen Juris, 1a ed., 1998, p. 275.

irretroatividade se mostra como a solução mais justa. Tomemos três exemplos apresentados por Díez-Picazo e Gullón, onde se verifica a necessidade como medida de justiça de se abrir exceção ao princípio da irretroatividade: em primeiro lugar, pense-se em uma legislação que venha a abolir a escravidão em um país. Nesse caso, a irretroatividade criaria injustiça flagrante, pois só teriam direito à liberdade os que nascessem após a publicação da lei, enquanto os que eram escravos por força da lei anterior continuariam a ser escravos, criando uma situação insustentável. Igualmente no caso de uma lei que tratasse de estabelecer um regime jurídico para as sociedades anônimas que só se aplicasse às que se constituíssem depois de sua entrada em vigor. Insustentável também o princípio da irretroatividade no caso de uma lei que introduzisse a reforma agrária, e se aplicasse exclusivamente aos direitos de propriedade territorial que se adquirissem posteriormente à sua entrada em vigor.”

É a tônica acima, imprimida expressamente no Código Civil Suíço²⁹⁰, que deve nortear a análise do direito intertemporal à luz do que prescreve, principalmente, o parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil ao prescrever que: *“nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”* Em que pese o referido dispositivo estar mais ligado ao direito intertemporal relativo aos contratos, apresenta importantes reflexos em outras searas do direito.

III – O Direito intertemporal aplicado aos Direitos Reais

O direito real é o ramo do direito civil que mais exige de uma sociedade organizada a preocupação com a estabilidade das situações jurídicas consolidadas sob a égide da lei anterior.

Essa preocupação é apontada por Julien Bonnecase²⁹¹, Limongi França²⁹²

290 Art. 2º das Disposições sobre a aplicação e a entrada em vigor do Código Civil: “retroatividade: 1. Ordem pública e bons costumes. As determinações desta lei que forem estabelecidas por motivo de ordem pública ou em atenção aos bons costumes, encontram, desde a sua entrada em vigor, aplicação a todos os fatos desde que a lei não tenha previsto uma exceção. De conformidade com isso, as disposições do direito anterior que, de acordo com a concepção do direito novo, se opõem à ordem pública ou aos bons costumes, não encontram mais aplicação de pois da sua entrada em vigor.”

291 Julien Bonnecase. **Tratado Elemental de Derecho Civil** (Parte A), V. 1, Ed. Harla, p. 85: “Si bajo el imperio de la ley antigua nació una obligación subsistirá con los caracteres y efectos que le atribuía la ley antigua. Lo mismo há de decirse respecto a los derechos reales, cualquiera que sea sua naturaleza, considerados em su existencia como em su alcance.”

292 Limongi França. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**, Ed. RT, 1994.

e J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁹³, que ressalvam a possibilidade de retroação apenas na hipótese de um interesse social gritante; dentre outros autores, vale citar trecho da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes²⁹⁴, em que o mesmo assim se pronuncia, **verbis**: “*E a razão é óbvia: de qualquer modo, de duração perpétua ou limitada, os direitos reais ou direitos pessoais, ambos estão dirigidos por um princípio inelutável: o de que a lei posterior não pode prejudicar as situações jurídicas definitivamente constituídas, mesmo que, no domínio dos direitos reais, a lei nova tenha por objeto a abolição de um dado instituto jurídico.*”

O novo Código Civil pareceu seguir a orientação acima, pois mesmo extinguindo a enfiteuse do rol taxativo dos direitos reais (art. 1.225), consignou o respeito a todos os aforamentos estabelecidos sob a permissão do Código Civil revogado, **ex vi** do disposto no artigo 2.038 do Código Civil vigente.

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho²⁹⁵ divergem, em parte, de tal posicionamento, estabelecendo que as mudanças pelas quais passam os direitos reais são sempre permeadas pelo inafastável interesse público que pode até mesmo sacrificar eventuais direitos adquiridos como aconteceu com a abolição da escravatura, dos feudos, dos fideicomissos, dentre outros. De seus preciosos comentários à Lei de Introdução ao Código Civil, colhe-se a seguinte lição: “*Em regra, produzem efeito imediato as leis atinentes a direitos das coisas, isso porque o regime da propriedade e dos outros direitos reais, máxime no que se refere aos bens imóveis, apresenta um interesse predominantemente social e público, devendo sujeitar-se à nova disciplina.*” Arrematam, ainda, dizendo que “*o exercício do direito de propriedade, resolvendo-se numa série de faculdades, sofre a influência das leis sucessivas.*”

IV – Algumas aplicações práticas do direito intertemporal no novo Código Civil.

1. Modificação da situação fática de detentor para a jurídica de possuidor.

Uma questão que poderá acarretar conflito intertemporal é a possibilidade, expressamente trazida pelo parágrafo único do artigo 1.198 do Código Civil, de se alterar a situação fática de detentor para a jurídica de possuidor.

De efeito, o Código Civil prevê a manutenção da ***affectio tenendi*** inerente à situação criada pela detenção, mas estabelece que a presunção que

293 Op. cit. ant., p. 299

294 Miguel Maria de Serpa Lopes. **Lei de Introdução ao Código Civil**, 1º V., Ed. Forense, p. 323.

295 Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**, 1º V., Ed. Renovar, 3a ed., pp. 345/346.

daí decorre é relativa, pois qualquer meio de prova legítimo (art. 332 do CPC) será hábil para provar o contrário.

Nesse diapasão, imagine-se a hipótese de um caseiro que tenha ficado no imóvel após a morte do seu patrão, ocasião em que nenhum eventual herdeiro cuidou de exercer a posse sobre o bem, assim como o Município não arrecadou o bem para si, em caso de inexistência de herdeiros.

Acresça-se ao fato do abandono a postura do caseiro que lá permaneceu no imóvel, criou seus filhos, construiu acessões no terreno, modificou a fachada da casa principal, recolheu o imposto que incidiu sobre o bem, em nome próprio ou em nome de outrem, conforme o caso, realizou benfeitorias, enfim, agiu perante o bem como se fora o verdadeiro proprietário, externando perante toda a sociedade o necessário *animus domini*, requisito subjetivo indispensável para a consumação da usucapião. Em um primeiro momento, já seria ele considerado possuidor e, portanto, aproveitaria os efeitos dessa situação, como a própria proteção possessória que antes não tinha e se não houver a interrupção do lapso temporal, necessário para a prescrição aquisitiva, sucederá em seu favor a usucapião.

Estabelecido o fato, importa que se indague acerca da possibilidade da nova regra atingir situações que se tenham formado sob a égide do direito anterior em que não existia essa norma de forma expressa.

A nosso sentir, trata-se apenas de reconhecer os efeitos da nova lei a uma situação jurídica continuativa que é a posse, de modo que é absolutamente possível o reconhecimento das situações criadas antes da vigência do parágrafo único do artigo 1.198 do novo Código Civil sobre o apontado fenômeno.

Serve ainda de argumento o fato de que o revogado artigo 492 do Código Civil anterior (atual art. 1.203) previa que o princípio de manutenção do caráter da posse também era tomado em caráter relativo e, ainda que minoritariamente, autores estrangeiros como Mirabelli²⁹⁶ e José de Oliveira Ascensão²⁹⁷, assim como Lenine Nequete²⁹⁸ e Darcy Bessone²⁹⁹ admitiam expressamente essa possibilidade unilateral de alteração do caráter da posse. Se é verdade que o detentor é um não-possuidor e a hipótese ventilada não é exatamente a mesma, também é verdade que não é uma situação totalmente inovadora.

296 Mirabelli. **Della prescrizione secondo la legge italiana**, Eugenio Marghieri Editore, 2a ed., p. 304.

297 José de Oliveira Ascensão. **Direitos Reais**, Coimbra Editora, 5a ed., p. pp. 92/93.

298 Lenine Nequete. **Da Prescrição Aquisitiva**, Ed. Porto Alegre, 2a ed.

299 Darcy Bessone. **Da Posse**, Ed. Saraiva, p. 110.

Por outro lado, a regra referida afina-se com as premissas ideológicas do novo Código Civil no tocante à Socialidade e a Operabilidade. A primeira, pois confere juridicidade à postura de uma pessoa que está dando função social ao bem e a segunda, será o Magistrado na concretude do caso, com as provas produzidas nos autos, que irá decidir se houve ou não alteração do título da apropriação e o momento em que esta se verificou.

Assim, aplicando-se o artigo 6º, *caput*, da LICC e conferindo-se uma interpretação extensiva ao parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil que estabelece ser de incidência imediata todas as regras que digam respeito à função social da propriedade, parece-me absolutamente possível ao Magistrado reconhecer situações fáticas pretéritas à entrada em vigor da lei, na medida em que estas se amoldem ao que dispõe o artigo 1.198, parágrafo único.

2. Supressão da enfiteuse

A enfiteuse é um instituto anacrônico e absolutamente divorciado do paradigma da função social da propriedade, pois confere direitos patrimoniais como o foro e o laudêmio a uma pessoa (enfiteuticador ou senhorio direto) que não está dando à terra a inexcedível destinação social. Bastando, para tanto, lembrar que a família imperial recebe desde a época do império, rendimentos sobre áreas de Petrópolis sem justificativa plausível.

Apesar de ser absolutamente interessante a extinção do instituto sem que ele deixasse nenhum rastro de eficácia, tal decisão legislativa afrontaria a Constituição da República, malferindo o direito adquirido do senhorio direto, uma vez que o artigo 679 do Código Civil de 1916 estabelecia que o contrato de enfiteuse é perpétuo, não sendo lícito, portanto, a retroatividade da lei.

Em razão da regra acima, o artigo 2.038 do novo Código Civil dispôs que: *“fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.”* Como pode facilmente ser verificado, houve o respeito ao direito adquirido do senhorio direto de receber os rendimentos inerentes à coisa aforada, mas ao mesmo tempo, proibiu-se a constituição de subenfiteuses, assim como o parágrafo primeiro proíbe que se cobre laudêmio sobre o valor das acessões incorporadas ao imóvel pelo enfiteuta.

Pela nova lei, não ficaria proibido o reconhecimento da usucapião de enfiteuse, tendo em vista tratar-se de modo originário de aquisição do direito real, pois a proibição legal alcança apenas a aquisição derivada que tenha a sua origem ligada à subenfiteuse.

No Projeto de Lei 6.960/20002, de autoria do Deputado Federal Ricar-

do Fiúza há a mudança do artigo 2.038 para contemplar a possibilidade de extinção do aforamento dos terrenos de marinha e acrescidos no prazo de dez anos, atingindo, portanto, com o Código Civil, matéria que está ligada ao direito público.

3. O novo instituto da expropriação privada – artigo 1.228, §§ 4º e 5º.

Abstraindo-se as questões relativas ao polêmico instituto, isto é, se ele é constitucional ou não, se pode recair sobre bens públicos ou não, sobre a sua natureza jurídica, cumpre discutir, no presente trabalho, se é possível a aplicação da regra para posses coletivas que tenham se formado antes da vigência do novo Código Civil.

Como se trata de um fenômeno similar à usucapião, poder-se-ia falar em incidência imediata da norma, como nos parece seja o caso da usucapião coletiva prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade que apenas regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição da República. Todavia, forçoso é reconhecer que nas disposições transitórias se encontra uma regra aplicável expressamente para a hipótese acima aludida.

Trata-se do artigo 2.030 que prevê um acréscimo de dois anos para a aplicação do parágrafo quarto do artigo 1.228. Deste modo, somente poderá ser utilizado o referido direito de aquisição forçada do imóvel reivindicado pelo considerável número de ocupantes que tenham dado função social ao imóvel e preenchidos os requisitos legais a partir do dia 12 de janeiro de 2005, data em que o novo Código Civil completará dois anos de vigência.

Essa foi a fórmula encontrada pela lei para não surpreender o proprietário dormidor e ao mesmo tempo assegurar a eficácia da nova regra de reconhecida socialidade.

4. A redução do prazo para a usucapião extraordinária

O novo Código Civil reduziu o prazo da usucapião extraordinária de vinte para quinze anos, surgindo a dúvida se há a possibilidade de incidência imediata da redução do prazo para o efeito de configuração de usucapião em razão de posses originadas sob a égide do direito anterior. Sobre a matéria, cumpre esclarecer que a Lei 2.437/55 reduziu o prazo da usucapião extraordinária que era de trinta para vinte anos e o Supremo Tribunal Federal chamado a se pronunciar sobre a questão, editou a Súmula 445 admitindo a possibilidade de a redução atingir as prescrições em curso. Assim é que, não seria surpresa se esse fosse novamente o critério adotado. Entretanto, há regra específica sobre a matéria na parte das disposições finais e transitórias. Trata-se do artigo 2.028 que assim dispõe: *“serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já*

houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Sobre a preocupação do legislador, registre-se a precisa lição de Miguel Maria de Serpa Lopes³⁰⁰, **verbis**: *“Entendemos que o efeito imediato é o princípio lógico, por se tratar de uma situação em curso, suscetível de mudanças pelo legislador, mas, de outro lado, não nos parece justo que se distenda a certas hipóteses que bem podem, pela surpresa, causar danos reais, ao próprio direito das partes. Bastante é imaginar-se a hipótese de uma nota promissória vencida, com 5 anos para prescrever, e que uma lei posterior reduzisse a 3 anos, prejudicando os direitos dos credores que tivessem títulos já vencidos por mais de três anos, e que por isso passassem a ser considerados prescritos imediatamente, por força do efeito imediato da nova lei. Em caso tais é de se acolher não só a doutrina de R.PORCHAT como ainda a de CLÓVIS BEVILÁQUA e EDUARDO ESPÍNOLA que sustentam (16) que se o prazo da lei nova é mais curto, cumpre distinguir: a) se o tempo que falta para consumir-se a prescrição é menor do que o prazo estabelecido pela lei nova, a prescrição se consuma de acordo com o prazo da lei anterior; b) se o tempo que falta para se consumir a prescrição pela lei anterior, excede ao fixado pela lei nova, prevalece o desta última, contado do dia em que ela entrou em vigor.”*

Deste modo, imagine-se o exemplo proposto em nossos comentários ao novo Código Civil³⁰¹ em que no dia da entrada em vigor do novo Código Civil já tivesse transcorrido dezesseis anos de prescrição aquisitiva (art. 1.238, *caput*, do novo Código Civil). Pela lei anterior, faltariam ainda mais quatro anos para se consumir a usucapião e aplicando-se imediatamente a lei nova já se teria efetivado a prescrição aquisitiva. Para muitos, a despeito de não se poder falar em direito adquirido em relação à prescrição e sim em expectativa de direito, tal situação seria injusta, pois o proprietário dormidor seria surpreendido pela nova lei, além de se colocar em risco a própria segurança jurídica.

Assim, com o objetivo de respeitar a incidência imediata da norma e, ao mesmo tempo, estabelecer um critério que, de certa forma, faça justiça ao usucapiente e ao proprietário dormidor, há que se recorrer à regra transitória do artigo 2.028 do novo Código Civil. Por ela, como já havia transcorrido, no exemplo proposto, mais da metade do prazo da usucapião segundo a lei anterior, aplica-se esta, e o prescribente somente será proprietário do imóvel após quatro anos da vigência do novo Código.

Por outro lado, se uma pessoa tiver, na data em que entrou em vigor

300 Ob. cit. ant., p. 351

301 Marco Aurélio Bezerra de Melo. **Novo Código Civil Anotado**, V. V, Ed. Lumen Juris, p. 59.

o novo Código Civil, nove anos de posse *ad usucapionem*, aplicar-se-á o prazo da lei nova e após seis anos ele será o proprietário do imóvel pela via originária da usucapião.

Para a prescrição aquisitiva, seria injusto em hipótese de já ter passado mais da metade do prazo para a usucapião segundo a lei antiga, que se contasse o prazo da lei nova por inteiro, pois chegaríamos à seguinte situação. Tome-se, por exemplo, que alguém tenha chegado no dia da vigência do novo Código Civil com uma posse *ad usucapionem* de 19 anos. Incidindo a lei nova por inteiro, haveria a necessidade de aguardar mais 15 anos para usucapir o imóvel, totalizando um prazo de 34 anos, fato que se divorcia do espírito da nova lei. Com redobrada vênia, conferindo-se a interpretação que estamos sugerindo, após um ano o interessado já teria usucapido.

5. As novas modalidades de usucapião

No tocante aos artigos 1.238, parágrafo único e 1.242, parágrafo único, que criam uma modalidade especial de usucapião social, relacionando a redução do prazo ao cumprimento da função social da propriedade, tais como moradia habitual e investimentos de interesse social ou econômico relevantes, aplica-se a disposição transitória prevista no artigo 2.029 do Código Civil que prevê uma regra objetiva para a solução do conflito da lei no tempo, nos mesmos moldes utilizados para a expropriação privada do artigo 1.228, § 4º.

A referida regra consiste em acrescentar dois anos ao prazo legal até dois anos após a entrada em vigor do novo Código, de modo que os direitos instituídos pelo novo Código Civil somente poderão ser perseguidos a partir do dia 12 de janeiro de 2005. Tal norma possibilita a que o proprietário tenha um prazo razoável para interromper a prescrição que corre em favor do possuidor, conciliando a segurança jurídica com a aplicação justa da nova norma jurídica.

6. Condomínio Edifício:

a) Valor da cota condominial proporcional às frações ideais (art. 1.336, I).

Trata-se da hipótese ventilada no artigo 1.336, I, do novo Código Civil que revoga em parte o artigo 12 da Lei nº 4.591/64, segundo a qual a referida possibilidade ficava entregue à autonomia da vontade dos condôminos, materializada por ocasião da feitura da convenção de condomínio. Trata-se de norma cogente, pois não se faz referência à possibilidade de disposição em contrário.

A nova previsão legislativa é mais justa que a anterior, pois o rateio das despesas condominiais tende a ficar mais equânime. Todavia, cria-se um problema de difícil solução, uma vez que o artigo 1.331, § 3º do novo Código

Civil determina que a fração ideal seja calculada em relação ao conjunto da edificação e em proporção ao valor da unidade imobiliária.

Melhor seria se o legislador determinasse que a fração ideal fosse calculada em proporção do tamanho da mesma em relação ao edifício, pois se permitiria um cálculo objetivo, bastando que se consultasse a fração ideal da Escritura de cada condômino.

A incidência imediata da norma criaria a dificuldade de se ter que proceder à avaliação de todos os imóveis do conjunto da edificação para se saber qual o novo valor da cota condominial. Esse equívoco, parece-me, que acabará por impedir tal possibilidade e apenas a partir das novas incorporações imobiliárias é que a incorporadora poderá atribuir um valor para as novas unidades autônomas e, por conseguinte, possibilitar a aplicação da nova lei.

b) Multa penitencial de dois por cento para atraso no pagamento da cota condominial (art. 1.336, § 2º).

O indigitado dispositivo legal prevê em caso de mora do condômino, a multa penitencial de dois por cento, contrariando o entendimento da quase totalidade dos operadores do direito que militam na área imobiliária. O novo Código Civil, parece-me, criou uma analogia com o Código de Defesa do Consumidor (art. 52, § 1º da Lei nº 8.078/90), quando é certo que as duas hipóteses são absolutamente distintas. Os hipossuficientes da vida condominial são os funcionários que, aliás, correm o risco de receberem o pagamento atrasado ou, até mesmo, não receberem, funcionando a norma como um incentivo ao atraso injustificado no pagamento.

De efeito, uma cláusula penal irrisória como a prevista em lei é um convite à inadimplência em um tipo bem particular de obrigação que deve ser paga religiosamente no dia do vencimento, tendo em vista os sérios compromissos do condomínio, tais como: pagamento dos funcionários, água, luz, conserto de elevadores, dentre outros. Importa assinalar, outrossim, que o rateio realizado é para fazer jus às despesas que irão se vencer e, para tanto, conta-se com a pontualidade de todos os condôminos.

Na mesma linha de raciocínio e apresentando uma solução mais razoável para o impasse acerca do montante máximo para a multa em caso de inadimplemento da obrigação de pagar a cota condominial, tivemos a oportunidade de votar a favor da sugestão encaminhada pelo eminente Professor Sílvio de Salvo Venosa e que se converteu no enunciado nº 96, 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, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, **verbis**: “ art. 1.336, § 1º - O condômino que não pagar sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, de um por cento

ao mês, e multa de até 10 % sobre o débito.”

Com relação ao direito intertemporal, isto é, para a hipótese de convenções de condomínio celebradas antes da nova lei e que tenham previsto, por exemplo, o **quantum** de dez por cento, apesar de reconhecer que inúmeros condomínios já estão conferindo incidência imediata à apontada norma jurídica, na situação em que a inadimplência tenha surgido após a vigência do novo Código Civil, parece-nos que, exigir-se a referida postura do Condomínio significa malferir o ato jurídico perfeito.

Por ocasião de nossos comentários ao Livro do Direito das Coisas³⁰² anotamos que, **verbis**: *“Pela redação do artigo 2.035 do Código Civil, o parágrafo primeiro do dispositivo legal anotado teria incidência imediata, independentemente do previsto nas convenções condominiais elaboradas sobre a égide do direito anterior em que era possível uma cláusula penal moratória de até vinte por cento. Com efeito, a indigitada disposição transitória prevê a possibilidade de os efeitos que se produzirem após a vigência do novo Código Civil a ele se subordinarem, como seria o caso de o condômino que estivesse em mora após a vigência da lei. Para defendermos o nosso ponto de vista nos parece importante observar a natureza jurídica da convenção de Condomínio. De efeito, o referido pacto condominial tem natureza de ato-regra, pois na sua confecção é autêntico negócio jurídico plurilateral em que os condôminos deliberam o que lhes parecer mais favorável e após o registro, este se assemelha a uma regra de direito em face da generalidade e da obrigatoriedade ultra partes de que se reveste. Pela natureza da convenção de condomínio, firme no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República a dispor que a lei não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito e no artigo 6º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil que traz a definição de ato jurídico perfeito, entendemos que a presente regra não poderá atingir as convenções de condomínio elaboradas sob a égide da lei de condomínios (art. 12, § 3º da Lei 4.591/64). Entender de forma diferente é malferir a Lei Maior. É bem verdade que em algumas situações relativas à mudança das regras para o reajuste do aluguel, o Supremo Tribunal Federal não entendeu que a norma era inconstitucional, sob o argumento de que as normas de ordem pública se aplicam imediatamente e não ofendem o ato jurídico perfeito, mas não se aplica ao caso vertente que trata de questão exclusivamente patrimonial. Concluindo, temos que a regra anotada somente se aplica para os condomínios edilícios, cujas convenções tenham sido celebradas após o dia 11 de janeiro de 2.002, data de publicação do Código Civil, pois em se tratando de norma cogente se*

302 Obra cit. ant. 178

*faz obrigatória com a publicação e não com o término da **vacatio legis** em 11 de janeiro de 2.003.”*

V - CONCLUSÃO

A primaz função do direito intertemporal a partir da vigência do novo Código Civil será delimitar e coordenar a aplicação de dois sistemas jurídicos que se sucedem no tempo. Para tanto, o Magistrado terá que ponderar os dois mais caros valores para a ordem jurídica que serão o de assegurar a proteção do indivíduo, sem se olvidar do interesse público na transformação do antigo regime para o atual que, como bem disse o filósofo e jurista Miguel Reale, assenta-se nas premissas filosóficas da eticidade, socialidade e operabilidade. ◆