

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E O REINO DA DINAMARCA: HAMLET, CODIFICAÇÃO E O FANTASMA PATERNO

THE CIVIL-CONSTITUTIONAL LAW AND THE KINGDOM OF DENMARK, HAMLET, CODES AND FATHER GHOST

Ricardo Aronne
E-mail: ricardo.aronne@gmail.com

Resumo: Este artigo realiza uma análise do atual Código Civil à luz da obra prima de William Shakespeare, *Hamlet*. Por meio de uma analogia com a obra, é realizada uma análise profunda das disparidades albergadas pelo atual Código, utilizando-se da metáfora do fantasma do Pai, antigo Rei da Dinamarca, e de seu filho, o Príncipe Hamlet. Assim, demonstrar-se-á a necessidade de mudança dos atuais paradigmas que delineiam o atual Código Civil e que impõem a reforma do mesmo.

Palavras-chave: Código Civil, Hamlet, Reino da Dinamarca.

Abstract: This article presents an analysis of the current Civil Code in the light masterpiece of William Shakespeare, *Hamlet*. Through analogy with the workpiece, it is held a deep analysis of disparities housed by the current Code, using the Father's Ghost metaphor, former King of Denmark, and his son, the Prince Hamlet. So, It will demonstrate the need for change the current paradigms that shape the current Civil Code and that imposes the reform of it.

Keywords: Civil Code, Hamlet, Kingdom of Denmark.

Sumário: 1 Considerações iniciais: Três badaladas e o pano resiste em abrir; 2 O fantasma em discurso; 3. Considerações finais: Ser... ou não ser... 4. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: TRÊS BADALADAS E O PANO RESISTE EM ABRIR

No sexto aniversário de vigência da idosa codificação civil recente, sua paradoxal existência ainda me parece extravagante e desconfortável. Simboliza, inexorável e jocosamente, uma provocação do passado à contemporaneidade, presenteando-lhe um amanhã vestido de ontem. Intencionando despir o mal-trajado e esfarrapado humanismo do Direito Civil, no logro da criatividade e alteridade incorporadas pela jurisprudência do final do Século XX, constitucionalizadora dos conservadores recantos jusprivatistas, sedentos de conceitos e repletos de verdades.

Esse texto é um alerta e não um lamento. Como não se pranteia espectros, o tema deve ter características fantasmagóricas... Na medida em que o Direito Privado brasileiro parece

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

imóvel, qual o príncipe da Dinamarca, relutante em concretizar suas instâncias ou até obviedades, evoca Hamlet...

Esse texto deve ecoar como o fantasma do pai ecoou na mente do jovem príncipe, não obstante a esperança que o civilista contemporâneo seja mais percuciente de sua dimensão e compromisso atual.

É preciso reconhecer tal palco, cena e impasse. É preciso sair dessa zona de conforto em que o Direito Privado se auto exilou desde o advento comemorado por muitos como recodificação. É preciso ouvir o fantasma. Em algum sentido assombrar-se com a realidade e suas dobraduras, saltando para fora dos simulacros. O fantasma é preciso. O Código quer ser... Por nós e nossas vontades de verdade. Nos assombremos, em verdade, é conosco. Talvez egoísmo ou cegueira...

Cena a ser montada rápido, pois longa parece ser a fala do fantasma. Cena a ser vivida hologramaticamente. Como o velho professor que exegeticamente desfila entre as cadeiras dos alunos, com seu tomo amarelado da codificação, revelando o que é e o que não é, dentre as verdades privadas do Direito Civil... Como o jovem príncipe, passeando entre os túmulos, com a caveira amarelada do pai na mão; porém sem respostas. Ser ou não ser... Apenas questões... Estarão tão distantes entre si, esses tristes personagens? Sublinhemos o óbvio, então. O embaçado, porém óbvio.

Uma das figuras mais centrais da arte nordestina estaria a completar cem anos. Mestre Vitalino é o responsável por desenvolver àquelas figuras em barro que retratam o folclore e cotidiano da vida no Nordeste e que hoje fundam o sustento de comunidades e famílias de artesões. Os traços típicos e característicos de sua cultura, qual retratado pelo cordel, ritmos ou cancionero reconhecem essa condição à Mestre Vitalino.

Não obstante ser de fácil percepção, no sistema jurídico, a tutela do “objeto social” de conglomerados comerciais que fundam sua atividade nas diversas formas de bens intangíveis, qual a propriedade industrial, autoral ou de software; é quase uma obviedade que os herdeiros de Mestre Vitalino não conseguem se reconhecer como *players* desse mesmo jogo... São fantasmas... Não é óbvio?

O Código vaga e cantarola pelos corredores e saguões do sistema jurídico, qual Ofélia. Sem sentido. Fechado em sua (des)razão. Dócil e inofensivo para uns (lá nobres, aqui *bourgeois*); amedrontadoramente distante e *nietzschinicamente* potente diante da plebe proletarizada e sem rosto ou papel. Servindo assim de brinquedo. Para quem ?? Essa questão pode ser abandonada, com a vigência do respectivo diploma ???

Ubicado nessa percepção, trago de 2001, quando aprovada a codificação, um largo conjunto de reflexões sobre o direito das coisas que lhe subjaz, formulado criticamente e ainda sob o choque da denominada recodificação, para *dar voz ao fantasma*.

Trata-se de conferência realizada em Porto Alegre/RS, à convite do Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto, no curso de atualização de magistrados oferecido pela AJURIS em 13 de setembro daquele ano, em seguida à aprovação do Projeto. As notas foram colocadas posteriormente. Infelizmente não restaram degravadas as intervenções temáticas havidas pelos debatedores presentes, em especial o Des. Puggina cuja ausência, ressentido o Direito Privado gaúcho e a quem dedica-se as respectivas palavras proferidas.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

2 O FANTASMA EM DISCURSO

Quero, inicialmente, agradecer à Escola da AJURIS e à Corregedoria da Justiça, por mais esta iniciativa em favor do desenvolvimento da Ciência e aplicação do Direito, na pessoa da Profa. Edith, responsável pela presidência desta mesa. Agradeço a lembrança de meu nome dentre tantos outros qualificados para este desiderato e agradeço, principalmente, a possibilidade da interlocução com o qualificado Judiciário Gaúcho, sobre o nosso Direito Civil, neste momento especial; Direito Civil a ser - constante e insistentemente - rediscutido, revisto e repensado.

Talvez o grande, senão único, mérito daquele que se propõe a ser Projeto do novo Código Civil, estatuto a disciplinar o trânsito jurídico, as titularidades, a empresa e os projetos parentais, seja este¹: provocar o debate sobre instituições que vêm sendo revisitadas à luz do Direito Civil contemporâneo e que hoje se deparam com um projeto de raízes eminentemente clássicas², projetando-se como um novo Código Civil.³

O Projeto de Lei n. 118, de 1984, o Projeto do Código Civil, na dicção do Senador Josaphat Marinho⁴, seu relator, teve o objetivo de trazer a unidade ao Direito Privado, que estaria completamente pulverizado⁵ em razão de leis especiais, de estatutos ou, como chamaria o

¹ Já teve oportunidade de eloqüentemente dizer, com notável conveniência, André Osório Gondinho em seu *Codificação e Cláusulas Gerais* (2000, p. 5-6): "Em decorrência dessas considerações, a questão que ora se propõe é a de saber se as causas de superação da idéia de codificação, em geral, e do Código Civil Brasileiro, em particular, são inerentes ao próprio sistema codificado, ou, antes, representam conseqüência da forma como essa codificação foi realizada. (...) Acreditamos, por essas razões, que uma solução possível seria a adoção de cláusulas gerais como fatores de flexibilização e mobilidade do sistema, permitindo, ainda, a integração do Código com o que está a sua margem, ou seja, os denominados microssistemas. Nessa concepção, a própria noção de Código se modifica, visto que este não tem mais a pretensão de abarcar, *em seu corpo*, a completude do direito positivado, mas antes permitir essa completude mediante a atuação das cláusulas gerais nas diversas fontes do Direito." Poder-se-ia aditar, por pertinente, que a idéia de completude supera-se pelo reconhecimento da incompletude do sistema jurídico e de sua completabilidade, mediante a colmatação de lacunas e superação de antinomias. Em verdade ele se reconhece incompleto e não tem pretensão de completude, até por reconhecer-se aberto, distante da idéia de sistema fechado, inerente a concepção de codificação. Sobre o exposto, Cristiano Tutikian (2004, *passim*).

² É o responsável pela Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil quem aduz que esta reuniu-se "na esperança de ser aproveitada a maior parte do Código Civil de 1916", assentando como a primeira das diretrizes para os trabalhos, a "preservação do Código vigente sempre que possível." (REALE, 2002, p. XI).

Mesmo em recantos mais conservadores da civilística, a recodificação não se mostra um tema pacífico: "Em tese sempre me opus a uma integral reforma de nossa legislação civil, pois o problema da codificação do Direito Civil não me seduz. Todavia, no que diz respeito à aprovação do livro do Direito de Família, tal qual se encontra em discussão no Congresso Nacional, minha posição tem sido veementíssima, pois entendo que a eventual aprovação do Projeto, nessa parte, traria um retrocesso para o nosso Direito de Família de mais de vinte anos." (RODRIGUES, 2003, p. 533). Nesse sentido também são conhecidas as oposições à idéia de recodificação, versadas pelos Profs. Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira.

³ (TEPEDINO, 1999, p. 437) "Na discussão sobre o projeto do novo (?) Código Civil, o que menos importa é o indiscutível brilho e o extraordinário talento da comissão de juristas que o elaborou e do Senador Josaphat Marinho, seu Relator. O fato é que o projeto foi redigido há quase 30 anos (a comissão foi constituída em maio de 1969) e a sua aprovação representará impressionante retrocesso político, social e jurídico".

⁴ Esta é uma das notas principais apontadas pelo então Relator como base primordial para refutar-se quaisquer críticas sobre a própria oportunidade de codificação. É repetida por Miguel Reale, quando expõe qual sobre as tarefas da comissão encarregada da elaboração do Código (*Visão geral do...*, ob. cit., p. X).

⁵ Remontando bem a percepção de sistema fechado, Miguel Reale, cujo papel na direção da comissão dos notáveis que desenharam a codificação desde sua concepção, em recente obra retoma antigas idéias, às quais acreditava-se superadas. Leciona: "Desde o Código Napoleão vige o entendimento de Portalis, segundo o qual os artigos de um código devem ser interpretados uns pelos outros." (2003, p.49). A lição é tão importante e nodal para o apontado jurista, que é reprisada logo adiante na mesma obra: "Em um código os artigos se interpretam uns pelos outros", eis a primeira regra de Hermenêutica Jurídica estabelecida pelo

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Prof. Natalino Irti (1995, *passim*) – entre nós Francisco Amaral (1994, *passim*) – de microsistemas que teriam afundado esta proposta de unidade estrutural do Direito Privado, a ser refundida através de uma nova codificação.

As bases do Código Beviláqua são francamente mantidas pelo Projeto do novo Código, cujo racionalismo não altera o do Código de 1916⁶, ou seja, ele tem o mesmo racionalismo patrimonialista⁷, o qual não mais se observa nos corpos legislativos contemporâneos, de racionalidade bem diversa, mais voltada à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁸, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Cidade⁹. Nestas, é priorizada a existencialidade frente à pertença, na racionalidade impressa pela Constituição de 1988 (TEPEDINO, Ob.cit., p. 18).

Não obstante, o Projeto do Código Civil mantém a mesma arquitetura dos códigos oitocentistas (FACHIN E PIANOVSKI, Ob. cit., *passim*); adotando a teoria dualista¹⁰, o direito patrimonial em esferas de relações jurídicas reais e pessoais, como é próprio dos códigos que iniciam com a sua Parte Geral e conseguem reduzir a pessoa humana a um sujeito de uma relação abstrata de sujeito titular, remetendo à ausência os não titulares¹¹. Tutela o ter, em detrimento do ser, o que lhe traz substancial inconstitucionalidade¹², na ausência de uma reedificante (porém possível) interpretação conforme os valores

Jurisconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código Napoleão." (*Idem*, p. 61). Não obstante, o jurista em seguida afirmar ter a nova codificação superado a leitura civilística da Escola da Exegese e da Pandectista (ibidem, p. 65), vê-se que o intérprete contemporâneo há de manter a guarda alta, sob pena de assistir-se o cadáver levantar, saltar a janela e fugir correndo. A antiguidade não passou e facilmente reveste-se de jovem, de modo que o passado pode se fazer presente com a nova codificação. O discurso de fechamento também, pois, ficando-se com o mesmo autor e obra, o Código "exclui a possibilidade de os homossexuais nela se abrigarem, devendo aguardar lei especial." (*Ibidem*, p. 71-72).

⁶ Cf. em especial o parecer formulado por solicitação do Dep. Gustavo Fruet, por Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, publicado na RTDC (2000, p. 243 e segs.).

⁷ A crítica à ideia de codificação e sua estrutura e finalidade patrimonial, remonta a crítica de Bobbio para Jemolo (1994, p. 240), em verdade muito mais descritiva do que prescritiva: "O fato de Jemolo considerar-se um pequeno-burguês significa, segundo creio, uma forma de mostrar-se fiel às próprias origens, um ato de homenagem àquele 'mundo já passado' cujos ensinamentos desejaria não fossem esquecidos nos tempos atuais." O novo Código e seus defensores, como se pode observar, também mostram-se fiéis ao apontado mundo passado, para quem a "nova Lei Civil" é a "constituição do homem comum". (REALE, ob. cit, p. IX).

⁸ Para mais integral percepção do que se aponta, no sentido do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamental a leitura da basilar obra de Ingo Sarlet (2001, *passim*), certamente a primeira referência cardeal sobre o tema na doutrina nacional.

⁹ Cf. por todos, último ensaio a quatro mãos de Fachin e Carlos Eduardo (2003, p. 87 e segs.).

¹⁰ A divisão dos direitos subjetivos patrimoniais em categorias, imanente à teoria dualista, é o núcleo de afirmação tradicional da existência de direitos absolutos. Em uma visão monista, é inerente a percepção relacional intersubjetiva, no cerne das respectivas relações jurídicas, de modo que já se concebem relativos os direitos subjetivos que disciplina.

¹¹ Nesse sentido há de se retomar as palavras recentes de Gustavo Tepedino (2002, p. XV): "Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso tirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República. Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva e servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil, para que, procurando lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional."

¹² Por todos, cumpre seja citado duplamente, para aprofundamento na matéria em específico: Juarez Freitas (1995 e 1989).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

constitucionais e direitos fundamentais, de impreciso e dificultoso trânsito para leituras despreocupadamente formais¹³.

As alterações havidas no Direito das Coisas são pontuais e, em meu modesto ponto de vista, não se mostram tão inovadoras quanto possam parecer a outras leituras¹⁴. Se houve alteração no atacado; não chega a fazer-se sentir no varejo¹⁵. O compromisso do Projeto em debate não se alinha como um projeto de evolução¹⁶. Visa timidamente, mais que codificar, consolidar – não sem regressos -, diversas das mudanças impressas pela realidade social nas categorias tradicionais do Direito Civil clássico.

Observemos o início das alterações a partir da abertura do Direito das Coisas no Projeto, que se dá, tal qual no Código Beviláqua, pela posse.

Em primeira análise, a perspectiva situacional geográfica do instituto é a mesma do Código Beviláqua; a posse segue regulada antes do direito de propriedade. Ao contrário do que pregava Jhering, aduzindo que a matéria deveria situar-se após a propriedade, na medida em que seria seu instrumento¹⁷ – conforme a teoria objetiva -, a forma adotada na sistematização também não atende à teoria subjetiva, que vê a posse como simples fato (VON SAVIGNY, 1893, pp. 87-91) e para qual descaberia tratá-la como direito subjetivo.

Diferentemente do que se observa na crítica do Prof. Caio Mário, para quem o Projeto tenta conciliar as duas teorias, entendo que ele não chega a adotar nenhuma das duas, como o fez Beviláqua¹⁸. O Código de 1916 recebia alguma influência de uma e de outra escola, mas não se pode identificar a posição de Jhering ou de Savigny, como já alertava o seu autor (BEVILÁQUA, 1906, p. 107-108). Vamos partir da apontada crítica, em homenagem ao papel de seu autor, no cenário que já serviu de fundo à doutrina civilista brasileira.

A referida crítica versada pelo Prof. Caio Mário¹⁹, dispõe que o Código de 1916, em definição programática, teria abraçado sem titubear a “Escola Objetivista” de Jhering: ao mesmo tempo em que conceitua a posse em termos precisos, teve a coragem de oferecer a seu

¹³ Necessária remessa à recente ensaio de Canotilho. O autor luso, com serenidade discorre sobre o tema e salienta de início: “É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o direito constitucional e o direito civil. Por vezes os estudos denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Com efeito, uns falam com arrogância de ‘civilização do direito constitucional’ e outros respondem com igual sobrançeria com a ‘constitucionalização do direito civil’.” (In SARLET, 2003, p. 339).

¹⁴ Até por sua importância, aponta-se o parecer do relator final do Projeto, o Dep. César Fiúza, indicando as razões pelas quais deveria ocorrer a aprovação nas casas legislativas da União.

¹⁵ Quanto à progresso efetivo, no meu sentir, o que a codificação objetivava era muito mais uma consolidação das mudanças já havidas e incorporadas pela doutrina e jurisprudência ao Direito Privado, buscando padronizá-las e dar um critério de unidade (formal, saliente-se), cristalizando-as em regras e, quando imprescindível, diante de indeterminações axiológicas, se valendo, em alguns setores, de cláusulas gerais. Os avanços, mínimos, foram pontuais. Também, pontualmente, houveram retrocessos.

¹⁶ Importantes são as considerações de órbita metodológica, reitere-se, traçadas por Cristiano Tutikian (2004, p. 19-79).

¹⁷ “A posse aparece como uma relação *imediata* da pessoa com a coisa; pertence, pois, ao direito das coisas” (VON JHERING, 1986, p. 104).

¹⁸ “O Código de 1916, em definição programática, abraçou sem reboços a escola objetivista de VON JHERING. “Ao mesmo tempo que conceituou a posse em termos precisos, teve a coragem de oferecer ao seu intérprete, desde logo, o supedâneo doutrinário, tanto mais indispensável, define a posse no art. 1.390 [agora 1.196] em tais termos que não se sabe bem a que subsídio recorrer em termos conceituais” (GOMES, 2000, p. 78).

¹⁹ Em que pese não subscrevermos a posição do autor, esta é colhida para que se observe que o novo código desagradou juristas das mais variadas Escolas do Direito Privado.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

intérprete, desde logo, o supedâneo doutrinário tanto mais indispensável quanto mais tormentosa a fixação das noções básicas. Já o projeto em comento (anteprojeto, quando então), numa indecisão lamentável - conforme o autor -, define a posse no art. 1.390 (do então anteprojeto - N.A.: Art. 1.196 do Código Civil de 2002), em termos que não se saberia mais a que subsídios recorrer conceitualmente (FREITAS, Ob. cit., p. 78).

Considera possuidor, diz o artigo 1.196²⁰, quem manifesta o poder de fato sobre a coisa. Aqui está sua inclinação, segundo a respectiva crítica, pela concepção subjetivista - posse é igual a poder físico sobre a coisa, exercício -, uma vez que, para Savigny, toda posse exige elemento material, *corpus*, que representa um poder material a ser aliado a um elemento espiritual, *animus*, representado pela *affectio tenendi*.

Prossegue o mencionado artigo analisando que esse poder de fato se exprime mediante comportamento que corresponde ao exercício de faculdade inerente à propriedade. Aí o anteprojeto encaminha-se rumo à Escola Objetiva de Jhering, e o referido autor tece uma longa série de críticas ao trabalho havido, pela comissão responsável.

Entendo que o Projeto não define posse, mas possuidor; tal qual fazia o Código Beviláqua. Assim, qualquer crítica que se faça ao Novo Código nesse sentido é uma crítica que também se estende ao Código Beviláqua. A única diferença entre ambos é a dicção. Propriedade e domínio são termos adotados pelo Código de 1916, sendo extirpado o termo *domínio* no novo Código.

O Projeto, hoje, dispõe a matéria no art. 1.196: “Considera-se possuidor todo aquele que tem, de fato, exercício pleno ou não de alguns poderes inerentes à propriedade”. Segundo o Código Beviláqua: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato exercício, pleno ou não, de alguns poderes inerentes ao domínio ou propriedade”.

Entendo que a mudança é semântica. Tão-somente semântica porque a civilística tradicional trabalha com a identificação dos termos *domínio* e *propriedade* (LOPES, 1996, p. 281-282); compreende-os substancialmente sinônimos. Portanto, não há alteração nenhuma, pelo viés tradicional de leitura das titularidades.

Ao contrário da pregação clássica, ainda incrustada no Projeto do Código, a posse mantém perspectiva tripartida (ARONNE In: SARLET, 2003, *passim*), conforme a jurisprudência brasileira já sistematizava o fenômeno, na leitura do Código de 1916.

Apenas para demonstrar o exposto: transita no ordenamento pátrio, tanto em dimensão única e exclusivamente jurídica, como direito real, no *jus possidendi*, como em esfera contratual e obrigacional, no *jus possessionis*, como ainda enquanto fato, ao tutelar-se a posse *ad usucapionem*, que não se estriba em direito subjetivo de posse algum (ARONNE In: SARLET, 2003, *passim*).

Portanto, isso quer demonstrar que o Direito Civil brasileiro não adota completamente nenhuma das duas escolas, mesmo que não as exclua ou deixe de ser ou ter sido influenciado pelas mesmas. Para ambas teorias, ainda que por razões formais distintas²¹, o

²⁰ Os números foram alterados de modo à corresponder com os aprovados pelo Congresso, quando votado o Código Civil de 2002.

²¹ Para Escola Objetiva, pela ausência de um direito real, a caracterizar a posse deste como uma relação direta com a coisa. Para a Escola Subjetiva, pela ausência do elemento psicológico, caracterizado pelo *animus*.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

possuidor decorrente de contrato (locatário, arrendatário ou comodatário) era mero detentor. Sem prejuízo disto, tal figura transita como possuidor no ordenamento vigente. É reconhecido direito aos interditos, efeito da posse, para àquele que ostenta posse derivada, por exemplo, de contrato.

O novo Código, no art. 1.197, os percebe com madura independência das titularidades. Se lhes reconhece a ação, dando transito ao interesse, é porque positivou o direito subjetivo. Logo, é complexo inferir de modo absoluto que o Código em vigor e o que poderá vigor, adotam esta ou àquela teoria, restritivamente.

No Direito Civil brasileiro, trata-se de possuidor jurídico àquele que em razão de um vínculo contratual, possui o bem para dar uso, destino e funcionalidade, conforme seu espaço de autonomia privada. Reconhece, nosso ordenamento jurídico, também a posse dominial, que era denunciada por von Jhering. O *jus possidendi* está presente na propriedade, no usufruto, na superfície, no uso, na habitação, subjazendo à outras titularidades. É a relação imediata de apreensão do bem, enquanto direito subjetivo real. Além destas duas dimensões jurídicas, reconhece a posse em sua dimensão de fato, com relevância jurídica suficiente a produzir efeitos e ter trânsito para ser tutelada mediante os respectivos interditos.

É mantida a sistematização da posse tal qual era no Código de 1916. Sinto no Projeto, porém, uma ausência, e aqui a crítica não é com relação às mentes que participaram da elaboração do anteprojeto, cujo brilho é claro e reconhecido no meio jurídico, mas às idéias. Sinto como ausência a função social da posse, que passou em branco em todo o direito possessório codificado, no meu sentir.

A detenção sofre uma alteração com o parágrafo único do art. 1.198, cujo *caput* é uma repetição do Código vigente, que já definia detentor²². “Art. 1.198: Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a sua posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Equivale ao art. 487 do antigo Código, mas foi acrescido um parágrafo único: “Aquele que começou a comportar-se de modo como prescreve este artigo, em relação à coisa e à outra pessoa, presume-se detentor até que prove o contrário”.

Aqui temos uma inovação de cunho formal (como via de regra foram às ocorridas), que precisa de uma leitura à luz do princípio da proporcionalidade, porque, se observamos um locatário passar a se comportar como detentor, não posso presumi-lo detentor, ainda terei de presumi-lo possuidor, em razão do vínculo contratual que ele mantém.

Na esfera dos efeitos da posse, o Projeto suprimiu a regulação da concessão de liminar, deixando de abordar a questão do ano e dia, deixando ao CPC a temática da liminar *initio litis*. Ainda conserva, porém, o traço processualista no trato dos efeitos da posse. Faço essa crítica, porque o Código se propõe a ser um Código Civil, o Estatuto de Reunificação do Direito Privado e, portanto, um diploma de regulação de um direito subjetivo material, e ele adentra na esfera do processo, falando sobre a questão da reintegração, da manutenção de posse e, tal qual o Projeto Beviláqua, esquecendo a imissão.

²² Diferentemente da Escola Subjetiva, para qual a noção de posse nasce e decorre da noção de detenção, a Escola Objetiva repudia esta figura, denominando-a uma anomalia para o direito da posse.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

O que revela esse silêncio? Revela, novamente, a manutenção do viés clássico, em que a imissão de posse é vista como ação petitória fundada em titularidade, quando, na verdade, não se discute oponibilidade de direito real, e sim posse. Pretensão possessória, decorrente de direito possessório, cuja ação em exercício há de perceber-se possessória e autônoma de titularidades.

No âmbito da propriedade, o projeto acrescenta um parágrafo no dispositivo correlato ao art. 524 do Código em vigor, o art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha”.

O parágrafo a que me refiro é o § 1º, tido para muitos como a introdução, o reconhecimento do princípio da função social da propriedade no direito das coisas. O que ele dispõe: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados, de conformidade com o 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”.

O que parece ser uma inovação, na verdade, não é. O princípio da função social da propriedade está insculpido no art. 5º da Constituição Federal. Foi introduzido em 1988 no Direito Civil, a partir dos Direitos Fundamentais. No Projeto observa-se um retrocesso. Dispõe que o conteúdo de função social da propriedade vai ser explicitado em lei especial, porém, em sentido diverso, o § 1º do art. 5º da CF/88, dispõe que todos os direitos fundamentais – no que se incluem os de segunda dimensão, como o princípio da função social da propriedade – são autoaplicáveis.

Importa dizer, os direitos fundamentais sociais, assim como os individuais, têm eficácia plena, independente de lei complementar. Contemporaneamente trata-se da eficácia horizontal; portanto, eficácia interprivada²³. Discute-se hoje função social na relação entre particulares e os conflitos daí decorrentes²⁴.

Colocar uma referência à função social, dispondo que ela deve ser regulada em lei especial não é avanço, é atraso. Principalmente quando o *caput* do dispositivo desenha uma arquitetura tradicional de direito absoluto, nos moldes da teoria eclética. Aliás, não atende à boa técnica legislativa, muito menos de quem quer fazer um Código. Se um Código visa à unidade, a trazer para si toda a regulação da matéria, o pior a fazer é remessa à lei especial²⁵. Então, se discutível é termos um Código, há aqui um anteprojeto de Código que já se apresenta não querendo ser um Código. Portanto, mesmo para quem é dado a codificações (e unificações formais), é um problema, ainda que sanável.

²³ (Cf. SARLET, 2000, p. 107 e segs). Trazendo abalizada coletânea em torno a temática, o mesmo autor organizou o recente *Constituição* (2003). Para considerações diretamente ligadas ao tema dos direitos reais, colha-se os dois primeiros capítulos de meu *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos* (2001). Essencial a leitura, na perspectiva civilista contemporânea de Luiz Edson Fachin (1997).

²⁴ A temática da função social da propriedade em oposição nas lides entre particulares, já deixou as folhas dos processos para ganhar as páginas dos jornais e ser discutida nos bares e na arte com mais conforto do que na Academia.

²⁵ Reitere-se, para boa compreensão da crítica feita, a já citada lição de Portalis, nas linhas de Miguel Reale, transcrita em nota anterior. Ainda mais quando se afirma, de modo oitocentista, tratar-se o Código da “Constituição do Homem Comum”. Quem é o homem comum? O proprietário? O direito dos comuns era o *ius civile* ou o *ius gentium*?

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

O princípio da função social é autoaplicável, a partir do núcleo duro da ordem constitucional, de onde emana, alcançando a ordem econômica e o Direito Privado, para fixar-lhe bases teleológicas de aplicação das regras e bases positivas de colmatação de lacunas e solução de antinomias.

Retomando a apreciação do art. 1.228, o respectivo § 2º é introduzida uma outra figura que não é inovadora. Assim consta: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer utilidade e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Isso é a teoria do abuso do direito, mesclada ao antigo conteúdo do art. 524 do Código Civil vigente, para dar uma nova roupagem ao que já é velho. A teoria do abuso do direito não é nada mais, nada menos do que o reconhecimento da absolutividade do direito de propriedade, em coerência ao *caput* do artigo.

Se o direito de propriedade é relativo - e é relativo porque deve atender à função social, e função social é uma medida de exercício -, ele já é informado por uma norma constitucional que veda um exercício abusivo. Então, não precisamos da teoria do abuso de direito como precisou a França do final do séc. XIX e início do séc. XX (JOSSERRAND, 1952). Estamos no séc. XXI, e o estado da arte da Ciência do Direito é outro.

Os §§ 4º e 5º também me trazem uma leitura diferente da dos apreciadores da codificação. O § 4º dispõe: “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 5 (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”. § 5º: “No parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário, pago o preço. Valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores”.

Não nascesse superada essa figura, pelo usucapião coletivo, em 2001 introduzido pelo Estatuto da Cidade (*Cf.* art. 10 do Estatuto da Cidade), então sua aplicação literal padeceria de inconstitucionalidade por ferir o princípio da igualdade. O pequeno proprietário que tem a sua área ocupada não faz jus à indenização, só a grande propriedade seria indenizável, porque deve de ser extensa a área e de um único proprietário. Onde está o interesse social e econômico relevante? Remunerar melhor o latifundiário, o grande proprietário urbano que não explora a sua propriedade. De novo, a racionalidade do projeto está em desconformidade com a racionalidade do resto do sistema jurídico. O viés patrimonialista, aqui, prepondera sobre o viés existencialista que informa o Direito Civil contemporâneo.

Não vejo como uma evolução, se assim encarada, em tão estreitos limites, a denominada desapropriação judiciária. No meu sentir, mantida sua exegese rente à literalidade do texto, resulta inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade. Assim ocorre com qualquer leitura que não preencha efetivamente com valores existenciais, diretamente decorrentes do art. 1º, III, da CF/88 (SARLET, 2001, *passim*), os conceitos jurídicos indeterminados²⁶ que permeiam os dispositivo em tela. Porém caminhos se abrem para que o intérprete possa dar vivencialidade ao instituto.

²⁶ Tanto o dispositivo em comento, como larga parte das normas codificadas se valem de conceitos jurídicos indeterminados, restando de suma importância perceber seu papel axiológico no sistema positivado. Para maiores estudos (*Cf.* English).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Quanto à descoberta - e vou, em razão da hora, tentar voltar-me mais para as modificações introduzidas -, temos a introdução do parágrafo único do art. 1.234: “Na determinação do montante da recompensa, considerar-se-á o esforço desenvolvido pelo descobridor para encontrar o dono ou o legítimo possuidor, as possibilidades que teria este de encontrar a coisa e a situação econômica de ambos”.

A introdução do art. 1.236, também traz alguma alteração na disciplina: “A autoridade competente dará conhecimento à descoberta, através de imprensa ou de outros meios de informação, somente expedindo editais se o seu valor comportar”. Outra modificação se colhe no parágrafo único do art. 1.237: “Sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou”.

Como se pode constatar, as mudanças pouco inovam, mantendo o instituto da descoberta arcaico e francamente sem maior utilidade contemporaneamente. Não se colhe caráter funcionalizante no trato da matéria não obstante suas possibilidades, até mesmo para além da propriedade sobre bens materiais.

Na usucapião, o art. 1.238 e o seu parágrafo único trazem – e aqui vem uma observação favorável – uma salutar redução do prazo da usucapião ordinária para 15 anos (de 20 para 15), fazendo-o de modo flexibilizado, porque dispõe que o prazo, da usucapião ordinária se reduza a 10 anos se o possuidor houver estabelecido, no imóvel, a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Aqui, sim, se vê uma adequação da usucapião à luz do princípio da função social da propriedade, concretizado pela função social da posse, com uma alteração relevante. Temos reduzido o prazo da usucapião ordinária e flexibilizado à luz da função social da posse. Ocorre que não precisávamos de um novo Código para isso.

O art. 1.242, parágrafo único, em sede de usucapião ordinária dispõe: “Adquire também a propriedade imóvel aquele que contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por 10 (dez) anos”. No caso, observa-se que a usucapião extraordinária ficou equiparada à ordinária flexibilizada, quando incidente apenas a regra temporal do *caput* do respectivo dispositivo. Não obstante, também resultou diferenciada por flexibilização, quando houver qualificadores próprios à respectiva posse *ad usucapionem*.

O respectivo parágrafo único vai dispor: “Será de 5 (cinco) anos” - então, temos uma nova flexibilização - “o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base na transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele estiverem estabelecido sua moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. Portanto, tal qual foi flexibilizado o prazo do modo extraordinário, o ordinário também o foi.

Em sede de usucapião, aqui estão as modificações. Ao demais, o projeto buscou consolidar as espécies existentes, deixando ao relento a usucapião coletiva, constante do art. 10 do Estatuto da Cidade. Talvez a opção havida decorra da possível antinomia entre a usucapião coletiva e o § 4º do art. 1.228 da nova codificação. Não por isso haver-se-á de compreender que a usucapião coletiva não tenha cidadania no Direito Privado. É instrumento social importante para o acesso à propriedade e garantia de moradia como direito fundamental, assim como é instrumento público de grande valor aos municípios, no que pode dizer com regularização fundiária.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

De positivo, a função social da posse se mostra um diferencial decisivo na leitura da matéria, e isso foi percebido pelo Projeto, ainda que não com a intensidade devida. Enquanto o Código Beviláqua diferenciava o prazo de usucapião com base na onerosidade do trânsito jurídico e na expressão da autonomia de vontade individual, como é imanente na noção de justo título, o Projeto, sem distanciar-se daquele paradigma, soma o aproveitamento social da coisa, como diferencial para incidência do prazo.

Sem dúvida é uma característica de repersonalização das titularidades (FACHIN, 2001 e ARONNE, 1999), compreender este óleo social como gerenciador das engrenagens da apropriação privada e das regulações do mercado (LÔBO, 1995, p.40-45).

No mais, e aí está possivelmente a diferença de numeração que os senhores vêem no Projeto²⁷, o art. 1.239 não apresenta nada novo em relação à usucapião constitucional rural, que está na Constituição, e o art. 1.240 vem agora para o corpo da codificação com o usucapião constitucional urbano, que é o mesmo dispositivo da Constituição completamente transcrito, inclusive nos seus parágrafos, aliado ao usucapião especial urbano, retratado no art. 9º do Estatuto da Cidade além da codificação.

O art. 1.241 e o parágrafo único – isso está depois da usucapião constitucional urbana e antes da usucapião extraordinária, configurando-se numa colcha de retalhos - dispõem o seguinte: “Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida mediante usucapião a propriedade imóvel. Parágrafo único: A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para a transcrição no Registro de Imóveis”.

Para uma boa compreensão e distribuição racional e didática da matéria, esse dispositivo poderia prestar-se como ante-sala à Seção I do respectivo capítulo, como uma perspectiva geral da usucapião, estando deslocado na posição atual. Não tem por que existir no Projeto. Mais interessante seria sua retirada, pois a regulação específica precedente, esvazia a regulação genérica posterior, no caso em comento.

Observa-se uma inadequação terminológica, novamente, na alteração da redação havida no Código Beviláqua no que diz respeito à usucapião, quando passa a suprimir a disposição *domínio* e a fazer uso do termo *propriedade*, que, embora, classicamente, sejam vistos como sinônimos, não são, como já tivemos oportunidade de discutir²⁸.

O sujeito, quando implementa materialmente a usucapião, antes de aforar a respectiva ação declaratória, adquire o domínio, mas ele não tem titularidade registral, portanto, não se configura proprietário. Maior prova disso é que, posso ter a usucapião do imóvel já implementada de fato e de direito - tendo o domínio, porque este é declarado (reconhecido, portanto) pelo Juiz -, porém não tenho ação reivindicatória até ter titularidade registral. Não sou proprietário, portanto, perante o ordenamento jurídico brasileiro, até ter titularidade registral²⁹.

²⁷ À época da manifestação, em razão de uma série de emendas no Senado, haviam sido renumerados recentemente os arts. do Projeto.

²⁸ Para verticalização temática quanto à teoria da autonomia, com especial trato da matéria de usucapião, Ricardo Aronne (ob. cit.). Para crítica em visão contemporânea, Cf. Danilo Doneda (2000). Os efeitos da teoria são explorados em *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados* (ARONNE, ob. cit.). Para análise veja Cristiano Tutikian (R2002).

²⁹ Cf. ainda minhas notas aos arts. 1.225 e 1.228 do novo Código, bem como ao título da usucapião imobiliária (ARONNE, 2004).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

A terminologia empregada pelo novo texto é inadequada, no meu sentir, por não incorporar diretamente os elementos da teoria da autonomia. Quando o sujeito implementar a usucapião, ele não se tornará diretamente proprietário, ele adquire domínio e virá a ser proprietário após a ação de usucapião, que não é sinônimo da usucapião em sentido material.

Quanto à transcrição³⁰, o Código, quando regula o respectivo modo de aquisição - já que adentrado o terreno da semântica -, adota uma terminologia já ultrapassada no ordenamento nacional, diante do conteúdo da Lei dos Registros Públicos. Deveria ter sido utilizado o termo registro e não transcrição, mas insiste o Projeto nessa terminologia em desuso, como coerentemente critica em sua cátedra Gilberto Aronne. Em face da lei especial, o termo que designa todos os atos registrais é registro, migrando da condição de espécie para gênero.

Os parágrafos do art. 1.245 não chegam, assim, a modificar o que temos dentro do Código Civil brasileiro em vigor. Dispõe o § 1º: "Enquanto não se transcrever o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel"; § 2º: "Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade da transcrição e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel".

Não há inovação³¹. O nosso sistema jurídico, no âmbito registral, adota o princípio da publicidade para dar oponibilidade *erga-omnes* às titularidades, dentre as quais a propriedade sempre ocupou um papel central. Daí o título ser requisito para o ajuizamento de pretensão reivindicatória. Assim, o Código procede bem em retomar o princípio da prenotação, como ordenador do anterior, positivando-o no art. 1.246.

Distante do sistema franco, para o qual o juiz do *Code* não estava adstrito ao registro para prova de titularidade, o sistema brasileiro nunca chegou também a operar com a sistemática teutônica, pela qual o registro gera uma presunção absoluta, *iure et iure*, no trato da aplicação do BGB³².

Não distoa, portanto, o § 2º do art. 1.246 do Projeto, do que já se percebia na aplicação da codificação Beviláqua; mesmo que nela não estivesse expresso, o tratamento era uma decorrência. A própria jurisprudência conduzia a dinâmica interpretativa nesse sentido, de que a presunção de propriedade oriunda do registro é única e exclusivamente relativa, não é absoluta, tanto que podemos declarar a sua nulidade. Inegável, porém, que o registro gera presunção.

³⁰ A redação para o Código, como aprovado, foi alterada de "transcrever" para "registrar". Ficou mantido o respectivo texto de crítica, apenas para não alterar o conteúdo da palestra proferida na época, quando a crítica procedia.

³¹ Nesse sentido, tratando-se da esfera registral, tem-se que o cenário brasileiro, afora o insucesso da regulação do Registro Torrens, sempre se mostrou pacífico e sem maiores ondas, apesar de suas águas turvas. Sobre o tema, não sem conservadorismo (Cf. BALBINO FILHO, 2003, p. 471 e segs.).

³² Interessante estudo, na seara da aplicação prática do tema pode-se colher em Marcelo Domanski. *Posse : da segurança jurídica à questão social*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. O autor debruça-se sobre a radical mudança na orientação jurisprudencial atinente aos embargos de terceiro propostos por promitente comprador que não registrou a respectiva promessa irretratável de compra e venda, frente a execução forçada promovida credor do promitente comprador, cuja penhora recai sobre o bem. Até viger a presente Constituição, entendia o STF em um sentido. Após, com o advento e definição de competência do STJ, a matéria passa a ter solução oposta.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Então, não é uma novidade o dispositivo. O Projeto pode ter expresso algo que era implícito, mas, enfim, se está diante de toda a lógica e sistemática do Código Beviláqua. Repisa-se, a proposta do Projeto está muito mais em consolidar o Direito Privado por meio da codificação, do que codificar fechando o sistema de Direito Privado, por ser aspiração impossível, ainda que reveladora da hostilidade ao que é novo.

Tal impossibilidade de fechamento ou aspiração de completude, remonta aos direitos fundamentais, a par do princípio da inafastabilidade. O ordenamento infraconstitucional também não se compadece de lacunas, reconhecendo-as e determinando sua colmatação³³, como se colhe da LICC no seu art. 4^o, à qual, àquele que se projeta com a pretensão de ser um novo diploma civil, não pretende revogar³⁴.

Voltando à temática registral das titularidades, o art. 1.247 e o seu parágrafo único, também não podem tratados como estrangeiros ao tratamento dado à matéria: “Se o teor da transcrição³⁵ não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule. Parágrafo único: Cancelada a transcrição, poderá o proprietário reivindicar o imóvel independente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente”.

Cancelada a transcrição, há de derivar efeitos palpáveis na esfera daqueles que guardem interesse no bem. Quais seriam? A possibilidade de reivindicação, então, do novo proprietário. Nada de novo. Não é velho, é revelho, como leciona Tepedino (*Ob. cit.*). A rigor, dispor sobre possibilidade, ou não, da reivindicatória do proprietário entendo que tampouco é matéria de direito material, pois a possibilidade jurídica do pedido reivindicatório, é matéria francamente processual.

Não se quer dizer das condições da ação não serem expressões da ação de direito material³⁶, porém de pertinência de análise do CPC, como ele faz, ao adotar a visão de Liebmann, desde as raízes do Projeto Buzaid. Saliente-se a identidade de pensamento e marcos teóricos, pois as comissões das codificações reuniram-se em épocas superpostas.

Daí servir a tematização, como exemplo prático da vivencialidade da teoria da autonomia e de sua instintiva aplicação por todos os operadores do Direito. Isso é decorrência do fato de não se ter logrado superar a ideia ou a aplicação da teoria dos direitos subjetivos, não obstante célebres e louváveis tentativas, a iniciar pelas construções de Duguit.

É na teoria dos direitos subjetivos que o direito material pode se comunicar com o processo. Este último, cedo as lições de von Jhering de que o Direito, na sua síntese, é luta, não pode prescindir do processo, sob pena de kelsenianamente resultar em *sollen*³⁷. Portanto, na mesma intensidade em que o processualista resulta vinculado ao direito material, por força

³³ Importante contribuição hermenêutica neste terreno, de parte de um privatista, deve ser citada a Prof^a Maria Helena Diniz em obra específica no tema.

³⁴ Apenas para que se aponte o sentido do explicitado, deriva a temática da parceria civil ou união homoafetiva, cuja análise em referencial legislativo, “conta a história de uma ausência”, para que se use do amparo da eloqüente e sábia *verve* de Luiz Edson Fachin (*Cf. TASSINARI e KLEIN in ARONNE, 2004*).

³⁵ Registro, na redação dada ao Código, como aprovado no Congresso.

³⁶ No sentido da distinção traduzida por Pontes de Miranda (1974).

³⁷ O dever-ser erige-se à condição de ser pela realização concreta do Direito posto. Daí a imprescindibilidade e silenciosa supremacia do Judiciário sobre os demais Poderes da República, bem vinda em qualquer Estado Democrático.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

do princípio da instrumentalidade, o civilista não pode se furtar de perceber a articulação processual do direito subjetivo analisado, sob pena de ingenuidade ou falta de isenção³⁸.

Sobre construções e plantações, o art. 1.255, em seu parágrafo único, apresenta uma inovação de fato interessante. Há releitura profícua do princípio *superficies solo cedit*. Dispõe o artigo: “Se a construção ou plantação exceder consideravelmente o valor do terreno” – portanto do terreno alheio - “aquele que de boa-fé plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo mediante o pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”.

Não há uma negativa do princípio da *superficies solo cedit*, já existente no Direito Romano e desenvolvido com contornos próprios até este século. Há uma reafirmação dele, porém com preponderância pela aquisição da construção não pelo proprietário; mas, sim, pelo construtor ou pelo sementeiro. Trata-se da influência do princípio da função social da posse, de cujos valores o dispositivo abeberou-se positivamente, como ocorrido em sede de usucapião.

Daí pensarão que o Projeto me contradiz: - "Aqui está o princípio da função social da posse, de modo explícito." A patrimonialização, não obstante tudo o que foi apontado, ainda é elemento distintivo da noção de Direito Privado que a nova codificação busca emoldurar. Se é acertado concluir que a principiologia contemporânea alcançou o Projeto, não menos certo é o predomínio da arquitetura tradicional imposta ao Direito Civil.

O elemento que prepondera para o fato de incidência do dispositivo, não guarda assento no valor existencial da respectiva construção, edificação ou sementeira; mas, sim - conforme dicção da própria regra em vias de ser codificada -, no valor patrimonial desta. Dispõe: “Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno”. A mediação não é dada pela esfera existencial dos interessados, e sim pela esfera patrimonial por excelência. De novo, uma dissonância com o ordenamento jurídico vigente, principalmente à luz do, propalado pelo Des. Puggina³⁹, princípio da dignidade da pessoa humana, que repersonalizou todo o Direito brasileiro (*Cf. Meireles, 1998, passim*).

O avanço que se pode extrair do dispositivo em comento, é o *status* atribuído ao possuidor, na relação sobre o qual debruçou-se o codificador, se comparado à condição de esquecimento que o Código Beviláqua lhe reserva, tratando instrumentalmente a posse, sem derivar-lhe maior substancialidade.

Os arts. 1.258 e 1.259 vão seguir a mesma linha de racionalidade do analisado. Vou-me abster de maiores comentários, em razão do tempo que devora este espaço epistemológico e porque já procedi à crítica central para com a percepção do Projeto.

Repito, apenas por insistência, que ainda é a preponderância do interesse econômico da obra, muito mais que o interesse social na edificação - como é contemplado no Estatuto da Cidade, que vai tratar do parcelamento compulsório dentre diversos instrumentos de

³⁸ Neutralidade no sentido contemporâneo é compromisso com valores democraticamente erigidos à positividade constitucional e com os direitos fundamentais que lhe servem de rescaldo. Parodiando a, não menos oportuna do que célebre, frase de Benjamin Constant, poder-se-ia dizer da neutralidade dos antigos (metafisicamente objetiva) e dos modernos (intersubjetivamente axiológica e teleologicamente tópica).

³⁹ A menção ao Des. Puggina se fez pertinente, mais do que pela presença na mesa, na condição de debatedor, pela sua atuação constante, tanto na magistratura como na breve advocacia que lhe acompanhou nos últimos dias, em defesa de um direito socialmente incluyente e plural.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

funcionalização -, que sustenta a leitura formal daquilo que se projeta - mesmo que meio de última hora, no afogadilho - como o Código de amanhã, ou, para alguns, do amanhã. Quanto à perda da propriedade, o inc. V do art. 1.275 vai inserir, e isso é natural em algo que se vê como um projeto de codificação⁴⁰, a desapropriação. Não precisava? Não. Deveria também colocar a usucapião, porque esta é modo de aquisição originário (MOELLER, 1978, p.101-116), elimina domínio anterior para que nasça um novo, cancela registro anterior para que nasça um novo. Portanto, nascem propriedade e domínio, ambos novos, não sucedidos. Então, deveria estar situado no at. 1.275, implicando em modo de perda, também. A proposta não era oferecer um novo diploma civil? Reunificar o Direito Privado, reunindo-o (e aqui identifica-se o Código ao Direito Civil) em um corpo único, completo, racional e contemporâneo, ao par das alterações verificadas pela jurisprudência e pela Constituição?

Ocorre que tal empreitada remonta o arquétipo da completude, importando em um movimento de fechamento do sistema em torno da Codificação! Argumento em contrário se assenta no discurso em torno das cláusulas gerais, que seriam janelas ou portas na codificação, de modo a ela aspirar elementos de outros setores (Cf. TUTIKIAN, 2004, p. 19-79). Não obstante, importa questionar se uma porta simboliza abertura ou fechamento? Precisamos portas onde não temos paredes?

Se a idéia articulada seria ler o Direito codificadamente⁴¹, dever-se-ia olhar para o Direito das Coisas à luz do arcaico e decrépito princípio do *numerus clausus*⁴², que deveria estar na leitura do art. 1.225, assim como dentre seus incisos deveria estar o *time-share*, multipropriedade imobiliária, *shopping center*, incorporações, loteamentos, toda a parte legislativa de patentes, bioética e demais seores da vida privada, para ser um Código. Mas são realidades que passaram à margem do trabalho da respectiva comissão⁴³.

Os parágrafos do art. 1.275, novamente, deixam verter um pouco do óleo social derivado dos direitos fundamentais, porém não inovam, como já se pôde perceber. Interessante o teor do § 2º: “Presumir-se-á de modo absoluto” – e isso dará trabalho na interpretação – “a intenção a que se refere este artigo quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais”. Essa alteração deixa revelar a idéia do legislador de que o último resquício de funcionalização seria o pagamento do tributo.

Entendo que isso está de acordo com a perspectiva contemporânea, porém a noção de fechamento hermenêutico dada pela regra não. A aplicação do dispositivo não pode ser formal, sob o risco de restrição de direito fundamental a partir de legislação ordinária. Relevante proposta de leitura é dada por Eugênio Facchini Neto.

Toda a temática em sede de estatuto proprietário há de ser tomada substancialmente, a par dos vetores e valores funcionalizantes da ordem constitucional, em sinergia com os valores econômicos e individuais que fomentam a iniciativa privada, regida pela ordem econômica positivada.

Tome-se, pois, uma propriedade no centro de Lavras do Sul/RS, onde não há maior expansão ou demanda demográfica ou por moradia, diante da ausência do espaço

⁴⁰ O comentário toca na questão do dogma da completude (Cf. Bobbio, 1995).

⁴¹ Daí recodificar no sentido de reimprimir racionalidade, coerentemente ao sedutor e perigoso discurso em torno de uma suposta reunificação do Direito Privado.

⁴² Para muitos cristalizado na regra do art. 1.225 do Projeto (Cf. FRAGA, 1997, p.57-73).

⁴³ Cf., para verticalização, minha nota ao artigo 1.225, no *Novo Código Civil anotado* (ob. cit.).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

urbano. O sujeito proprietário ali, nosso sujeito codificado, não construiu, estava deixando valorizar a sua propriedade e paga os seus impostos. Está atendendo ao princípio da função social? Não dizemos que atenda ou fomenta a função social em questão, porém seria uma demasia dizer que esteja desatendendo; a necessidade social, daquela coletividade em concreto, não torna imperativo um aproveitamento maior da respectiva propriedade que nela se insere.

Agora imagine-se um prédio no centro de Porto Alegre, desabitado, cujo proprietário esteja apenas pagando o IPTU, sem dar qualquer destinação ao bem ou ao espaço urbano. Posso aplicar o mesmo raciocínio? Não.

Prédio no ainda incipiente Distrito Industrial da Restinga, nesta capital. Digamos que se tenha ali 700m² de área urbana não-aproveitada, pagando IPTU. Está sendo, concretamente, agredido o princípio da função social da propriedade? Quer parecer que não, porque não há demanda imobiliária para o local. Porém, tratando-se da região do ABC paulista, claro que estaria, diante da demanda social e econômica. O trato há de ser tópico e não abstrato! Assim como não existe prestação jurisdicional em abstrato, o direito não se positiva quando não está incidindo. É mero significante; jamais significado. Se faz significado pela atuação do intérprete.

Enfim, função social não cabe em fórmulas, muito menos em um País continental como o Brasil. Isso deve estar assente ao jurista, quando toma em abstrato uma norma da Constituição ou do Código! Não estamos a tratar de um dispositivo legislativo regional. Não é um Plano Diretor! É um Código Civil.

Nesse ponto, o artigo que parece comparecer com uma perspectiva de socialização, de humanização, coerente àquilo que se desenha como um Direito Civil da pós-modernidade⁴⁴, em verdade, não é. Repetindo a crítica de André Osório Gondinho (*Ob. cit.*, p. 4), o Código adota uma fórmula legislativa reducionista, própria do pensamento oitocentista, não obstante sua articulação com cláusulas-gerais.

A se manter tal visão, deparar-nos-emos logo em seguida, nos casos de desapropriação por interesse social de propriedade urbana, com o proprietário demandando contra o decreto expropriatório, absurdamente atacando a desapropriação em si com a alegação de que paga o IPTU, de que paga os ônus fiscais, estando, portanto, seu imóvel atendendo a função social, ainda que minimamente⁴⁵. Isso é problemático.

Quanto aos direitos de vizinhança, a novidade é a seção disposta sobre o uso anormal da propriedade. Parece novo, porém é apenas novidadeiro. Trata-se, outra vez, de novas roupagens para fórmulas passadas. A seção abre repetindo o art. 554 do Código Beviláqua e adiciona um parágrafo único ao art. 1.276, dispondo: “Proíbem-se interferências, considerada a natureza de utilização, localização do prédio[...]”. Isto não é novo, já existia no nosso Direito Urbanístico de há muito, e bem melhor regulado no Estatuto da Cidade.

⁴⁴ Pode-se apontar como o Direito Civil da modernidade, àquele que começa a ser desenhado pelo iluminismo, tomando corpo a partir da Revolução Francesa. Para pós-modernidade, o marco inicial estaria em Weimar, e sua consolidação verificável a partir do pós-guerra.

⁴⁵ Não é novidade teorizações em torno de conteúdo mínimo do direito de propriedade. Também não é novidade que tais teorizações dificilmente transitam na compreensão de limites que não sejam externos ao direito de propriedade.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Afora isso, o art. 1.277 e seus parágrafos, os arts. 1.278, 1.279, 1.280 e 1.281, terão de ser matizados pelo princípio da proporcionalidade, necessariamente. Como já acontecia no direito de vizinhança brasileiro, pela intervenção pretoriana - pelas decisões dos nossos tribunais -, foi incorporada a noção de razoabilidade vicinal, a ponto de, inclusive, podermos dizer que o Direito Ambiental, no Brasil, começou a ser aplicado, a ser positivado jurisprudencialmente e com base nos direitos de vizinhança. A partir de então é que se começou a legislar sobre o Direito Ambiental e a falar sobre ele.

O art. 1.285 do Projeto, conjuga os arts. 559 e 560 do Código vigente, inovando nos parágrafos, ao incorporar o tratamento que vinha sendo dado na jurisprudência, para passagem forçada. Novamente a lei intervém para consolidar a jurisprudência. A questão é a razão disto. As motivações.

O Código, nesse sentido, lembra muito o discurso da súmula vinculante. Chega de interpretação, porem de interpretar a lei. Vamos codificar para que o Juiz não tenha mais que interpretar, pois vamos dizer onde ele tem que interpretar. Olhem o paradigma da segurança jurídica, do Estado Liberal, apenas amortecido pelo dado de realidade. A racionalidade do Código, portanto, é desconforme com o sistema jurídico brasileiro, que tem um paradigma de Estado Social, que traz força criadora à decisão judicial.

Em relação à passagem de cabos e tubulações, arts. 1.286 e 1.287, e a do Direito das Águas, a matéria, novamente, encontra-se deslocada. Já é regulada pelo Estatuto da Cidade, nas legislações municipais, e assim deve ser. Não há como querer codificar em detalhe o tema, como quiseram os autores do Projeto, porque o Brasil é muito grande e tem muitos contrastes. No caso de antinomia, à luz do critério da especialidade, afastando até mesmo o critério da temporalidade, prepondera a legislação urbanística.

Perceba-se, o Direito Urbanístico tem de ser tratado como Direito Urbanístico, no que diz ao critério da especialidade, em especial para solução de antinomias. É temática de Direito Civil, ninguém diz ou pensa que não cruza dentro do Direito Civil (PERLINGIERI, 1997). Devemos, tal qual afirmado por Maria Celina Bodin de Moraes, entender que o Direito Civil não é mais - como aduzia Jean Domat -, um espelho do que era o Código Civil (*ob. cit.*). Não, o Direito Civil é muito mais. É o estatuto jurídico do cidadão.

É claro que o Direito do Consumidor é Direito Civil, o Direito da Criança e do Adolescente é Direito Civil, o Direito Urbanístico também é Direito Civil, sem deixar de ser Direito Público. Podem alguns dizer: "Mas é Direito Público". O Direito Privado publicizou-se (Fachin, 1995, p.101-109), por isso, na vivência das demandas forenses, observa-se que quem não é parte no contrato intervém no contrato revisando-o integralmente. Vemos diariamente o Ministério Público fazer isso nas relações de consumo. É por isso que, no Direito de Família, o Estado intervém, por exemplo, na preponderância dos interesses do menor, retirando-o de dentro de sua família, colocando-o numa família substituta, se isso for necessário ao bom desenvolvimento da criança. É por isso que a propriedade, hoje, não atende só aos interesses de seus titulares, sendo cobrados, dentro de seu bojo, os interesses extratitulares, de não-titulares e, portanto, difusos, que também são recebidos nesse liame jurídico que conforma o instituto.

Aquele véu puído, que divide o Público e o Privado, no Estado social não existe, não há um Público e um Privado como outrora. Então por que a regulação que dispõe sobre direito de propriedade tem de estar no Código Civil? É inadequado, em dada medida, porque ofende a casuística da situação social da construção de uma cidade.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Não abordo da mesma forma, as perspectivas e possibilidades de uma cidade grande e uma pequena, uma cidade grande do Nordeste e outra do Sul. São realidades diferentes, são povos diferentes, são pensamentos diferentes, e o nosso Direito tem de ser multifacetado suficientemente para responder a situação plural em que se insere.

Voltando aos dispositivos alinhados no Projeto, quanto ao direito de construir, as inovações constantes dos arts. 1.301, § 1º; 1.307; 1.311, tanto no *caput* como no parágrafo único; 1.312, tanto no inc. II como no § 2º, também não trazem nada de substancialmente novo.

No condomínio voluntário, o Projeto incorpora a noção de condomínio *pro indiviso* do Código Civil brasileiro. Beviláqua, somando ao condomínio horizontal em edificações, originalmente regulado pela Lei n. 4.591/64. Designa essa última modalidade de condomínio edilício. Quanto ao condomínio tradicional, que chamávamos de condomínio do Código Civil, ele o di *Cf.* em necessário e voluntário.

O voluntário é o antigo condomínio por todos nós conhecido, e o necessário é a antiga regulação do condomínio em paredes, cercas e valas, do Código Civil brasileiro, que regulava a matéria dos arts. 642 ao 645. Portanto, o chamado condomínio necessário não é uma inovação, é uma nova denominação para algo que já existia ao tempo do Esboço de Teixeira de Freitas.

Quanto ao condomínio voluntário, cria, o Código, uma presunção no parágrafo único do art. 1.315 quanto às cotas. Isso é uma modificação. Dispõe: “Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos”. Essa presunção não havia no nosso direito material, até porque, sempre que havia um condomínio, regulada deveria estar a cota-parte dos integrantes, como normalmente acontece. No silêncio, presume-se que as cotas sejam iguais, cabendo prova em sentido contrário, na forma do art. 1.247.

O Projeto cria, no art. 1.316 e seus parágrafos, uma forma de extinção do condomínio que esbarra na questão do bem indivisível. Observem o *caput* do art. 1.316: “Pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando a parte ideal. § 1º - Se os demais condôminos assumem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita adquirindo a parte ideal de quem renunciou na proporção dos pagamentos que fizeram. § 2º - Se não há condômino que faça o pagamento, a coisa comum será dividida”.

O problema fica por conta da coisa indivisa, porque, se há problema no condomínio de bem divisível, a divisão é a primeira atitude dos particulares. Esses problemas vão surgir na coisa indivisa, e para esta o dispositivo não dá resposta nenhuma. Mantém a possibilidade da indivisibilidade, que estava nos arts. 629, parágrafo único, e 630 do Código Civil, e mantém aquele prazo máximo de 5 anos, que já havia para a indivisibilidade, acrescentando a possibilidade de intervenção judicial no § 3º.

De novo, o racionalismo do séc. XVIII se faz presente, assentado no dogma da completude. O Código não precisa prever a possibilidade da intervenção do Juiz quando temos o princípio da inafastabilidade. O art. 5º, XXXV, dispõe que nem a lei pode impedir o Juiz de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito. Portanto, sempre o Juiz pode intervir, porque o sistema, ao contrário do que possa objetivar um projeto de codificação, não é fechado, é, necessariamente, aberto. E não é de regras, é um sistema positivo de princípios e valores também.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

O art. 1.321, que regula a matéria de divisão, faz um interessante paralelo com a partilha da herança: “Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras da partilha da herança”, e de novo traz algo de diferente no art. 1.322, parágrafo único, que diz com a questão das benfeitorias, como elas se regulam.

Condomínio edilício. O condomínio em edificações, chamado pelo Código de condomínio em edilício, mantém a mesma matriz da Lei n. 4.591/64 com um detalhe, o Projeto silencia sobre incorporações. Se a idéia do Projeto é revogar a Lei n. 4.591/64, isso é problemático, na medida em que as incorporações não são tratadas no Projeto do Código Civil, e são uma realidade na vida urbana.

Adota, a partir do art. 1.331, uma noção ampla do que seja o condomínio em edificações, não deixando clara a distinção fundamental entre ambos. Entre o condomínio que denomina voluntário e o condomínio em edificações. O primeiro seria um condomínio de pessoas vinculadas a um mesmo bem, enquanto que o último seria um condomínio de pessoas em razão da interligação patrimonial de suas unidades autônomas. Isso passa em branco.

Alguns pontos, porém, são causa de preocupação mais séria. O Projeto possibilita a cobrança de multa, ainda que no silêncio ou inexistência de convenção. Isso é contrário ao que tínhamos na legislação anterior, porque trata de modo muito mais amplo do que previa aquela exceção do art. 10 da Lei n. 4.591/64.

Art. 1.336, § 2º: “O condômino que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incs. I a V” – que por um detalhe só tem quatro; dos problemas que há no projeto, isso é o de menos – “pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior ao valor de cinco vezes ao de suas contribuições mensais independente das perdas e danos que se apurarem. Não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços, no mínimo, dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança de multa”. Então, imaginem que a vizinha chata pode sofrer a sanção de tal multa, enquanto que o vizinho simpático e solícito do prédio pode não ter multa alguma.

Anteriormente, tínhamos, na Lei de Condomínios e Incorporações, que, na ausência de previsão da convenção, não há multa. E é o correto, porque aqui temos um casuísmo interpretado, em que um codificador dirá algo no qual não cabe ao Juiz interferir à luz do princípio da autonomia da vontade.

Pela "racionalidade interna" do Código, seria essa a resposta do sistema jurídico⁴⁶. Afasta-se de pleno tal solução, porque o Código não é código no sentido do fechamento da tecitura jurídica. Temos é o projeto de um Estatuto Civil, não de um código, porque ele não pode ser fechado e ter uma racionalidade em si mesmo, buscando centralizar o Direito Privado. Não lhe é dado esse poder. Não é dado ao legislador ordinário este poder.

O Direito, seja Privado ou Público, se alguém conseguir defini-los (Cf. GIORGIANNI, 1998, p.35-55), tem a sua base axiológica não no Código, mas, sim, na Constituição Federal. Esta é o cimento que une os tijolos do nosso ordenamento. Ela é que dá a base axiológica do nosso ordenamento, e não uma codificação.

⁴⁶ Lembremo-nos, tal qual Reale, da lição de Portalis, sempre com o cuidado de não restar enamorado pela Escola da Exegese ou pela Pandectista.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Quanto à alienação fiduciária, esta comparece impropriamente chamada de *propriedade fiduciária*, em local inadequado, porque não está entre os direitos reais de garantia, em que pese ser um direito real de garantia e o Projeto trata-la como direito real de garantia. Mas, não mantendo aquela perspectiva que tivemos em anteriores regimes políticos brasileiros, chamou-a de propriedade e não a colocou entre os direitos reais de garantia⁴⁷.

O art. 1.361, de novidade, apresenta um problema, por afastar a possibilidade de alienação fiduciária de bem imóvel, quando o sistema financeiro da habitação hoje se estrutura sobre uma das formas de garantia da alienação fiduciária de bens imóveis. A questão, novamente é sanável pelo manejo do critério de especialidade, para solução de antinomias, prosseguindo vigente e eficaz a Lei do Sistema Financeiro da Habitação, nosso antigo BNH.

O § 3º do art. 1.361, persiste em conceber o credor fiduciário como proprietário, tal qual ocorre com a legislação esparsa. Prestem atenção ao art. 1.365: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no vencimento”.

Se o credor não pode ficar para seu uso com coisa que seja dele, é porque dele não é. Agora, o golpe fatal está no art. 1.367: “Aplica-se à propriedade fiduciária, no que couber, o disposto nos arts. 1.420, 1.424, 1.425, 1.426 e 1.435⁴⁸”, que são regulações acerca de penhor e hipoteca.

Se a alienação fiduciária é uma garantia real, e a própria lógica do projeto se contradiz mostrando que é uma garantia real, como posso ter garantia no meu próprio patrimônio? Como eu, credor, posso ter uma garantia da dívida que sou credor, no meu próprio patrimônio ?

O proprietário fiduciário é o devedor. Por que manter essa racionalidade? Para manter a condição de depositário para o devedor, que não o é; e, desse modo, tentar manter a possibilidade, inconstitucional, da prisão civil. Ele não é depositário, ele é proprietário, é dono do seu bem.

Na alienação fiduciária, o devedor desdobra o domínio da coisa dada em garantia, alcançando o *jus disponendi*, com uma cláusula de resolução desse domínio, ao credor como beneficiário. O Código, em verdade, confunde alienação fiduciária com *leasing*.

No *leasing* o bem se encontra no patrimônio do credor, ostentando o devedor das prestações do arrendamento mercantil direito real sobre coisa alheia (também o *jus disponendi*). Esse direito real importa na possibilidade do exercício de opção, na espécie, com a aquisição do bem pelo implemento do resíduo. Importa em uma promessa sinalagmática de venda. Este tema é ausente do diploma em questão.

O Projeto traz o Direito de Superfície para o Direito brasileiro e produz algumas antinomias, neste processo, frente ao Estatuto da Cidade. O art. 1.377 vai dispor que mesmo a superfície atinente à pessoa de Direito Público, é regulada pelo Código. E existem discrepâncias entre os estatutos.

⁴⁷ Permita-me remeter ao respectivo capítulo de meu *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais* (ob. cit.).

⁴⁸ Estes números de artigos estão alterados no Código aprovado.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

A ausência de prelação no Direito de Superfície é absurda, deve haver uma regulação de prelação, a partir da leitura do art. 1.373, cuja seqüela se opera a partir do princípio da elasticidade, de onde deriva a força atrativa de consolidação do domínio. O art. 1.376 demonstra o reconhecimento natural do princípio em tela, pelas regras da disciplina codificada. Reconhecida a preferência como prelação, aplica-se seqüela no direito do proprietário, bastando-lhe consignar o valor em favor do legitimado e reivindicar o bem, consolidando o domínio, voltando a titularidade a ser plena. O art. 685 do Código vigente regula a matéria em sede de aforamento.

O projeto elimina a possibilidade de enfiteuse, no meu entender, de modo errado. Na servidão, ele se omite de defini-la, diferentemente do que faz o Código em vigor, no art. 695, e apenas a delinea com brevidade, mantendo a já existente abertura e indeterminação, o que é salutar. O art. 1.382 é igual ao art. 701 do Código Civil brasileiro, adicionando, única e exclusivamente, um parágrafo único, ou seja, não há alterações maiores no que diz respeito à servidão.

Quanto ao usufruto, uso e habitação, ele não vem conceituado como vinha antes, no art. 713 do Código, e o usufruto impróprio ganha uma nova roupagem no § 1º do art. 1.392, lembrando que usufruto impróprio é usufruto de bem consumível: “Se entre acessórios e acrescidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário dever de restituir” - e aí coloca a regulação do usufruto impróprio, o que nos faz perquirir se foi, ou não, admitido o usufruto impróprio no sistema jurídico do Código.

Posso ter usufruto impróprio como uma extensão de um usufruto patrimonial, ou posso ter usufruto singular em bem consumível? É algo a refletir, e teremos de fazer isso caso o Projeto seja aprovado, e espero que não seja.

Quanto à questão da sub-rogação e restabelecimento do usufruto, o Projeto mantém os problemas do Código Beviláqua. O mesmo ocorre no que diz respeito à desapropriação, dispondo sub-rogar a desapropriação nos ônus do usufruto⁴⁹. O novo Código, então, trata da mesma forma um usufruto temporário de dois anos, interrompido no primeiro, e um usufruto vitalício, interrompido ao início. Isso não é adequado. Não se justifica por razoabilidade. À luz do princípio da proporcionalidade, não posso indenizar da mesma forma o usufrutuário, num caso ou noutro, quando há deterioração do bem⁵⁰.

O § 2º do 1.412 é igual à regulação anterior, ainda vigente, no âmbito do uso. É vocacionado para a inconstitucionalidade. O *caput* regula o uso: “As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, as de seus filhos solteiros e as das pessoas de seu serviço doméstico”. Por primeiro,, conforme vocação já denunciada, o dispositivo já peca por inconstitucionalidade, porque o companheiro também haveria de ser recebido aqui dentro⁵¹. Ele faz uma distinção sem razão de ser. Pela distinção que faz o Direito de Família, como arquitetado no Projeto, deveria estar cônjuge, companheira e concubina.

⁴⁹ Arts. 1.407 e 1.408.

⁵⁰ Neste sentido, para aprofundamento, *Cf.* os comentários no respectivo capítulo dedicado ao tema, procedidos no já referido *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados ...* (ob.cit.), onde explora-se a temática do tempero axiológico que o princípio da proporcionalidade deve possibilitar ao intérprete, na concretização das regras, no tema ora em debate.

⁵¹ Sobre a mutação da noção de família no ordenamento e sobre o descompasso da codificação neste âmbito, *Cf.* Simone Tassinari Cardoso (*In* ARONNE, p. 19-105).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Em relação ao direito real de aquisição, temos um problema de denominação. É que a promessa obrigacional já regulada no Direito dos Contratos, pelo Código Beviláqua, ainda existe em nosso Direito Privado. Então, há promitente comprador desprovido de direito real de aquisição, e promitente comprador munido com o direito real de aquisição.

Aqui, por razões práticas, seria útil um critério legal de designação dissociativa. Não há. O Projeto não tratou de fazer, apesar de fazer a distinção no trato dos efeitos. Na contramão da jurisprudência, inclusive sumulada, retoma o Projeto a necessidade de registro para que haja eficácia real. Não obstante, deixa de exigir constar preço certo no negócio, para a possibilidade de direito real de aquisição. Imagine-se agora, contrato que penda seja liquidado, pelos mais diversos motivos possíveis, amparado com direito real de aquisição. No curso da adjudicação, proceder-se-á verdadeira liquidação? O valor expresso de modo líquido, assim, é uma exigência para constituição do gravame.

Nos direitos reais de garantia, ficaram ausentes a alienação fiduciária em suas duas modalidades⁵² e mantida sem razão a anticrese. Há algumas modificações no âmbito do penhor, mais com a incorporação de legislação esparsa, como, por exemplo, o penhor comercial, o penhor rural, o penhor pecuário, ou seja, os da Lei n. 492/37, bem como os do Código Comercial e os do Decreto-Lei n. 403/69. Eles vêm para dentro do Código Civil. O Projeto remonta a antiga caução de títulos como penhor de direitos e títulos de créditos. Mínimas alterações produtivas.

O que se propõe a ser o novo Código cria, em concorrência com a alienação fiduciária, um penhor de veículos; traz um estranho mecanismo para a hipoteca no art. 1.475 e seu parágrafo, quando o gravame já retirava do proprietário o poder de dispor; e os arts. 1.486 a 1.488, facilmente resultam antinômicos com a legislação e consumo.

Observem o teor do art. 1.487: "A hipoteca pode ser constituída como garantia da dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor do crédito a ser garantido. Se o imóvel dado em garantia hipotecária vier a ser loteado ou nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao Juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito."

Ou seja, a incorporadora para construir a obra contrai uma dívida, grava com hipoteca a obra, eu compro o apartamento e compro hipotecado por uma dívida que não é minha, é da construtora. Vou pagar todo o meu apartamento, não sei se a construtora vai repassar para o banco os valores, e posso perder o meu apartamento, porque ele está hipotecado. Então, potencialmente, a opção codificada fere o princípio da vulnerabilidade e o princípio da isonomia contratual. É mais um dos retrocessos, impulsionado pela vocação patrimonialista do Projeto.

Teria muito mais a ser dito enfrentando tema de horizonte tão amplo como o direito das coisas no Projeto, mas Chronus é um deus cruel, que devora nosso tempo impiedosamente. Em apertada síntese, basicamente entendendo impertinente a codificação, não só pelos problemas de um Projeto que foi feito na década de 70, no auge do milagre econômico, em plena ditadura, mas porque está em franco descompasso a própria idéia de codificar o Direito Privado com a perspectiva do atual Direito.

⁵² Sobre bem móvel, é regulada em local distinto; sobre bem imóvel, o Código foi silente, deixando o tema à legislação do SFN.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

O que é um Código? O Código é um sistema fechado de regras a ser lido à luz de conceitos fornecidos pela dogmática. Como os senhores sabem, isso remonta à teoria jurídica do séc. XVIII e XIX. De muito, já não se tem esse tipo de percepção jusracionalista. O Direito há muito já superou tais fetiches, e à custa de muito sangue.

A partir da construção de um Estado Social, todas as perspectivas de eficácia de direitos fundamentais, modo de legislar, tudo isso se alterou no Direito. A base axiológica de um sistema jurídico, hoje, é a Constituição Federal. Jamais será um diploma infraconstitucional, sem o prejuízo de séculos de conquistas políticas e sociais da humanidade. Nenhum diploma infraconstitucional pode alçar-se a isso, ainda que tivesse uma racionalidade compatível com a Constituição.

No caso, O Projeto do novo Código Civil não tem. A Constituição, ao ter como princípio estruturante o Estado Social Democrático de Direito, tendo como concretizador o princípio da dignidade da pessoa humana (princípio fundamental), sendo que o princípio da liberdade e o da igualdade comparecerem como princípios gerais concretizadores da dignidade humana, operou uma repersonalização do Direito.

No Código Beviláqua, tinha-se um código do sujeito dotado de patrimônio; quem não tinha patrimônio era excluído. O Projeto em estudo peca ainda mais nessa racionalidade patrimonialista. Com base no Direito da Empresa, o patrimônio é sujeito no Código, a ponto de eu ter de falar em despersonalização da pessoa jurídica, para não ser anacrônico. Enfim, em meu ponto de vista, não se está a inovar na esfera legislativa - pois, como se sabe, mutação ocorre pelo intérprete, e não pelo legislador. Não se pode concordar com o Senador Josaphat Marinho, quando pergunta: como nós, juristas do séc. XXI, vamo-nos furtar de ter um novo Código Civil? Quem constrói o Código não são os juristas, quem constrói o Código são os legisladores, o jurista constrói o Direito, que é muito mais que uma nova codificação, em franco desalinho com o núcleo essencial de valores salvaguardados na Constituição.

Invocaria aqui - formalmente presente, mas materialmente ausente do Projeto do Código Civil - a função social, para que retomemos, olhando-nos e pensando sobre a nossa função social como operadores do Direito, as conseqüências que podem vir, o atraso que pode trazer para o Direito brasileiro uma nova codificação, opção essa que o berço da codificação, a França, entendeu ultrapassada e optou por não ressistematizar o Código Napoleônico.

Eu gostaria de poder celebrar o Projeto ou sua aprovação, mas a única coisa a festejar, dele decorrente, é a possibilidade de mais uma vez estarmos aqui, reunidos para repensar o Direito Civil contemporâneo.

Muito obrigado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: SER... OU NÃO SER...

Salta aos olhos a imobilidade em que se projetou o Direito Civil, a partir do vacilante discurso de segurança e modernidade da atual codificação; caracterizador de sua hermenêutica do medo. Do medo de alteridade... da mudança... do outro... A hermenêutica da paralisia.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

Isso não é pontual ou errático. É programático. Integra uma *agenda do medo*, evocando o título de uma fala do filósofo Luis Felipe Pondé; que, apesar de não poder ser aqui reproduzida, importa em necessárias possibilidades de diálogo para a hamletiana condição atual da jurisprudência privatista, em face do projeto constitucional. Necessidade inerente à nossa alteridade substancial. Àquela que Milton evoca, no discurso da queda de Lúcifer no abismo: “*Melhor reinar no inferno à servir no Paraíso.*”

Nosso medo, funda-se em uma experiência ancestral (DARWIN, s.d.) que promove uma perturbadora costura na existência humana (BECKER, 1995). Sem dúvida isso está na base dessa fome de certeza e ilusão de verdade, que a codificada metafísica civilista se vale para vingar. Tudo em face da dificuldade humana em perceber que o universo não é um berço e que o homem é um naufrago (JASPERS, 1965).

Imaginemos, retomando Pondé, um deserto na costa africana sub-saariana, onde vamos aproximando o foco desde fora do continente. Aos poucos vemos uma menina muito pequena, caminhando em choque sobre a areia, trêmula. Ela busca pegar a mão da menina maior ao seu lado, que em seu andar cataléptico toma-a quase por inércia. Fome e sede imperam. Ao seu lado um homem. Apavorado e olhando para todos os lados, assustado com as centenas de corpos ao seu redor e com os apavorantes rugidos e ruídos que surgem fora da vista. Eles sentem muita fome e sede. Ao seu lado vaga uma mulher. Possui um imenso ventre, com um feto morto em seu interior. Dor, muita dor. A menina pequena pisa em uma saliência (em verdade um crânio de homem idoso, parcialmente devorado). Colhe algo viçoso que se movimenta na areia à sua frente (por certo alguma forma de verme). A mulher grávida olha para cima, em busca de seu criador. Em busca de sentido. Enxerga um deus cego, com os olhos injetados de sangue, olhando suas criaturas. Estes são os nossos Patriarcas. Descendemos daqueles que sobreviveram nesse mundo hostil e conseguiram passar sua carga genética adiante. Àqueles que nada temem e tudo ousam, em tal ambiente que circunscreve-se como natural e onde a seleção de espécies está atuando em todo vigor, certamente vão durar muito pouco. Àqueles que paralisarem diante do terror do mundo, também. Segundo Becker, sobreviverá àquele que melhor mentir para si mesmo (BECKER, 1995).

Sem dúvida temos muito a temer da vida, porém não podemos paralisar diante do terror. As vezes, isso importa em investir em uma mentira salvadora, recalçando a consciência de que tudo está errado. Esse medo ancestral está na base da cultura humana, que só pode desenvolver-se recalçando-o. Ainda assim, permanece a sensação de que a existência é um naufrágio (ORTEGA e GASSET, 1984).

Voltando à condição de nossos Patriarcas, percebemos que neste universo completamente hostil ao homem, sua racionalidade é o único elemento com o qual pode contar, tendo em vista sua inaptidão. Dentes, unhas, pele, visão, audição e olfato são muito inferiores aos de seus predadores.

Assim, a “racionalidade” é sua tábua de salvação, para resolver seus problemas de adaptação e assim nos impulsionar. Ao mesmo tempo ela nos corrói, pois revela que ao final nós vamos perder. Assim, fugimos de nós mesmos, ignorando a realidade, mas o mundo nos arrasta de volta a ela e nos frustra com o fracasso (FREUD, *ob. cit.*) Pode-se inferir que o medo integra o inconsciente que nos constitui. Portanto, o papel de nossa consciência, por esse vislumbre, é nos fazer esquecer de nós mesmos.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

O que distingue, pois, a “Consciência” da “Codificação”, são os fins. Uma visa a alteridade a outra a paralisia. Na codificação, o medo é uma forma de consciência, fundadora de uma segurança burguesa, encrispada por uma metafísica de subúrbio. E em sua racionalidade, não sobra espaço para heróis. Ela nos dissolve na fuga da realidade. Consegue ser um não-espaço e um não-tempo, sem qualquer transcendência. Apenas abstraíndo. Em busca do “Homem Médio” (em outros termos, medíocre). A propriedade, a família e o contrato !! Quais !!??⁵³

Ontologia. Caldos e rescaldos de ontologia nos cobrindo para afastar o medo. Conhecer pelo ignorar. Trocar o concreto pelo abstrato, o real pelo virtual. Medo... Do outro. O método é muito próximo do medo. Como a ignorância. O medo é uma forma de consciência e de hermenêutica. Heróis não são racionais.⁵⁴ O Código é... Nas suas entranhas. Portanto, mesmo que evitemos o heroísmo, o medo ainda estará lá. Sempre estará. O covarde não sente coragem, mas o herói sente medo... Apenas o louco não... Isso porque somos um cérebro que enxerga, ama e faz poesia, amarrado a um tubo digestivo que simboliza nossa constante necessidade de algo... Somos um deus amarrado a um corpo... (PLATÃO, *Ob cit.*).

Platão invoca a figura sempre insatisfeita de Eros (o amor). Sempre insatisfeito, não sendo homem ou deus... Um semi-deus, fruto do encontro da divindade com uma mortal. Ele sente a fome, mas presente a plenitude. Ficando com essa imagem, temos sempre a opção de dar precedência à essa face divina... De transcendência...

Somos apenas um corpo ?? O Direito Civil que construímos, se reduz a um amontoado de regras codificadas ???

É hora de decidir... Ser... Ou não...

4 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **○ Direito**, ano 126, v.I e II, p.63- 81, 1994.

ARONNE, Ricardo. Titularidades e Apropriação no novo Código Civil - Breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **○ novo Código Civil e a Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados:** das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

53 Com o fito de colorir a exposição, rememora-se a sagacidade de Woody Allen, em certa entrevista na qual o repórter não parava de se referir ao judeu ou aos judeus e ele questiona: Qual judeu ? Meu tio Isaac ??

54 Fiquemos com uma cena: Uma cidade européia no curso da ocupação nazista. Uma família local, à qual não tem vínculos ou raízes judaicas, nem ciganos e todos seus membros são heterossexuais brancos de olhos azuis e aparência ariana. Basta ficar em silêncio, submeter-se à ocupação, sem resistir e todos ficarão bem. Ocorre que o avô abriga duas famílias judaicas no porão da casa, pondo todo o grupo em risco por causa daquelas pessoas que nenhum deles conhece. Agora, cada minuto é de terror, olhando para a porta e pressentido a aproximação de um grupo SS para cumprir seu desígnio. Qual a racionalidade da conduta do avô ??

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

_____. **Propriedade e domínio** - reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

BALBINO FILHO, Nicolau. A eficaz trajetória do direito imobiliário registral brasileiro, de 1846 ao século XXI. In: LISBOA, Roberto Senise; DINIZ, Maria Helena. (coord.) **• Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECKER, Ernest. **A negação da morte**. Rio de Janeiro: Record, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

BOBBIO, Norberto. **As Ideologias do Poder em Crise**. 3ª ed. Brasília: EDUNB, 1994.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste dos Santos. 6.ed. Brasília : Ed. UNB, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARDOSO, Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. In Aronne, Ricardo (Org.). **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, Vol. 2, p. 19-105).

DARWIN, Charles. **The origin of species**. Oxford: Oxford Press.

DOMANSKI, Marcelo. **Posses** da segurança jurídica à questão social. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. B. Machado. 6.ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian.

FACHIN; Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Estudos Jurídicos**, Curitiba: Universitária Champagnat, v.2, n.1, p.101-109, 1995.

FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. **Direitos reais**: segundo as preleções do Prof. Dr. C.A. da Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 1971. Em visão tradicional: Rodrigo da Cunha Lima Freire. Princípios regentes do direito das coisas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo : RT, n.735, p.57-73, 1997.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta.** Porto Alegre: Vozes, 1989.

FRUET, Gustavo. Por Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, publicado na RTDC – Um Projeto de Código Civil na Contramão da Constituição, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, Rio de Janeiro, Padma, 2000.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 747, p.35-55, 1998.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Notas sobre o direito das coisas no projeto do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, nº 1, Rio de Janeiro, Padma, 2000.

GONDINHO, André Osório. Codificação e Cláusulas Gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 1, Rio de Janeiro, Padma, 2000.

IRTI, Natalino. **Codice Civile e Società Política.** Bari: Laterza, 1995.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico.** São Paulo: Cultrix, 1965.

JOSSERRAND, Louis. **Derecho civil.** Buenos Aires: Bosch, 1952. v.3. Tomo 1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 722, 1995.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1996, v. 6.

MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações.** 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1974.

MOELLER, Oscarlino. **Usucapião:** modo originário de aquisição da propriedade e via incidental de reconhecimento com efeitos *Erga Omnes*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: RT, n.4, 1978.

ORTEGA Y GASSET, José. **Que és conocimiento?** Madrid: Alianza, 1984.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **O novo Código Civil brasileiro anotado.** Porto Alegre: Síntese, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 34-64. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 31/07/2015.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: Tapai, Giselle de Melo Braga (org.). **Novo Código Civil Brasileiro - Estudo Comparativo do Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante.** São Paulo: RT, 2002.

_____. **Estudos Preliminares do Código Civil.** São Paulo: RT, 2003.

RODRIGUES, Silvio. Considerações sobre o Direito Civil (julho do ano 2000). In: Lisboa, Roberto Senise; DINIZ, Maria Helena. (Coord.) **O Direito Civil no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Constituição concretizada - construindo pontes entre o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

TASSINARI, Simone; KLEIN, Felipe. In Ricardo Aronne, **Estudos de Direito Civil-Constitucional.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, Vol. 2.

TEPEDINO, Gustavo. O velho projeto de um reuelho código civil. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **A parte geral do novo Código Civil** - Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação - O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais. In: Ricardo Aronne (org.). **Estudos de Direito Civil-Constitucional.** Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VON JHERING, Rudolf. **Teoria Simplificada da Posse.** São Paulo: Saraiva, 1986.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. **Traité de la possession** – En droit romain. 4^ª ed. Bruxelles: Bruylant, 1893.