

# O estatuto civil da clausura real

LUIZ EDSON FACHIN

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O regime do "numerus clausus". 3. A propriedade como formulação político-jurídica. 4. A palavra das Constituições. 5. Linhas e horizontes da disciplina jurídica real.*

### *1. Introdução*

O estatuto jurídico dos direitos reais anda rente à realidade sócio-econômica que o cerca, e revela elementos essenciais dos valores nela consagrados que repercutem ordenamento jurídico.

Esses direitos designados "reais" (dentre eles, especialmente a propriedade) são governados por certos princípios fundamentais que dominam sua constituição, representativos de uma "determinada concepção de mundo e de vida", nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>1</sup>.

Embora esse viés do tema passe despercebido no tratamento deferido ao assunto pelos manuais acadêmicos, é útil e oportuno (até por isso mesmo) insistir em indicar alguns traços para desenhar essa matéria.

### *2. O regime do "numerus clausus"*

No sistema codificado brasileiro, a matéria foi posta sob a rubrica clássica "Direito das Coisas", na esteira da denominação consagrada pelo BGB de 1896, classificando-se, genericamente, sob duas tipologias básicas: direitos sobre coisa própria e sobre coisa alheia. Restaram, pois, enfeixados sob o princípio da criação exclusiva do legislador, num rol taxativo

Luiz Edson Fachin é Professor de Direito Civil da UFPR, da PUC/PR e do IBEJ. Doutor em Direito pela PUC/SP. Procurador do Estado do Paraná. Coordenador da Pós-Graduação em Direito na UFPR.

<sup>1</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Direitos Reais*, segundo as preleções ao 4º ano jurídico de 1970-71. Coimbra, Livraria Almedina, 1971, p. 98.

(*numerus clausus*), atendendo, assim, as implicações sociais que o sistema leva em conta para excluir tal poder criador da vontade dos interessados.

Assim emoldurados sob o princípio da tipicidade, os direitos reais codificados vieram elencados pelo Código Civil (artigo 674), separando-se, de um lado, a propriedade plena, e de outro, os *iura in re aliena*, compreendendo a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, o penhor, a anticrese e a hipoteca<sup>2</sup>.

Sem embargo dos limites impostos pelo *numerus clausus*, acrescenta-se entre nós, em face de criação legislativa via norma esparsa, mais os seguintes: a alienação fiduciária em garantia e o direito real de aquisição derivado de compromisso de compra e venda irrevocável.

De todos esses direitos reais, o regime jurídico da propriedade, que é indistintamente o mais relevante, é suficiente para espelhar aquelas diretrizes basilares desse estatuto civil da clausura real.

### 3. A propriedade como formulação político-jurídica

No que concerne à propriedade, o mais saliente dos direitos reais, fixou o legislador do Código Civil, no capítulo que principia o título II do Livro II que trata dos Direitos das Coisas, o ponto cardeal, ao estatuir, desde logo, numa formulação político-jurídica, que "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

A orientação do projeto primitivo do doutor Clóvis Beviláqua era em sentido ligeiramente diverso, registrando-se, àquela época, que "os modernos Códigos vão se orientando no sentido de equilibrar o interesse do indivíduo com o da sociedade", e que o projeto de então "procurou traduzir essa tendência"<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> O direito autoral, expressado na dicação do Código Civil sob a rubrica "da propriedade literária, científica e artística" (arts. 649 a 673), constitui hoje, máxime a partir da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, capítulo à parte e ramo especial, consoante anota, entre outros, o Professor ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, 371 p. 3. V., a propósito também: GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Forense, 6ª ed., 1978, p. 444.

<sup>3</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direitos das Coisas*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976, p. 134. O mesmo se observa na leitura do livro *Em defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*, do mesmo projetista, publicado em 1906 através da Livraria Francisco Alves, especialmente à página 41.

É certo que o jurista "não pode desconhecer o que determinou e está a determinar, a par com outros fatores, sensíveis transformações nas instituições jurídicas"<sup>4</sup>, até porque, nas palavras sempre esclarecedoras, cabe a afirmação do Professor José de Oliveira Ascensão, segundo o qual "a ordem jurídica não é uma estrutura estática e acabada, mas uma ordem evolutiva, uma resposta diferente a cada nova situação social"<sup>5</sup>.

Coube, entre nós, apenas mais recentemente, ao legislador constitucional andar, de certo modo, rente às transformações sociais imbricadas com os valores de base dos direitos reais, nomeadamente a propriedade.

### 4. A palavra das Constituições

As Constituições brasileiras, desde 1824 até 1988, consagram, em suma, a propriedade como direito individual, embora com diferentes matizes.

A Carta imperial, moldada ao seu tempo, garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude (art. 179, inciso XXII), em linha com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>6</sup>.

Com o advento da República, a Constituição de 1891 apenas ressalvou expressamente os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 72, § 17). Foi na Carta Política de 1934, coerente com sua circunstância, que o princípio da função social da propriedade ingressa no texto constitucional, que não permitia o exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo (art. 113, inciso XVII). Transcorrido o período de vigência da Carta de 1937, de inspirações notadamente diversas da anterior, é na expressão da Constituição de 1946 que se estatui o efetivo condicionamento da utilização da propriedade ao bem-estar coletivo, resguardando-se os pressupostos básicos do direito individual condicionado à supremacia do interesse público, preocupação que não teve eco no texto de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69.

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. "A função renovadora do Direito", conferência. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 12, Curitiba, PR, 1969, p. 39.

<sup>5</sup> In: *O Direito - Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 504.

<sup>6</sup> "Art. 17: Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização".

Aquela marca, todavia, exsurge na Constituição da República de 1988 ao colocar, no plano dos princípios da ordem econômica, a propriedade privada e ao seu lado a sua respectiva função social (art. 170, incisos II e III), numa dimensão um pouco mais moderna desse instituto.

Além disso, no título dos direitos individuais, assegurou o *caput* do art. 5º a inviolabilidade do direito à vida e à propriedade, num mesmo tratamento legislativo, garantindo o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) e impondo que esta “atenderá a sua função social” (art. 5º, inciso XXIII).

O próprio legislador constitucional, recolhendo anterior experiência formal<sup>7</sup>, tratou de estabelecer (art. 186) que ligam-se à função social o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores<sup>8</sup>.

É forçoso reconhecer os impactos que a nova Constituição da República impôs aos direitos reais, alcançando a função social da propriedade, à aquisição por usucapião (abrangendo inclusive a figura da usucapião-moradia), à política de reforma agrária, entre outros aspectos relevantes, inclusive a tutela possessória.

Nota-se que a idéia informativa dessa direção normativa já houvera, em certo sentido, repercutido na formulação do projeto de novo Código Civil, na formulação da “desapropriação judicial”

### 5. Linhas e horizontes da disciplina jurídica real

O que embasa uma formulação legislativa preocupada com esses conceitos não se reduz numa apreensão rígida de relações jurídicas formais.

É evidente que o Estado e a sociedade contemporânea apresentam um sensível horizonte diverso de exigência aos titulares de direitos subjetivos individuais.

Sem que haja a erosão de seus postulados fundamentais, denotam-se nesse âmbito do Direito Privado novos matizes, respondendo o legislador e o juiz ao modo de agir das pessoas, seus valores e instituições.

Cabe colher, nesse aspecto, a lição do Professor emérito Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual é preciso ter presente “as tendências sociais de nosso tempo, que vão imprimindo às construções jurídicas a marca de suas predominâncias”, reconhecendo que é a matéria atinente aos direitos reais, marcadamente o direito real pleno, “a província do direito privado mais sensível às influências da evolução social”<sup>9</sup>. E são suas palavras extraídas da recente edição atualizada de suas “Instituições”: enquanto que “a exaltação da propriedade imobiliária e o aviltamento da *res mobilis* fixou a técnica da construção jurídica do século passado” (...), “o combate aos privilégios assinala a tendência reformista de nossos dias”<sup>10</sup>.

Nesses horizontes assim emoldurados, por conseguinte, se apresentam, numa despretenhiosa síntese, os contornos e boa parcela da substância dos direitos reais imbricados na vida jurídica e sócio-econômica do Brasil contemporâneo.

<sup>7</sup> Art. 2º da Lei nº 4.504, de 30.11.64 (“Estatuto da Terra”).

<sup>8</sup> Sobre a função social da propriedade na legislação agrária brasileira, v. PORRU, Paola. *Analisi Storico Giuridica della Proprietà Fondiaria in Brasile*. Milão, Giuffrè, 1983, pp. 75 e seguintes; também sobre o tema, o nosso livro *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*, Porto Alegre, Sergio A. Fabris Editor, 1988, p. 102.

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 9ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1990, v. IV, p.6.

<sup>10</sup> *Ib.*, p.7.