

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A TEORIA GERAL DO DIREITO APLICADA AO CÓDIGO CIVIL
DE 2002, FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – JUSTIFICATIVAS
À REFORMULAÇÃO DO USUFRUTO IMPRÓPRIO**

ÉDISON AIRON DE ALMEIDA MACHADO

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de
Pós-Graduação na área do Direito das Relações
Sociais, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^ª.Dra. Angela Cassia Costaldello

Linha de Pesquisa: Novas tendências do Direito
Civil.

Curitiba/PR

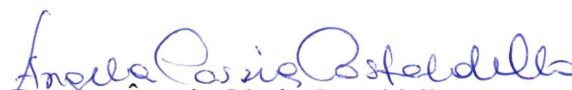
2004

TERMO DE APROVAÇÃO

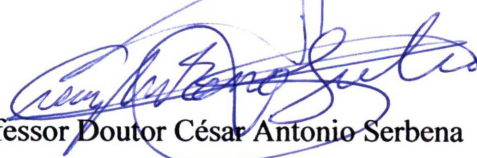
ÉDISON AIRON DE ALMEIDA MACHADO

A TEORIA GERAL DO DIREITO APLICADA AO CÓDIGO CIVIL DE 2.002, FRENTE
AO CÓDIGO CIVIL DE 1.916 – A JUSTIFICATIVA DA REFORMULAÇÃO DO
USUFRUTO IMPRÓPRIO.

Trabalho monográfico aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, do Curso de Mestrado em Direito, na Área de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná pela banca examinadora:

ORIENTADORA: Professora  Doutora Ângela Cássia Costaldello


Professora Doutora Jussara Maria Leal de Meirelles


Professor Doutor César Antonio Serbena

Curitiba/PR,

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I - A TEORIA GERAL DO DIREITO.....	11
1.1 A situação do problema.....	15
1.2 O sistema jurídico	16
1.3 O ordenamento jurídico	19
1.3.1 A teoria do ordenamento jurídico	18
1.3.2 O reconhecimento de antinomias	21
1.3.3 A supressão das antinomias.....	23
1.3.4 O princípio da coerência.....	29
1.4 A tópica	31
1.5 Os princípios culturalistas no Código Civil de 2002	32
1.5.1 O princípio da eticidade.....	37
1.5.2 O princípio da operabilidade	39
1.5.3 A questão da linguagem.....	39
CAPÍTULO II - DIREITO CIVIL	42
2.1 Sistemas de codificação	44
2.2 Teorias diferenciadoras do Direito Civil.....	50
2.2.1 Teorias unitárias.....	50
2.2.1.1 Teoria personalista.....	50
2.2.1.2 Teoria impersonalista.....	52
2.2.2 Teoria dualista: clássica, tradicional ou realista	53
2.3 Direito de propriedade/domínio	56
2.3.1 Conceito.....	56
2.3.2 Elementos constitutivos.....	63
2.3.3 Objeto	64
2.4 Normas gerais – conceitos	67
2.4.1 Bem fungível	67
2.4.2 Bem consumível	70
2.4.3 A substância da coisa.....	74

CAPÍTULO III - DIREITO DAS COISAS	78
3.1 Direito real	78
3.1.1 Conceito.....	78
3.1.2 Características.....	81
3.1.3 Divisão.....	93
3.2 O usufruto	94
3.2.1 Fatos históricos.....	94
3.2.2 Conceito	98
3.2.3 Objeto	102
3.2.4 Função econômica	105
3.3 O usufruto impróprio – quase-usufruto	110
3.3.1 Segundo a doutrina	110
3.3.1.1 O surgimento - visão histórica	111
3.3.1.2 Os fins e o conceito	112
3.3.1.3 Os efeitos e a lógica do instituto	119
3.3.2 O instituto no direito positivo.....	130
3.3.2.1 Código Civil de 1.916.....	132
3.3.2.2 Código Civil de 2.002.....	134
3.3.2.3 Direito estrangeiro	138
CAPÍTULO IV - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.....	147
4.1 Direito pessoal.....	147
4.1.1 Conceito.....	147
4.1.2. Objeto	148
4.1.3 Características.....	150
4.2 Mútuo	152
4.2.1 Conceito.....	152
4.2.2 Objeto	154
4.2.3 Efeitos.....	156
CAPÍTULO V - USUFRUTO X MÚTUO	158
5.1 Limites entre direitos reais e direitos pessoais.....	158
5.2 Limites entre usufruto e mútuo	158
CONCLUSÕES	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	169
ANEXOS	177

INTRODUÇÃO

Tudo em si se resume no interesse do homem, que, em sociedade, é a razão maior do próprio Direito. O homem necessita, para o atendimento de seus anseios, de regras de comportamento, as quais regularão o grupo em que é um ente, e lhe permitirão, em conjunto, alcançar a harmonia social, independentemente de seus interesses individuais. Concretamente, estes cederão, em prol da sociedade, acolhendo as regras que lhes são impostas, mesmo que advenham de si mesmos – por representação –, como é o caso do Brasil.

Nessa diretriz, as relações humanas sofrem influências normativas de várias esferas, dentre as quais as de natureza civil, que regulam, ou procuram regular, todas as atividades e relações intersubjetivas de cada sociedade. O Direito Civil normatiza essas relações. Assim, desenvolve-se um estudo das relações humanas. Para tanto, parte-se do desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, abrindo espaço para a identificação dos sistemas jurídicos, abordando as teorias do ordenamento jurídico, que, efetivamente, vêm em auxílio ao tema proposto, abordando algumas formas de identificação de antinomias, bem como de suas supressões.

Essa opção metodológica de buscar auxílio na Teoria Geral do Direito deve-se a nela vislumbrar-se uma justificativa aos fatos havidos, auxiliando na identificação dos critérios de interpretação das normas aplicáveis, que abram caminhos para se encontrar uma justificativa às mudanças havidas no Código Civil brasileiro. Isso se deu com a promulgação da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que se apresenta, a princípio, como uma solução à contradição que havia entre o teor do Código Civil de 1916 e o instituto do usufruto.

Não obstante, o princípio da coerência igualmente será estudado, voltando-se à tópica como um dos referenciais da figura jurídica objeto deste estudo – o usufruto impróprio –, desenvolvendo também os princípios culturalistas da eticidade, da operabilidade e a questão da linguagem, que caracterizam a forma como o legislador pátrio tratou das matérias do Direito Civil no Código Civil atual.

Expostas essas diretrizes, desenvolvem-se os principais pontos do Direito Civil, cujo estudo se faz necessário para o completo entendimento da matéria, partindo-se do instituto da propriedade, sob as suas várias concepções através dos tempos, do seu primordial caráter individualista até a noção cooperativa e socializadora, sustentadas pelas correntes doutrinárias e jurisprudenciais do país. Trata-se, no decorrer deste estudo, dos confrontos clássicos entre direitos reais e pessoais, domínio e propriedade, sem se deixar de mencionar os avanços do homem no curso da história, desde quando alguns tinham o direito de propriedade reconhecido no Direito Romano até chegar-se à igualdade de direitos advinda de Diocleciano, depois por Justiniano, através do *in bonis habere*, quando igualou os direitos de propriedade, tratando-os todos como cidadãos romanos.

Um número incalculável de conceitos e definições ao direito de propriedade poderia ser buscado, porém procurou-se condensar neste trabalho as concepções que mais se diferenciavam entre si, inclusive citando algumas legislações estrangeiras, o que permitirá uma visão completa dos direitos/deveres inerentes ao proprietário, desde a idéia do *plena in re potestas* até o conceito atual, cuja função social se impõe cumprir.

No Brasil, adotou-se uma Teoria Dualista, denominada Tradicional, também conhecida como Clássica ou Realista, defendida por De Page, pela qual é admitida a coexistência paralela de direitos reais e de direitos pessoais. Assim, o legislador tratou em ramos próprios e distintos o direito das obrigações e o direito das coisas. A par disso, cada um desses dois ramos do Direito tem regramentos e caracteres próprios, como a característica *numerus apertus*¹, peculiar nos direitos pessoais e nos direitos reais, a característica *numerus clausus*².

O presente estudo visa investigar, no aspecto doutrinário, se é correto afirmar-se que o usufruto impróprio é uma espécie de usufruto, como trazem as legislações de inúmeros países, em face dos requisitos exigíveis para a sua caracterização, dentre os quais

¹ Tradução livre, de *numerus apertus*, significa *números abertos*, sem previsão legal limitada.

² Tradução livre de *numerus clausus*, significa *números fechados*, relação exaustiva de direitos.

a manutenção da substância da coisa dada em usufruto. O Código Civil de 1916, que esteve vigente até janeiro de 2003, no artigo 713, assim definia o usufruto:

Art. 713. Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade.

Porém, era no artigo 726 que se deparava com o instituto do usufruto impróprio.

Veja-se o teor:

Art. 726. As coisas que se consomem pelo uso, caem para logo no domínio do usufrutuário, ficando, porém, este, obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição.

Entretanto, o legislador brasileiro, explicitamente revisando a matéria, no novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, após excluir o dispositivo que conceituava textualmente o direito de usufruto, pois não renovou a redação do artigo 713 supra-referido, assim tratou a questão do usufruto sobre bens consumíveis:

Art. 1.392. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acréscidos.

§ 1º Se, entre os acessórios e os acréscidos, houver coisas consumíveis, terá o usufrutuário o dever de restituir, findo o usufruto, as que ainda houver e, das outras, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, estimado ao tempo da restituição.

Com isso, vê-se que o legislador brasileiro, que antes atuara na esteira da Escola Clássica Francesa, conceituando institutos na codificação, com minúcias, definições e classificações, como procedera no Código Civil de 1916, *in casu*, neste ponto, efetivamente, afastou-se da linha da Escola Latina³, apegada à Escola supramencionada, ao revogar o artigo 713 do Código Civil anterior, que trazia em seu bojo a conceituação de usufruto. Mormente o Título VI do Código Civil pátrio, que trata do instituto, no artigo 1.390, elenca o objeto passível de usufruto, a sua forma de extensão e os poderes transferidos pelo nu-proprietário ao usufrutuário. Porém, no artigo 713 retro-referido, o

³ A Escola Latina, assim chamada em face dos países da América Latina que a adotaram, segue a mesma linha da Escola Clássica Francesa, ou seja, preocupa-se em conceituar os institutos no Código Civil.

legislador, ao fixar o conceito do instituto, deixou de vincular a necessidade da manutenção da substância do bem gravado em favor de terceiro, regra e característica secular inerente ao direito de usufruto.

A par disso, diversos autores enfatizam que a própria denominação quase-usufruto advém do fato de que a sua natureza não corresponde à essência do instituto, já que, por respeito à essência das normas, o *jus disponendi*, que corresponde à disponibilização ou mesmo, até ao abuso à substância do bem, é resguardado somente ao nu-proprietário. Nessa concepção, implicitamente, justificava-se a não-admissão das coisas fungíveis e consumíveis como objeto do usufruto.

A doutrina, acolhendo a terminologia atribuída ao usufruto quando incidente sobre coisas fungíveis e consumíveis, denominou-a de “quase-usufruto” ou “usufruto impróprio”. Como se verá, há quem não reconheça a possibilidade de constituição de usufruto impróprio, submetendo a relação jurídica assim criada ao regramento e aos efeitos do direito de propriedade ou do mútuo. Dessa divergência pontual dos dispositivos sob *quaestio*, comparativamente, parte-se para o estudo dos dois ramos do Direito Civil – das obrigações e das coisas –, principalmente no aspecto constitutivo do direito de usufruto e tão-somente nos pontos específicos que envolvem o assunto. Dentre esses se podem destacar: a definição de domínio; de coisas: fungíveis e consumíveis; o conceito, o objeto e os efeitos do domínio, do usufruto e do mútuo.

Nessa perspectiva, desvendando-se a função econômica, a lógica e os efeitos do instituto, aprofunda-se nos fatos históricos, nas fontes legais, doutrinárias, jurisprudenciais, nos costumes e nos princípios gerais do direito, com o intuito de perfilar um caminho que vislumbre se o usufruto impróprio realmente está em sintonia com o instituto do usufruto, com as regras vigentes no país e nas principais nações que serviram de fonte inspiradora para a codificação e a reforma do Código Civil pátrio, abarcando os países com maior aproximação territorial para com o Brasil, que, por razões mormente desconhecidas, contrastam maciçamente com as fontes doutrinárias até então consultadas.

Por sua vez, na nova codificação brasileira – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, vê-se que nenhuma menção constou quanto ao conceito de usufruto. De outro lado, quando o legislador tratou do usufruto sobre coisas consumíveis, não mais o especificou como um direito real instituído sobre bens consumíveis, pura e simplesmente. No caso, torna-se hialino que o legislador tratou da questão, porém limitando a sua incidência –

sobre bens consumíveis – mas somente em se tratando de acessórios e de acrescidos, não do objeto principal, a coisa dada em usufruto.

Assim, está-se diante de uma mudança até certo ponto brusca no trato da matéria pelos legisladores brasileiros. E diz-se isso haja vista que, no Código Civil de 2002, o legislador:

- não teve a preocupação de conceituar o usufruto em seu contexto;
- não tipificou a necessidade de manutenção da substância da coisa dada em usufruto; mas por outro lado, especificou que o direito do usufrutuário cinge-se à percepção dos frutos e à exploração do uso da coisa;
- não reproduziu a previsão anterior que estabelecia a possibilidade da instituição do usufruto sobre coisas fungíveis e consumíveis, exceto quanto aos acessórios da coisa principal (como procedeu no § 1º do artigo 1.392 antes citado).

Por essas constatações, aguçadas com o início do estudo da matéria, que se deu ainda antes da vigência do Código Civil atual, com os olhos voltados aos inúmeros fatos e discussões levantadas no curso da *vacatio legis*, percorre-se um roteiro, passo a passo, por fatos, institutos e momentos que formaram a história do direito, o que, *a priori*, e sem preocupação com o esgotamento da matéria, eis que o direito é formado e vivido a cada dia, no tempo e no espaço, permitirá, os operadores do direito que não se satisfazem com a mera transcrição positivada das normas, questionarem as razões históricas, culturais e científicas que balizam os legisladores, como é o caso do usufruto impróprio.

CAPÍTULO I - A TEORIA GERAL DO DIREITO

O Direito não possuía, nos primórdios tempos do Direito Romano, uma organização sistemática, que abrangesse todos os comportamentos humanos que viessem a exigir uma normatização. Afirma-se que não havia o reconhecimento de um sistema.

Na visão sistêmica, o Direito surgiu de uma delimitação de sua extensão, atendo-se ao seu conteúdo. E é nessa noção de unidade e de ordem que se admitia o reconhecimento de um sistema.

A doutrina afirma que o pensamento grego se traduzia numa visão de organização ordenada, sistêmica. No Direito Romano, não houve a sistematização do Direito, até porque não havia, na época, uma preocupação com a questão. A mudança dos pretores, naturalmente, implicava mudanças no próprio Direito. Contudo, para a inserção do tema que se propõe, volta-se ao Direito Romano, onde estão as raízes do usufruto impróprio, instituto que entrou no mundo jurídico em confronto com as normas clássicas do usufruto.

E é nesse prisma que se coloca a questão, na busca das razões jurídicas que permitiram a mudança da tradicional conotação do que é usufruto, frente ao sistema jurídico onde, segundo Norberto Bobbio⁴, apresenta-se com três significados, quais sejam: a de um sistema dedutivo, onde todas as normas jurídicas de um determinado ordenamento advêm dos princípios gerais do Direito; a de um sistema indutivo, partindo-se de premissas simples para a construção de conceitos gerais, classificando e dividindo toda a matéria, e, por último, da inexistência de normas incompatíveis. Assim, adentra-se no estudo, buscando auxílio, na Teoria Geral do Direito para uma melhor compreensão do tema que se propõe.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento Jurídico*, 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, rev. téc. Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 77.

Mesmo que sua preocupação tendesse mais para a questão atinente ao conteúdo do Direito Civil, especialidade incontestável diante do trabalho desenvolvido na Consolidação e no Esboço, Teixeira de Freitas também se preocupava com a questão teórica. E assim se manifestar, tendo como paradigma a apreciação dos limites da legislação de natureza civil:

A parte theorica, ou scientifica, demanda algumas explicações, tendentes sobretudo á justificar o methodo seguido; e á fornecer esclarecimentos tanto mais necessarios, quanto independentes forão as idéas, que o determinarão.
A demarcação dos limites da Legislação Civil é assumpto que não se póde separar do exame geral das outras divisões, que compoem a taboa synthetica da Classificação das Leis. Basta saber por ora, que tomámos o Direito Civil em sua accepção mais stricta, exluidas as leis do processo, as da respectiva organização judiciaria; e tambem as disposições excepçionaes, cujo complexo fórma o Direito Comercial.⁵

E foi no incessante questionamento quanto ao exato lugar, bem como na equação do problema da existência ou não dos direitos reais e dos direitos pessoais, linha mestra que pode direcionar e redirecionar o pensamento do legislador, do jurista e dos demais operadores do direito, que o autor citado afirmou:

O methodo inflúe na theoria, e a theoria em matérias de Direito Positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve sómente explica-lo. Para evitar desvios e para ao mesmo tempo não constrangêr a doutrina, ou falsificar a sciencia, melhor é que, emprehendendo-se uma legislação nova, muito se medite á respeito do methodo conveniente.
Nós vamos vêr, como na distinção dos *direitos reais*, e dos *direitos pessoais*, repousa todo o systema do Direito Civil.⁶

Embora se reconheça que Teixeira de Freitas tenha firmado sua convicção, com base no amplo conhecimento que tinha sobre a questão, acredita-se que, no momento histórico em que vivia, certamente se justificava a vinculação que pretendia, traçando o caminho que a doutrina devia tomar na interpretação das normas. Contudo, hoje, certamente, a posição acima manifestada não mais se enquadraria no contexto jurídico brasileiro, momento em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência lograram espaços justificadamente respeitáveis, em face da série de textos legais que não possuem a adequação teórica quanto ao assunto tratado.

⁵ FREITAS, Augusto T. de. Pref.de Ruy Rosado de Aguiar. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Ed. facsim. Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 (Coleção história do direito brasileiro) 2 v. p. XXXVIII-XXXIX.

⁶ FREITAS, op. cit, p. LXII.

Por sua vez, Carnelutti, dá a sua contribuição ao afirmar:

Claramente, a diferença entre analogia e interpretação: esta serve para conhecer o que o legislador pensou, aquela para conhecer o que ele teria pensado. A interpretação extensiva, cujos termos são o *menos palavras e o mais reflexão*⁷, é o último degrau que dá da interpretação para a analogia, mas não é ainda analogia. Esta última, como diz este termo feliz, vai além (...) do pensamento do legislador (...). Mas, se a nova norma não foi formada, ou antes, pensada pelo legislador, não se pode deixar de admitir que é um fruto da atividade do intérprete.⁸

Extraí-se da idéia do jurista que a aplicação da analogia não é obra do legislador, e, sim, do aplicador do direito, razão por que a analogia, como fonte, permite sua aplicação em face de casos concretos, cuja interpretação extensiva amplia os horizontes normativos sob foco. Contudo, tem-se por óbvio que Carnelutti buscou, com tal acepção, afirmar que toda a interpretação parte, a princípio, da busca da *mens legis*, para que, somente após, o intérprete se utilize de outros meios que a hermenêutica jurídica lhe oferece para a aplicação efetiva.

Auxílio traz ao estudo, ainda Carnelutti quando admite a importação do Direito como meio de integração formal das normas e dos preceitos, porém, afirma que “aquilo que em uma ordem pode entrar de outra ordem, não é direito, mas fato. Em outras e mais precisas palavras: não são normas ou preceitos, mas fórmulas. Dir-se-ia que a importação do direito é apenas relativa à matéria prima ou, talvez melhor, aos utensílios para produzi-lo, e não ao produto acabado.”⁹

É salutar a exposição do autor ao destacar que a busca de uma norma para a integração a outra sob foco não deve ser considerada como um direito em si, mas, tão-somente, como um fato recepcionado que virá a auxiliar na produção das normas. E ainda nessa diretriz, voltando-se às inter-relações de normas estrangeiras, ao nominar como fenômeno de importação e de exportação do Direito¹⁰, Carnelutti acentua:

⁷ “*Minus dictum*” e o “*magis cogitatum*”. (tradução livre).

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 189-190.

⁹ CARNELUTTI, op. cit., p. 207-208.

¹⁰ Segundo o autor, ocorre “uma troca de normas e preceitos entre diversas ordens, a qual se verifica principalmente (mas veremos que não exclusivamente), por força da coexistência dos Estados.” CARNELUTTI, op. cit., p. 206.

O fenômeno evidencia-se não como uma regulamentação de conflitos entre diversas ordens jurídicas externas, nem o reconhecimento de uma outra fonte jurídica, mas antes como uma integração formal de certas normas jurídicas. As chamadas normas de direito internacional privado não são, portanto, como um certo setor pretende, normas de conflitos, porque não pode existir nenhum conflito entre duas ordens jurídicas externas; nem normas de produção jurídica, porque elas não atribuem a qualquer ente poder de formular outras normas ou preceitos. Diversa é só a estrutura, na medida em que a sua fórmula se integra com uma ou mais fórmulas tiradas de ordens externas.¹¹

Repete-se, pois, a posição antes já comentada, em face dos ensinamentos do autor, destacando-se a independência das normas locais com relação às normas de direito internacional privado, em especial, em razão da inexistência de vinculação do direito estrangeiro diretamente sobre a ordem interna. Ademais, torna-se relevante a menção de que não se pode considerar um eventual conflito de normas dessa natureza.

A objeção segundo a qual a norma, uma vez que pertence inteiramente ao direito interno, deveria interpretar-se de harmonia com este último, elimina-se facilmente observando que, precisamente para fins de interpretação, que é investigação da idéia expressa na fórmula, a integração tem lugar, não mediante o apelo a uma fórmula pura e simples do direito externo, mas sim com recurso a todas as outras fórmulas e, de um modo geral, a todos aqueles fatos pertencentes ao mesmo direito, que possam servir para se compreender o pensamento de quem a proferiu.¹²

Neste momento, observa-se o avanço teórico que Carnelutti dá à matéria, ao admitir a absorção do conteúdo de uma norma estrangeira na aplicação do direito interno, possibilitando contar-se com um maior número de posições ou “fórmulas”, que certamente auxiliarão na interpretação de uma norma sob estudo.

Como se abordará na seqüência, tem-se por notório que o legislador pátrio, quando da promulgação do Código Civil de 1916, estava imbuído de condensar a série de normas vigentes no país, mas de forma esparsa, advindas do Direito Português, que, acredita-se, não foram objeto de interpretação na forma como apontada por Carnelutti, pois, se assim fosse, talvez não se estivesse agora buscando uma adequação jurídica ao instituto inserido no sistema jurídico pátrio.

¹¹ CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, p. 208.

¹² CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 209.

Para melhor adequar a matéria dentro da Teoria Geral do Direito, para um avanço na investigação, passa-se a uma delimitação do assunto, como adiante se verá.

1.1 A situação do problema

O usufruto é tido, universalmente, como um instituto clássico, onde o titular de uma propriedade concede a terceiro o direito de usar e de gozar do bem, sem lhe alterar a substância, devendo, portanto, ao término do vínculo, restituir a coisa a seu dono. Assim, uma vez admitido que a sua concessão abranja bens consumíveis, que desaparecem com o uso, vê-se consumada a utilização, eis que o bem desaparece do mundo jurídico, impossibilitando, claramente, o cumprimento da obrigação final do usufrutuário, que é a devolução da coisa em si mesma.

Procura-se, então, a busca da compreensão, ou, pelo menos, do conhecimento de como foi admitida tal variação frente aos sistemas jurídicos que formam a Teoria Geral do Direito. E adentrando-se na teoria geral, de plano, esbarra-se com os princípios gerais do direito, buscando valores fundamentais de uma *ratio juris*. Essa razão jurídica impõe-se buscar mediante valorações que permitam a percepção dos significados, positivos ou negativos, dos fatos, num determinado contexto. Por óbvio, não se buscará o entendimento doutrinário necessário para o desate da questão no sistema científico, aberto, tendo como foco uma incompletude do conhecimento científico, mas voltando-se a um sistema objetivo, cuja mutabilidade é assente nos valores jurídicos presentes.

E toma-se tal posicionamento, haja vista a necessidade de buscar o enunciado verdadeiro que desencadeou a criação de um instituto jurídico denominado pela doutrina como “quase-usufruto”, que, se é quase, é porque não o é. Visualiza-se, à primeira vista, que se está diante de uma inconsistência na conotação de instituto jurídico, que se deu ao usufruto impróprio, gerando, por sua vez, inconseqüências valorativas.

1.2 O sistema jurídico

Afirma Fábio Ulhoa Coelho que se deve ultrapassar a posição kelseniana quanto aos critérios de diferenciação de normas e proposições. Assim defende tendo como foco a participação integradora dos estudiosos do direito, na comunidade jurídica. Colocadas essas balizas, Fábio Ulhoa Coelho desponta afirmando que “a norma jurídica é aquilo que certas pessoas pensam sobre ela”. Ainda, não se limitando a essa referência, chega ao ápice da questão quando declara:

As idéias acerca do conteúdo das normas jurídicas em vigor, incorporadas pelo conjunto difuso e variável de pessoas integrantes da comunidade jurídica, compõem um sistema. Elas se encontram de alguma forma relacionadas umas com as outras. Se inexistisse a limitação física do intelecto humano, poder-se-ia cogitar da tarefa de concentrar todas essas idéias num conjunto mais ou menos harmônico, isto é, num *sistema*.¹³

Claus-Wilhelm Canaris afirma: “que os pensamentos tópico e sistemático não são opostos exclusivistas, mas antes se complementam mutuamente.”¹⁴

Extraí-se do pensamento de ambos os autores uma idéia de sincronia.

Nota-se haver o que se chama “vontade de sistema”, cuja significação está na intenção do homem de apresentar a diversidade infinita de conhecimentos, sob a forma de uma unidade sistêmica. Busca-se, então, um conhecimento absoluto da totalidade. A idéia de sistema está no reconhecimento de haver um núcleo de concordância ou de significação aceitos por todos, gerando um ordenamento unitário.

Normalmente, a expressão “sistema” está associada ao conjunto de objetos metodicamente ordenados. Hodiernamente, há a concepção de que o conhecimento forma um sistema de proposições tidas como verdadeiras. Luhmann refere que “uma velha tradição epistemológica definia formalmente um sistema como uma construção feita a

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica jurídica*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 64.

¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 10.

partir de um princípio”.¹⁵ Por sua vez, Ludwig Bertalanffy acrescenta que “um sistema pode ser definido como um complexo de elementos em interação.”¹⁶

Nota-se, então, haver a idéia de unidade – a coerência vinculada à completitude -, advinda de um princípio ou de uma idéia.

Os sistemas classificam-se em sistemas lógico-dedutivos (lógico-formais e teleológicos); abertos e fechados, dinâmicos e estáticos; externos e internos.

Com relação ao sistema lógico-dedutivo, para Karl Popper, é tido como um método construtivo de teorias, pelo que se depreende de sua declaração:

Nas ciências, trabalhamos com teorias, isto é, com sistemas dedutivos. Há duas razões para isso. Em primeiro lugar, uma teoria ou um sistema dedutivo é uma tentativa de explicação e, conseqüentemente, uma tentativa de solução de um problema científico – um problema de explicação. Em segundo lugar, uma teoria, um sistema dedutivo, pode ser criticado racionalmente através de suas conseqüências. É, então, uma solução experimental, o objeto da crítica racional. Tanto quanto o sistema de crítica o é para a lógica formal.¹⁷

Em suma, o sistema lógico-dedutivo envolve um conjunto de enunciados que abrange todas as conseqüências lógicas. Há um encadeamento lógico dedutivo, no qual se depara com uma operação intelectual, através da qual parte de pensamentos gerais para pensamentos particulares contidos naqueles.

Os sistemas abertos surgem como de forma dinâmica, não estática, que permite a entrada ou a saída de elementos ao seu redor. Já os sistemas fechados apresentam-se estáticos; não permitem a entrada ou saída de novos elementos e partem da premissa de que seus elementos formam uma totalidade, uma completude.

Há, também, os sistemas dinâmicos e os sistemas estáticos, classificação advinda de Kelsen¹⁸, na visão de que, no aspecto dinâmico, a norma fundamental pressuposta traz como conteúdo a instituição de um fato produtor de normas, ao passo que, na esfera estática, notam-se que todos os elementos de um sistema aparecem ordenados de forma

¹⁵ LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. *Archives de Philosophie du Droit*. t. 31 [le système juridique publié avec le concours du C.N.R.S.]. Paris: Sirey, 1986, p. 164.

¹⁶ BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: vozes, 1977, p. 351.

¹⁷ POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 27.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1985, p. 208.

inamovível em face de um princípio. Por último, vê-se que os sistemas externos e internos estão voltados à esfera de geração e de atuação dos elementos que compõem cada sistema.

Em suma, vê-se que sistema surge como uma forma de pensar, o resultado de um tipo de pensamento, de uma racionalidade, partindo de idéias de ordenação e de coerência; constrói um pensamento que reflete em cada elemento constitutivo as características do pensamento geral. Vislumbra-se relevante ressaltar que, para o sistema, em cada elemento está presente o todo – o pensamento de todo –, pela interação dos elementos que o compõem.

E assim, para não se limitar ao campo teórico, é oportuno destacar a formação das idéias de codificação do Direito Civil, que, no Brasil, tiveram a participação influente de Teixeira de Freitas, que, sem sombra de dúvidas, é o exemplo típico do reconhecimento de um sistema.

Uma vez identificada a existência de um sistema jurídico, capta-se a noção de que um sistema jurídico permite auxiliar na explicação de uma teoria pela qual o direito poderá ser estudado, interpretado e aplicado.

1.3 O ordenamento jurídico

1.3.1 A teoria do ordenamento jurídico

Norberto Bobbio¹⁹ relembra que no pensamento de Kelsen está a mais coerente expressão da Teoria do Ordenamento Jurídico. A Teoria do Ordenamento surgiu pelo próprio positivismo²⁰, tendo por mola mestra assegurar a unidade formal do ordenamento, fechando o sistema normativo. Nesta premissa, aponta que é a norma que cria a suprema fonte do direito, a que autoriza ou a que legitima o supremo poder existente num determinado ordenamento a produzir normas jurídicas. Esta norma-base é suposta pelo próprio jurista para que possa compreender o ordenamento, e não simplesmente posta por um outro poder superior qualquer.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* - lições de filosofia do direito, p. 197-199.

²⁰ Positivismo jurídico deriva da locução “direito positivo” em contraposição a direito natural. BOBBIO, op. cit., p. 16.

Nesta teoria, extrai-se a existência de um ordenamento estático (substancial),²¹ de outro dinâmico (formal)²²: àquele, fundado na moral e no direito concebido jusnaturalisticamente, este próprio do direito concebido positivisticamente; o primeiro voltado ao modo como as normas são postas, o segundo relativo ao conteúdo das normas.

Nessa diretriz, o autor apresenta as posições juspositivistas e jusnaturalistas, ambas voltadas à busca de uma unidade no ordenamento jurídico.

Do estudo extrai-se que,

- no jusnaturalismo, o direito forma um “sistema unitário” haja vista que “todas suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral auto-evidente (...)”.²³

Relembrando a posição clássica de Kant, de que a noção geral de sistema seria a garantia da liberdade do homem, defende Canaris “a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados”, ou seja, “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios.”²⁴

- No juspositivismo, o direito constitui uma unidade em outro sentido, por que todas as normas são postas pela mesma autoridade, pelo que podem ser reconduzidas à mesma fonte originária, constituída pelo poder legitimado para criar o direito.²⁵

Por fim, conclui Norberto Bobbio que a “teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência*, a *completitude*”, pelo que, através destas, “o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.”²⁶

Vislumbra-se no ponto que o reconhecimento do sistema jurídico, tendo como foco a unidade, a coerência e a completitude, vem em auxílio à investigação aqui desenvolvida,

²¹ As normas de um ordenamento estático refletidas na “conduta dos indivíduos por elas determinadas, é considerada como devida (devendo ser) por força de seu conteúdo.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 207.

²² “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental”. KELSEN, op. cit., p. 208.

²³ KELSEN, Apud BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito, p. 199.

²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema do direito*, op. cit., p. 10.

²⁵ KELSEN, Apud BOBBIO, op. cit., p. 199.

pois tem-se a expectativa de que, pelo menos, a mudança que o legislador trouxe no Código Civil de 2002 no tema usufruto impróprio advenha dessa idéia de completitude do ordenamento.

De outro prisma, Norberto Bobbio, buscando norte na classificação de Carnelutti à Teoria Geral do Direito, traça outros pontos que também podem contribuir à pesquisa que se propõe. Assim, desenvolve Norberto Bobbio dois vícios possíveis no ordenamento:

um vício por excesso (*exuberância*), quando há mais normas do que deveria haver (na incoerência há duas normas contraditórias, das quais somente uma pode estar contida no sistema); e um vício por falta (*deficiência*), quando há uma norma a menos, no caso de lacuna. No primeiro caso, o trabalho do jurista consiste na *purgação* do ordenamento jurídico (isto é, no eliminar a norma em excesso); no segundo caso consiste na *integração* do próprio ordenamento.²⁷

Ao tema em questionamento, surge, então, a possibilidade de que, caso seja confirmado que há incoerência entre o disposto no Código Civil (de 1916 e de 2002) e o instituto do usufruto, no que se refere ao usufruto impróprio, apresente-se adequada a supressão dos termos contraditórios constantes no Código. Isso, se já não foi o motivo da alteração do Código Civil em 2002, quando suprimiu o conceito de usufruto, assim como a previsão de usufruto sobre bens consumíveis e fungíveis, no que se refere ao bem objeto do direito real.

Outrossim, no pensamento de Kelsen, este conferia à ciência jurídica um método e um objeto próprio, capazes de levar à superação das confusões metodológicas, dando ao jurista, uma autonomia científica. Foi através do “princípio da pureza”, caracterizado pelo fato de que o método e o objeto da ciência jurídica deveriam ter como premissa básica o enfoque normativo – que o jurista deveria encarar o direito como norma, não como fato social ou como assinalara, como um valor transcendente.²⁸

Sem pretender esgotar a discussão ante as posições doutrinárias suscitadas, desde já comporta asseverar-se que a questão posta, a princípio, surge como um vício por excesso, haja vista a dissonância entre duas normas, uma geral, que desvenda o conteúdo do instituto do usufruto, outra complementar, que o desqualifica.

²⁶ BOBBIO, *O positivismo jurídico*, op. cit., p. 197-198.

²⁷ BOBBIO, *O positivismo jurídico*, op. cit., p. 202.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Pról. de Tércio Sampaio Ferraz Junior. 2. ed. São Paulo: Limonad, 1997, p. 15.

1.3.2 O reconhecimento de antinomias

Fábio Ulhoa Coelho, relembra a posição de Kelsen, que rejeita a possibilidade de um relacionamento lógico entre as normas jurídicas, as quais são enunciados pelo dever ser, sempre com um sentido prescritivo. Não obstante, assevera que não existem conflitos entre as normas, haja vista que o texto constitucional pode vir a ser desobedecido, porém assevera que esta desobediência poderá ser do ponto de vista da teoria jurídica estática, mas obediência do ângulo jurídico dinâmico. Tudo sob o argumento de que a norma tem como premissa a distinção entre as categorias do *ser* e do *dever ser*, isto é, a consciência humana vê as coisas como elas são (v.g., a casa é quadrada) ou como elas devem ser (v.g. a casa deve ser quadrada). Nesse sentido, extrai-se das convicções de Kelsen que as normas são vistas como prescrições do *dever ser*, o que torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas.²⁹

Contudo, Fábio Ulhoa Coelho, que defendia que o sistema jurídico, para ser científico, depende da existência de lógica nas proposições que o integram, volta a referir-se a Kelsen, desta vez, contrapondo a assertiva de que este não se apoiava na lógica para a ordem jurídica. Aponta o autor:

Nesse quadro, uma norma não pode ser deduzida, segundo princípios lógicos, de outra norma. A lei ordinária não é conclusão da Constituição, nem esta a sua premissa. São apenas dados que se mostram ao cientista do direito, para que este os organize, descrevendo-os e relacionando-os logicamente, através das proposições de sua ciência. Kelsen, portanto, embora negue a necessária existência de lógica no interior do ordenamento jurídico, afirma a possibilidade de a ciência do direito organizá-lo logicamente. Admite, então, uma certa logicidade no direito.³⁰

Abstrai-se, assim, que ambos os autores têm uma certa relação de aproximação de definições, quando se verifica que tanto Fábio Ulhoa Coelho quanto Kelsen admitiram a utilização de um ordenamento lógico na formação de um entendimento das normas.

²⁹ COELHO, *Para entender Kelson*, op. cit., p. 49-52.

³⁰ COELHO, *Lógica Jurídica*, op. cit., p. 62.

Na obra *Fundamentos do direito privado*, Ricardo Lorenzetti refere que “a noção de ‘antinomia’ pertence ao pensamento sistemático, já que pressupõe a idéia de um sistema, e de que este tem coerência interna.”³¹

Uma vez abordada a questão do reconhecimento do sistema jurídico citado por Ricardo Lorenzetti, comporta prosseguir nas suas lições, quando, reportando-se a Norberto Bobbio, descreve os dois casos de solução para o enfrentamento de antinomias: “ – *normas contrárias*: produz-se uma colisão entre uma norma que manda fazer e outra que proíbe; - *normas contraditórias*: uma norma manda fazer e outra permite não fazer, ou uma norma proíbe e a outra permite.”³²

Diante das direfentes situações postas, num primeiro momento, vê-se possível uma aproximação da questão sob investigação à existência de normas contraditórias, voltando-se ao Código Civil de 1916, se se levar em consideração que o instituto do usufruto, tendo como pressuposto que deve envolver bens infungíveis, em face da necessidade da restituição do bem, no término do vínculo, em outras palavras, permite o entendimento de que é proibido a sua constituição sobre bens fungíveis.

Contraditoriamente, verificando-se o teor do artigo 726 do mesmo regramento jurídico, está-se diante de um dispositivo com um caráter permissivo, prevendo a constituição do usufruto impróprio – sobre bens fungíveis.

Assim, o princípio é garantido por uma norma que se encontra jungida em todo o ordenamento, onde duas normas tidas como incompatíveis não podem ser consideradas válidas; logo, somente uma delas pode fazer parte do ordenamento. Norberto Bobbio, em nova obra sobre o tema, assim arremata: “A compatibilidade de uma norma com o seu ordenamento é condição necessária para a sua validade.”³³

Outrossim, acredita-se que a busca da logicidade na organização do ordenamento é um dos pontos primordiais que permitem o raciocínio exposto no ponto sob estudo, razão por que a própria validade de uma norma tida como contraditória merece ser colocada em discussão.

³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 422.

³² BOBBIO, *Teoria general del derecho*, p. 199. Apud LORENZETTI, op. cit., p. 422.

³³ BOBBIO, *O positivismo jurídico*, op. cit., p. 203.

No desenvolvimento do tema, Norberto Bobbio parte da criação, também, de uma distinção entre antinomias: solúveis (aparentes) e insolúveis (reais).³⁴ Sobre as insolúveis, afirma que há situações antinômicas às quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias, também que há casos em que podem ser aplicadas duas ou mais regras em aparente em conflito entre si.

Sem pretensão de esgotar a discussão, neste momento, avança-se no estudo, adentrando nas hipóteses trazidas pela doutrina para a solução de antinomias.

1.3.3 A supressão das antinomias

Uma vez detectada a existência de conflitos ou a ocorrência de fatos contrários entre si dentro de um ordenamento jurídico, é na Teoria Geral do Direito, no ordenamento em si, nas fontes do direito, nos princípios, nas argumentações jurídicas, na doutrina e na jurisprudência, que se buscarão os subsídios necessários para dar a exata dimensão do que merece ser aferível e considerado como correto, pelo menos para aquele momento histórico e espacial, eis que os conceitos jurídicos se reformulam no tempo, de acordo com os novos anseios da sociedade por estes regradas.

Norberto Bobbio assevera que a jurisprudência estabeleceu regras para suprir as antinomias, contudo essas regras não são suficientes para solucionar todas as antinomias. Eis as regras apresentadas pelo jurista para a solução das antinomias:

- o critério cronológico – havendo normas incompatíveis, prevalece a posterior (lei posterior derroga lei anterior³⁵).³⁶

Justificando o aspecto volitivo de que, de regra, a nova norma retrata o pensamento novo, o progresso jurídico e o atendimento às novas exigências sociais, o autor cita como exemplo tipificado o artigo 15 das disposições preliminares do Código Civil Italiano³⁷,

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. ed. rev. téc. Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 92.

³⁵ “lex posterior derogat priori”. (Tradução livre).

³⁶ BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 92-93.

³⁷ “15. Abrogazione delle leggi – As leis não são revogadas a não ser pelas leis posteriores por declaração expressa do legislador, ou por incompatibilidade entre a nova disposição e a precedente ou porque a nova lei regula integralmente a matéria já regulada pela lei anterior.” “Abrogazione delle leggi. – Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l’intera materia già regolata dalla legge anteriore.” ITALIA. Codice Civile, art. 15. (Tradução livre).

onde é declarada a ab-rogação de leis incompatíveis. Observa-se que, no Brasil, vige o mesmo critério, conforme se depreende do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.³⁸

- o critério hierárquico – centra-se na superioridade hierárquica de uma norma sobre outra (lei superior derroga lei inferior.)³⁹. Nesta diretriz, cada sistema codificado tem sua própria hierarquia de normas. No direito italiano, há hierarquia entre as fontes do direito, onde, por exemplo, o costume cede perante matéria legislativa. Já, no Brasil, conforme estabelece o artigo 4º da Lei de Introdução⁴⁰, aplica-se o costume, tal como a analogia e os princípios gerais do direito, porém, em pé de igualdade; e ainda, *a priori*, quando há lacuna ou omissão legislativa.
- o critério da especialidade – entre uma norma geral e uma especial, prevalece esta última (lei especial derroga lei geral). Aqui o autor justifica o critério, em face de que, bloquear as normas especiais, que tratam de matérias específicas, de determinadas categorias da sociedade, seria reter o desenvolvimento.⁴¹

De tudo arremata Norberto Bobbio, destacando as seguintes conclusões:

- ao aplicar-se o critério da especialidade, não decorre a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, só da parte da lei geral incompatível com a especial. Aqui, adota-se o critério, quando já existe uma antinomia;
- ao aplicar-se os critérios cronológico e hierárquico, de regra, há a eliminação total de uma das duas normas. O momento da adoção deste critério, diversamente do anterior, é quando surge uma antinomia.⁴²

Se verificada isoladamente, a previsão legal do Código Civil de 1916, nota-se que, enquanto vigente, nenhum destes três critérios poderiam ser adotados para a solução do problema posto que não se enquadra nas diretrizes destes. Explica-se: ambos os artigos,

³⁸ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.

³⁹ “lex superior derogat inferiori”. (Tradução livre)

⁴⁰ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” BRASIL. Lei citada.

⁴¹ “lex specialis derogat generali” (Tradução livre). BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 92-93.

⁴² BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 97.

713 e 726, surgiram juntos no Código, afastando o critério cronológico; em sendo a mesma norma, não cabe aplicação de critério hierárquico e da especialidade. Essa conclusão, embora não tomada sobre o caso em estudo, também foi tomada por Norberto Bobbio.⁴³

Contudo, se for tomado em comparação o disposto no artigo 726 do Código Civil de 1916 e no artigo 1392 do Código Civil de 2002, surge, de plano, a possibilidade de enquadramento da hipótese no critério cronológico, haja vista a atualidade da nova normatização, onde o legislador pátrio não previu a constituição do usufruto impróprio tendo bens infungíveis como objeto principal da contratação. Em outras palavras, prevendo a possibilidade de usufruto onde os bens acessórios e os bens acrescidos podem ser infungíveis, sem abordar os bens principais objeto do usufruto, indiretamente, inovou na matéria. Assim, cronologicamente, é admissível reconhecer que foi dado um tratamento diferenciado à matéria.

Ricardo Lorenzetti, dentre as várias hipóteses que lança, vê cabíveis a apreciação, em face da *quaestio* em foco. Quando presentes duas normas competitivas, o autor aponta situações concretas de solução.⁴⁴

Quando presentes dois princípios sob posição antagônica,⁴⁵ Lorenzetti direciona a solução à aplicação de um juízo de ponderação, onde o intérprete⁴⁶ buscará admitir o princípio que, no confronto, no caso específico, tiver maior peso. Deduz-se aqui que haverá um juízo de valor de ambos os princípios e que ambos serão submetidos ao peso de cada um, naturalmente em face de qual princípio tem maior relevância ao caso.⁴⁷

Surge outra confrontação, pela competitividade entre duas normas fundamentais de nível distinto. Aqui, Lorenzetti afasta a possibilidade de solução através da busca de um ponto ótimo de eficiência, resguardando esta somente para os casos em que as normas fundamentais estejam sob o mesmo nível. Já, para o caso de distintos níveis, pontualmente assevera: “O *status* não pode se deduzir pela colocação, já que todas são normas de nível

⁴³ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, op. cit., p. 97-98.

⁴⁴ LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, op. cit., p. 422.

⁴⁵ “Mas é uma oposição tênue, já que compartilham o mesmo pressuposto básico; trata-se de que não se pode dar a um sem tirar algo do outro; estão colocadas em tensão pelo princípio da escassez.” LORENZETTI, op. cit., p. 434.

⁴⁶ “Interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicado.” BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, op. cit., p. 212.

⁴⁷ “O juízo de ponderação expressa que a medida permitida da insatisfação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. A ponderação estabelece uma relação, que pode ser expressa em curvas de indiferença que representam a relação de substituição de bens.” LORENZETTI, op. cit., p. 435.

constitucional ou suscetíveis de argumentação jusfundamental. Trata-se de examinar o bem jurídico protegido, pois aqui é possível estabelecer hierarquias.”⁴⁸

Após transpor um exemplo buscado na esfera jurisprudencial, o autor arremata:

Segundo nosso juízo poderão estabelecer-se as seguintes regras:
concorrência de bens extrapatrimoniais e patrimoniais: haveria prevalência dos primeiros...
concorrência de bens patrimoniais: a solução é quantitativa. Isto exige um juízo de otimização na fixação de recursos;
concorrência entre bens extrapatrimoniais: nestes casos haverá um juízo de ponderação entre eles.⁴⁹

Não obstante os recursos trazidos, aqui brevemente pincelados, o jurista argentino valoriza a sua obra quando refere que é obrigação de quem pretende limitar ou restringir um direito fundamental, tanto na esfera legal quanto judicial, dar as razões para tanto; denomina como “carga de argumentação”⁵⁰.

Norberto Bobbio⁵¹ não esgotou o tema aos três critérios aqui desenvolvidos; alinhavou, também, critérios de eliminação de antinomias, quando não admissíveis os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, voltando-se à forma das normas. Neste, adentrou na existência de normas imperativas ou proibitivas no confronto com normas permissivas, apontando como resultado preferencial a admissão das normas permissivas, justificando merecer uma interpretação *favorabilis*, não *odiosa*. Ainda, se a incompatibilidade for entre normas imperativas contra normas proibitivas, indica como melhor solução a eliminação de uma ou de ambas, pelo que, em consequência, nesta última hipótese, redundará na permissão.

Se aplicados estes critérios ao caso em questão, num primeiro momento, poder-se-ia chegar à conclusão de que seria cabível a admissão do usufruto impróprio nos dois ordenamentos: no Código Civil vigente e no anterior.

Porém, extraíndo-se das lições de Norberto Bobbio, é salutar frisar que, em se tratando de incompatibilidade de normas frente ao conteúdo e aos pressupostos de validade do instituto, não se deve tomar como imperativo que a permissividade será a melhor

⁴⁸ LORENZETTI, op. cit., p. 422.

⁴⁹ LORENZETTI, *Fundamentos di diritto privato*, op. cit., p. 436.

⁵⁰ “Disto tem se deduzido algumas regras de interpretação, que são sempre derivações deste princípio da carga argumentativa.” LORENZETTI, op. cit., p. 437.

⁵¹ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, op. cit., p. 99-100.

solução. Isso haja vista que o jurista citado justifica a sua proposição, voltando-se a uma solução de favorecimento ao sujeito de um vínculo jurídico que é mais justo proteger, fato que não está em discussão no estudo proposto, eis que, para a investigação da matéria, visando a uma solução concreta, se isso for possível, preferiu-se fugir ao risco de tomar como foco o benefício ou o prejuízo da constituição do usufruto em favor de uma ou de outra parte, eis que a preocupação aqui retratada é de cunho teórico-jurídico, não acidental.

Assim, nota-se também, que a adoção destes critérios comparativos não auxiliam no resultado da pesquisa proposta.

De outro lado, assim como no presente caso, Norberto Bobbio desenvolve outras situações, em busca de solução a casos concretos, caso o intérprete não tenha logrado êxito na identificação de qual norma deve ser admitida. É o caso da interpretação ab-rogante. Nesta, sugere a eliminação de uma das normas, pelo instituto da ab-rogação, excluindo-a do cenário jurídico. Em um segundo momento, havendo contraditoriedade entre duas normas, aponta como solução possível a eliminação de ambas, promovendo-se uma dupla ab-rogação. Por último, acrescenta a possibilidade de manutenção de ambas as normas tidas como incompatíveis. Aqui, observa o jurista, que o interesse é a eliminação da incompatibilidade ou da aparente incompatibilidade, pelo que o intérprete utilizar-se-á dos recursos da interpretação corretiva, forma de interpretação que visa conciliar duas normas aparentemente incompatíveis conservando-as no sistema jurídico, evitando a ab-rogação.⁵²

Extraí-se, no ponto, que, quando há antinomias, o intérprete pode solucionar a questão ora eliminando uma das normas, ora conservando ou eliminando ambas as normas: “O intérprete realiza uma interpretação corretiva.”⁵³

José de Oliveira Ascensão também destaca o critério da ab-rogação “Há divergências quanto à admissibilidade de uma incompatibilidade valorativa como fundamento de interpretação ab-rogante. É muito freqüente o intérprete detectar, no seio do mesmo diploma, regras que exprimem valorações diversas e até contraditórias.”⁵⁴

Nota-se que as possibilidades previstas por Norberto Bobbio, sem pretender esgotar o tema, até porque muitos aspectos que envolvem o trabalho ainda serão objeto de

⁵² BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 100-105.

⁵³ “As normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade”. BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, op. cit., p. 80.

⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito - introdução e teoria geral: Uma perspectiva luso-brasileira*. 8. ed. rev. em Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 342.

estudo, dão margem à identificação das mudanças do usufruto impróprio em face das regras de interpretação citadas. Veja-se:

- se desconsiderar-se o novo tratamento dado pelo legislador pátrio, no artigo 1.392 do Código Civil atual, tendo como foco somente o Código Civil de 1.916, era presumível que a eliminação (ab-rogação) do disposto no seu artigo 726 seria uma forma de adequar o tratamento da matéria, o que equivaleria ao resguardo de todos os pressupostos do usufruto, inclusive o de restituição do bem no término do vínculo, tendo como efeito, por óbvio, a impossibilidade de constituição do usufruto impróprio;
- por outro lado, analisando-se o conteúdo do Código Civil vigente, em especial o artigo 1.392, é admissível o entendimento de que o legislador, antes da inovação, teria detectado a desconformidade, pelo que preferiu não mais prever o usufruto sobre bens infungíveis, como fez, somente dispondo a sua admissão aos bens acessórios e acrescidos ao bem principal. Seria, no caso, a aplicação das três formas de interpretação, corretiva agregada à ab-rogação que fez, o legislador, em não mais conceituar o instituto do usufruto, bem como, em não mais prever o usufruto impróprio.

Mesmo assim, caso se torne impossível a adoção de um critério específico dentre os já estudados na busca da solução pretendida, comporta outra lição, porém de Kelsen:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como o de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.⁵⁵

A referência ora transcrita advém da posição adotada pelo jurista quando trata, especificamente, dos “chamados métodos de interpretação”. Não obstante, prossegue:

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, de uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até agora elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.⁵⁶

⁵⁵ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., 367.

⁵⁶ Kelsen, op. cit., p. 367.

A diretriz traçada por Kelsen, neste momento da pesquisa, surge como um ponto a ser considerado quando da conclusão deste estudo, eis que, sem pretender esgotar o problema, caso não se logre êxito na identificação da exata dimensão jurídica a ser dada à matéria, com a aplicação dos critérios de interpretação aqui elencados, selecionados por uma opção metodológica voltada, especificamente, a entender o porquê da instituição do usufruto impróprio no sistema jurídico brasileiro, ter-se-á a opção de uma interpretação não vinculada aos critérios explanados pelos autores pesquisados.

1.3.4 O princípio da coerência

Avançando-se nas lições de Bobbio, depara-se com outros critérios que podem vir a auxiliar na eliminação de antinomias. Este assevera que o princípio da coerência consiste em negar que possa haver antinomias no ordenamento jurídico, o que explica como “normas incompatíveis entre si”⁵⁷. Veja-se o roteiro traçado pelo jurista, apreciando uma “solução transacional”, ao que sugere uma “solução ótima” e um “juízo de ponderação” declarando: “Dar a cada um o seu, respeitando os direitos alheios, exige dar a uns e tirar de outros, procurando um ponto de equilíbrio. Não se trata de uma otimização mas de um ponto de equilíbrio ótimo, procurando a eficiência.(...) A colisão não produz uma exclusão, mas uma restrição.”⁵⁸

A posição adotada pelo autor supracitado é a mesma trazida por Kelsen em sua obra *Teoria pura do direito*, quando trata da interpretação como ato de vontade.⁵⁹ Identifica a questão em foco sendo uma interpretação *autêntica* ou *legislativa* que é a feita pelo próprio legislador, por outro ato. E, reconhecendo a ambigüidade da norma, vota uma nova lei, para esclarecer a sua intenção. Assim, destaca que a lei interpretativa é considerada como a própria lei interpretada.

⁵⁷ Explica o autor: “Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo o ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou, dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade.” BOBBIO, *O positivismo jurídico*, op. cit., p. 203.

⁵⁸ LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, op. cit., p. 434.

⁵⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 369.

Veja-se, porém, a posição de José de Oliveira Ascensão⁶⁰ quanto à interpretação autêntica, sob outro enfoque: “Afastamo-nos da generalidade da doutrina, que caracteriza a interpretação autêntica por caber ao próprio autor da fonte interpretada.” E assim arremata:

O grande significado da interpretação autêntica está em a regra já existente continuar a valer naquela ordem jurídica, mas com uma alteração no seu título. Neste caso o título era primeiro a lei interpretada, agora é a lei interpretada mais a lei interpretativa. O domínio de aplicação da regra mantém-se pois tal qual, apenas se esclarecendo que ela vale com o sentido que resulta da fonte interpretativa.⁶¹

A doutrina contribui para os casos de normas que não atinjam a necessária equidade para com outras, merecendo adotar-se medidas buscando a coerência do ordenamento, apresentando a interpretação corretiva antes citada como mais um meio de solução. Nesse aspecto, José de Oliveira Ascensão destaca que “a razão da lei será contrária a interesses que se pretendem preponderantes. A fonte pode ser taxada de injusta ou inoportuna, representando um elemento negativo naquela comunidade”.⁶²

Na busca da coerência, a interpretação corretiva advém das antigas manifestações de equidade, conjuntamente com o método de integração. Sob a orientação de Aristóteles é visto o caminho exato de sua progressão, quando José de Oliveira Ascensão, referindo Enneccerus, que define como interpretação modificativa do direito, ou restrição, dentre outros, menciona:

Quando o legislador, presa da necessária generalidade das suas declarações, emite uma prescrição lata de mais, em que abrange casos que não teria abrangido se tivesse podido considerar as conseqüências nocivas da sua intervenção; dito por outras palavras, quando a lei é demasiado absoluta, por a aplicação a certos casos que não são os que ditaram a regra ir contra o bem comum – então o intérprete deve restringir o âmbito da lei para evitar esses resultados nefastos.⁶³

⁶⁰ ASCENSÃO, *O direito*, op. cit., p. 467.

⁶¹ ASCENSÃO, op. cit., p. 468.

⁶² ASCENSÃO, op. cit., p. 467.

⁶³ “Cfr. Enneccerus-Nipperdey, *Parte general*, § 54, que fala em interpretação modificativa do direito, ou restrição; Recasens Siches, *Interpretación*, baseando-se no caráter circunstancial da regra jurídica, que responde a certas situações concretas, e não a outras; e Alpidio Silveira, *Hermenêutica*, I, nº 5. Este fala em “interpretação modificativa”, mas dá exemplos que são mais de interpretação restritiva.”. Apud ASCENSÃO, op. cit., p. 340.

Tendo-se que o princípio da coerência é o foco de uma das justificativas pelo qual o intérprete deve proceder nas formas de interpretação do ordenamento para adequá-lo no caso de incompatibilidades, cujos critérios que se entende que possam auxiliar no desate de questão já foram amplamente abordados na seção anterior, nota-se clara a incoerência de uma norma de caráter supletivo, que abre a possibilidade de constituição de usufruto sobre bens consumíveis, contrariando o princípio maior da intangibilidade, do qual o usufrutuário não pode dispor da substância do bem, fato que não ocorrerá no caso do quase-usufruto.

1.4 A tópica

A maneira como procederam os romanos ao desvirtuarem o instituto do usufruto, criando a figura do usufruto impróprio, como aqui já se referiu, pode ser retratada pela tópica, se considerar-se a forma da sua adoção. A informação trazida pela doutrina quanto ao surgimento do usufruto impróprio é que se partiu de um caso concreto, sem previsão nas decisões anteriormente tomadas, do que, advindo de um *Senatus Consulto*⁶⁴, na época das Institutas, espalhou-se e difunde-se até hoje para quase todas as legislações.

É clara a situação ao se deparar com as anotações de José de Oliveira Ascensão, que assim explica a Tópica:

(...) um repertório de pontos de vista que darão a solução de casos concretos. Era este o conteúdo originário da retórica.

Este equacionamento pode ser relacionado com o nosso tema, pois reflete as encruzilhadas do técnico do direito. Os problemas surgem muitas vezes por os casos não poderem ser enquadrados linearmente numa previsão normativa específica. Eles resultam do entrecruzar de vários institutos e é necessário antes de mais determinar a parte que cabe a cada um na solução. Então raciocina-se a partir do caso – o pensamento é problemático -, o que mostra como na prática se vai, afinal, do fato para a regra, e não da regra para o fato.⁶⁵

Cláudio de Castro ilustra claramente o quadro representativo da tópica ciceroniana, onde se nota, dentre outros caracteres, a busca de resultados na formulação e reformulação

⁶⁴ “Conselho de anciãos, homens experientes que exerciam o poder de *imperium* em Roma.” Segundo GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59.

⁶⁵ ASCENSÃO, *O direito*, op. cit., p. 384.

nos princípios do direito, os quais poderão sofrer alterações em face do caso concreto, o que resultará em novas normas ou novas regras.⁶⁶

Assim, cabe extrair, da experiência da Tópica, a referência trazida por Cláudio de Castro, de que “figuras e instituições jurídicas nascem da elaboração das decisões, originadas por antigas normas formuladas nos usos e costumes tradicionais, a jurisprudência utilizando técnicas de conexão vai criando novas figuras e instituições na medida das necessidades exigentes do tráfego jurídico”.⁶⁷

Voltando-se a José de Oliveira Ascensão, acredita-se esclarecer a vinculação dada à Tópica com o caso que ora se trata:

As tendências funcionais e pragmáticas da nossa época encontram na tópica e na retórica um abrigo acabado. Não interessa a busca longa e tormentosa da verdade, da qual na realidade se descrê. Não se resolve nada, soluciona-se tudo, por armistícios locais que não são sustentados por uma visão de conjunto. Por isso a lógica, a linguagem, a retórica, quer dizer, a panóplia dos elementos formais volta a ocupar o primeiro plano para grande número de estudiosos.⁶⁸

Observa-se, por óbvio, que não está na Tópica, a solução buscada para o caso presente, contudo, pelas referências históricas trazidas pelos juristas estudados, certamente está nessa forma de pensamento uma das respostas para o surgimento do quase-usufruto, que adveio de um caso em concreto a ser solucionado.

1.5 Os princípios culturalistas no Código Civil de 2002

Na obra de Judith Martins-Costa e de Gerson Branco⁶⁹, estes procuram desvendar os meandros metodológicos e teóricos que retratam a visão culturalista de Miguel Reale, jurista que coordenou a Comissão elaboradora do atual Código Civil.

⁶⁶ CASTRO, Cláudio Henrique de. A tópica no direito romano clássico. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre: Síntese, v. 32, (Coleção Acadêmica de Direito), 1999, p. 126.

⁶⁷ CASTRO, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, op. cit., p. 127.

⁶⁸ ASCENSÃO, *O direito*, op. cit., p. 385.

⁶⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil*. in MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

No seu artigo, Gerson Branco⁷⁰ destaca que o culturalismo é concebido como “uma corrente do pensamento que se utiliza da noção ‘cultura’ como um paradigma central e decisivo nos domínios das ciências humanas.”⁷¹ Por sua vez, embora tratando do aspecto da legitimidade histórico-cultural, na análise do exercício do poder, Eros Roberto Grau faz lição ao culturalismo quando assim se manifesta:

A legitimidade de que cuido é um produto da autoridade, tida esta como decorrente da capacidade de captação de padrões histórico-culturais, e não da captação de qualquer vontade, eis que o Direito (o Direito legítimo), repita-se, é produto cultural, e não expressão deste ou daquele voluntarismo.

Daí a convicção, que acalento, de que, enquanto jurista, devo ter como objeto de minhas indagações a legitimidade. Se o objeto do meu estudo é a vida social juridicamente organizada, cumpre-me deitar atenção ao fato de que só há efetiva – não “eficaz” – organização jurídica da vida social quando esta seja coerente com os padrões culturais da sociedade organizada.⁷²

Ora, se a questão enfocada neste estudo está diretamente ligada à postura legislativa que levou os representantes do povo, em dado momento, a aprovar uma norma que se apresenta questionável quanto à opção tomada em face do contexto que identifica o instituto do usufruto e mormente, com uma inovação substancial advinda do Projeto 634-b de 1975 e do próprio Código Civil promulgado em 2002, vê-se salutar a transposição do ensinamento de Eros Roberto Grau, que, a bem da verdade, coloca sob suspeita eventuais normas que não atendam aos padrões culturais da sociedade organizada.

E diz-se assim haja vista que, se para a sociedade em si, em seu cotidiano, não é notada a mudança drástica no sistema que o legislador pátrio adotou entre a concepção romanística do usufruto - o Código Civil de 1916 e o Código Civil vigente -, no mínimo, comporta a instigação pelos operadores do direito que, mesmo que não intencionalmente, auxiliem na interpretação, na aplicação e reformulação dos conceitos jurídicos e das normas que merecem, caso a caso, auxiliar em uma solução lógica, coerente e, por que não, sistêmica, aos problemas sociais.

Para uma abreviatura à compreensão do exposto, invoca-se a lição do mesmo autor antes citado, de que “os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas sim

⁷⁰ BRANCO in MARTINS COSTA. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 2

⁷¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

⁷² GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 52.

para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Esse, o seu sentido e a sua vocação: constituem um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios e regras.”⁷³

Vem de Miguel Reale a expressão “o futuro se contém, até certo ponto, no passado”,⁷⁴ a qual justifica o caráter prospectivo da história, demonstrando que a construção de um Código não parte do nada, mas, sim de estruturas formadas no processo cultural e transformadas pelo homem no tempo.

Por sua vez, Gerson Branco assim argumenta a assertiva:

Apesar de existir espaço para a inovação, a substância de um Código deriva da consolidação legislativa de valores já reconhecidos e aceitos numa determinada comunidade.

Mesmo as novidades recepcionadas num Código são resultado de um longo processo de maturação e de seleção, cujo resultado é a consagração legislativa.

Isto porque a construção da normatividade exige atos contínuos de escolha dentre variáveis que são predeterminadas historicamente, as quais determinarão o sentido da norma jurídica.

Esse caráter prospectivo que Miguel Reale atribui à história é fundamental para pôr fim à visão de que “história são os fatos do passado”, sem perceber que o estudo da história é antes de mais nada a preocupação com o presente e, fundamentalmente, com o futuro.⁷⁵

A idéia de que a história é uma das bases da configuração do futuro, não é nova; Gerson Branco, lembrando Paolo Grossi⁷⁶, destaca que “o papel do estudo sob a perspectiva da história não é oferecer um modelo acabado de algum momento do passado, mas demonstrar qual o sentido da linha, da qual não surge a certeza, mas a direção de um movimento que acompanha a experiência cultural.”⁷⁷

Como um processo de interpretação da realidade, Miguel Reale invoca a experiência como um dos fatores centrais da sua teoria do conhecimento: “A experiência é o resultado de um processo histórico de experimentação que revela a dimensão dinâmica e temporal do direito”.⁷⁸

⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, p. 18. *Apud* GRAU, op. cit., p. 66.

⁷⁴ REALE, *Experiência e cultura*. Campinas: Bookseller, 1999, p.238.

⁷⁵ BRANCO in MARTINS-COSTA. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 4.

⁷⁶ BRANCO in MARTINS-COSTA, op. cit., p. 5.

⁷⁷ “El presente sólo es un fragmento, un fragmento que además resulta por naturaleza manco y mudo, tan deficiente e inexpressivo que sólo puede ser objeto de miradas mipes. Con las fuerzas exclusivas del presente no se construye el futuro.” GROSSI, Paolo. *El punto y la línea*. Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo, p. 29. BRANCO in MARTINS-COSTA, op. cit., p. 5.

⁷⁸ REALE, op. cit., p. 21.

Abarcando nas idéias do jurista coordenador da Comissão elaboradora do Código Civil, Gerson Branco explica que “o experienciar é a ação, mas também é esperar ‘no sentido de que aquilo que já foi objeto de experiência dispõe o homem a *esperar* que assim se reproduza.’”⁷⁹. E esta atividade humana de esperar, de formular juízos e de incorporar valores aos fatos cria fatos valiosos⁸⁰ e trama a teia da cultura, participando juntamente com os fatos da natureza na construção da própria história.”⁸¹

Justificando a sua linha culturalista, Miguel Reale afirma que a cultura “é o sistema de intencionalidades humanas historicamente tornadas objetivas através da história, ou, por outras palavras, a objetivação e objetivação histórica das intencionalidades no processo existencial.”⁸².

Gerson Branco conclui que “a cultura é o paradigma central de toda experiência fundada em atos de conhecimento, base para edificação de qualquer ciência, inclusive a ciência jurídica.”⁸³

Abordando o cunho construtivo das normas, o mesmo autor alinhava que “o processo de experiência e as formas de construção das normas jurídicas, a construção da normatividade se dá sobre uma base fática, segundo valores preexistentes. Assim, a lei não cria nada de absolutamente novo: impulsionada pelos fatos, com base em valores, determina como deve ser o comportamento humano, para o fim de realizar certos valores.”⁸⁴

Dentre outros, extrai-se do estudo de Gerson Branco, no apontamento dos fatos voltados às Diretrizes Centrais do trabalho elaborado pela Comissão coordenada por Miguel Reale:

Outra diretriz central foi a decisão de não refazer integralmente o Código Civil, não mudar por mudar e tentar preservar tudo o que se pudesse manter, modificando somente o necessário para a modernização do direito. Esta opção metodológica é reveladora de uma das faces do culturalismo, que é a valorização dos bens culturais que são reconhecidos e aceitos por uma dada comunidade. Embora esse comportamento tenha sido taxado de conservador, o culturalismo de Miguel Reale tem esse caráter, cujo resultado é a modificação somente daquelas situações em que há reclamos pela modificação.⁸⁵

⁷⁹ REALE, *Experiência e cultura*, op. cit., p. 21-22.

⁸⁰ REALE, op. cit., p. 20.

⁸¹ BRANCO in MARTINS-COSTA. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 21.

⁸² REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*, p. 3.

⁸³ BRANCO. in MARTINS-COSTA, op. cit., p. 23.

⁸⁴ BRANCO. in MARTINS-COSTA, op. cit., p. 27.

⁸⁵ BRANCO. in MARTINS-COSTA, op. cit., p. 45.

Sobre esse ponto é oportuno ressaltar que, em tempo não muito distante, ouviam-se juristas afirmando a desnecessidade de atualização do Código Civil, eis que a jurisprudência já teria abordado e alicerçado no direito pátrio todos os temas que o Projeto do Novo Código Civil abordava. E, certamente, ainda os há.

Disso, na ocasião, questionava-se: como admitir a idéia de que seria suficiente a jurisprudência abordar os temas atuais que o Código Civil não tratava, e daí, então, dar-se por satisfeito?

Pensava-se contrariamente defendendo a idéia de que, embora não se desmereça o peso da jurisprudência como fonte do direito, tem-se como prisma que a sociedade é gerida por leis, não por decisões judiciais, que se voltam aos indivíduos em particular. Defendia-se, com ênfase, a necessidade de que os princípios e as posições surgidas no curso da história, mesmo que não explícitas no texto do Código Civil então em vigor, deveriam estar insculpidos dentro de uma normatividade lógica e ordenada, a ponto de a sociedade – a quem são dirigidas as normas de natureza civil – tomar conhecimento, aplicá-las e respeitá-las no seu cotidiano.

Agora, afastada a abstração da linha tomada por Miguel Reale na coordenação dos trabalhos de elaboração do Código Civil atual, com maior ênfase, depara-se com um texto completo, ordenado, com uma linha construtiva e metodológica que permite, ao longo do estudo deste novo regramento, reconhecer a importância da análise das normas dentro de um contexto que agrega, além da realidade fático-social, a tradição do direito que moldou a sociedade brasileira.

Entende-se a postura de Miguel Reale, quando afirma que não houve preocupação em alterar todo o código anterior, mas, sim de adequá-lo à realidade brasileira ao momento atual, respeitadas as molas mestras que perfilham o Direito Civil desde o início do século passado. E fortalece a assertiva ao abstrair-se dos estudos de Gerson Branco que “o novo Código Civil não trata de matérias que ainda são polêmicas, mas somente daquelas em que há certo consenso social e que a legislação de 1916 não tinha condições de tratar, porque o Brasil do início do século e o próprio direito tinham uma feição distinta.”⁸⁶

Ora, certamente, críticas haverá à posição tomada pelos juristas elaboradores do Código Civil vigente, contudo, não se tratando de uma lei especial voltada a um fato social único que se queira reger, mas, sim de uma norma geral que deve reger a vida em

⁸⁶ BRANCO in MARTINS-COSTA. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 48.

sociedade, com todas as suas nuances e perspectivas do dia-a-dia, entende-se meritória a posição de que, enquanto não consolidados novos institutos como fatos históricos relevantes para o meio social, não sejam parte do Código que regra esta mesma sociedade.

Porém, a assertiva não é a mesma quanto ao ponto sob estudo, haja vista a posição de inúmeros doutrinadores, que aqui se destacarão, de que o usufruto impróprio não se configura como espécie de usufruto. Por este fato, torna-se coerente o comentário trazido por Gerso Branco.

1.5.1 O princípio da eticidade

Avançando no caráter cognoscitivo que levou Miguel Reale a formar a convicção culturalística em seu trabalho, transcreve-se a menção de Gerson Branco, quando trata do princípio da eticidade e adequação técnica como imposições naturais advindas no transcurso do projeto. Assim expôs: “O princípio da eticidade é outra marca do culturalismo de Reale no Código Civil e está consubstanciado na utilização constante de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que fazem referência a expressões cujo significado exige uma atividade valorativa do julgador para que a regra possa ser aplicada.”⁸⁷

Segundo Miguel Reale, o princípio da eticidade está no “conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam.”⁸⁸

No do estudo Gerson Branco demonstra com clareza as marcas metodológicas da Comissão elaboradora do Código e de seu coordenador, quando afirma que “pode-se dizer que o Código de 2002 se caracteriza metodologicamente ‘pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira’⁸⁹, pela ‘unidade sistemática’ determinada pela parte geral, unificação lingüística e unidade valorativa, pelo sentido de ‘concreção’ de que as

⁸⁷ BRANCO in MARTINS-COSTA. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 51.

⁸⁸ REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 752, jun. 1998, p. 29.

⁸⁹ REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil – Situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53.

normas se revestem, atendendo e buscando aliar os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência ao ‘direito vivido’ pelas diversas categorias profissionais”^{90 91}.

Há muito difundido nos sistemas de formação do Direito, Miguel Reale, por sua visão culturalista, avançou nas modificações que promovera ao Código Civil de 1916, com uma notória modificação da linguagem.

Gerson Branco elucida: “Enquanto o Código Civil de 1916 foi concebido como sistema fechado e para que os juristas não fizessem nada mais do que a exegese dos dispositivos legais lá consubstanciados, a linguagem do novo Código Civil foi elaborada para que a comunidade jurídica, ou os ‘operadores do direito’ na expressão de Miguel Reale, tenham papel ativo na determinação do sentido das normas jurídicas, consubstanciando, pois, um sistema aberto.”⁹²

Essa abertura, certamente, muito contribuirá para a interpretação e a aplicação do atual Código Civil, que convoca a sociedade a promover um verdadeiro redimensionamento no seu comportamento e convivência, abstraindo os efeitos da socialização e da coerência sistêmica adotada pelos legisladores.

Reportando-se a Miguel Reale, o estudioso ratifica: “O Código de 2002 mantém o cuidado com a forma linguística, mas trata a linguagem sob o prisma culturalista de que existe uma relação entre forma e conteúdo que os torna inseparáveis. Além de preservar ‘beleza formal do Código de 1916’⁹³, o novo Código faz a adequação técnica em prol da certeza, segurança, clareza e precisão dos enunciados normativos, dirigidos que são a normatizar a ‘constituição do homem comum’”⁹⁴.

Como a qualquer estudo, devem-se resguardar as acepções idealistas da realidade. Embora com uma formação essencialmente civilista, acredita-se ser imprópria a expressão tomada por Gerson Branco de taxar o Código Civil como a “constituição do homem comum”, eis que, mesmo com a relevância que traz em seu bojo no regramento da vida em sociedade, se de Constituição se traz a noção histórica e científica de lei maior, não se vê com bons olhos uma expressão que ou diferencia a Constituição do país, ou atribui à norma

⁹⁰ REALE, *O Projeto do novo Código Civil*, op. cit., p. 53.

⁹¹ BRANCO in MARTINS-COSTA, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 53.

⁹² BRANCO in MARTINS-COSTA, op. cit., p. 53.

⁹³ REALE, op. cit., p. 61.

⁹⁴ BRANCO in MARTINS-COSTA, op. cit., 53.

infraconstitucional condão constitucional. É uma incongruência que os operadores do direito devem, na medida do possível, evitar cometer.

1.5.2 O princípio da operabilidade

Extraí-se um fundo altamente eloquente das linhas traçadas por Miguel Reale, na elaboração do Projeto do Código Civil hoje em vigor, ao passo que assim evidencia:

(...) o terceiro princípio é o “princípio da operabilidade”. Ou seja, toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa - já dizia Jhering, na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado.⁹⁵

Agregado aos princípios da socialização e da eticidade, não é forçoso equacionar a importância do aspecto da operabilidade tratada por Miguel Reale e pelos juristas que compuseram a sua comissão de elaboração do Código Civil atual, tendo-se como norte a solução dos casos futuros que se apresentarão para a aplicação das normas transpostas no referido ordenamento jurídico. Operabilidade notada, inclusive, no aspecto da opção do legislador em não reproduzir normas que no Código Civil anterior estavam em desacordo com o ordenamento como um todo.

1.5.3 A questão da linguagem

Nota-se, dentre os comentários de Miguel Reale e do trabalho desenvolvido, que em alguns pontos, efetivamente, houve uma mudança de linguagem na reformulação do Código Civil que se propusera. Noutras situações, porém, observa-se que foram mantidos os nortes e o sentido da legislação reestudada e reformulada, certamente tendo como causa

⁹⁵ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil : situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 11.

o reconhecimento de que, naqueles casos, a passagem do tempo não foi motivo sufragador dos conteúdos teóricos aplicados aos determinados institutos.

Corroborando a assertiva, assim formula o autor:

A modernidade de um preceito não depende tão-somente da linguagem empregada, a não ser quando ocorreram mutações semânticas, alterando a acepção original. Em casos que tais impunha-se a atualização do texto, e ela foi feita com critério e prudência. Fazer alteração numa regra jurídica, por longo tempo trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência, só se justifica quando postos em evidência os seus equívocos e deficiências, inclusive de ordem verbal, ou então, quando não mais compatíveis com as necessidades sociais presentes. De outra forma, a alteração gratuita das palavras poderia induzir, erroneamente, o intérprete a buscar um sentido novo que não estava nos propósitos do legislador.⁹⁶

Nota-se a preocupação do relator também quanto às remissões feitas ao projeto do Código, ressaltando que o próprio Miguel Reale destacara que, no seu entendimento, os preceitos de integração normativa merecem ser vinculados naquilo que entendido necessário, desde então, sugerindo a co-participação da doutrina para a completa interpretação.

Quanto às remissões de uns artigos a outros do Anteprojeto, preferiu-se fazê-lo tão-somente quando a compreensão do dispositivo o impunha, e não apenas em virtude da correlação da matéria. O problema das remissões é mais denso de conseqüências do que à primeira vista parece, inclusive quando se tem por fim determinar o sentido pleno dos dispositivos, correlacionando-os logicamente com os de conotação complementar. Se o significado de um dispositivo legal depende da totalidade do ordenamento, essa exigência hermenêutica cresce de ponto, particularizando-se, quando o próprio legislador se refere a outros preceitos para a integração normativa. É a razão pela qual o legislador deve vincular, com a devida parcimônia, um artigo a outros, deixando essa tarefa à dinâmica criadora da doutrina, à luz dos fatos e valores emergentes.⁹⁷

Abstrai-se, então, que a atualização de uma obra codificada, nem sempre traduz a necessidade de reformulação de todo o sistema metodológico ou do embasamento teórico que se encontrava insculpido na norma sob reforma.

Assim pontua Lopes de Oliveira:

⁹⁶ REALE, *O Projeto de Código Civil*, op. cit., p. 85-86.

⁹⁷ REALE, op. cit., p. 85-86.

Em verdade, a prudência, se aconselha o prosseguimento do trabalho legislativo, também recomenda proceder-se com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e portanto adequado a recolher e regular mudanças e criações supervenientes. O raciocínio prudente, no caso, harmoniza-se com a técnica de legislar. Como assinala *Jean Carbonnier*, “o legislador que compreende que sua obra vive, e não quer mobilizá-la, deve delinear os textos além de seu próprio pensamento”. Dessa forma preserva o que o mesmo Autor chama a “dinâmica” da lei, essencial a um código, pois, para ele também, “codificar é modificar, e “a modificação não se concebe senão no sentido de aperfeiçoamento constante.”⁹⁸

Nessa diretriz, há que se concordar que a missão de reformular uma norma, complexa como é um Código Civil não deve moldar-se tendo como escopo a manutenção dos dogmas que alicerçaram a legislação sob estudo. Obviamente, quase um século de vigência de um código, como é o caso do Brasil, impôs aos juristas, aos operadores do direito e aos políticos, o acolhimento dos anseios atuais da sociedade brasileira.

⁹⁸ *Essais sur les Lois*, Repertoire du Notariat Defrénois, p. 249-299, apud OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Projeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 376.

CAPÍTULO II - DIREITO CIVIL

O homem, para a satisfação de suas necessidades, vive em sociedade, pela qual, e só assim, surgiu o Direito.

Vicente Ráo afirma: “É certo que o direito se apodera do homem desde antes de seu nascimento e o mantém sob sua proteção até depois de sua morte. Mas, certo também é, que sempre e a todo instante, o considera como parte de uma comunhão, que é a sociedade, fora da qual o homem civilmente, não poderia viver.”⁹⁹

Partindo-se da noção de que o direito é necessário para a harmonia social entre os homens, o Direito Civil apresenta-se como o ramo do Direito que, respeitadas as diretrizes fixadas pela norma maior – a Constituição de um país -, traça as normas reguladoras dos atos humanos aplicáveis à sociedade que vivem.

A normatização das relações civis entre as pessoas, afastadas aquelas de cunho eminentemente público, ocorre no ramo do Direito Privado, aplicando-se às pessoas físicas e jurídicas. Este regramento, dependendo do sistema adotado em cada país, pode envolver ramos do direito diferenciados. No Brasil, desde 1850, havia a codificação comercial, para as relações de natureza comercial e, concomitantemente, desde 1916, o Código Civil. Hoje, com o advento do Código Civil de 10 de janeiro de 2002, o legislador optou pela inclusão de algumas matérias até então tratadas no Código Comercial do tempo do Império, como é o caso do Direito de Empresa¹⁰⁰.

Referia Carvalho de Mendonça que “o direito é uma resultante de costumes que se fixam pelas opiniões geraes dominantes, modificadas pelos innumeros factores secundarios

⁹⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (RT Clássicos), p. 52.

¹⁰⁰ BRASIL, *Código Civil*: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2.002, arts. 966 - 1.195.

locaes. Elle é como a corrente observada nas margens de um rio caudaloso, infinitamente mais lenta do que a parte central em que actua com energia a lei da gravidade”.¹⁰¹

Segundo o mestre, os princípios fundamentais do Direito Romano, uma vez caldeados com o Direito Canônico e com os costumes lusitanos, traziam o arcabouço de soluções suficientes para as questões de família e patrimônio.

O Direito, na sua subdivisão, dentre outros, compreende os institutos do Direito Civil. Neste, como adiante se abordará, dependendo do sistema vigente em cada país, há o reconhecimento ou não da coexistência entre direitos reais e direitos pessoais.

Vicente Ráo, quando trata da divisão do Direito Privado, divide-o em categorias, assim expostas:

- a) relações pessoais puras, como são as atinentes ao estado e capacidade das pessoas;
- b) relações de família, patrimoniais e extrapatrimoniais, decorrentes do vínculo de sangue ou do parentesco civil;
- c) relações puramente patrimoniais, que recaem sobre as coisas do mundo físico (relações reais), ou sobre outrem, para dele se exigir uma prestação suscetível de ser avaliada economicamente (relações obrigacionais) e, finalmente, sobre a transmissão hereditária do patrimônio.¹⁰²

Da classificação exposta, torna-se hialino que a base do Direito Privado está no Direito Civil, sendo, no Brasil, um regramento já codificado, onde estão traçadas as normas que regulam as relações entre os homens – o direito obrigacional - e as relações entre os homens e os bens – o direito real.

O Direito Civil é definido por Vicente Ráo como “o conjunto sistemático de princípios e normas que disciplinam o estado e a capacidade das pessoas e suas relações, de caráter privado, atinentes à família, às coisas, às obrigações e à transmissão hereditária dos patrimônios.”¹⁰³

Nesse contexto, iniciando-se pelo direito das coisas, também se perfilhará o caminho necessário pelo direito das obrigações, percurso necessário para a exata dimensão

¹⁰¹ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1922, p. 15.

¹⁰² RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, op. cit., p. 240.

¹⁰³ RÁO, op. cit., p. 240.

dos institutos jurídicos que permitirão o desenvolvimento dos pontos que visam elucidar o questionamento que ora se propõe.

2.1 Sistemas de codificação

O reconhecimento das esferas da autonomia privada aparece, nos sistemas jurídicos, de forma não unânime pelas legislações dos países que optaram pela codificação.

O assunto é objeto de divergência doutrinária e legislativa em nível mundial, haja vista que o critério de distribuição das matérias na legislação de cada nação é livre e sempre reflete no tempo os valores que a sociedade atribui aos institutos jurídicos que formam o arcabouço das regras de conduta que lhe serão aplicadas.

No Brasil, desde a Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, muito discutido foi o assunto. Mesmo assim, até o momento atual, a questão ainda não está pacificada.

Orlando Gomes refere que “uma codificação não é figura de ornato jurídico apreendido numa estrita província de significados. Nela estão os estatutos fundamentais do direito privado, catalogação útil para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio.”¹⁰⁴

Quanto ao sistema adotado, Teixeira de Freitas, assim afirma:

Conhecido o quadro da Legislação Civil, era de mister conhecer suas divisões peculiares, e destas trataremos agora. Principiaremos pelo actual systema do Direito Civil, fixaremos depois algumas noções fundamentaes, investigando a theoria dos *direitos reais* e dos *direitos pessoaes*; e indicaremos por ultimo a applicação, que se póde fazer dos princípios. Dispôr elementos para a projectada reforma, tal é o pensamento, que nos domina.¹⁰⁵

No 1º Livro da Consolidação, o jurista enquadrou na seção que trata dos direitos pessoais nas relações de família: o casamento, o pátrio poder e o parentesco,

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. atual. por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 10.

¹⁰⁵ FREITAS, *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. XXXIX e XL.

complementados pela tutela e pela curatela. Já, na 2ª seção do mesmo livro, tratou dos direitos pessoais nas relações civis, dentre os quais: os contratos e os delitos (os atos lícitos e os atos ilícitos) e as causas da extinção dos mesmos.

No livro 2º, inseriu os direitos reais, em quatro capítulos, sem, contudo, proceder à inclusão do direito de usufruto em um ponto específico. Nesta diretriz, dividiu a matéria atinente aos direitos reais, na obra, prevendo os seguintes títulos: do domínio, da servidão, da herança e da hipoteca, finalizando com o título da prescrição aquisitiva pelo usucapião.¹⁰⁶

Porém, pela codificação havida por meio da lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o legislador brasileiro adotou o sistema de divisão sugerido por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis, que dividiu o Código Brasileiro em duas partes, uma geral, outra especial¹⁰⁷, diretriz seguida, também, pelo Código Civil da Alemanha - BGB, como reconhecido por René David. Porém, não acolheu integralmente a divisão dos institutos jurídicos que vieram a ser tratados nestas duas partes, fruto da Pandectística.

A divisão citada assim se apresentou no Código Civil brasileiro de 1916: na Parte Geral, tratou das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos; já, na Parte Especial, estabeleceu regras voltadas ao direito de família, ao direito das coisas, ao direito das obrigações e ao direito das sucessões.

Tendo sido contratada a elaboração de um Anteprojeto de Código Civil, cujo encargo ficou com o jurista Orlando Gomes, a requerimento do ministro da Justiça da época, aquele concluiu seu trabalho apresentando-o em quatro partes, assim tratando das matérias: 1º) pessoas; 2º) direito de família; 3º) direito das coisas e 4º) direito das sucessões. Por sua vez, acolheu a corrente civilista que defendia o desaparecimento de uma parte geral no código¹⁰⁸, pelo que esta última foi distribuída dentre cada instituto do Anteprojeto.

¹⁰⁶ FREITAS, *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. CXIV.

¹⁰⁷ O Anteprojeto de Código Civil apresentado ao ministro da Justiça por Orlando Gomes em 31 de março de 1963, que resultou no Projeto nº 3.771, de 1966, não chegou a ser aprovado. Neste, havia a divisão em dois códigos, um para o direito das coisas, outro para o direito das obrigações.

¹⁰⁸ “Outro eminente co-autor do Anteprojeto do Código de Obrigações Orozimbo Nonato, proclama a inconveniência de manter-se a Parte Geral do Código Civil” posição que justificara “principalmente por não se ligarem seus preceitos imediatamente aos institutos a que se referem.” NONATO, Orozimbo. *Direito: a revisão do Código Civil*, p. 38, apud ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

O anteprojeto não foi aprovado, o que, na questão da inclusão da parte geral do código distribuída dentre os títulos apresentados, certamente, traria uma repetição de disposições, medidas não aconselháveis no aspecto da clareza e da objetividade que merece um ordenamento codificado.

Em defesa da postura de centralização dos institutos, e não-separação, Clóvis do Couto e Silva acentua que, “agora, mais do que antigamente, impõe-se a existência de um Código Civil, como elemento indispensável à preservação da unidade ideal do próprio Direito Privado, exigência constante no desenvolvimento do nosso Direito, desde o período do descobrimento até os nossos dias.” De forma concludente, apontando como um acerto a manutenção do Código Civil Brasileiro unificado, sintetiza que “o Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contêm (cláusulas gerais), um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas.”¹⁰⁹

Destaca-se, pois, que vigem ainda no Brasil os mesmos títulos criados no Código de 1916 por Clóvis Bevilácqua, com o acréscimo do direito de empresa, tendo havido uma incorporação parcial às normas antes adstritas ao Código Comercial de 1850.

Além disso, por questão didática e, por que não, de lógica e coerência, reformulou o legislador atual, alterando a ordem dos institutos, que assim restou codificado: “Parte Geral – das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos; Parte Especial – do direito das obrigações, do direito de empresa; do direito das coisas, do direito de família e do direito das sucessões”.

Avançando no espaço territorial, além-fronteiras, é o próprio Teixeira de Freitas quem aponta os sistemas de codificação da França, da Áustria e do Chile, pelos quais podem-se notar os diferentes modos de divisão do Direito Civil no direito positivo de cada país. Transcreve-se:

- Código Civil Francês (promulgado em 1804): “o 1º Livro intitula-se – *das pessoas--*, e o 2º Livro — *dos bens e das diferentes modificações da propriedade-*. Se alguns vêem nisto um arremedo das Institutas, e fazem merecidas críticas em combinação com as matérias do 3º Livro, que se

¹⁰⁹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. por Vera Maria Jacob de Fradera. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31-32.

inscreve--dos diversos modos de adquirir a propriedade-; outros, menos razoáveis, defendem á todo o transe o Código de seu paiz, explicando a divisão por modo estudado, e proclamando sua excellencia.”

- Código da Áustria – procede na seguinte divisão: “no 1º Livro dos - *direitos reaes* -, e no 2º Livro dos - *direitos pessoaes* -.”;
- Código Civil Chileno - Possui um título preliminar, tal como o Código de Napoleão, que trata das leis, sua promulgação, os efeitos, a interpretação e a derrogação; seguido de 04 Livros. “O 1º trata das *pessoas*, o 2º dos *bens* e de seu dominio, posse, uso, e gozo; o 3º da *sucessão causa mortis* e da *doação inter vivos*; e o 4º das *obrigações*, e dos *contractos*.”;
- Código Civil Português – este, foi, elaborado por Visconde de Seabra, promulgado em 1.867, e estava arraigado nas Institutas de Gaio e de Justiniano.¹¹⁰

José Carlos Moreira Alves, ao descrever o sistema de divisão do Código Civil adotado no Código de Seabra¹¹¹, destaca que prevê quatro títulos, os quais são: a capacidade jurídica; a aquisição de direito, o direito de propriedade e a ofensa dos direitos e da sua reparação. Acentua o jurista que Cabral de Moncada¹¹² explica, que Seabra partiu da idéia de que a vida jurídica esteia-se na evolução dos interesses do titular do direito subjetivo, procedendo à divisão dos direitos civis, em Portugal: “duma fase de repouso (capacidade jurídica) a uma fase de atividade (aquisição de direito), desta de novo a uma outra fase de repouso (gozo e exercício de direitos), e desta, finalmente, a uma nova fase de atividade (defesa dos direitos)”.¹¹³

Acredita-se ter seguido uma ordem lógica o legislador pátrio mantendo o sistema de codificação, promovendo a alteração aqui elencada até porque seria um retrocesso pensar-se em descodificar o Direito Civil no estágio atual do direito positivo no Brasil. Contudo, não se pode deixar de registrar a gama de novos direitos que vêm sendo criados no Brasil, por leis especiais, descentralizando parte do sistema de direito privado do Código Civil,

¹¹⁰ “O 1º Livro trata dos direitos resultantes das relações das pessoas, abstração feita das cousas. O 3º Livro dos direitos provenientes das relações entre as pessoas, que tem por objecto as cousas no estado de movimento e circulação. O Livro intermediario diz respeito ás cousas no estado de repouso.” FREITAS, *Consolidação das leis civis*, op. cit., p.LIII-LIV.

¹¹¹ Este é o nome pelo qual é conhecido, mundialmente, o Código Civil Português de 1867.

¹¹² MONCADA, Cabral de. *Lições de direito civil: parte geral*, p. 121-122. Apud ALVES, *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 20.

¹¹³ ALVES, op. cit., p. 20.

formando microssistemas¹¹⁴.¹¹⁵ Porém, como uma grande parcela dessas normas foram incorporadas no Código Civil de 2002, entende-se que tais normas extravagantes não tiveram o condão de fragilizar a idéia de sistema do ordenamento como um todo, eis que o Código manteve-se como ponto central do Direito Civil.

Por sua vez, com argumentação sólida na posição que toma, Antonio Boggiano ressalta a importância da codificação como um sistema jurídico, a qual merece resguardar-se de eventuais casuísmos.

Veja-se as duas manifestações do autor nas transcrições que seguem:

Seria muito útil comparar-se a codificação com o casuismo jurídico. Este tem por objeto o transporte da solução de casos passados ou imaginados para a decisão de futuros casos concretos. Embora as soluções que se alcance vinculam o abstrato e o caso concreto, não é um conhecimento para decidir um fato real, sim para exercitar-se com as questões já resolvidas ou com caso irreal.¹¹⁶

E prossegue o jurista:

Não se trata de decidir, sim de fazer exercícios ou provas. É uma tarefa de escolha. É um conhecimento todavia teórico, insuficiente para garantir o acerto na decisão de um caso semelhante. Por isto a casuística tem o perigo de criar a ilusão de suprimir todo o risco quando tenha que decidir realmente. Ainda assim, o casuismo é um campo propício para relacionar os princípios e as normas na elaboração do direito.¹¹⁷

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), in *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 306, p. 77, abr-jun. 1989 Apud FACHIN, Luiz Edson. Coord. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 7 e 8.

¹¹⁵ Defendem a descentralização: Carmem Lucia Silveira Ramos, Gustavo Tepedino, Jussara Meirelles, dentre outros. FACHIN, op. cit. RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. p. 7, 8. MEIRELLES, Jussara. O ser e o Ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial, p. 109.

¹¹⁶ “Sería muy útil comparar la codificación con el casuismo jurídico. Este tiene por objeto el adiestramiento en la solución de casos pasados o imaginados para la decisión de futuros casos reales. Aunque las soluciones que se alcancen vinculan lo abstracto y lo concreto, no es un conocimiento para *decidir* un caso real, sino para ejercitarse con lo ya resuelto o lo irreal.” BOGGIANO, Antonio. *Por qué una teoría del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 61-62. (Tradução livre).

¹¹⁷ “No se trata de *decidir*, sino de hacer ejercicios o pruebas. Es una tarea de escuela. Es un conocimiento todavía teórico, insuficiente para garantizar el acierto en la decisión de un caso similar. Por esto la casuística tiene el peligro de crear la ilusión de suprimir todo riesgo cuando haya que decidir realmente. Aun así, el casuismo es un campo propicio para relacionar los principios y las normas en la elaboración del derecho (...).” BOGGIANO, Antonio. Op. cit., p. 61-62. (Tradução livre).

Torna-se oportuno mencionar a justificativa apresentada por Miguel Reale quanto às críticas havidas em face da nova codificação, haja vista a gama de matérias que tiveram tratamento reformulado, com casos até mesmo de mudanças drásticas de concepção, como é, dentre outros, a inserção do direito de empresa no Código Civil e da função social que se agregou à propriedade, situações antes não previstas em nível da codificação civil.

Transcreve-se:

(...) cabe-me dar testemunho de nosso comum esforço no sentido de preservar, o mais possível, a legislação vigente, verificando-se a inviabilidade desse propósito, não somente em razão do obsoletismo de muitas de suas disposições, mas também porque, em se tratando de um ordenamento sistemático, a mudança em uma parte logo repercute sobre outros pontos do projeto, não podendo deixar de prevalecer a sua elaboração *ex novo*.¹¹⁸

Merece destaque a postura do jurista, coordenador da Comissão Especial nomeada para a reelaboração do Código Civil, pois, se, à primeira vista, para alguns operadores do direito, o novo Código apenas veio consolidar o que a jurisprudência e as demais legislações especiais haviam transformado do Código anterior, não se vê com bons olhos a idéia de apenas alteração parcial do mesmo ante efetiva profundidade das mudanças. Tem-se, por exemplo, a adequação teórica à teoria da posse adotada tanto pelo legislador de 1916 – Clóvis Beviláqua -, quanto a adotada no Código atual, onde foram suprimidos todos os dispositivos que não se enquadravam na Teoria Objetiva de Ihering, equívocos antes notados.

Observa-se, contudo, que essa referência não está vinculada à justificativa que levou o jurista Ebert Vianna Chamoun, responsável pelo estudo e redação do direito das coisas no anteprojeto que desencadeou o Código Civil atual, haja vista que são raras as obras e os artigos publicados após a sua edição que tenham discutido, com a profundidade que merece, as concepções teóricas adotadas pelo jurista citado.

De tudo, não sendo o bastante, há o artigo 1.392 do Código Civil atual, cuja nova literalidade conduz à busca da respectiva *mens legis*, o que força o aprofundamento do estudo, partindo-se da identificação teórica da opção legislativa adotada no Brasil com respeito ao reconhecimento ou não da coexistência de direitos reais com direitos pessoais.

¹¹⁸ REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

2.2 Teorias diferenciadoras do Direito Civil

A abordagem da presente seção apresenta-se oportuna na expectativa de que, após o percurso dos pontos que efetivamente envolvem aspectos voltados à propriedade e à constituição do gravame do usufruto, que adiante se verá, poderá ser admitida uma eventual desconfiguração do usufruto impróprio como um direito real.

Nessa linha de raciocínio, a desconfiguração citada poderá redundar, conseqüentemente, na sua desclassificação sistêmica no próprio contexto do Código Civil, transferindo-se a um dos modos de aquisição da propriedade, mantendo-se como um direito real, continuando enquadrado no direito das coisas, porém tendo como titular o usufrutuário; ou então, se assim for permitido concluir-se, em face do estudo a desenvolver, passando a ser tratado como espécie de mútuo, figura jurídica notoriamente pertencente ao direito das obrigações, onde são estudados os direitos pessoais.

2.2.1 Teorias unitárias

Duas teorias são destacadas pelos operadores do direito, identificadas como “unitárias”, pelo fato de não admitirem a coexistência dos direitos reais com os direitos pessoais. Nestas fica evidenciado que, ou se admite a existência unicamente dos direitos pessoais no estudo do Direito Civil, ou se admite somente a existência dos direitos reais; uma é excludente da outra.

2.2.1.1 Teoria personalista

Na Teoria Personalista, dentre as unitárias, o caráter *intuitu personae* das relações jurídicas civis é evidente, pois afasta a legitimidade do homem na promoção de relações jurídicas vinculadas a objetos, que é a base do direito real, declarando a impossibilidade de configuração dos direitos reais de forma independente dos direitos pessoais. Aqui, a tese defendida firmava-se na aceção de que a toda a relação jurídica

sempre haverá o interesse e a participação de pessoas, única possibilidade de vínculo nas relações civis.

Aponta-se como defensores da Teoria Personalista: Windscheid, Planiol e Demogue.

A postura de Planiol está retratada nas seguintes locuções:

(...) os partidários dessa teoria concluem que o direito real resulta, tanto quanto o direito de crédito, de relações obrigatórias entre os homens, distinguindo-se apenas quanto ao número de sujeitos passivos e no tocante ao objeto da obrigação respectiva. Assim, nos direitos pessoais há uma relação entre o respectivo titular e uma ou mais pessoas determinadas, enquanto que nos direitos reais, há uma relação do titular para com os demais membros componentes da sociedade, vinculados pela obrigação passivamente universal. No tocante ao objeto, o direito real pressupõe uma relação com uma coisa determinada, enquanto que a coisa, objeto da prestação devida pelo sujeito passivo de um direito de crédito, pode ser apenas designada pela sua qualidade e natureza.¹¹⁹

Como traços característicos desta teoria, algumas já evidenciadas na menção feita a Planiol, cita-se:

- não pode haver relação jurídica, senão entre pessoas;
- a oponibilidade a terceiros não é peculiaridade só dos direitos reais, mas de todos os direitos absolutos;
- os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, como os direitos pessoais, pelo que a diferença está no sujeito passivo: no Direito Pessoal o sujeito passivo, que é o devedor, é pessoa certa e determinada; no Direito Real o sujeito passivo é universal, contra pessoas indeterminadas, desencadeando uma obrigação passiva universal,
- pessoais são todos os direitos; Direito Obrigacional é o centro de todo o Direito Civil.

Caso fosse acolhida a Teoria Personalista no sistema jurídico brasileiro, naturalmente, o Código Civil pátrio não mais possuiria o livro III, que trata do “direito das

¹¹⁹ SANTOS, J.M. Carvalho. *Código Civil brasileiro*. Interpretado: principalmente do ponto de vista prático: direito das coisas. 16. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 6.

coisas”, eis que todas as disposições que o compõem seriam absorvidas pelo livro I – “direito das obrigações”.

2.2.1.2 Teoria impersonalista

Por sua vez, em um foco totalmente contrário às argumentações defendidas pelos defensores da teoria supra-referida, Gaudemet defende que toda a obrigação tem um fundo patrimonial, um valor econômico.

Para Carvalho Santos, essa é a situação dos adeptos da Teoria Impersonalista:

Em ponto de vista diametralmente oposto, a teoria impersonalista defende a objetivação do conceito da obrigação. Enquanto na teoria personalista se sustenta ser o direito real uma obrigação possivelmente universal, nesta outra o direito pessoal não é mais um direito sobre a pessoa, mas unicamente sobre os bens. O direito pessoal distingue-se unicamente do direito real em que não fere uma coisa determinada, mas coletivamente um patrimônio inteiro. Em suma: de acordo com esta doutrina, quem deve é o patrimônio e nunca a pessoa; é o patrimônio que deve ao patrimônio, não passando devedor e credor de simples representantes jurídicos, de seus bens.¹²⁰

Essa visão patrimonialista do Direito Civil, assim retratada nas lições de Crvalhos Santos, apresenta as seguintes características diferenciadoras, as quais, nesta teoria, invocam a abrangência dos direitos pessoais pelos direitos reais:

- os direitos pessoais são absorvidos pelos direitos reais;
- é despersonalizada a obrigação, a patrimonializando;
- toda a obrigação, ao ter, necessariamente, um cunho econômico, independe da pessoa do devedor,
- objetivando a obrigação, transformam-na em um direito real sobre a prestação.

Em se tratando de teoria que também trata o Direito Civil sob o foco da unidade, reconhecendo somente a existência dos direitos reais, se aplicada no ordenamento jurídico pátrio, também transformaria a divisão do Código Civil brasileiro,

¹²⁰ SANTOS, *Código Civil brasileiro*. Interpretado, op. cit., p. 7.

porém desaparecendo a designação do livro I, como “direito das obrigações”, passando a figurar toda a previsão normativa que o contém como figuras jurídicas do “direito das coisas”.

2.2.2 Teoria dualista: clássica, tradicional ou realista

Atribui-se a De Page a construção de uma teoria que veio a permitir a coexistência de ambos os “direitos subjetivos”¹²¹ aqui tratados – os direitos pessoais e os direitos reais. E é por esta coexistência que foi atribuída a concepção dualista.

Contrariando as duas teorias unitárias antes referidas, a Teoria Clássica, também denominada Tradicional ou Realista, é a que não dispensa a sistematização ou codificação tanto dos direitos pessoais quanto dos direitos reais.

Assim é que se procede na divisão do Direito Civil de forma que sejam admitidos e tratados, em pontos específicos, o direito das coisas e o direito das obrigações. Esse reconhecimento e adoção num sistema legislativo, por lógico, prevê a concomitância dos dois pêndulos no cenário jurídico, a exemplo do legislador brasileiro. Aqui, o legislador, tanto na codificação de 1916 quanto no Código sucessor, estabeleceu as normas reguladoras das atividades civis da sociedade, sem o critério hierárquico das teorias unitárias, pois são estudadas em título próprio, cada qual regrando as suas relações sociais.

A Teoria Clássica reconhece ao direito real o poder imediato da pessoa sobre a coisa, que o exerce *erga omnes*, ao passo que o direito pessoal exige um sujeito passivo, retratado na figura do devedor da prestação. Essa concepção é seguida por Serpa Lopes, que explicita algumas das diferenças entre o direito pessoal e o direito real:

(...) O ponto de vista fundamental da teoria clássica resume-se em considerar objeto dos direitos patrimoniais ou as coisas do mundo exterior ou os atos do homem, em razão do que o poder de que dispõe se manifesta sob dois aspectos; ou permite ao homem usar e servir-se de um objeto parte integrante do mundo exterior ou lhe dá uma ação contra uma pessoa determinada para obrigá-la a cumprir uma prestação: dar, fazer ou não fazer qualquer coisa.¹²²

¹²¹ “(...) direito subjetivo é a faculdade concedida aos indivíduos, de agir de conformidade com a norma garantidora de seus fins e interesses, bem como de exigir de outrem aquilo que, por força da mesma norma, lhes for devido”. Diversos autores discutem da existência ou não dos direitos subjetivos; a maioria os reconhece; a negam Duguit e Kelsen. VANNI, *Filos. del Dir.* Apud RÁO, *O direito e a vida dos direitos*, op. cit., p. 191-192.

¹²² LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil – Obrigações em Geral*, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 18.

Na sequência, o autor, pontualmente, assim diferencia os direitos reais dos pessoais:

Partindo dessa concepção, a doutrina clássica distingue os direitos reais dos pessoais nos seguintes pontos: a) quanto aos seus elementos constitutivos; b) quanto às suas vantagens; c) quanto à sanção; d) em relação aos seus modos constitutivos, extintivos e suas vantagens; e) em relação à posse; f) transmissibilidade; g) caracteres gerais; h) do ponto de vista de sua função social.¹²³

No mesmo sentido, Caio Mário assim expõe, referindo-se a De Page:

Na verdade, defende De Page (*in loc. cit.*) a doutrina clássica, com a distinção acima resumida [SIC] (1): o direito real caracteriza-se pelo fato de exercer-se diretamente, isto é, mediante a utilização da coisa sem qualquer intermediário. [SIC] (2) Ao passo que no direito pessoal o sujeito ativo não pode ter a utilização da coisa sem a intermediação de um devedor, ou sujeito passivo determinado.¹²⁴

Já, voltando-se a Mazeud-Mazeud, Caio Mário comenta:

Os irmãos Mazeud explicam a teoria clássica, dizendo que o direito pessoal é exercido contra uma pessoa enquanto o direito real comporta um sujeito ativo (o titular do direito) e um objeto (a coisa sobre que versa o direito), criando um elemento ativo no patrimônio do titular.¹²⁵

Vê-se, então, que o sistema adotado no Brasil, que acolheu a Teoria Clássica, apresenta uma explícita distinção e efeitos diversos ao tratar dos direitos pessoais e dos direitos reais, estudo que se propôs em face da notória variação que poderá ter o usufruto, quando tratado como impróprio, se for desconfigurado como direito real.

¹²³ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil – Obrigações em Geral*, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 18.

¹²⁴ (1) Para a exata compreensão do texto, a expressão “acima” deve ser substituída por “assim”, eis que os critérios de distinção seguem tal expressão. (2) Para a adequação redacional, deve-se suprimir o ponto atribuído pelo autor, continuando a oração com letra minúscula, sob pena de figurar uma oração incompleta. DE PAGE. *Traité élémentaire*, v. I, n. 127. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - Posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. 18. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2003, p. 4.

¹²⁵ O autor reporta-se às idéias de MAZEAUD e MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. v. I, n s, 161 e 162 para explicar a teoria clássica. Apud PEREIRA, *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 4.

Realçadas as diferenças entre as principais teorias identificadoras da existência, da coexistência ou da não-admissibilidade dos direitos reais e, ou, dos direitos pessoais, para não incorrer em omissão, referencialmente, destacam-se algumas das outras teorias que também trataram da matéria, de forma diferente daquelas, quais sejam: a Teoria Negativista, que teve como defensores, Tohn e Schlossmann,¹²⁶ e a Teoria Institucional, defendida por Hauriou e Rigaud.

Ademais, é oportuno trazer à tona algumas referências teóricas relevantes, aplicadas aos direitos reais e aos direitos pessoais, que, habitualmente são notadas no vernáculo de alguns operadores do direito: para Josserandy, todos são direitos relativos; Windscheid e Planiol utilizam-se da expressão “direitos relativos” quando tratam dos direitos pessoais, ao passo que para os “direitos reais” entendem absolutos; Demogue, por sua vez, considera que há direitos fortes e direitos fracos, respectivamente referindo-se aos direitos reais e aos direitos pessoais.

Identificada a Teoria adotada no sistema jurídico brasileiro quanto ao reconhecimento da coexistência ou não dos direitos reais com os direitos pessoais, procede-se, na seção que segue, a um mapeamento de como foram distribuídas no contexto do Direito Civil as diversas normas que o compõem, tanto na esfera local – no Brasil – quanto em alguns países cuja consulta se permitiu aqui transpor.

2.3 Direito de propriedade - domínio

Na pretensão de abordar o assunto com a necessária especificidade, parte-se da identificação do direito de propriedade, instituto incluso no Direito das Coisas, título onde, atualmente, em diversas legislações codificadas, está inserida a regulamentação do usufruto impróprio – tema que será abordado oportunamente.

Em se tratando de matéria de cunho eminentemente patrimonial, não se vê como deixar de dar o enfoque necessário ao direito de propriedade, sem transpor a visão dos juristas de renome que, não remotamente, desvendaram o direito que reflete a satisfação das necessidades do homem no aspecto patrimonial.

¹²⁶ PEREIRA, op. cit., p. 2.

2.3.1 Conceito

O direito de propriedade, ante a complexidade dos direitos a ele inerente, já foi qualificado como o “direito real máximo”¹²⁷, o mais extenso imaginável, segundo Julius von Gierke¹²⁸, visto por Barassi como o “direito que atribui, nos limites da lei, a mais ampla senhoria sobre uma coisa”¹²⁹.

É cediço, na doutrina e na jurisprudência, que, reiteradamente, volta-se ao Direito Romano ao tratar do direito de propriedade, que há uma distinção técnica entre domínio e propriedade, embora os legisladores comumente utilizem quaisquer dessas expressões ao tratar do direito de propriedade.

Caio Mário, que atribui a controvérsia a “mera questão de terminologia”, relembra Martin Wolff, que afirmara que são restritas “as coisas corpóreas, sejam móveis, sejam imóveis,” a atribuição dada ao titular dos bens objeto de domínio, posição sustentada pelo disposto no BGB.¹³⁰

Confirma-se a assertiva ao transcrever a informação trazida por Câmara Leal, que, ao relembrar a posição romana, com a clareza que lhe é peculiar, evidenciou a distinção entre propriedade e domínio, sendo “(...) áquella uma accepção mais ampla para significar tudo quanto faz parte de nossa fortuna, tudo quanto lhe pertence, seja corporal ou incorporal; e dando a este uma accepção restricta para significar a propriedade de uma coisa corpórea.”¹³¹

¹²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil - reais*. 5. ed. rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 443.

¹²⁸ ASCENSÃO, op. cit., p. 447.

¹²⁹ ASCENSÃO, op. cit., p. 447.

¹³⁰ WOLFF, Martin, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. op. cit., p. 97.

¹³¹ CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. *Manual elementar de direito civil*. Direito das Coisas. Direito das Obrigações (Theoria Geral). São Paulo: Saraiva, 1930, p. 60.

Porém, com a devida *venia*, mesmo reconhecendo a profundidade dos argumentos de Câmara Leal, no capítulo onde tratou da posse dos direitos¹³², entende-se equivocada a sua posição de que o legislador brasileiro teria utilizado no artigo 485 do Código Civil de 1916 “expressões sinonimas”, quando tratou dos “poderes inerentes ao domínio ou propriedade”, pois vê-se claro que no referido artigo, houve a intenção de prever a admissão de posse tanto sobre bens corpóreos (na expressão domínio) quanto sobre bens incorpóreos (na expressão propriedade). Contrariamente, desnecessário seria a adoção das duas expressões no mesmo artigo.

Contudo, o tempo renova conceitos. Mormente, com a edição do Código Civil de 2.002, depara-se com uma nova redação ao tema, onde, no artigo 1196, o legislador excluiu a expressão “domínio”, quando identificou a figura do possuidor. Aqui, sim, acredita-se ter fundamento a posição que Câmara Leal explanou.

A princípio, tinha-se como provável que, mesmo com a nova redação, o legislador teria optado pela expressão “propriedade”, estendendo-a aos direitos pessoais, matéria que a doutrina e a jurisprudência se incumbiriam da interpretação. Porém, como um início para o estudo, ou como crítica ao assunto, transcreve-se parte do parecer final ao projeto de Código Civil (hoje, o próprio Código vigente), firmado pelo senador Josaphat Marinho (relator geral), quando da remessa ao Plenário do Senado Federal, em novembro de 1997:

No livro do Direito das Coisas estão reguladas as questões gerais relativas à posse e à propriedade, com seus consectários e as transformações configuradas no tempo. Nem tudo é inovação em face do Código vigente, porque há conceitos que não mudaram substancialmente. A propósito da posse e de críticas feitas ao texto no sentido de que teria tentado conciliar teorias, observou concisamente o professor Ebert Chamoun, redator do esboço:¹³³

¹³² “Uns entendem que o Código se referindo aos direitos inerentes à propriedade, tomou esta expressão em seu sentido lato, querendo abranger todos os direitos que fazem parte do patrimônio da pessoa, quer sejam reaes, quer sejam pessoais; e para elles, a posse pode recahir sobre os direitos de credito ou obrigaçoes, e sobre os direitos denominados de estado. Outros, porém, e ao nosso ver com melhores fundamentos, entendem que o Código empregando a expressão domínio ou propriedade, quis tomal-a em seu sentido restricto, e, assim a posse só é admissivel em relação aos direitos reaes. Essa é a nossa opinião e baseamol-a em dois fundamentos: o primeiro, é que a posse dos direitos reaes, a que antigamente se dava a denominação de *quase-posse*, representa uma tradição de nosso direito, sendo mister que o legislador se referisse expressamente á posse dos direitos pessoais, para que se pudesse admittil-a; e o segundo consiste na interpretação do art. 485 do Código Civil, que fala em – algum dos poderes *inerentes* ao domínio ou propriedade. Ora, o Código não se refere a direitos que fazem parte da propriedade ou patrimonio, mas a poderes inherentes ao domínio ou propriedade, isto é, aquelles poderes, cujo exercicio conjuncto constitue o exercicio do domínio, e que são, portanto, os vários poderes ou direitos elementares do domínio. Outra qualquer interpretação seria violentar o sentido logico da redação do texto legal.”. CÂMARA LEAL, op. cit., p. 32-33.

¹³³ Documento anexo. MARINHO, Josaphat, *Parecer final ao Projeto de Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 9.

Trata-se de uma definição conceptual, que pretende captar em sua inteireza, o fenómeno jurídico da posse, não de uma proposição que envolva um compromisso doutrinário (...)¹³⁴

A persistência venceu o tempo. Na busca de fontes doutrinárias que, efetivamente, tivessem abordado as mudanças estabelecidas no Código Civil atual, em especial que adviesse de juristas que tivessem participado da elaboração do projeto aprovado, logrou-se êxito junto ao Ministério da Justiça na localização da Exposição de Motivos do livro Direito das Coisas do anteprojeto de Código Civil, de autoria de Ebert Vianna Chamoun, no qual o jurista, explicitamente, deixou marcada *a mens legis* insculpida no tema. Transcreve-se:

Eliminamos qualquer referência à posse de direito por entender que a posse não pode Ter direitos por obvjeto. As razões que tornam inconcebível a posse de uma coisa incorpórea militam em desfavor da admissão de uma posse de direitos. Os efeitos da posse encontram-se vinculados essencialmente à existência de uma coisa, tais como o usucapião, o direito aos frutos e às benfeitorias.

Condenando a posse de direitos e restaurando destar a tradição romana, reconhecemos os resultados da pesquisa que, contemporaneamente, se fez em torno do conceito de posse. (...) Dentre as grandes codificações, apenas o Código Civil Português insiste na posse de direito. Na esteira do Código alemão e do suíço, o italiano (a posse é o poder sobre a coisa), (...) restringem a posse às coisas.¹³⁵

Uma vez vislumbrado o pensamento teórico-jurídico do elaborador da norma em questão, fica afastada a discussão sobre a possibilidade de posse sobre bens incorpóreos.

Porém, ao utilizar-se somente do termo “propriedade”, ao tratar das faculdades do possuidor no artigo 1.196 do Código Civil atual, força mencionar-se que o jurista afastou-se, também, do critério terminológico que até então se defendia, e que aqui já se expôs, de que o termo “propriedade” é uma expressão genérica e ampla que serve tanto para tratar de bens corpóreos quanto de bens incorpóreos, e que a expressão “domínio” é que seria a adequada para referir-se a bens corpóreos. Nessa diretriz, melhor seria ter suprimido a

¹³⁴ Documento anexo. CHAMOUN, Ebert Vianna. Exposição de motivos complementar, in Código Civil – anteprojetos. Apud MARINHO, op. cit., p. 9.

¹³⁵ CHAMOUN, Ebert Vianna. Com supl. de SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Exposição de Motivos do Livro correspondente ao Direito das Coisas no Anteprojeto de Código Civil. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro: [s.n.], abr./jun. 1975, p. 83-84.

expressão “propriedade” da redação do artigo que identificava a figura do possuidor no Código Civil de 1916, mantendo-se no artigo 1196 do Código Civil atual somente a expressão “domínio”.

Adiante, o jurista Câmara Leal acentua, no conceito de domínio ou propriedade, que este é “o direito real que vincula uma coisa corpórea à nossa personalidade (...)”.¹³⁶

Cita o mesmo autor, que Lacerda de Almeida, ao criticar as definições que reconhecem a propriedade como a submissão completa da coisa ao poder da vontade humana, assim afirmara: “(...) o domínio deve ser definido sob o aspecto da relação jurídica que estabelece, e não dos direitos que confere, porque estes não fixam nem lhe determinam o conceito, são antes corollarios dele; e o define: - o direito real que vincula á nossa personalidade uma coisa corpórea sob todas as suas relações”.¹³⁷

Sob outro enfoque, sem o compromisso do aprofundamento histórico completo, eis que o tema central de estudo não depende da discussão de todos os direitos do proprietário, entende-se salutar extrair as espécies de propriedade romana, na sua concepção originária, que, segundo Correia e Sciascia, assim eram conhecidas:

(I) *Dominio fora das ordens de Quirites*¹³⁸: é a propriedade reconhecida pelo *ius civile*, não limitada pela ordem jurídica propriamente dita... O domínio por direito dos Quirites só cabe a cidadãos romanos... É protegido pela *rei vindictio*.

(II) A propriedade provincial é o uso e o gozo, quase sem limitações, de terrenos pertencentes ao Estado romano, como ocupação de guerra. Diferencia-se do *dominium ex iure Quiritium* por importar o pagamento de um tributo anual ao Estado.¹³⁹

Em 292 d.C., o imperador Diocleciano afastou a diferenciação entre terrenos itálicos e provinciais, equiparando a propriedade dos *ager vectigales* em todos os efeitos da quiritária.

¹³⁶ CÂMARA LEAL, *Manual de direito civil*, op. cit., p. 61.

¹³⁷ ALMEIDA, Lacerda de. *Direito das Coisas* - § 8. Apud CÂMARA LEAL, op. cit., p. 59-60.

¹³⁸ “*Dominium ex iure Quiritium*”. (Tradução livre).

¹³⁹ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, p. 125.

(III) A propriedade pretoriana ou domínio bonitário (*que tem o bem no patrimônio*)¹⁴⁰ se desenvolveu pela jurisdição do pretor, que protegia o adquirente duma *res Mancipi* contra quem não a tinha transferido mediante o ato formal, hábil a operar a transferência reconhecida pelo *ius civile* (peregrino), mas só por direito pretoriano. A possível *reivindicatio* do *dominus ex iure Quiritium* era repelida pela *exceção da coisa vendida e entregue*.¹⁴¹

Mais tarde, “o *in bonis habere* foi qualificado por Justiniano como *dominium*”, abolindo a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, fazendo desaparecer as formas de aquisição do *ius civile* - a *mancipatio* e a *in iure cessio* -, quando declarou que todos os habitantes de seu império passavam a ser cidadãos romanos. Essa conceituação nem sempre foi admitida com pacificidade na doutrina, todavia tem-se por certo que é o direito real, por excelência, do qual se originam todos os demais.

De Bartolo advém a definição de *dominium*, no sentido estrito, como “é justo, pela disposição realizada sobre a coisa corporal, exceto o que a lei proíbe”, ensinamento trazido por Mario Rotondi¹⁴², ao destacar que é direito porque não se pode confundir com a própria coisa, que é fato; envolve coisa corporal, visando à distinção de coisas incorpóreas, em que, em tese, não caberia domínio próprio; com disponibilidade perfeita distinguindo-a dos direitos de posse e ainda, ressaltando os limites impostos pela lei.

Ao mesmo tempo, o autor supra-referido atribui maior ênfase à conceituação no sentido amplo, ressaltando o direito do titular do domínio de gozar e dispor de uma ou mais utilidades que se possam extrair da coisa, tornando-se domínio e direito real uma coisa só, pelo que assim Bartolo afirma: “(...) o domínio do poder recebido diante do domínio pleno, diante da propriedade nua: igualmente diante do usufruto geral: que tem alguma ordem no poder sobre a coisa, diretamente falando, eu tenho o domínio segundo esta ordem”.¹⁴³

José de Oliveira Ascensão traz a seguinte definição: “A propriedade é o direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir.”¹⁴⁴

¹⁴⁰ “in bonis habere”. GAIO. *Institutas*, 1, 54; 2, 40; 2, 88; 3, 166. Apud CORREIA, A.; SCIASCIA, G. *Manual de direito romano*, op. cit., p. 125. (Tradução livre).

¹⁴¹ “exceptio rei venditae et traditae”. CORREIA, A.; SCIASCIA, G. op. cit., p. 125. (Tradução livre).

¹⁴² “est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat.” ROTONDI, Mario. *Studi di diritto privato*. La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune: Diritti Reali e Diritti di Obbligazione, Padova: Casa Editrice Dott, 1937, p. 18. (Tradução livre).

¹⁴³ “... dominium potest accipi pro quodam enere pro domínio pleno; item pro proprietate nuda: item pro usufructu generali: qui habet aliquid ius in re potest recte dicere ego habeo dominium illius iuris ut l.1.D.7,6 et l.12, § 1, D. 41, 2”. BARTOLO, ad l.58, D., 41, 1. Apud ROTONDI, op. cit., p. 19. (Tradução livre).

¹⁴⁴ ASCENSÃO, *Direito Civil*, op. cit., p. 448.

Ainda, doutrinariamente, Eduardo Monreal cita Planiol e Ripert, que definem a propriedade como “a faculdade de dispor da coisa, pelos seu consumo, pela sua destruição material ou pela transformação de sua substância.”¹⁴⁵

Contudo, no momento atual, a propriedade ultrapassa a mera disposição tradicional do poder amplo sobre os bens, historicamente configurado no *plena in re potestas* do Direito Romano Clássico, eis que, no domínio das idéias filosóficas e político-sociais, surge um norte onde estão acentuados, cada vez mais, a função social e os interesses do bem comum.

Mesmo assim, não se pode deixar de registrar que, na era de Justiniano, já havia restrições à propriedade em face do interesse coletivo. Segundo apontam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, “por influência dos princípios cristãos o dono pode exercer seu direito enquanto não lesar o direito alheio e dentro dos limites em que descubra qualquer utilidade própria.”¹⁴⁶

Nos países de sistema socialista é que melhor se verifica essa incidência, visto que, do produto social uma parte é destinada a substituir os meios e o desenvolvimento da produção, até mesmo com a criação de um fundo de reserva. Viram, em seus estudos, Moreira e Fraga, a linha do produto total do trabalho num regime socialista como um produto social que possui uma extensão variável, conforme o país que o adota. Enfim, os autores, contrariamente à posição de existir um conceito único como previsto no Código Civil Português, apontam a linha humanista e filosófica do Código de Seabra. Eis as transcrições legais comparativas:

- Código de Seabra: “artº. 2167º “... a faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente”.
- Código Civil Português: “art. 1305º ‘o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas’.”¹⁴⁷

¹⁴⁵ “la facultad de disponer de la cosa, por su consumo, por su destrucción material o por la transformación de su sustancia”. PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés* : Los bienes, p. 203. Apud MONREAL, Eduardo Novoa. *El Derecho de Propiedad Privada*. p. 37, p. 203.

¹⁴⁶ CORREIA; SCIASCIA, *Manual de direito romano*, op. cit., p. 166.

¹⁴⁷ MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos reais: segundo as preleções do Prof. Foutor C.A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 233-234.

Ocupando papel importante no estudo do Direito Civil contemporâneo, urge mencionar as lições de Malaurie e Aynès, que, voltando-se a Duguit, acentuam que ainda em 1804 a propriedade já perdera o seu caráter sagrado.¹⁴⁸

O Código Civil Francês, que serviu de linha mestra ao Código Português, por sua vez, assim também definiu a propriedade, em seu artigo 544¹⁴⁹, prevendo o direito de usar e de dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que não se faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos.

É, assim, o destaque dos autores Malaurie e Aynès, voltando-se à idéia de uma propriedade comunitária.

Na busca do maior número de informações possíveis e necessárias, sob o contexto da importância que as legislações estrangeiras tiveram para a codificação do direito civil, transcreve-se também o dispositivo do Código Civil Italiano, com os destaques dados pelo autor em seus comentários, quando define o direito de propriedade:

832. Conteúdo do direito. - O proprietário tem direito de gozar e dispor da coisa de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites e com observância das obrigações estabelecidas no ordenamento jurídico.¹⁵⁰

Seguindo a linha adotada no Direito Lusitano, o Código Civil Brasileiro vigente, contrariamente ao revogado, pelo que passou por recente fase de transformação ante as mudanças adotadas pela lei nº 10.406/2002, em especial destacando-se o parágrafo primeiro do artigo 1228, assim refere: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...)”. Assevera, pois, que se deverão preservar, segundo às normas vigentes, a flora e outros bens da natureza.

Contudo, torna-se necessário adentrar no conteúdo da propriedade a fim de que sejam identificados os elementos inerentes ao instituto, o que permitirá uma melhor

¹⁴⁸ MALAURIE, P.; AYNÈS, L. *Cour de Droit Civil – Les biens la publicité foncière*. 2. ed. Paris: Éditions Cujas, 1992, p. 101.

¹⁴⁹ FRANÇA. Code Civil. Art. 544. “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”

¹⁵⁰ “832. *Contenuto del diritto*. - Il proprietario ha diritto di godere [959] e disporre [1060] delle cose in modo pieno ed esclusivo [692, 833, 838], entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico. (1) (2). (1) Per la legge applicabile, art. 51, Diritto internazionale privato. (2) In tema di diritto reale ovvero di altro diritto avente ad oggetto il godimento su uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell’anno non inferiore ad una settimana, artt. 1 ss., Multiproprietà. O art. 959 refere-se ao instituto do enfiteuse.” ITÁLIA. FINOCCHIARO, Giuseppe (Org). *Codice Civile e leggi complementari*, Milano, II Sole 24 Ore Spa, 2002, p. 215. (Tradução livre).

compreensão dos direitos que são resguardados ao seu titular, e quais, em face dos *jus in re aliena*, são transferidos aos titulares desses direitos, em legítima limitação ao direito daquele, estudo que auxiliará no entendimento da extensão dos efeitos do usufruto impróprio.

2.3.2 Elementos constitutivos

Dentre os elementos constitutivos da propriedade, depara-se com os que o próprio artigo 524 do Código Civil de 1916 trazia como forma de sua constituição – o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi* ou *jus disponendi*.

Por sua vez, o artigo 1.228 do Código Civil vigente, no *caput*, ao referir-se aos três elementos constitutivos supramencionados, igualmente tratou da questão, apenas alterando expressões como “direito” por “faculdade”; “bens” por “coisa”; estendeu também o direito de reaver o bem de quem quer que injustamente o detenha, além da previsão do Código anterior, que só mencionava de quem injustamente o possuía.

No *jus utendi*, é garantida a simples utilização dos bens pelo titular da propriedade, sem a extração ou produção de frutos. Já, no *jus fruendi*, depara-se com o gozo sobre os bens, ou seja, a percepção dos frutos em favor do proprietário. E, por último, o *jus abutendi* (na concepção romana¹⁵¹) ou *disponendi*, que é o direito exclusivo do proprietário em dispor dos seus bens da forma que lhe aprouver, transferindo-o ou gravando-o a qualquer título.

Não obstante os elementos constitutivos retrocitados, a pesquisa oportunizou a identificação de um novo elemento constitutivo, embora referido por poucos doutrinadores, que é o direito à nua propriedade, ponto que merecerá a sua consideração quando se tratar do instituto do usufruto em confronto com o usufruto impróprio e à própria propriedade.

É assim que Câmara Leal, ao descrever os direitos “elementares ou inerentes” ao domínio ou propriedade, como prefere mencionar, incluiu, separadamente do *jus abutendi*, a *nuda proprietas*, explicando-a como “nua propriedade, ou o direito

¹⁵¹ O verbo *abutere* empregado no Direito Romano não correspondia ao abuso extremo da coisa, sim permitia o uso do domínio em “termos compatíveis com a convivência social”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 95.

á substância da coisa, despida de todos os demais direitos elementares que são atribuídos a outrem.”.¹⁵²

Malaurie e Aynés, quanto às prerrogativas do proprietário, antes de comentarem o direito de *l'usus e de l'fructus*, alinhavam, no direito de *l'abusus*, que este tem o direito de alienar a coisa, de destruí-la, de definir seu modo de exploração, assim como “poder sobre a substância da coisa”¹⁵³. Do que afirmam que, afora o direito de propriedade, “os demais direitos reais devem, ao contrário, também conservar a substância das coisas”.¹⁵⁴

Extraí-se que tanto na posição de Câmara Leal quanto na dos autores franceses supracitados, denota-se a relevância dada ao atributo que é objeto deste estudo – a conservação ou a destruição da substância dos bens, razão pela qual entendeu imperiosa a menção, se entendido como um dos elementos constitutivos do direito de propriedade.

A tudo, alinhava-se o direito do proprietário de reaver o bem do poder de quem quer que injustamente o detenha, aonde surge a figura da Ação Reivindicatória e de Imissão na Posse – ações legitimadas apenas a quem é proprietário.

2.3.3 Objeto

Tradicionalmente, são objeto da propriedade os bens corpóreos, e essa foi a posição pacífica na doutrina. Porém, ressalvado o entendimento de Câmara Leal, aqui já referido, hoje se admite a propriedade literária, artística e científica, que, indiscutivelmente, envolvem bens incorpóreos, matéria regulamentada no Direito brasileiro, mormente pela lei nº 6.910, de 19 de fevereiro de 1998.¹⁵⁵

Sempre houve, contudo, doutrinadores que admitiram, e ainda admitem, os direitos como objeto de propriedade. Atualmente, novos valores vêm tendo conotação proprietária,

¹⁵² CÂMARA LEAL, *Manual elementar de direito civil*, op. cit., p. 61.

¹⁵³ “pouvoir sur la substance de la chose” MALAURIE; AYNÉS, *Cour de droit civil*, op. cit., p. 108. (Tradução livre).

¹⁵⁴ “les autres droits réels doivent, au contraire, toujours conserver la substance de la chose”, MALAURIE; AYNÉS, op. cit., p. 108.

¹⁵⁵ Anteriormente os direitos autorais eram tratados nos artigos 649 à 673 do Código Civil de 1916, os quais foram revogados pela lei nº 5988, de 14 de dezembro de 1973, que, por sua vez, sofreu revogação pela atual lei nº 9610.

como é o caso do fundo de comércio, da clientela, do nome comercial, das patentes de invenção (propriedade industrial – Lei nº 9.279 de 14/05/1996), que permitem uma ampliação dos bens passíveis de propriedade.

Quanto à propriedade de direitos, esta também é bastante discutida, Orlando Gomes refere que há os que admitem, como Gierke, que é contestado por Wolf, sob o argumento de ser impossível aplicar-se o regime jurídico da propriedade corpórea.¹⁵⁶

Ainda, a doutrina mantém-se afirmativa somente à propriedade de bens corpóreos, com raras posições contrárias.

Em posição firme, Teixeira de Freitas foi um dos poucos doutrinadores que admitiu a propriedade sobre bens incorpóreos, tais as razões que ora se apresenta:

A idéa geral da *propriedade* é ampla: ella comprehende a universalidade dos objectos exteriôres, corporeos e incorporeos, que constituem a fortuna ou patrimonio de cada um (72)¹⁵⁷. Tanto fazem parte da nossa propriedade as *cousas materiaes*, que nos pertencem de um modo mais ou menos completo, como os factos ou prestações, que se nos devem, e que, á semelhança das *cousas materiaes*, tem um valôr apreciavel, promiscuamente representado pela moeda.¹⁵⁸

Lança-se, também, o pensamento de Orlando Gomes, que, ao se referir à propriedade de bens incorpóreos, definiu-a como uma quase-propriedade, situando-a em categoria à parte, não devendo ser confundida com o direito de propriedade. Veja-se:

O objeto do direito de propriedade não é definido em termos incontrovertidos. Tradicionalmente, afirma-se que hão de ser os *bens corpóreos*, mas contra essa doutrina, que foi pacífica, levantou-se corrente doutrinária que o estende aos *bens incorpóreos*. Seus partidários admitem a existência de *propriedade literária, artística e científica*, que, recaindo nas produções do espírito humano, teria como objeto *bens imateriais*.¹⁵⁹

¹⁵⁶ GOMES, *Direitos reais*, op. cit., p. 112.

¹⁵⁷ “Applica a expressão – propriedade--, como synonyma do direito real, aos objectos materiaes sómente, o que está nos habitos da linguagem; e, para enunciar a idéa mais extensa, serve-se do termo---l’avoir---. Tanto importa, que se mude expressão para designar as duas idéas, como encuncia-las pelo mesmo vocabulo, comtanto que bem se-percebão as accepções diversas. Isto acontece com a maior parte dos termos juridicos.” AHRENS. *Cours de Droit Nat.* P. 2. L. 1. Cap. 1., 4ª Ed. Apud FREITAS, *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. LXIX.

¹⁵⁸ FREITAS, *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. LXIX.

¹⁵⁹ GOMES, *Direitos reais*, op. cit., p. 112.

E explica o jurista como ocorre essa variação de objetos:

O fenômeno da *propriedade incorpórea* explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, mas embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam enquadrar-se, contudo, numa à parte, que, alhures, denominamos *quase-propriedade*.¹⁶⁰

Por sua vez, o Direito Civil positivado no Brasil admitiu a propriedade literária, supra-referida, porém é alvo de muitas críticas.

Não obstante, destaca Orlando Gomes, voltando-se à materialização, à especificação e à individualização da coisa objeto de propriedade:

O objeto do direito de propriedade há de ser coisa *especificadamente determinada*. (...) O direito de propriedade, apesar do princípio de *individualização do objeto*, compreende as coisas que lhe são aderentes ou vinculadas. Prevalece o princípio da *acessoriedade*, pelo qual se presume que pertencem ao proprietário da coisa principal as partes integrantes, frutos e benfeitorias.¹⁶¹

A disciplina legal do *objeto* do direito de propriedade subordina-se a três princípios: o da materialização ou corporiedade, o da individualização e o da acessoriedade. Assim, vê-se que o objeto da propriedade é especificamente determinado. Não há propriedade sobre um patrimônio considerado em sua unidade. Por outro lado, prevalecem os princípios da acessoriedade e da materialização ou corporiedade, sendo este com divergências doutrinárias.

Traçadas as regras identificadoras do perfil da propriedade, busca-se uma certa completude, para não deixar de mencionar os pontos que, direta ou indiretamente, vêm em auxílio ao estudo do tema ora proposto.

De outro prisma, convém pontuar-se alguns conceitos, necessários à exata compreensão do estudo, em se tratando de instituto cuja peculiaridade reconhecida pela doutrina é a incidência sobre bens fungíveis e consumíveis.

¹⁶⁰ GOMES, Direitos reais, op. cit., p. 112.

¹⁶¹ GOMES, op. cit., p. 112-113.

Como não se poderia deixar de abordar, considerando os elementos essenciais para a configuração do direito real de usufruto, na seção seguinte é oportuno delimitar os pontos cruciais que representam, a bem da verdade, os direitos que o nu-proprietário cederá ao usufrutuário.

2.4 Normas gerais - conceitos

2.4.1 Bem fungível

O Código Civil recentemente revogado, no artigo 50, identificava os bens fungíveis e os bens infungíveis, respectivamente, como “os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.”

Num primeiro momento, acreditava-se não ter havido nenhuma alteração pela Lei nº 10.406/2002, pois o legislador, em seu artigo 85, repetiu os termos do Código revogado, tão-somente extraindo do artigo a referência aos bens infungíveis, que constava anteriormente.

Ao contrário, José Carlos Moreira Alves, que também fez parte do grupo de juristas que elaboraram o Projeto de Código Civil, porém como relator do Livro da Parte Geral do Projeto, explica o método adotado pela Comissão Especial que participou, juntamente a Ebert Vianna Chamoun e outros:

O Projeto segue o critério de só conceituar o indispensável. Assim, conceitua bem móvel e bem imóvel, porque este não pode ser definido com a negativa da afirmação que traduz a idéia encerrada naquele. Quando isso não sucede, e portanto o segundo conceito seria a forma simplesmente negativa do primeiro, o Projeto só define este.¹⁶²

E é com esta diretriz que o jurista destaca ter, a Comissão Especial referida, optado pela economia de textos, sempre que não afetasse o sentido dos dispositivos. Nessa linha de pensamento, assim justifica por que deixou de conceituar os bens

¹⁶² ALVES, *A parte geral do Projeto de Código civil brasileiro*, op. cit., p. 142.

infungíveis, no Projeto, fato comprovado com a conceituação, somente dos bens fungíveis, no artigo 85 do Código Civil atual:

Economia de textos, sem qualquer desvantagem para o sentido. Nem se pretende que, por só haver definido bem fungível, com isso deixam de existir, para o Projeto, os bens infungíveis. O deixar de dar uma definição desnecessária – Código não é livro de doutrina – não implica ter abolido o conceito contrário ao definido. Até porque só se define o bem fungível para distingui-lo do infungível, que é o qualificativo único que se relaciona com aquele, sob o mesmo critério de classificação.¹⁶³

Observa-se, desde já, que o método de economicidade adotado pela Comissão referida, aplicado na conceituação dos bens infungíveis, por si só, não serve como justificativa para uma interpretação extensiva, que permita a conclusão de que o legislador, quando tratou do usufruto impróprio, tendo suprimido a previsão antes contida no artigo 726 do Código Civil revogado, tão-somente teria optado por não conceituar o instituto, como o fez com o usufruto ao suprimir o texto constante do artigo 713 do mesmo regramento jurídico citado.

A noção de bens fungíveis mantida pelo legislador brasileiro, tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil atual, não é a mesma adotada no Direito Romano, o que se extrai da referência dada por Mário Curtis Giordani:

Inst.3.14.2:

O comodatário difere muito do mutuário, pois ao receber a coisa, não se torna proprietário e deve restituir a mesma coisa.

Nos três primeiros textos supracitados está bem clara a caracterização de coisas fungíveis: coisas que se consideram pelo peso, pelo número ou pela medida (*coisa que está quantificada, medida, coerentemente pesada*)¹⁶⁴; estas coisas (como, por exemplo, o vinho o azeito, o trigo, o dinheiro), uma vez dadas a título de empréstimo, serão restituídas no mesmo gênero e qualidade (*generis et qualitis*). O gênero não perece: *genus non perit*.¹⁶⁵

Da obra que abrange o estudo do Direito Romano, é imperiosa a transcrição do pensamento de José Carlos Moreira Alves ao esclarecer que a designação “coisa fungível é moderna”¹⁶⁶, atribuída por Ulrico Zásio, jurisconsulto do século XVI. Cita que os

¹⁶³ ALVES, *A parte geral do Projeto de Código civil brasileiro*, op. cit., p. 142.

¹⁶⁴ “*res quae pondere, numero, mensurave Constant*”. (Tradução livre).

¹⁶⁵ GIORDANI, Mário Curtis. *O Código Civil à luz do direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 80.

¹⁶⁶ ALVES, *Direito Romano*, op. cit., p. 141.

romanos designavam as coisas fungíveis com as expressões “gênero, quantidade, coisa que está quantificada, pesada, fixada”¹⁶⁷. O autor, ao considerar que as coisas fungíveis são as que se pesam, se medem ou se contam, afirma envolver coisas que “podem ser, em regra, substituídas por outras da mesma espécie, quantidade e qualidade. São coisas, portanto, que se consideram pelo seu gênero¹⁶⁸ (daí os romanos dizerem *genera*), e não pela sua individualidade.”

Resplandece a lição de Clóvis Beviláqua: “Seguindo a doutrina mais auctorizada, considero a fungibilidade propria dos moveis, porque sómente nelles póde ser bem apreciada a equivalencia dos substitutos, sómente elles são as *coisas cuja função consiste em serem determinadas pelo seu gênero para solução*”¹⁶⁹. Esta foi a doutrina seguida pelo *Projecto* do código civil brasileiro¹⁷⁰ e por varios códigos civis modernos¹⁷¹.¹⁷²

Para Vicente Ráo, “a fungibilidade, segundo o sentir generalizado dos autores, não resulta, exclusivamente, da natureza das coisas, pois o uso, ou a vontade das partes, pode estendê-la às coisas intrinsecamente fungíveis.”¹⁷³

Também tratou da classificação dos bens, Silvio Rodrigues, que assim acentua:

As coisas fungíveis são encaradas através de seu gênero e especificadas por meio da quantidade e qualidade. Como são homogêneas e equivalentes, a substituição de umas por outras é irrelevante. Assim, por exemplo, o dinheiro. Ao credor é indiferente receber o pagamento em uma ou em outra espécie de moeda, pois elas se equivalem.¹⁷⁴

Em linhas gerais, abstrai-se, desde já, que, quando se trata de bens fungíveis, considerando-se que o gênero não desaparece, a obrigação de entregar, de regra, incidirá sobre outro bem, que não o recebido no início da relação jurídica. Aqui se enquadra, em

¹⁶⁷ “genera, quantitates ou res quae pondere numero mensura consistunt.” (Tradução livre).

¹⁶⁸ “Gênero é o conjunto de notas constitutivas, comuns a várias espécies. Espécies é o conjunto de notas que constituem uma essência, ou substância. Indivíduo é o ser (em sentido amplo, a indicar tudo o que existe) completo em si.”

¹⁶⁹ “res quae in gênero suo functionem recipiunt per solutionem” (Tradução livre).

¹⁷⁰ “Projecto primitivo, art. 67; actual, art. 53” BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*, p. 238.

¹⁷¹ “Argentino, art. 2.324; hespanhol, 337, apesar de confundir consumiveis e fungiveis; chileno, 575; allemão, 91; e uruguayano, 423, que incorre na censura feita ao hespanhol” BEVILÁQUA, *Theoria geral do direito civil*, op. cit., p. 238.

¹⁷² BEVILÁQUA, op. cit., p. 238.

¹⁷³ RÁO, *O direito e a vida dos direitos*, op. cit., p. 821.

¹⁷⁴ RODRIGUES, Silvio, *Direito civil*. Direito das coisas. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 128.

todos os seus termos, o contrato de mútuo regularmente tipificado no Código Civil brasileiro.

Contudo, não se vê suficiente, para o estudo que se propõe, somente a percepção do que retrata um bem fungível, tornando-se ainda necessária a compreensão do que seja bem consumível, que também envolve o usufruto impróprio.

2.4.2 Bem consumível

O legislador civil brasileiro, no artigo 51, assim mantido no atual texto da Lei nº 10.406 – atual Código Civil Brasileiro, no artigo 86, traz a definição de bem consumível como aquele “cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.”

José Carlos Moreira Alves, na linha do direito positivo pátrio, esclarece que como coisas consumíveis são compreendidas aquelas “que se consomem imediatamente com o seu uso normal (por exemplo: um alimento).” Assevera ainda o autor que essa é a linha dos juristas clássicos, pois o mesmo não aconteceu no direito pós-clássico, em especial no justinianeu, “quando se considerou a roupa consumível pelo fato de estragar em, relativamente, pouco tempo.”¹⁷⁵ Esse fato deu margem a longas décadas de discussão entre os operadores do direito, desde a era de Justiniano, tendo-se como referencial que as vestes, na época, tratadas como espécie de usufruto impróprio, seriam bens deterioráveis pelo uso, razão pela qual, não se consumindo pelo primeiro uso, deveriam ser consideradas como objeto de contratos de usufruto comum.

Por outro lado, de forma mais precisa, do direito italiano extrai-se das lições de Giovanni Pugliese que consumíveis “são as coisas que se podem utilizar, segundo a sua destinação econômica, destruindo-as pelo uso, as transformando ou passando para outro patrimônio, e que, no término da relação não mais estarão à disposição para serem utilizadas.”¹⁷⁶ O autor assimila a questão afastando-se da natureza dos bens, asseverando a importância do costume social e da identificação da destinação econômica subjetiva,

¹⁷⁵ ALVES, *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 141.

¹⁷⁶ “Sono le cose che possono essere utilizzate, secondo la loro destinazione economica, solo con atti che le distruggono, le trasformano o le fanno passare nell'altrui patrimonio, cose dunque che sono suscettibili di una sola utilizzazione, poichè al termine di essa non sono più, come teli, a disposizione di chi li ha utilizzate.”. PUGLIESE, Giovanni. *Usufruto - Uso e Abitazione*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1956, p. 580. (Tradução livre).

traçando a existência de uma consumação material e uma consumação jurídica, sendo esta originada daquela.

Desde já urge destacar o comentário do autor italiano quanto à constituição do usufruto exclusivamente sobre um bem consumível, contrariamente à posição majoritária dentre juristas de renome, de que o *senatus consulto*, na fase republicana do Império Romano, teria incluído como previsão jurisdicional a sua admissão somente quando envolvendo um patrimônio ou um complexo de coisas. A par disso, arremata sua posição relembrando que o legislador italiano, no artigo 995 do Código Civil da Itália¹⁷⁷, previu a hipótese.

Da doutrina francesa, voltando-se a Malaurie e Aynès, advém a distinção entre coisas consumíveis e não consumíveis, desenvolvendo o seguinte dualismo:

as conseqüências psíquicas resultantes da utilização das coisas: na *destruição* dos bens pelo proprietário, que sendo psíquica advém da destruição do bem com o primeiro uso, reconhecendo porém, a existência da destruição jurídica, não necessariamente na forma psíquica, mas cujo uso em determinado tempo também destrói a coisa. Por outro lado, citam a necessidade da *restituição*, que apenas tem um interesse prático. “Nesta concepção, asseveram o interesse maior que está na forma de restituição, que no caso, em se tratando de bens consumíveis, esta se dará em valor ou em coisas equivalentes, onde reportam-se ao “quase-usufrui”.”¹⁷⁸

Os juristas franceses asseveram a existência de uma categoria intermediária, onde se depara com os bens de consumação. Aqui estão envolvidos os bens de consumo, como é o caso do automóvel, que, na restituição, gera grandes dificuldades de solução, eis que são bens depreciables com o uso, mas tal fato não caracteriza, por si só, a sua destruição.

Das lições de Fernando J. López de Zavalía extraem-se ensinamentos quanto ao consumo dos bens, técnica e conceitualmente considerados, conforme sua destinação econômica, onde inicia com a consumibilidade material dos bens “cuja existência termina com o primeiro uso (...)”¹⁷⁹.

O estudo se enriquece, quando o autor faz distinção entre *usus* e *abusus*. Aqui, admite que há coisas suscetíveis de uso normal repetido, como cita uma mesa, como

¹⁷⁷ O teor do artigo 995 do Código Civil Italiano consta no subitem 3.3.2.3 “Direito estrangeiro” do item 3.3.2 “O Instituto no direito positivo”, p. 140-141.

¹⁷⁸ MALAURIE; AYNÈS, *Cour de Droit Civil*, op. cit., p. 47-48.

¹⁷⁹ “cuya existencia termina com el primer uso...” LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. *Derechos Reales*, Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1989, p. 227-235. (Tradução livre).

exemplo, e outras que se extinguem no primeiro uso, onde se enquadram os comestíveis e combustíveis. Nas primeiras, admite a coexistência do direito de uso e de abuso; nas segundas, o uso e o abuso se superpõem, pois com o uso ocorre o abuso material. Ao apontar o direito de *abusus*, evidencia que, assim agindo, tem o domínio “porque el *abusus* es facultad de propietario.”

Então, encaminha o raciocínio para a consumibilidade, considerando que os bens consumíveis se consomem com o primeiro uso. Em suma, arrremata que as coisas deterioráveis não se enquadram dentre os bens consumíveis, mas entre os não consumíveis, tal como aqui já houve referência quando apreciado o exemplo clássico romano das vestes.

O estudo avança com a distinção que o autor traz entre consumibilidade civil e consumibilidade derivada. Àquela prevê o *abusus* civil, onde, v.g., o dinheiro, segundo as concepções socioeconômicas, desaparece do patrimônio de quem o usa. Já a consumibilidade derivada advém de poder-se distinguir o bem de sua individualidade, razão por que as coisas fungíveis são tidas como consumíveis.

Não obstante, para um entendimento mais aprofundado da matéria, extrai-se do autor argentino que ainda se torna necessária a divisão das coisas em certas e incertas, as quais tanto podem ser consumíveis quanto inconsumíveis, tal como fungíveis ou não. Assim, afirma que coisas fungíveis se individualizam “contando, pesando, medindo”, e as coisas infungíveis, por eleição. Adentra, assim, na questão do uso normal dos bens, concluindo que os consumíveis têm por uso normal, o *abusus*; sendo que os inconsumíveis não têm sua utilização como implicação direta do *abusus*.

Vê-se claro que as distinções presentes voltam-se para o momento da restituição, razão por que se adentrou na divisão das coisas em certas e incertas. E aqui comporta a abstração do pensamento do jurista latino-americano, que entende que, se os bens consumíveis envolvem o *abusus*, surge como lógica que a restituição se dará por substituição, como coisa incerta, porque é impossível admitir-se uma restituição por devolução ante o *abusus*. O contrário disso é que, em se tratando de coisa certa, não há que se falar em direito de *abusus*, haja vista a previsão da restituição por devolução. Por tais razões é entendido que os bens fungíveis comportam restituição por substituição.

Não obstante, transcrevem-se as lições de Carlos Motes, jurista espanhol, a respeito:

coisa consumível, é aquela que não se pode obter outro benefício além de consumi-la. Daí, que se entende que se tem direito a “servir-se das mesmas” mesmo que resulte na sua própria destruição. A criação de uma relação jurídica desta natureza tem dito que o tema da restituição ao proprietário não existe, independente do uso apropriado ou não que o usufrutuário realize. Não existe dever de restituição.¹⁸⁰

Bevilacqua ressurge para apresentar como entende a configuração das coisas consumíveis: “Entre os bens que *usu consumuntur*, uns consomem-se de facto, *naturalmente*, como os alimentos, outros apenas *juridicamente*, como as mercadorias de um armazem, que se destinam á alienação.”¹⁸¹

Ademais, uma vez compreendidos os bens considerados consumíveis, adentra-se no estudo da substância dos bens, para uma completa percepção dos direitos do usufrutuário em face do direito de propriedade e dos efeitos advindos do *jus in re aliena* em questão.

2.4.3 A substância da coisa

Embora a legislação não trate especificamente a matéria, tratando-se de um estudo em que se busca a exata interpretação das normas, vê-se necessário identificar o que a doutrina entende como “substância das coisas”, o que permitirá uma melhor compreensão no estudo que se propõe.

Como ponto inicial à abordagem do ponto em tela, busca-se identificação deste frente ao texto codificado.

O Código Civil brasileiro recentemente revogado, por opção sistemática, deixou de fazer menção ao tema, tanto ao tratar dos bens - artigos 47 à 49 -, quanto ao conceituar o usufruto em seu artigo 713. É o atual Código Civil pátrio que, na definição de bens móveis, lançou a expressão “sem alteração da substância”, razão pela qual ora se faz menção. Veja-se:

¹⁸⁰ “Cosa consumibles, e aquélla de la que no puede obtenerse otro beneficio más que consumiéndola. De ahí que se exponga en él que tiene derecho a”servirse de las mismas” aunque esto produzca su propia destrucción. La creación de una relación jurídica de esta naturaleza ha no plantea el tema de la restitución al propietario ni, por consiguiente, el uso apropiado o no que realice el usufructuario. No existe deber de restitución.”. MOTES BERNET, Carlos J. Maluquer. *Los conceptos de “substancia”, “forma” y “destino” de las cosas en el Código Civil*. Madrid: Civitas, 1992, p. 168. (Tradução livre).

¹⁸¹ BEVILÀQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*, op. cit., p. 239.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Contudo, como já se destacou, é dentro do capítulo da propriedade que surge a questão da substância, inserida, naturalmente, no direito de disponibilidade do proprietário de um bem, difundidamente como direito de abuso sobre o mesmo. Do Direito Romano advém a expressão *jus abutendi*. Direito este que permite alterar a substância do bem, que, salvo raras exceções, somente comporta ao titular de coisa própria – ao proprietário.

Assim, volta-se à doutrina, lançando o pensamento de Tupinambá do Nascimento:

(...) Em linhas gerais, se diz que a substância da coisa, cuja titularidade sempre permanece com o proprietário, corresponde à identidade física, à configuração estética e à escolha da destinação econômica da coisa. Só o proprietário pode transformar um livro em papel rasgado ou mudar sua capa de brochura em encadernado. Identicamente, é direito do proprietário o mudar a destinação de sua casa, de residencial em comercial. E esta substancialmente nunca se transfere do titular da propriedade para outrem, porque é a essência do próprio domínio que, se transferida, opera a substituição de seu titular.¹⁸²

Orlando Gomes, afirma: “Sendo o usufruto um direito temporário, tanto que se extinga, volta o bem à posse plena do proprietário, devendo ser devolvido pelo usufrutuário no mesmo estado em que o recebeu”. Na mesma obra, assim arremata “(...) a propriedade permanece somente com o proprietário; o usufrutuário tem direito real sobre coisa que não é dele.”¹⁸³

Carvalho de Mendonça afronta o questionamento do significado da expressão “salva a substância da coisa”¹⁸⁴, que, em face da profundidade, transcreve-se quase que integralmente:

Pensam alguns romanistas que há nessa locução uma allusão ás obrigações que tocam ao usufructuario de usar de seu direito como bom pai de família, e então o vocábulo *substancia* significa a duração de tal obrigação, medida pela duração da cousa.

Tal explicação nem uma procedência tem, porque o direito do usufructuario é um direito real, que não implica obrigação alguma.

¹⁸² NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usufruto – Doutrina, Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria Editora Porto Alegre, 1981, p.13.

¹⁸³ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, p. 307. Apud NASCIMENTO, *Usufruto*, op. cit., p.14.

¹⁸⁴ “*salva rerum substantia*”. (Tradução livre).

No direito romano as obrigações do usufrutuário formavam um acto separado, um pacto, que o proprietário exigia do usufrutuário, por intervenção do Pretor, mas que não era implícito no instituto do usufructo.

Pensam outros que a locução significa “emquanto durar a substancia da coisa”.

Parece ter sido este realmente o pensamento de JUSTINIANO na *instituta pr. de usufructu.*”¹⁸⁵

Carvalho de Mendonça afirma que esse texto teve dois momentos. Primeiro, com Paulo (30. L.1, D. de usuf.) e com Celsius (31. L2, D de usuf.), diferenças essas que levaram Justiniano a referir que, quando se utilizou da expressão *salva rerum substantia*, entendia estar limitando o tempo de duração do instituto, não a natureza da coisa, que é a sua própria essência. Contudo, Paulo não se referia à duração, como destacou Ulpiano (32. Regul. Singul. XXIV, § 26), extraíndo do texto de Paulo que é “o usufruto legado do poder, com razão civil, pela qual salva a substância da coisa, ainda que tenha o poder de usar e gozar como faculdade.”¹⁸⁶ ¹⁸⁷

Da mesma obra citada, o autor ressalta que Ulpiano notara uma predominância na idéia de Paulo, de que o usufruto consistia no direito de usar e de gozar, apenas, do bem gravado, pelo que não entendia concebível que recaísse em coisas que, com o uso ou o gozo, viessem a ser consumidas e, por consequência, não fosse salva a sua substância.¹⁸⁸

Posição contrária teve Justiniano, atribuindo outra significação ao pensamento de Paulo, que afirmara que este teria definido o usufruto como o “direito de gozar sem consumir,” o que Carvalho de Mendonça retratou ser uma generalização em excesso e assim argumentou:

Modernamente entendem os juristas que, quando se falla em substancia da coisa, no caso do usufructo, não se tem em vista o conceito vago e ontologico da metaphysica, em que a coisa é considerada em si, pura e simples, sem consideração de seus attributos.¹⁸⁹

¹⁸⁵ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 31.

¹⁸⁶ “usufructus legari potest, jure civili, earum rerum quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas.” (Tradução livre).

¹⁸⁷ MENDONÇA, op. cit., p. 31.

¹⁸⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 31.

¹⁸⁹ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 31.

Busca-se na doutrina, pelas citações de Mendonça, também a postura tomada por Bartolo, que defendia o conceito jurídico filosófico desta aproximação, visto que a “forma substancial para onde se quiser a coisa é inviável segundo os filósofos; diante de nós, está a forma substancial das coisas, por que a mesma consiste, para e onde a denominação do nome chama.”¹⁹⁰

E assim reporta-se a Carvalho de Mendonça, porém abstraindo a argumentação de Mayns, de Ortolan e de Vinnius: “a interpretação dada pelos juristas á expressão duvidosa é que ella significa o que é principal, o que constitue o caracter essencial no modo de ser de uma cousa¹⁹¹, da qual deva se servir o usufructuario, mas de forma que ella se conserve e fique sempre salva ao proprietario, findo o usufructo.”¹⁹²

Verifica-se, portanto, que Carvalho de Mendonça refere-se às coisas em seu conjunto, com todas as suas qualidades, pela forma e pela sua destinação. E assim o jurista avança, transcrevendo o pensamento de Demolombe:

substancia da cousa é o conjunto das qualidades que são elementos essenciaes de um certo corpo e que lhe dão uma forma e um nome, uma espécie de personalidade pertencente a um genero determinado, como uma casa, um cavallo, um relógio; que, segundo taes caracteristicos, pode prestar certos serviços.

É por isso que um jardim não poderá ser pelo usufructuario transformado em uma horta; um terreno lavradio em pastagens; um parque em culturas, pois que taes transformações positivamente destruiriam a *individualidade* das cousas, que é o que os Codigos, como o direito romano, chamam sua *substancia*.¹⁹³

Carvalho de Mendonça ainda destaca que somente em casos excepcionais se admitiria a disposição, pelo usufrutuário, na utilização dos bens, com as restrições cabíveis. Porém, sem deixar claro seu posicionamento, de forma a encerrar a discussão, assevera o autor:

¹⁹⁰ “Forma substancialis in quolibet re invisibilis est secundum philosophos; se apud nos rei substancialis forma est id, per quod ipsa consistit, et unde de nominatione nominis appellativi.”. “(33. BARTOLO – De álveo direlicto, cit. por LOMONACO – Nozioni di diritto civile italiano, n. 60).” Apud MENDONÇA, op. cit., p. 32. (Tradução livre).

¹⁹¹ MAYNS – Cours de droit romain, § 212 nota 1; ORTOLAN – Institutes, n. 478. Apud MENDONÇA, op. cit., p. 32.

¹⁹² “usufruto assim, deve usar ainda, as coisas salvas para servir ao domínio (VINNIUS. *Inst. Imp. Ommment.*, liv. 2, tit. 4, pr. Nº 6.), mas antes inútil também a de ser o domínio do proprietário, se porventura, no usufruto da coisa, o mesmo poder consumi-la – (HEINECIUS. *Recitationis in jure civile*, § 416).” Apud MENDONÇA, op. cit., p. 32.

¹⁹³ DEMOLOMBE. *Droit Civil XX*, 224. Apud MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 32.

Dessas intermináveis discussões, provocadas por uma locução equivocada, resulta que bem andou o nosso Código Civil, na definição do usufruto, não fazendo nem uma referência à *substantia da coisa*, como fazem os outros, pois que o vocabulário moderno, não traduzindo idéias diferentes das que encerra o texto latino, tende a manter a discussão em torno da sua significação real.¹⁹⁴

Assim firmou-se a jurisprudência: “O usufrutuário pode usar da coisa livremente, em relação à posse, uso, administração e percepção de frutos, desde que, porém, no estado em que a recebeu, isto é, sem lhe alterar substancialmente o destino e a forma.”¹⁹⁵.

No presente capítulo, propositalmente, selecionou-se os conceitos jurídicos necessários para auxiliar no entendimento e na busca de uma solução ao questionamento posto. A opção metodológica adotada adveio da necessidade de, antes de pesquisar e estudar o usufruto impróprio, ter-se o domínio da definição doutrinária e jurisprudencial, esta, quando possível, aos bens fungíveis e consumíveis e à substância das coisas, elementos característicos do usufruto impróprio.

E, uma vez delineados os direitos que, de regra, envolvem uma relação jurídica de cunho usufrutuário, adentra-se no capítulo seguinte no estudo do Direito das Coisas, o que certamente, auxiliará na busca da exata dimensão do questionamento, ou, se assim não for possível, pelo menos, permitirá que a investigação alcance um resultado satisfatório.

¹⁹⁴ AUBRY ET RAU – Cours droit civil français d’après la methode de Zachariae, § 226, nota 3; DEMOLOMBE, ob. cit. X, 226; LAURENT – Principes de droit civil, VI, 328. Apud MENDONÇA, op. cit., p. 33.

¹⁹⁵ *Revista dos Tribunais*. V. 378, p. 322 – Ap. Cível 70.564, 3ª C.Civil, T.A.S.P., Rel. Yong da Costa Manso, em Agosto/1964. Apud NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usufruto*, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria Editora Porto Alegre, 1982, p. 61.

CAPÍTULO III - DIREITO DAS COISAS

Segundo Orlando Gomes, o “*Direito das Coisas* regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica.”¹⁹⁶

Sob outro comando, na visão de Clóvis Bevilácqua: “É o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas susceptíveis de apropriação pelo homem.”¹⁹⁷

Como já se assinalou quando do estudo do objeto da propriedade, o direito das coisas já compreendeu somente bens corpóreos, desenvolvendo-se na propriedade e nos seus desmembramentos, o que hoje é compartilhado com o reconhecimento da existência dos direitos autorais, espécie de propriedade incidente sobre bens incorpóreos.

Em suma, sob ambos os focos, ao envolver o instituto da propriedade, o direito das coisas trata da utilização ou apropriação pela sociedade dos meios de suprir as suas necessidades econômicas, onde se estudam os direitos reais em espécie.

3.1 Direito real

3.1.1 Conceito

¹⁹⁶ GOMES, *Direitos reais*, op. cit., p. 7.

¹⁹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Prefácio de Francisco César Asfor Rocha. Brasília: Senado Federal, conselho Editoria, I, 2003. (Coleção História do Direito Brasileiro). p. 10.

Embora as legislações variem no tempo e no espaço, conforme circunstâncias locais de cada país, onde, de regra, há divergências em quais os institutos que são enquadrados na classe dos direitos reais, em matéria conceitual, comporta o acolhimento das argumentações dos juristas clássicos e modernos, de variados horizontes.

A importância da matéria advém, principalmente, do caráter da segurança jurídica que os Estados, pelas respectivas legislações, dão às relações jurídicas de seu povo. Assim, buscam-se fontes na doutrina nacional e internacional a fim de que se tenha a noção exata do direito real, com todas as suas nuances.

Do direito alemão, von Tuhr, dando destaque a características específicas dos direitos reais, como a corporiedade, a plenitude e o sistema *numerus clausus*¹⁹⁸, acrescenta:

o aspecto interior, é dizer, a relação do sujeito com a coisa: o proprietário pode obrar sobre a coisa a seu gosto; os demais titulares dos direitos reais, no limite do seu direito;

O aspecto exterior, é dizer, a relação do sujeito do direito frente a outras pessoas: o proprietário pode excluir dos demais, qualquer ação sobre a coisa, os outros titulares de direitos reais podem exigir que não sejam molestados no exercício de seu direito por nada, inclusive o proprietário.¹⁹⁹

Clóvis Beviláqua esteia-se nos conceitos clássicos de Heinecio, de Dernburg e de Endeman para destacar nos direitos reais a vinculação do homem com os bens sujeitos ao seu poder de disposição:

Muitas definições apresentam os autores, que, salvo, uma, ou outra exceção, traduzem o mesmo pensamento. A de HEINECIO, que, por muito tempo foi seguida em nossas escolas de direito, é a seguinte: *o direito dos homens compete sobre as coisas, sem respeito a certas pessoas*²⁰⁰.

¹⁹⁸ TUHR, A. von. *Derecho Civil - Teoría general del derecho civil alemán - Los derechos subjetivos y el patrimonio*, trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1998, p. 137-141.

¹⁹⁹ “el aspecto interior, es decir, la relación del sujeto con la cosa: el propietario puede obrar sobre la cosa a su antojo; los demás titulares de derechos reales, en el límite de su derecho”. (Tradução livre).
el aspecto exterior, es decir, la relación del sujeto del derecho frente a otras personas: el propietario puede excluir a los demás de cualquier acción sobre la cosa, los otros titulares de derechos reales pueden exigir no ser molestados en el ejercicio de su señorío por nadie, incluso el propietario.” E, ainda cita “En casos excepcionales puede faltar el aspecto interno; así p. ej., en la *servitus altius non tollendi* (servidão de não edificar mais alto), que no permite al titular ningún acto sobre la cosa; su derecho consiste únicamente en prohibir determinados usos de la cosa”. TUHR, op. cit., p. 137-138. (Tradução livre).

²⁰⁰ “*jus homini in rem competens, sine respectu ad certam personam*.” “HEINECIUS, Elem. Jur. Civ., § 284; DERNBURG, Pand., § 22; ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, § 3, n. 3 in fine. Vejam-se mais as definições de MAYNS, Droit romain, I, §3; BONFANTI, Diritto romano, § 76;

DERNBURG define: “direitos reaes são os que submettem a nós, imediatamente, uma coisa corpórea. ENDEMANN diz que o direito real consiste no poder, reconhecido pela ordem jurídica, recaindo, imediatamente, sobre coisas corpóreas.”²⁰¹

Pela importância que Teixeira de Freitas deu ao estudo do direito, em imensurável contribuição científica ao povo brasileiro, urge fixar também, o pensamento doutrinário defendido pelo jurista, explicitamente exposto na Consolidação das Leis Civis, quando assim menciona: “A noção dos *direitos reaes* não é tão larga : está para a idéa geral da *propriedade*, como a parte está para o todo. A propriedade abrange os *direitos reaes*, e também a maior parte dos *direitos pessoaes*; e não haveria *diferença entre estes direitos, se o direito absoluto da propriedade fôsse o mesmo direito real.*”²⁰²

Sem compromisso com equívocos do pensamento advindo de posturas tomadas pelos juristas que se dedicaram ao campo cível, Teixeira de Freitas, que mergulhou profundamente no grande emaranhado de normas que vigiam no Brasil e em Portugal, por ocasião da consolidação que organizou, demonstrou as incoerências doutrinárias surgidas, destacando a postura de alguns “Escriptôres allemães(150)”²⁰³. Fez crítica à postura de Ortolan ao transcrever o pensamento equivocado do mesmo²⁰⁴, sob a explicação de que tais direitos “não dependem da obrigação ou intervenção de sujeito individualmente passivo”: “São direitos reaes (palavras textuaes) a qualidade de pai, de filho, de homem livre, liberto, patrono, cidadão; e bem assim a liberdade, a segurança individual de nossa pessoa physica, a honra, a reputação, e todo o complexo das faculdades intellectuaes da nossa pessoa moral.”²⁰⁵

Justificando que a tese defendida por Ortolan é equivocada, pois confunde os direitos reais com os direitos absolutos, Teixeira de Freitas afirma que “certamente o

LAFAYETTE, Direito das coisas, I, § 1; AFFONSO FRAGA, Direitos reaes de garantia, § 3; SANCHEZ ROMAN, Derecho civil, III, n. 3; KOHLER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, Zweiter Teil, §§ 2 e 3” BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, op. cit., p. 302. (Tradução livre).

²⁰¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, op. cit., p. 302.

²⁰² FREITAS, Augusto Texeira de. *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. LXX.

²⁰³ “(150) Thibaut, autôr justamente celebre, esforçou-se em provar, que a liberdade, o patrio poder, e outros direitos da personalidade, são igualmente *jura in re*; e que por consequencia o *jus in re* não é sempre direito sobre uma cousa.”. FREITAS, op. cit., p. XCIV.

²⁰⁴ “Vinnio, Du Caurroy, Ortolan, Commentario ás Institutas. § 81 p. 90-91”. FREITAS, op. cit., p. XCV.

²⁰⁵ FREITAS, op. cit., p. XCV.

caracter *commum* dos direitos reaes, e dos direitos absolutos, é sua existencia independente de qualquer vínculo pessoal; porém, se os direitos reaes neste aspecto, são absolutos (152), não se segue que os direitos absolutos sejam os reais (153).”²⁰⁶

No aspecto, afastando-se das incongruências tomadas por Ortolan, que efetiva e equivocadamente equipara os direitos reais aos direitos absolutos, e vice-versa, tem-se como hialino a segurança jurídica incrustada nos direitos reais, razão por que os legisladores impõem regras, as mais variadas, tanto na admissão de novos direitos dessa natureza quanto no reconhecimento dos seus efeitos.

Para uma melhor compreensão dessas peculiaridades, elencam-se as principais características dos direitos reais.

3.1.2 Características

O usufruto, como se verá, é um dos direitos reais tipificados no sistema legislativo, igualmente reconhecido na doutrina e na jurisprudência, motivo que conduz à particularização das principais características destes direitos, o que abrirá um campo maior de atuação quando se tornar oportuno, neste estudo, entender da conotação de direito real, ou não, do usufruto impróprio.

São características dos direitos reais:

- **TIPICIDADE**

Eis a característica fundamental dos direitos reais, sendo que, em face da segurança jurídica dada pelo Estado, somente são admitidas como direitos reais as relações jurídicas cuja natureza contratual ou obrigacional esteja regularmente inclusa no ordenamento jurídico pátrio – as tipificando.

Lafayette, afirma que o aspecto, igualmente preponderante, na caracterização dos direitos reais, é a sua limitação legal.²⁰⁷

²⁰⁶ “(152) Os direitos reaes imitam os absolutos, porque para nós não ha direito dessa especie sem acção *in rem*, que é contra qualquer possuidôr. Não ha termo, que signifique esses podêres, que podemos têr sobre as cousas de outros, mas sem acção real. (153) Dos chamados direitos absolutos só o de propriedade entra na legislação civil. A noção dos direitos reaes não é tão larga: está para a idéa de propriedade, como a cópia para seu modelo.” FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. XCVI.

²⁰⁷ LAFAYETTE, *Direito das Coisas*: Prefácio, n. 4. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 6.

Também Caio Mário da Silva Pereira, enfocando os direitos reais, da a sua contribuição:

Somente o legislador (no Código ou em lei extravagante) pode criá-los (*numerus clausus*). A convenção ou a vontade dos interessados não tem este poder. São os direitos revestidos da prerrogativa de restringir o uso dos bens a certos sujeitos, e é conveniente que os não possa criar senão o legislador, pelas implicações sociais conseqüentes. Na sua enumeração lavra certa diversidade legislativa como doutrinária. Enquanto alguns direitos reais são mencionados ou enumerados em caráter constante, outros são aos revés omitidos em um ou outro sistema jurídico.²⁰⁸

Mesmo sem a pretensão de abordar o assunto, neste tópico, em face do critério metodológico deste estudo, ante o comentário supra-referido, é salutar destacar que o usufruto impróprio, como ocorreu na codificação civil pátria, é um exemplo de que os direitos reais são admitidos nos ordenamentos jurídicos de acordo com o momento histórico-cultural por que passa cada nação, e sob a influência da posição teórica das pessoas e das instituições responsáveis pelas mudanças legislativas.

Pelos estudos que aprofundara, Pontes de Miranda procedeu a duas observações históricas e conclusivas. Primeiramente:

Os direitos reais são em número limitado, fechado (*numerus clausus*). No encontro entre o direito romano e o germânico, enriqueceu-se o direito moderno de direitos reais, mas, em vez de admitir a possibilidade de se dar eficácia real a qualquer vínculo (mediante a *Gewere*), manteve o sistema do *numerus clausus*.²⁰⁹

No primeiro ponto retro, o jurista não esgotou o tema da tipicidade sem antes citar ter havido uma tentativa de conciliação no direito territorial da Prússia, estendendo o registro aos negócios jurídicos de cunho obrigacional, quando assim se posicionou:

(...) isso rasparia, por bem dizer, a dicotomia dos direitos pessoais e reais, ao mesmo tempo que transplantaria para o só plano da eficácia o critério distintivo. As dificuldades, que surgiriam, seriam enormes, e algumas inafastáveis. Devemos, por isso mesmo, ter todo o cuidado na leitura de livros franceses em que o princípio do *numerus clausus* não é absoluto.²¹⁰

²⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 6.

²⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: Parte Especial: Direito das Coisas: Propriedade – Aquisição da propriedade imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, Campinas: Bookseller, 2002, p. 90.

²¹⁰ MIRANDA, op. cit., p. 90.

Na obra *Comentários ao Novo Código Civil*, Marco Aurélio S. Viana, reprisando a posição aqui citada de outros autores, vinculando os tipos de direitos reais à previsão legal, de modo que cabe à lei limitá-los, fixar-lhes o conteúdo e dar-lhes uma denominação, assim acrescenta:

A lei, em verdade, cria o *conceito* de cada direito real (ou seja, os distintos *tipos* possíveis de direitos reais), e como é sabido, todo o conceito implica uma abstração. Nesse sentido, como assevera Gatti, *sistema de numerus clausus, sistema de criação legal dos direitos reais e tipicidade dos direitos reais*, são expressões equivalentes (...). Temos uma tipologia taxativa de direitos reais, em que cada direito real é tipificado, segundo sua utilidade para o titular, mediante a determinação qualitativa e quantitativa dessa utilidade. Lembramos que todo direito implica em um benefício, uma utilidade para aquele que o exerce.²¹¹

Embora haja manifestações doutrinárias distinguindo a tipicidade da taxatividade, em face da vinculação direta que existe entre ambas as acepções, agrega-se aqui o estudo desta. Pela tipicidade, doutrinariamente, já se fixou a questão – está diretamente ligada à idéia de normatividade, caso não previsto em lei, é inadmissível ser um direito real. Já, a taxatividade está no fato de que os direitos reais são taxativos, não podem ser criados outros, afora os que estão tipificados na legislação. A questão voltada a não-taxatividade, pelo Código Civil, só tem fundamento, tomando-se por premissa que, além dos direitos reais previstos no mesmo, outros são reconhecidos, porém em leis especiais. A exemplo disso, cita-se a alienação fiduciária sobre bens imóveis, criada pela lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

A tipicidade, por sua vez, merecerá uma abordagem, quando enfocado o usufruto impróprio, em especial, pela opção do legislador do Código Civil de 2.002, que não reproduziu esta figura jurídica, expressamente, no texto atual, tal como constava no Código Civil anterior.

• ELASTICIDADE

A seqüela está diretamente vinculada à elasticidade, característica que permite ao titular do direito real buscar o bem onde quer que se encontre, em face da aderência que representa a sua ligação jurídica diretamente à coisa. Nessa linha, extrai-se dos ensinamentos de Orlando Gomes: “As características dos direitos reais são a *seqüela* e a

²¹¹ VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao novo código civil – Dos Direitos Reais*. Art. 1225 a 1510. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

preferência. Já se disse, com razão, que constituem as suas superioridades sobre os de direitos de crédito.”²¹²

Ainda pelo mesmo autor: “O direito de seqüela é o que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor. Para significá-lo, em toda a sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam usurpações; acompanhará sempre a coisa.”²¹³

Eis uma das características que, se transportada para o usufruto impróprio, restará inócua, em face das peculiaridades do instituto, como adiante se verá.

- ESPECIALIDADE

Em face do sistema registral brasileiro, e para fins de uma completa identificação dos bens objeto de direito real, é exigida, na constituição deste direito, a completa especificação dos bens, individualizando-os no mundo jurídico.

Justifica-se a exigência no sentido de que não há como defender os interesses dos titulares dos direitos reais contra terceiros, senão tendo-se uma exata dimensão de qual bem está gravado com o ônus real.

A justificativa para essa exigência aqui já foi salientada – a segurança jurídica retratada pelo sistema registral e pelos efeitos que os direitos reais geram perante a sociedade, somente pode ser concretizada particularizando-se o bem juridicamente protegido.

A especificação do bem dado em usufruto, igualmente sofrerá conseqüências, se houver a contratação do direito na forma imprópria. Melhor se apreciará o ponto, após o estudo do usufruto impróprio.

- PREFERÊNCIA

O direito de preferência é característica também identificada com a segurança jurídica, cujo controle está a cargo do Registro Imobiliário, no Brasil, para os bens imóveis, havendo atuação registral também sobre alguns bens móveis, dependendo da natureza contratual, como é o caso de créditos concedidos para o fomento da agricultura, do comércio e da indústria, respectivamente, normatizados pelo Decreto-Lei nº 167, de 14

²¹² GOMES, Orlando. *Direitos reais*, op. cit., p. 19.

²¹³ GOMES, op. cit., p. 19.

de fevereiro de 1967, pela Lei nº 6840, de 03 de novembro de 1980 e pelo Decreto-Lei nº 413, de 09 de janeiro de 1969. Registre-se, por oportuno, que, afora os casos específicos, o registro dos demais atos vinculando bens móveis opera-se, de regra, no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

A preferência dá-se pela ordem de apresentação no órgão registral, justificando-se o critério em face da existência de controles próprios dos atos e documentos sujeitos a registro, distribuídos em livros de protocolo e de registro, onde o registrador, a fim de cumprir com o seu ofício, é obrigado a cumprir o princípio da continuidade, praticando os atos registrais conforme a ordem de recebimento.

Essas medidas, dentre outras específicas a cada caso, traçadas pela Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973, dão sustentação ao sistema adotado no Brasil, onde a propriedade é adquirida pelo modo e pela tradição (título e registro), sendo este último exigido somente para bens imóveis (contra terceiros, na ordem de registro e no concurso de credores), pelo que, uma vez respeitado o procedimento e a ordem referida, resguardam os credores com garantias reais e os titulares do domínio, estendendo-lhes o direito de preferência, característica essencial dos direitos reais.

Orlando Gomes, após referir que o “*O direito de preferência é restrito aos direitos reais de garantia*” e elencar que está previsto no artigo 1.419 da Lei nº 10406/02, com redação mantida a partir do artigo 755 do CC de 1916, assim o define: “Consiste no privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Constituído o direito real de garantia, a responsabilidade da obrigação se concentra sobre determinado bem do patrimônio do devedor.”²¹⁴

Contudo, acolhe-se com reservas a menção de Orlando Gomes, atribuindo esta característica somente aos direitos reais de garantia.

Assim se pontua posto que, tomando-se o usufruto como exemplo, que não é um direito real de garantia, mas poderá sofrer influência em face de credores do nu-proprietário, fato que, certamente, merecerá a apuração da efetividade do registro do gravame, eis que, pela precedência do registro, o credor não poderá interferir no direito do usufrutuário enquanto existir o direito real de usufruto, efeito da preferência estabelecida pela ordem de apresentação ao órgão registral.

²¹⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, op. cit., p. 20.

- DIREITO ABSOLUTO

É indiscutível a fragilização do direito de propriedade em face da visão culturalista e socializante que hoje impera sobre o Código Civil brasileiro. Não se limitando ao Código como referencial, tem-se a norma constitucional como o ápice da socialização, da justiça social, da necessidade de busca a uma adequada distribuição de riquezas, dos fins públicos que justificam a desapropriação em geral, inclusive para fins de reforma agrária. Tudo é reflexo no secular absolutismo que imperou sobre o direito de propriedade, direito real atualmente relativizado diante a avalanche de direitos subjetivos que a sociedade brasileira vem conquistando.

Mesmo assim, embora fragilizada a relação patrimonial do proprietário como detentor de uma riqueza, tem-se por certo que o absolutismo advindo do direito do proprietário contra qualquer injusto detentor é e merece ser mantido sob a proteção estatal. A menção de qualquer injusto detentor é comumente representada pela garantia dos direitos do proprietário contra um sujeito passivo universal – *erga omnes*.

Da experiência vivida no Direito Português, o jurista José de Oliveira Ascensão assim comenta: “À configuração do direito absoluto como oponível *erga omnes* pode se dirigir uma objecção decisiva”.²¹⁵

Pelo foco dado pelo autor ao direito absoluto, abstrai-se o aspecto da relativização advinda das limitações ao direito de propriedade, posto que há direitos, como o da usucapião, o de desapropriação e das inúmeras limitações advindas da esfera administrativa, inclusive no aspecto do cumprimento da função social, que geram a possibilidade de objecção acima referida, cujos efeitos, de forma cristalina, afastam o caráter do absolutismo secularmente incrustado sobre os direitos reais.

Outrossim, mesmo que fragilizada a posição de poder absoluto sobre os bens, não se pode deixar de registrar que, não estando presente nenhuma das limitações de ordem legal, o caráter absoluto do direito real se mantém, gerando o efeito da exclusividade do seu exercício frente aos demais membros da sociedade e do próprio Estado.

²¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, op. cit., p.38-39.

• CORPORIEDADE E INCORPORIEDADE

Com a divisão dos bens pela sua natureza corpórea ou incorpórea, embora pudesse ser parte de um título próprio, como “objeto” do direito real, optou-se por desenvolver o tema, neste momento, por mero critério de simplificação, que possibilita a fácil assimilação do assunto, dentre as demais características dos direitos reais.

De José de Oliveira Ascensão, sob foco o Direito Civil Português, extrai-se:

II – E que tipo de coisas? O Código não responde, por que não tem nenhum capítulo dedicado ao direito real em geral.

Mas nas disposições gerais sobre propriedade proclama: <<Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito da propriedade regulado neste código>>(art. 1302.º). Como dissemos, é nas disposições gerais da propriedade que se encontra a generalidade dos preceitos aplicáveis aos direitos reais em conjunto. E esta disposição é claramente extensiva a todos os direitos reais.

A afirmação legal corresponde efectivamente ao regime instituído. O regime do Código Civil pressupõe o carácter corpóreo da coisa, e é portanto inaplicável às coisas incorpóreas.²¹⁶

Ainda,

III – Mas o mesmo preceito acrescenta: <<...regulado neste código>>. Caímos na ambigüidade. Poderá então um direito de propriedade, não regulado no Código, recair sobre coisas incorpóreas?

É o que parece significar logo a seguir o art. 1303.º, ao determinar que a propriedade intelectual está sujeita a legislação especial; mas que as disposições do código lhe são subsidiariamente aplicáveis.”²¹⁷

Tal como no Direito português, tem-se como cristalino que, no sistema pátrio, o legislador criou, no quadro dos direitos reais, direitos incidentes sobre bens móveis e imóveis. Contudo, lembrando-se que, nos primórdios do Direito Romano, a propriedade imobiliária era o bem patrimonial por excelência, o que justifica a importância do tema como fato histórico, um parêntese impõe-se abrir aos comentários de Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis, o que explica, até certo ponto, que na origem somente os imóveis fossem objeto de direitos reais.

Vislumbra-se que, se os legisladores houvessem mantido a postura adotada no Direito Romano, reconhecendo a existência de direitos reais somente voltada a bens imóveis, certamente, seria inócuo o estudo ora desenvolvido, eis que, por certo, não

²¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, op. cit., p.38-39.

²¹⁷ ASCENSÃO, op. cit., p.38-39.

haveria que se falar em usufruto impróprio, instituto este gerado pela disposição dos bens patrimoniais de natureza exclusivamente móvel.

Transcreve-se a passagem:

Quanto aos outros *direitos reaes* – *jura in re aliena* –, concebe-se a aplicação da hypotheca aos bens moveis, e ha disto exemplos...; tambem ha exemplos da applicação do usufructo (91)²¹⁸, especialmente aos moveis, que se não consomem ao primeiro uso... Entretanto que, não só a hypotheca e o usufructo, como todas as outras especies de direitos reaes, são proprias dos immoveis. É portanto nas cousas immoveis, que o *direito real* apparece em suas diversas manifestações, e acha a possibilidade de seu desenvolvimento completo. Podêr-se-ha, porém, pela observação de seus effeitos, e caracteres, remontar á causa, que os produz? Haverá um principio determinante dos *direitos reaes*, que *a priori* se possa assignar, e sirva de regra as legislações?²¹⁹

É o próprio civilista quem responde:

No dominio é o proprietario sómente, que se acha em relação immediata com a cousa, e sem o *direito real* o dominio seria anniquilado. O *direito real* em tal caso é um poder inherente ao dominio, é o mesmo dominio, e com elle se confunde.

As *servidões*, o *usufructo*, o *emphyteuse*, o *direito de superficie*, e outros direitos analogos, são faculdades de uso, e gozo, conferidas pelo proprietario da cousa; da mesma maneira que o são a *locação*, e o *commodato*. Entretanto, se das primeiras derivão direitos reaes, não só pela Legislação Romana, como por todas as legislações, o mesmo não acontece com as Segundas.²²⁰

Nota-se, então, que. originariamente não havia que se falar em incorporiedade dos bens dados em direito real, em face do interesse na atribuição dos efeitos dos direitos reais, primordialmente, aos bens imóveis, que, com o tempo, estendeu-se aos bens móveis.

Contudo, tal como já se referiu quando do estudo do objeto da propriedade, torna-se forçoso concluir que a corporiedade, embora seja uma característica constante na maioria dos direitos reais, pela admissão do direito autoral como espécie de direito de propriedade, por mais que a doutrina se mantenha tradicional, negando, vilumbra-se impossível o fechamento da questão, limitando os direitos reais aos bens corpóreos.

²¹⁸ “(91) O usufructo,--direito de gozar da cousa de outro com a limitação de deixar salva a sua substancia--, é legal, ou voluntario.” FREITAS, *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. LXXVII.

²¹⁹ FREITAS, op. cit., p. LXXVI-LXXX.

²²⁰ FREITAS, op. cit., p. LXXVI-LXXX.

E diz-se assim reconhecendo que a relevância de se reconhecer um direito real não está na natureza dos bens envolvidos, mas, sim, na proteção da riqueza patrimonial e dos valores que representam a sua apropriação em favor da sociedade.

- EXCLUSIVIDADE

A regra, em direitos reais, é que seja concedido o direito com caráter de exclusividade. Esta exclusividade decorre da própria essência do instituto, pois, ao partir-se do direito real por excelência, a propriedade é acolhida, unanimemente, pela doutrina e pela jurisprudência como direito exclusivo do seu titular.

Assim, partindo-se da premissa de que todos os demais direitos reais, que existem na forma de *jus in re aliena*, recebem, temporariamente, alguns dos elementos constitutivos do titular de propriedade, preferiu o legislador pátrio manter o caráter exclusivo em favor do seu titular, sob a ótica da natureza que cada bem.

Lafayette lembrou Makeldey ao definir o domínio como um direito real, atribuindo-lhe a exclusividade como uma essência do instituto. Afirmou que o domínio “contém em si o direito de excluir da coisa a ação de pessoas estranhas.”²²¹

Ademais, a exclusividade de quem detém um direito real em seu favor, mesmo com o surgimento do condomínio, que parte a propriedade até então exclusiva, por si só, não afasta o caráter da exclusividade do direito dos condôminos frente aos demais membros da sociedade; a exclusividade perante estes se mantém em favor daqueles.

- PASSÍVEL DE AÇÕES REAIS

Para o desenvolvimento do tema, esteia-se nos ensinamentos de Laurent, que bem vislumbra o direito concedido ao titular de um direito real, que exerce pela promoção de ações reais. Transcreve-se o comentário, tendo como exemplo, o direito de usufruto:

²²¹ MAKLELDEY. § 299. ZACHAR, § 194. Apud PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Causas*. Rio de Janeiro: Guarnier, 1877, p. 75. v. I.

561. O usufrutuário tem uma ação real contra o detentor da coisa gravada de usufruto, é uma consequência da realidade de seu direito. A ação se chama ação confessória; ela é análoga à reivindicação e regida pelos mesmos princípios. Ela recebe também a mesma exceção no que concerne aos móveis; nenhuma ação real pode ser formada contra um terceiro possuidor de boa fé de objetos mobiliários.²²²

Teixeira de Freitas, ao comentar a definição da *actio in rem*, segundo o antigo Direito Romano, vislumbrou que, neste, somente se visualizou a *vindicatio* como ação de domínio, pelo que após foi estendido este aos direitos análogos, citando a herança e alguns direitos reais sobre a coisa alheia. Contudo, destaca que Gaio não restringiu tal direito, abrangendo, também, o usufruto.²²³

Não obstante, o jurista dá a sua contribuição a respeito das ações no âmbito do Direito Civil:

Dissipem-se idéas tradicionaes, medite-se livremente sobre a natureza dos direitos, appliquem-se os principios precedentemente fixados; e ver-se-ha, abandonado como tem sido o processo formulario dos Romanos, que não ha outras acções possiveis, na esphera do Direito Civil propriamente dito, senão as acções reais e as acções pessoaes, que precisamente correspondem ás duas grandes categorias dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*. A acção nasce do direito, d'elle descende, e nelle se-confunde. Em uma palavra, a acção é o direito pôsto em movimento.²²⁴

Conclusivamente, o autor assim esclarece:

Meditadas as differentes hypheteses dessas acções assim denominadas, chega-se á conhecer, que nellas se contém, não só um direito, ou uma só acção, cujo caracter seja duplo e complexo; mas na realidade dois direitos, e duas acções, que simultaneamente pertencem á mesma pessoa em relação á mesmo cousa... O caracter principal, e essencial, do direito deve ser o predominante, e este determina a natureza da acção.²²⁵

²²² “L’usufruitier a une action réelle contre tout détenteur de la chose grevée d’usufruit; c’est une conséquence de la réalité de son droit. L’action s’appelle action *confessoire*; elle est analogue à la revendication et régie par les mêmes principes. Elle reçoit aussi la même exception en ce qui concerne les meubles; aucune action réelle ne peut être formée contre un tiers possesseur de bonne foi d’objets mobiliers.” AYNÈS, Laurent. *Cours élémentaire de droit civil*. Bruxelles: Bruylant – Christophe & CC., Editeurs; Paris: Librairie Marescq, 1887, p. 512. (Tradução livre).

²²³ GAIO. Apud FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. CLXVIII.

²²⁴ FREITAS, op. cit., p. CLXIX-CLXX.

²²⁵ FREITAS, op. cit., p. CLXXII.

Presente está uma característica que envolve todos os direitos reais, na qual o titular do direito reivindica o bem contra o injusto detentor, surtindo efeitos processuais que interferem até mesmo na competência judiciária para o trâmite da ação.

- PUBLICIDADE

A publicidade, no aspecto prático, apresenta-se mais como um efeito do que a causa que lhe atribuiu tal característica.

Esta advém dos atos praticados pelos titulares dos direitos reais, que, em resguardo de seus interesses, quando exigidos no ordenamento, praticam o registro dos respectivos títulos. E é deste, do ato registral, pelo sistema adotado no Brasil, que emana a presunção legal de conhecimento público, associando-se aos demais efeitos advindos do registro, na concretude da segurança jurídica.

Em bom momento, José de Oliveira Ascensão deixa transparecer a importância do ato de registro, que gera o efeito *erga omnes*, do que, por presunção legal, não é admitido que ninguém invoque direito alheio sob o manto do desconhecimento dos atos públicos praticados nos órgãos registrais. Assim destaca o autor:

III – Publicidade.

É claro que a lei só poderia estabelecer este sistema depois de ter tomado algumas precauções que evitassem resultados indesejáveis. A mais importante é a que se relaciona com a publicidade destas estipulações: os factos constitutivos de relações jurídicas reais respeitantes a imóveis estão normalmente sujeitos à inscrição no registro predial, na sua qualidade de modificações de direitos reais, como incidentalmente dissemos já. A registrabilidade das modificações é expressamente prevista no art. 2.º/1 do Código do Registro Predial, nas alíneas a, b, e g e nos arts. 3.º/1-a e 94.º deste.²²⁶

Por consequência, a ausência de registro de atos constitutivos de direito real, é fato impeditivo da aplicação do efeito *erga omnes*, o que, se não dá publicidade a terceiros, a tais atos, também não resguarda a segurança jurídica advinda do ato registral, limitando os efeitos, a exigibilidade e o cumprimento às obrigações inclusas no bojo do instrumento formador do vínculo criado somente às partes pactuantes.

²²⁶ Norma do Direito Português, equivalente à lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei dos Registros Públicos, vigente no Brasil. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, op. cit., p. 323.

- SUSCETIBILIDADE DE POSSE

Na Consolidação, Teixeira de Freitas, ao passo que aponta o direito de seqüela dentre as características dos direitos reais, relembra que o titular do direito real tem direito à posse da coisa gravada, mesmo não se tratando de um direito sobre a coisa própria, situação que não dependerá de gravame. Transcreve-se: “Affectar o objecto da propriedade sem consideração á pessoa alguma, seguil-o incessantemente em podêr de todo e qualquer possuidôr, eis o effeito constante do *direito real*.”²²⁷

Muito embora se reconheça que o direito de posse não está incluso dentre os direitos reais tipificados no Código Civil brasileiro, admite-se a posse como característica dos direitos desta natureza, pelo fato de que, sempre, em se tratando de direito real envolvendo bens corpóreos, haverá uma vinculação do titular deste sobre uma coisa.

Apresenta-se a posse não como um direito real, eis que não tipificada, embora as inúmeras correntes que debatem a sua adequada situação dentro do ordenamento jurídico.

Por questão de transparência, comporta observar que a doutrina contemporânea vem tomando posições. Apontam-se algumas referências à posse tendo-se por base Orlando Gomes, que assim afirma:

A circunstância de ceder a um direito superior, como o de propriedade, não significa que seja um direito *pessoal*. Trata-se de uma limitação que não é incompatível com o direito real. O que importa para caracterizar a este é o fato de se exercer sem intermediário. Na posse, a sujeição da coisa à pessoa é direta e imediata. Não há um sujeito passivo determinado. O direito do possuidor se exerce *erga omnes*. Todos são obrigados a respeitá-lo. Só os direitos reais têm essa virtude.²²⁸

Não se limitando a essa diretriz, também declara:

Novo é o estatuto da posse no Direito Civil contemporâneo, fundado numa principiologia axiológica de índole constitucional, cujos efeitos se fizeram sentir da Constituição Federal de 1988 ao Código Civil de 2002 (RA). Se ela é, como visto, um *direito real*, outra não pode ser a sua localização. Mesmo, porém, que se não aceite essa opinião, não há como deslocá-la do terreno onde moram os direitos reais.²²⁹

²²⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. LXX.

²²⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, op. cit., p. 42-43.

²²⁹ GOMES, op. cit., p. 43.

A par disso, seguindo a linha tomada por Orlando Gomes, Luiz Edson Fachin (atualizador da obra citada de Orlando Gomes), Caio Mário da Silva Pereira, referindo também Serpa Lopes e Martin Wolff, que a denomina “direito real provisório” para distingui-la da propriedade, que é tida como direito real definitivo, assim alinhava: “Sem embargo de opiniões em contrário, é um direito real, com todas as suas características; oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado, etc.”²³⁰

Com a necessária venia, e sem pretensão de esgotar o tema, a postura contemporânea dos autores ora citados não merece, ainda neste momento, o caráter conclusivo sobre o ponto. Ora, se a principal característica dos direitos reais é a tipicidade, e esta não está atendida pela posse, mesmo que lhe fossem peculiares todas as demais características, a sua não-tipificação no Direito Civil, em código ou em leis especiais, por si só, afasta a possibilidade de ser tratada como um direito real. Acredita-se que, no futuro, novas discussões se travarão pelos próprios autores aqui citados, se, em dado momento, reapreciarem a questão, porém enfrentando o tópico – tipicidade.

Por último, no ponto que envolve a matéria em discussão, tendo a posse como característica dos direitos reais, comporta admiti-la como tal, pelo menos, em face de que é efeito natural dos direitos reais que envolvem o uso e o gozo por parte do titular destes direitos, *v.g.*, no usufruto, ou mesmo, nos que sem essas peculiaridades, o objeto do direito é transferido aos titulares dos direitos reais, como é o caso do penhor.

3.1.3 Divisão

Dentre várias, a mais importante das classificações dos direitos reais espelha-se em:

- *jus in re propria* – direito real sobre a coisa própria, adstrito à propriedade,
- *jus in re aliena* – direito real sobre a coisa alheia, são direitos limitados, como: servidão, usufruto, uso, habitação, superfície, promessa irretratável de venda, penhor, anticrese, hipoteca, concessão de uso²³¹, locação, propriedade fiduciária

²³⁰ LOPES, Serpa. Curso de Direito Civil, nº 45; ENNECERUS, Kipp e Wolff. Tratado, *Derecho de Cosas*, v. I, § 2. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. op. cit., p. 28-29.

²³¹ Direito real criado pela Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

e enfiteuse (este, vedada a constituição de novos contratos, desde o Código Civil de 2.002).

Todos os autores que se debruçam sobre o Direito Civil trazendo a sua contribuição para a ciência e o conhecimento jurídico, nas suas obras, procuram delinear os direitos inerentes ao titular do direito real, que, de regra, é o proprietário, sem deixar de apreciá-lo no aspecto passivo. Assim, procurando evitar repetições dispensáveis, como norte referencial, descreve-se a posição de alguns juristas.

Os direitos reais classificam-se, genericamente, em duas categorias: sobre coisa própria e sobre coisa alheia. No primeiro plano está a *propriedade*, direito real por excelência, ou *direito real pleno*. No segundo situam-se os direitos reais limitados de *fruição ou gozo* (enfiteuse, servidão, uso, usufruto, habitação, renda constituída sobre imóvel e *direito de superfície*), e os de *garantia* (hipoteca, anticrese, penhor, propriedade fiduciária), além da posse, que ocupa lugar destacado; e num derradeiro plano surge novo direito real, gerado pelas exigências da vida moderna, ocupando lugar destacado: *direito real de aquisição* (promessa irrevogável de venda).²³²

Em face do que se expôs quando da identificação da posse como característica dos direitos reais, deixa-se de incluí-la no quadro classificatório desses direitos.

3.2 O usufruto

3.2.1 Fatos históricos

Muito embora o instituto do usufruto, na sociedade brasileira, tenha sua maior aplicabilidade quando envolve relações de família, na praxe, através da doação com reserva de usufruto, este tem a sua importância histórica em face do tempo do seu surgimento.

Claras anotações traz Carvalho de Mendonça, que apresenta como um retrospecto histórico do assunto que o usufruto é anterior à propriedade privada, tendo sido o intermediário necessário entre a propriedade comum e a propriedade privada. Descreve o jurista, lembrando os estudos de Auguste Comte, que, na sua origem, a propriedade

²³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 6.

era comum às tribos e aos agrupamentos humanos, pela caça em comum dentre os nômados, que impunha uma certa mudança das moradias. Assim identifica no tempo o início do usufruto:

Iniciando a vida sedentária no regimen pastoril, já se pode compreender a divisão do solo entre as famílias para o apacentamento dos rebanhos. É, porém, no período agricultor, que se fez necessária a partilha das terras entre famílias que a cultivassem para si, sujeitas, entretanto, ao laço ainda muito estreito da subordinação à propriedade geral. Era uma espécie de usufructo dos bens da comunidade que vinha modificar o primitivo estado da propriedade e lançar as primeiras sementes da propriedade privada. (...) Assim é o usufructo.²³³

Por sua vez, vejamos os dados históricos traçados pelo jurista, que bem elucidam o pensamento da época, com fontes em documentos antiqüíssimos, partindo da Bíblia, com a remissão às dívidas em certos períodos, pelo povo hebraico que se estabelecia com fins agrícolas, ocorrendo a partilha das terras em nome da comunidade. Assim identificou o autor a situação que se apresentava: “Por outro lado, si as dividas se remiam em determinados períodos, na época do jubileu, a conclusão é as vendas, as doações, os legados, nada mais eram do que uma espécie de usufructo instituído em toda a terra dos hebreus.”²³⁴

Não obstante, prossegue o jurista, lembrando o mesmo efeito que identificara nos documentos registrados no Egypto, em Sparta, na Germânia, onde, igualmente, ocorreu a propriedade comum de uma parte das terras dada em usufructo a tribos, as quais mantinham a propriedade em comunhão.

O autor não deixa de discorrer quanto à organização territorial dos feudos, no sistema medieval. Neste, cujo conhecimento histórico lembra a amplitude dos negócios enfitêuticos, comparando-o ao usufruto, assim alinhava:

é uma concepção mais complicada, dependente do uso da moeda, emquanto que o gozo primitivo de certa parte do solo para cultura e alimentação de seus cultivadores devia se impor até como um alívio para a comunidade. Fazendo produzir os fructos na terra concedida e delles se alimentando, cada família assim beneficiada, deixava de pesar sobre a totalidade da tribu, ...” Ora, essa operação, quase espontânea, tem mais do usufructo do que da emphyteuse.²³⁵

²³³ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p.24.

²³⁴ MENDONÇA, op. cit., p. 24.

²³⁵ MENDONÇA, op. cit., p. 25.

Por sua vez, identifica que a fonte histórica mais antiga do usufruto está na Oração contra Alphobos, de Demosthenes. Descreve: “Faz-se ahi a allusão a uma casa com seus móveis, que deveria passar em propriedade áquelle orador, após a fruição de alguém que a detinha por vontade do testador.”²³⁶. Mesmo assim, Carvalho de Mendonça assevera:

Apezar de todas as hypotheses formuladas e desses elementos positivos esparsos aqui e ali, o que é certo é que é incalculável a dificuldade de seguir, na historia dos institutos jurídicos, o desenvolvimento do usufructo. É que sua história, é a historia inteira da propriedade.²³⁷

Porém, o autor não encerra o comentário sem antes acentuar que, com segurança, diante das provas documentais existentes, a primitiva tomada de terras representava um usufruto, visto que as famílias recebiam, por sorteio, terras de lavoura para plantio, cujos frutos formavam um monte, e, após, segundo as necessidades de cada uma, eram repartidos pela comunidade. Depois, os prazos foram estendidos, cabendo a cada família os frutos do seu cultivo, dispensando-se a comunhão.

Nesse sentido, inúmeros povos promoviam a partilha da terra, a exemplo dos hebreus, o que também foi seguido pelos dálmatas, referidos por Strabão na obra de Carvalho de Mendonça, que dividiam as terras a cada oito anos. Igualmente, havia divisão periódica de terras em Tenedos, em Lesbos e em ilhas próximas, nas Cycladas, segundo informa Diodoro da Sicília.

Voltando-se à América, o jurista informa que, no México e no Peru, havia um comunismo agrário com a outorga de quinhões a determinados grupos.

No Direito Romano, identifica que a referência mais antiga de usufruto “é do tempo da Republica: a discussão sobre ser ou não fructo o *partus ancillae*, entre SCAEVOLA e MANIUS MANMILIUS de um lado e M. BRUTUS do outro.”²³⁸

A busca das raízes do instituto foi motivo de estudo por muitos juristas de todos os tempos. Na visão de ser uma espécie de servidão, da categoria das servidões pessoais, Coelho da Rocha, citado por José Carlos Moreira Alves, em passagem histórica dos jurisconsultos romanos, identifica que estes consideravam o usufruto, o uso e a habitação

²³⁶ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 25.

²³⁷ MENDONÇA, op. cit., p. 25.

²³⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 26.

como tais, distinguindo-as das servidões prediais (L.1, *D. De servit*). Ainda, cita o Código da Prússia, o qual estabeleceu uma classe separada de direitos de uso ou gozo sobre os bens de terceiros, prevendo, respectivamente, o uso e o usufruto. Igual critério foi adotado no Código Civil Francês²³⁹, no art. 543. Do Direito Romano assim transcreve:

Neste artigo recorreremos ao direito romano, e aos Códigos modernos, porque nem nas Ordenações, nem nas leis posteriores se acha regulada; apenas na Ordenação, Liv. 4, Tít. 98, se indicam os casos em que ao pai compete o usufruto sobre os bens dos filhos. Também nenhum dos nossos praxistas escreveu sobre esta doutrina, ainda que pelas suas obras se encontrem disseminados alguns princípios, sobretudo em Guerreiro, *Tr. 1*, Liv. 4, cap. 2, e em Lobão no *Trat. das avaliaç. e dan.*, desde o § 124, e nas *Notas a Mello*, Liv. 3, Tít. 13, § 4.²⁴⁰

Constata-se, pois, que a própria doutrina ratifica o entendimento absorvido pela leitura da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, que não previa um capítulo específico para o instituto, exceto nas relações do pai sobre a administração dos bens dos filhos menores.

Salutar é o registro de que, na extensa obra Código Civil – Esboço, Teixeira de Freitas trata do usufruto nos artigos 4.530 a 4.698. Destes, serão extraídos dos capítulos próprios de cada assunto, os que podem vir a auxiliar no entendimento do ponto sob *quaestio*²⁴¹. Por sua vez, ainda norteado pelos ensinamentos de Teixeira de Freitas, porém pela Consolidação das Leis Civis, nota-se que o jurista fez menção ao instituto do usufruto de forma muito tímida. Cita-se:

A Consolidação, ao passo que procurou abranger um complexo de normas vigentes no Brasil, por regras locais ou por influência das Institutas, das Ordenações e das normas advindas de Portugal, eis que, na época, o Brasil regia-se por estas, num denominado “ensaio” de classificação dos diversos estados da propriedade”, diagnosticou o quadro dos modos derivativos de adquiri-la, onde, dentre os modos de aquisição por “actos entre vivos”, incluiu o “usufructo”, nas formas legal e convencional, como “Propriedade limitada pelos direitos reaes, titulando-a como “desmembrada”.²⁴²

²³⁹ O Código citado é o Código Civil francês de 1.804, pois o atual Código Civil Francês trás um capítulo específico para o instituto (arts. 578 e segs.).

²⁴⁰ ROCHA, Manoel Antonio Coelho da. *Instituições de direito civil*. Apres. José Carlos Moreira Alves; ed. cuidada por Alcides Tomasetti. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 437.

²⁴¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil – Esboço*. Dos direitos reais. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de documentação, Departamento de Imprensa Nacional, 1952, p. 1.288-1.321.

²⁴² FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, op. cit., p. CCXII-CCXV.

Afora isso, na Consolidação, não houve a preocupação legislativa de especificar o usufruto como um instituto, com regras claras e individualizadas, embora o autor, na obra *Código Civil – Esboço*, tenha desenvolvido o assunto.

Veja-se, pois, a ausência de auxílio jurídico que nos deixa, ao caso, a Consolidação das Leis Civis ora estudada.

A par disso vislumbra-se que um dos efeitos dessa omissão, ou mera anotação de alguns efeitos do usufruto sobre os outros institutos, advém do fato de que, no Direito Romano, o usufruto não estava dentre os direitos reais. Veja-se nesse sentido Teixeira de Freitas:

O Direito Romano, no seu ultimo estado de desenvolvimento, admittio quatro especies de direitos reaes na cousa alheia—*jura in re aliena*—(135)²⁴³; mas a servidão, motivada pelas necessidades da agricultura, era dellas a mais antiga, e originariamente o unico—*jus in re aliena*--, denominado por excellencia --*jus in re*--, em contraposição ao dominio. Foi elle o unico, á que os Romanos applicarão por analogia as regras da propriedade, (...).²⁴⁴

Por seu lado, o usufruto foi considerado como um instituto jurídico, com regras próprias, tanto no Código Civil de 1916, quanto no atual Código Civil.

3.2.2 Conceito

Citando o artigo 467 do Código Civil Espanhol, Carlos Motes extrai as seguintes versões do critério conceitual do instituto do usufruto:

- Na redação atual: “o usufrutuário tem o direito de desfrutar os bens alheios com a obrigação de conservar a sua forma e substância, a não ser que o título de sua constituição ou a lei autorizem outra coisa”;
- na redação anterior: o usufruto é o direito de desfrutar os bens alheios sem alterar a sua forma nem a substância.”²⁴⁵

²⁴³ “Marezoll Obr. Cit. § 104. Esses quatro direitos reaes na cousa alheia erão os seguintes --*servitus, emphyteusis, superficies, pignus*.”. Apud FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis* op. cit., p. LXXXIX.

²⁴⁴ FREITAS, op. cit., p. LXXXVIII-LXXXIX.

²⁴⁵ “El usufructuario tiene derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.; el usufructo es el derecho de

Disso o próprio autor arremata que, pela mudança, o Código atual obriga a conservar a forma e a substância, mas, por outro lado, autoriza a não respeitar a forma, nem a substância.

Ao passo que o Direito espanhol diferenciou a redação do instituto, o Código Civil brasileiro atual não renovou o conceito constante no artigo 713 do revogado Código Civil de 1916, que assim definia:

Art. 713. Constitui usufruto o direito real de fluir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade.

Alexandre Correia e Gaetano Sciascia enquadram o usufruto dentre as servidões pessoais, como referido no tópico anterior por Coelho da Rocha, sendo essas direitos reais sobre coisa alheia que proporciona uma utilidade a certa pessoa. Alinhavam que o usufruto, na era romana²⁴⁶, caracterizava-se pelo direito de usar e gozar dos bens de terceiros, salvando a substância dos mesmos, assim o qualificando:

(I) o usufruto é um direito sobre coisa alheia. Pois o proprietário da coisa, embora tenha a respeito dela, além de outros, os poderes do usufrutuário, exerce-os como proprietário: *a ninguém serve suas coisas*²⁴⁷;
(II) o usufrutuário tem o uso e gozo da coisa. *Uti frui* significa por igual fruir a utilidade e os frutos da coisa: *os frutos sem uso não tem posse*²⁴⁸. O uso não importa a posse, no direito clássico²⁴⁹ mas só a detenção da coisa; (III) *salva rerum substantia*: o usufrutuário não pode modificar a cultura de um terreno, alterando-lhe a função econômica; só o proprietário pode usar da coisa, contra a sua função natural.²⁵⁰

Álvaro Moreira e Carlos Fraga, também relembram a definição clássica do jurista romano Paulus²⁵¹.

disfrutar los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia.”. MOTES BERNET, *Los conceptos de substancia, forma y destino de las cosas en el Código Civil*, op. cit., p. 13. (Tradução livre).

²⁴⁶ “*Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi; salva rerum substantia (O usufruto é direito alheio e corresponde ao gozo; salva a substância da coisa)*” D.7,1,1 Paul.; Inst. 2,4 pr. Apud CORREIA; SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, op. cit., p. 150.

²⁴⁷ “*nemini res sua servit*”. (Tradução livre).

²⁴⁸ “*fructus sine usu esse non possunt*”. Paul. 3, 6, 24. Apud CORREIA; SCIASCIA, op. cit., p. 150. (Tradução livre).

²⁴⁹ “Gai. 2, 93”. Apud CORREIA; SCIASCIA, op. cit., p. 150.

²⁵⁰ CORREIA; SCIASCIA, op. cit., p. 150.

²⁵¹ MOREIRA; FRAGA, *Direitos reais*, op. cit., p. 350.

Em passagem elucidativa, os autores destacam que tanto o nu-proprietário quanto o usufrutuário não detêm plenamente o “abusus”. Neste, não vêem somente o direito de alienar a coisa; afirmam que “isso ambos o podem fazer na medida dos seus direitos – tanto o nu-proprietário pode alienar a sua propriedade, como o usufrutuário o pode fazer no tocante ao seu direito de usufruto.” Cabe observar que, no Brasil, o legislador civilista não autorizou a alienação do direito de usufruto. Então, asseveram que “o nu-proprietário não detém, assim, o conjunto dos poderes decorrentes do “jus abutendi”, uma vez que não pode, designadamente, destruir a coisa.”²⁵²

Por outro lado, com um enfoque crítico, é no capítulo “Os direitos de gozo sobre a coisa alheia” que Mário Rotondi, ao comentar a concepção de usufruto retratada nas Institutas, afronta a questão da “forma de domínio que, pelos romanos e por alguns juristas, atribuem ao usufruto.” Assim transcreve o fato:

(...) o usufruto, que para nós é o principal dentre os direitos reais de gozo, mas que entretanto permanece sempre como um direito real subalterno, no direito comum, como vimos, é considerado como uma forma de domínio: é precisamente como aquela espécie de propriedade que encontra somente uma limitação, a obrigação de gozar das coisas “*salva rerum substantia*”²⁵³

A esse posicionamento, que está arraigado na exceção que possibilitou o surgimento do denominado “usufruto impróprio”, o autor opõe-se com certa veemência em duas considerações. Primeira:

Nós poderíamos criticar esta unificação dogmática, observando como estaria errado até mesmo colocar em uma única categoria todos os *iura in re aliena*, isto é aquelas que chamamos servidões pessoais, e servidões prediais, porque os mesmos só têm em comum alguns princípios derivados que ambos são direitos sobre coisa alheia.²⁵⁴

²⁵² MOREIRA; FRAGA, *Direitos reais*, op. cit., p. 352.

²⁵³ “l’usufrutto, che per noi è il principale dei diritti reali di godimento, ma che rimane pur sempre un diritto reale subalterno, nel diritto comune, come abbiamo visto, è considerato come una forma di dominio : e precisamente come quella specie di proprietà che incontra una sola limitazione, l’obbligo di godere delle cose “*salva rerum substantia*”. Pr., Inst. 2,4; fg. 1,D.7; Ulpiano, *Liber Singularis regularum*, XXIV, 26. Apud ROTONDI, *Studi di diritto privato*, op. cit., p. 106. (Tradução livre).

²⁵⁴ “Noi potremmo criticare questa unificazione dogmatica, osservando come sia errato persino mettere in una unica categoria tutti gli *iura in re aliena*, cioè quelle che noi diciamo servitù personali, e le servitù prediali, perchè i medesimi non hanno in comune se non qualche principio derivante dal fatto ch’essi sono tutti diritti su cosa altrui.” ROTONDI, op. cit., p. 106. (Tradução livre).
“Ma la critica sarebbe fondata solo dal *nostro* punto di vista, che è il punto di vista in fondo del nostro codice, il quale, sulle orme di quelloo francese, ha separato nettamente l’usufrutto, l’uso e l’abitazione dalle servitù; e tutti questi diritti, poi, ha ben distinto dalla proprietà.”. ROTONDI, op. cit., p. 106. (Tradução livre).

E fundamenta a sua crítica:

Mas a crítica estaria embasada somente pelo *nosso* ponto de vista, que é, no fundo, o ponto de vista do nosso código que, nas sobras do código francês, separou nitidamente o usufruto, o uso e a habitação das servidões; e todos esses direitos, depois, estão bem distintos da propriedade.²⁵⁵

Da posição do autor, vê-se, hialinamente, e de forma aceitável do ponto de vista formal, que não é admissível considerar-se o usufruto como forma de domínio, até porque, se é direito real sobre coisa alheia - posição maciçamente adotada no Direito Moderno-, que não a enfiteuse, onde há a real bipartição do domínio (direto e útil), por si só, resulta descartada a possibilidade de extensão do caráter dominial ao usufrutuário.

Pontes de Miranda, sob o enfoque do direito subjetivo, onde inclui o instituto do usufruto, quanto ao fato da limitação deste direito, acentua os seguintes pontos:

O usufruto é direito absoluto, real, sôbre coisa não-própria, ou direito não-próprio, ou patrimônio não-próprio, no todo ou em parte, limitado no tempo e adstrito à destinação econômica do objeto usufruído. Tal como está em todos os códigos ocidentais, trata-se de instituto recebido do direito romano.²⁵⁶

Daí então, uma vez atribuído o conceito, o jurista adentrar em outros aspectos:

O usufruto é direito subjetivo. Nêle estão as faculdades de usar e de fruir, as pretensões e ações que dêle se irradiam.
O direito de usufruto é real. As relações jurídicas a que êle corresponde ou são entre usufrutuário e proprietário, ou constituinte do usufruto ou seu sucessor (Código Civil, art. 726), ou são entre usufrutuário e terceiro. (...) Os terceiros são sujeitos passivos do usufruto como o são do domínio: a direção ao proprietário, ou ao constituinte do usufruto (Código Civil, art. 726)²⁵⁷, resulta de se tratar de direito restringente do domínio e, pois, de direito real limitado.²⁵⁸

²⁵⁵ “Ma la critica sarebbe fondata solo dal *nostro* punto di vista, che è il pundo di vista in fondo del nostro codice, il quale, sulle orme di quelloo francese, ha separato nettamente l’usufrutto, l’uso e l’abitazione dalle servitù; e tutti questi diritti, poi, ha ben distinto dalla proprietà.”. ROTONDI, *Studi di diritto privato*, op. cit., p. 106. (Tradução livre).

²⁵⁶ MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial : Direito das Coisas: Usufruto, Uso, Habitação. Renda sôbre imóvel*, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957; Campinas: Bookseller, 2002, p. 4-10.

²⁵⁷ O autor refere-se ao Código Civil de 1916, cujo artigo citado identificava a admissão do usufruto impróprio.

²⁵⁸ MIRANDA, op. cit., p. 4-10.

Do valoroso trabalho de Câmara Leal, de forma muito clara, tem-se o seguinte conceito do instituto:

O usufructo é um direito real attribuido a terceiro sobre a coisa alheia, pelo qual elle frue, temporariamente, as suas utilidades e fructos, com o encargo de conserval a sem lhe alterar a substancia, nem o destino.

O dono da coisa sobre que recahe o usufructo, denomina-se simplesmente proprietario; e aquelle que exerce o usufructo sobre a coisa alheia, usufructuario.²⁵⁹

Reportando-se a aspectos históricos, Clóvis Beviláqua assim conceitua o usufruto:

No direito romano, o usufructo apresenta-se como faculdade perfeitamente definida, de usar e gozar (*jus utendi fruendi*) a coisa alheia (*res aliena*), sem della dispor (*salva rei substantia*), porque ao proprietario estava reservado o direito de disposição, assim como o de fazer seus os productos extraordinarios da coisa.²⁶⁰

Vem do *Esboço*, a seguinte inserção de Teixeira de Freitas:

Art. 4.530. *Usufructo* (uso e gôzo de coisas com direito real) é o direito real *temporário* de uma ou mais pessoas sôbre uma coisa alheia (arts. 2.284, e 3.705, nº. 2), móvel ou imóvel (artigos 387 a 410), com todos os direitos, ou a maior parte dêles, sôbre sua utilidade.²⁶¹

Entendidos os elementos qualificadores do direito real de usufruto, é salutar o estudo dos bens passíveis do objeto deste, haja vista o ponto principal deste trabalho, que adiante se verá, dentre outros aspectos, envolver a natureza do objeto de usufruto.

3.2.3 Objeto

O enfoque ao objeto do usufruto vem de Teixeira de Freitas, transcrevendo-se os dispositivos pertinentes engrenados no *Esboço* traçado pelo jurista:

²⁵⁹ CÂMARA LEAL, *Manual elementar de direito civil*, op. cit., p. 158.

²⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, op. cit., p. 358.

²⁶¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil* – *Esboço*, op. cit., p. 1288.

Art. 4.546. Tôdas as coisas que podem ser vendidas e doadas (arts. 1.990 e 2.130) podem ser dadas em usufruto por contrato oneroso ou gratuito, ainda que improdutivas (art. 4.531, ns. 1 e 2).

Todas as que podem ser deixadas por disposição de última vontade também podem ser dadas em usufruto por igual título (art. 4.531, nº 3)...”²⁶²

Art. 4.565. São *efeitos peculiares* da aquisição do usufruto (art. 3.841):

1º. O *domínio útil* do usufrutuário (arts. 3.850, nº. 7, 4.215, nº. 4, 4.272, nº 7, 4.301, nº. 2, e 4.322), isto é, seus direitos sobre a coisa frutuária (...)”²⁶³

Sem pretensão de construir uma crítica ao laborioso estudo a que Teixeira de Freitas procedeu, por ocasião da Consolidação das Leis Civis, não se vê como deixar de mencionar os bens que naquela época foram tidos como passíveis de usufruto.

A Consolidação tratou do instituto, indiretamente, interligando-o como um direito suplementar, de regra ligado às relações de família ou de sucessão. Tanto é verdade, que sequer foi destinado um capítulo ou um título para o usufruto. Teixeira de Freitas²⁶⁴ elenca os casos previstos naquele regramento, como espécies de usufruto legal, os quais estão descritos no artigo 4.534 de sua obra Código Civil – Esboço.²⁶⁵

- quanto aos bens da Corôa previsto no artigo 52 § 3º²⁶⁶;
- do pai sobre os bens dos filhos não emancipados, conforme artigo 174 e seguintes²⁶⁷; doação prevista no artigo 420;
- da viúva quinquagenaria que recasa possuindo descendentes do casamento anterior, pelo artigo 161 e seguintes²⁶⁸ e,
- do pai ou da mãe, que casa-se em segundas núpcias, tendo filhos do primeiro casamento, segundo o artigo 966 e seguintes²⁶⁹.

²⁶² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil* - Esboço, op. cit., p. 1292.

²⁶³ FREITAS, op. cit., p. 1297.

²⁶⁴ FREITAS, *Consolidação das leis civis*, op. cit., p. LXXVII-LXXVIII.

²⁶⁵ “Art. 4.534. Os casos de usufruto que a lei designa (art. 4.531, nº 4) são unicamente: 1º. O do usufruto da Corôa sobre bens para tal fim destinados (art. 335, nº 2). 2º) O do usufruto do cônjuge sobrevivente que novamente casar, tendo descendentes sucessíveis de seu casamento anterior, sobre bens em que venha a suceder por falecimento de algum desses descendentes (art. 1.459). 3º) O do usufruto do pai sobre bens de seus filhos menores, quando tal direito lhe compete (art. 1.536).” FREITAS, *Código civil* - Esboço, op. cit., p. 1.289.

²⁶⁶ “Art. 52. São do *domínio nacional*...: § 3º. Os *bens da Corôa*, á saber : os palacios, terrenos nacionaes, e construcções, que pertencem ao Imperador, e á seus successôres...” FREITAS, op. cit., p. 52 e 60.

²⁶⁷ “Art. 174. Por morte da mãe o pai é legitimo adminstradôr, e usufructuario, dos bens dos filhos, emquanto estiverem sob seu poder; e taes bens deve o Juiz dos orphãos deixar em poder do pai, depois do inventario e partilha...Ord. L. 1º T. 88 § 6º. Apud FREITAS, op. cit., p. 158

²⁶⁸ “Art. 161. As viúvas, que casão de cincoenta ou mais annos, tendo filhos ou outros descendentes successíveis, não podem alienar por titulo algum, em sua vida ou por sua morte, as duas partes dos bens, que tinham ao tempo do casamento.” FREITAS, op. cit., p. 153.

²⁶⁹ “Art. 966. No caso porém de passar o pai, ou a mãe, á segundas nupcias, existindo filhos do primeiro matrimonio, terão somente em sua vida o uso e fructo dos bens, em que viérem á succedêr, ou já houverem

Contudo, foi revista a posição de Teixeira de Freitas, pelo que passou a excluir esta hipótese de usufruto, atribuindo ao dispositivo somente os direitos, não reais, mas de uso e de gozo dos frutos, e reconhecendo que a Ord. L.º 4 T. 91, § 2º, não dava o direito de usufruto ao cônjuge binubo que possuía filhos do primeiro casamento, mas, sim, lhe atribuía uma de propriedade fiduciária. E assim registrou o seu entendimento:

Vai alterado o texto da 1ª Edição, em que se dizia – *terão somente o usufructo vitalicio*-, dizendo-se agora - *terão sómente em sua vida o uso e fructo*-. A palavra – *usufructo* – indica em Direito uma desmembração de domínio, e póde-se ter o uso e fructo sem essa desmembração; como acontece na locação, que só dá ao locatário um *direito pessoal*.²⁷⁰

O objeto do usufruto também foi motivo de estudo por Giovanni Pugliese, que assim se declarou:

22. *O objeto em geral* - qual é o objeto dos direitos foi largamente discutido em sede teórica, mas aqui não há necessidade de se ocupar disso de modo particular; limito-me assim em colher a opinião tradicional, que reconhece o objeto dos direitos naquilo a que se refere o comportamento consentido ao titular ou o comportamento que o sujeito ou os sujeitos passivos devem tomar para com ele. De acordo com essa opinião, o objeto do usufruto é a coisa que o usufrutuário pode gozar (servindo-se dela, fazendo-a produzir e percebendo os frutos) e que terceiros, dentro dos limites deste gozo, não podem se irromper. Agora é uma característica saliente do usufruto, o qual vem já se configurando durante a época clássica do direito romano, poder ter por objeto qualquer espécie de coisa.²⁷¹

Não obstante, o jurista prossegue ressaltando que o usufruto pode ter como objeto tanto bens móveis quanto imóveis. Defende que “ele pode se constituir indiferentemente

sucedido, por falecimento de qualquer dos ditos filhos...Ord. L. 4º T. 91 §§ 2º e 4º. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil* - Esboço, op. cit., p. 571.

²⁷⁰ FREITAS, op. cit., p. 571-572.

²⁷¹ “22. *L’oggetto in generale*. – Quale sia l’oggetto dei diritti è stato largamente discusso in sede teorica, ma qui non è necessario occuparsene in modo particolare; mi limito quindi ad accogliere l’opinione tradizionale, che ravvisa l’oggetto dei diritti nelle cose a cui si riferisce il comportamento consentito al titolare del diritto o il comportamento che il soggetto o i soggetti passivi debbono tenere verso di lui. Secondo questa opinione, oggetto del l’usufrutto è la cosa che l’usufruttuario può godere (servendosi, facendola produrre e percependone i frutti) e nella quale i terzi sono tenuti a non ingerirsi entro i limiti di tale godimento.

Ora é uma característica saliente dell’usufrutto, quale si è venuto configurando già durante l’epoca classica del diritto romano, quella di potere avere por oggetto qualsiasi specie di cosa. “Ed esso può costituirsi indifferentemente su cose inconsumabili, consumabili o deteriorabili, semplici o composte, fungibili o infungibili.”. PUGLIESE, *Usufrutto*, op. cit., p. 71-72. (Tradução livre).

sobre coisas inconsumíveis, consumíveis ou deterioráveis, simples ou compostas, fungíveis ou infungíveis.”²⁷².

Uma vez ressaltada a posição doutrinária supra-referida, admitindo a possibilidade de usufruto sobre bens consumíveis e inconsumíveis, fungíveis e infungíveis, desde já traz-se a definição dada ao usufruto, quando presente tal situação, nos ensinamentos de Carvalho Santos: “Com convenção à coisa, o usufruto se distingue em próprio quando recai sobre coisas inconsumíveis e infungíveis, impróprio quando recai sobre coisas consumíveis ou fungíveis.”²⁷³.

Definidas essas posições doutrinárias, avança-se na busca da fundamentação em face da criação do direito real de usufruto.

3.2.4 Função econômica

A respeito da destinação econômica da coisa, ressalta Giovanni Pugliese que esta não forma o conteúdo de uma obrigação particular do titular do direito real de usufruto contra o novo proprietário, porém representa um limite à faculdade de utilização e de gozo sobre os bens. Transcreve-se o comentário:

Isso significa que, enquanto ao usufrutuário como tal é lícito utilizar e desfrutar a coisa de modo que a deixe intacta ou não modifique a sua destinação econômica, se ele a utiliza ou desfruta de outros modos, viola, não uma relação obrigatória que seja conexa com o usufruto, mas sim diretamente a propriedade, sendo uma obrigação de respeitar a destinação econômica um aspecto da obrigação de não ingerência que grava todos os terceiros e, portanto, também o usufrutuário, além dos limites nos quais lhe são conferidas as relativas faculdades, e no mesmo tempo abusa do usufruto.²⁷⁴

O autor assevera que, pela destinação do bem dado em usufruto, quem fica vinculado é o usufrutuário, não o nu-proprietário. E justifica esclarecendo que a destinação

²⁷² “... esso può costituirsi indifferentemente su cose inconsumabili, consumabili o deteriorabili, semplici o composte, fungibili o infungibili.” PUGLIESE, *Usufrutto*, op. cit., p. 72. (Tradução livre).

²⁷³ SANTOS, J. M. De Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, op. cit., p. 333.

²⁷⁴ “Ciò significa che, mentre all’usufruttuario come tale è lecito utilizzare e sfruttare la cosa nei modi che non intaccano o modificano la sua destinazione economica, se egli la utilizza o sfrutta in altri modi, viola, non un rapporto obbligatorio che sia connesso con l’usufrutto, bensì direttamente la proprietà, essendo l’obbligo di rispettare la destinazione economica un aspetto dell’obbligo di non ingerenza che grava su tutti i terzi e quindi anche sull’usufruttuario, oltre i limiti in cui gli sono conferite le relative facoltà, e nello stesso tempo abusa dell’usufrutto”. PUGLIESE, op. cit., p. 267. (Tradução livre).

do usufruto é fixada no ato de constituição do direito, somente podendo ser alterada, posteriormente, se houver o consentimento do nu-proprietário. E adverte:

Deve-se advertir que, adotando o critério subjetivo para determinar a destinação da coisa, não se quer dizer que o usufrutuário deva ou possa se servir da coisa inteira e exclusivamente do modo em que se servia quem a tivesse gozado anteriormente .

Assim, não há dúvidas que, de um lado, a destinação econômica deve ser entendida com uma certa elasticidade, de modo que pode se admitir, por exemplo, que o usufrutuário dê em locação uma casa que o constituinte habitava pessoalmente, em geral que transforme em frutos civis (com a concessão do uso a outros) aquelas utilidades de que o constituinte gozava diretamente; e pode se admitir também que, no âmbito da destinação econômica, ele introduza melhoramentos e execute adições.²⁷⁵

O autor também aborda a relação envolvendo bens consumíveis, onde nota a extensão dos direitos do usufrutuário, que, de mera utilização e de gozo sobre os bens, passa a consumi-lo, o destrói ou então o aliena. Seu raciocínio é desenvolvido tendo como foco as coisas que não podem ser usadas ou gozadas senão sendo consumidas, destruídas ou alienadas, pelo que o usufrutuário passaria a ser tido como proprietário desde quando recebe a sua disponibilidade econômica. E assim complementa:

(...) quando se trata de coisas inteiramente consumíveis, no momento em que o usufrutuário é chamado a restituir, quando se extingue o seu direito, ou uma soma em dinheiro correspondente ao valor das coisas no momento da constituição ou da extinção do usufruto ou outras coisas de igual qualidade e quantidade, o que supõe, evidentemente, que sejam fungíveis.²⁷⁶

Pugliese ressalta a relação jurídica quando envolve bens considerados em uma universalidade. Veja-se:

²⁷⁵ “Si deve poi avvertire che, adottando il criterio soggettivo per determinare la destinazione della cosa, non si vuol dire che l’usufruttuario debba o possa servirsi della cosa interamente ed esclusivamente nel modo in cui se ne serviva chi l’avesse in precedenza goduta. Così non è dubbio che, da un lato, la destinazione economica deve essere intesa con una certa elasticità, in modo che può ammettersi p. es. che l’usufruttuario dia in locazione una casa che il costituente abitava personalmente, in genere che trasformi in frutti civili (col concedere l’uso ad altri) quelle utilità di cui il costituente godeva direttamente; e può ammettersi pure che, nell’ambito della destinazione economica, egli introduca miglioramenti ed esegua addizioni.”. PUGLIESE, *Usufrutto*, op. cit., p. 263-264. (Tradução livre).

²⁷⁶ “(...) quando si tratta di cose interamente consumibili, in quanto l’usufruttuario è tenuto a restituire, quando si estingue il suo diritto, o una somma di denaro corrispondente al valore delle cose al momento della costituzione o dell’estinzione dell’usufrutto oppure altre cose in eguale qualità e quantità, il che suppone evidentemente che siano fungibili.”. PUGLIESE, op. cit., p. 267. (Tradução livre).

Um regulamento mais complexo, mas de qualquer modo análogo, se tem com relação as coisas que, consumíveis ou não, constituem elementos de uma coisa composta, ou de uma universalidade de coisas ou, de qualquer modo, de um complexo de coisas que, ao menos como objeto de usufruto, são avaliadas unitariamente: por exemplo, as partes de um carro, cada máquina de uma fábrica, elementos de uma empresa.²⁷⁷

E assim arremata o jurista:

Portanto, quando a incidência do uso sobre a coisa chega ao ponto de determinar a extinção instantânea, ou quando a coisa faz parte de um complexo de coisas avaliadas unitariamente, para a faculdade de consumir, dispor, deteriorar ou de se apropriar há a obrigação de restituir a quantidade ou uma soma em dinheiro ou, ainda, de substituir a coisa de modo a manter íntegro o complexo.²⁷⁸

O tema não se esgota, Carvalho Santos resguarda, em sua compreensão, a substância da coisa, que merece ser mantida como um limitador à livre aplicação do bem na função econômica a que o usufrutuário atenderá, fruindo as utilidades e os frutos do bem, nestes termos: “Falando em utilidades o Código quer se referir a todos os proventos e aplicações que possa a coisa comportar, sem sacrifício de sua substância, pois findo o usufruto deve ser restituída *re integra*.”²⁷⁹

E não se limita o jurista a uma mera referência quando, em momento ímpar, procede ao comparativo entre os poderes que detêm o usufrutuário e os poderes relativos à pessoa do titular da propriedade. Veja-se:

²⁷⁷ “Un regolamento più complesso, ma in qualche modo analogo, si ha riguardo alle cose che, consumabili o meno, costituiscono elementi di una cosa composta o di una universalità di cose o comunque di un complesso di cose che, almeno come oggetto di usufrutto, vengono valutate unitariamente: si pensi alle parti di una macchina, alle singole macchine di un opificio, agli elementi materiali di una azienda.”. PUGLIESE, *Usufrutto*, op. cit., p. 268. (Tradução livre).

²⁷⁸ “Pertanto, quando l’incidenza dell’uso sulla cosa giunge al punto da determinare l’estinzione istantanea o quando la cosa fa parte di un complesso di cose valutate unitariamente, alla facoltà di consumare, disporre, deteriorare o di appropriarsi il residuo fa riscontro l’obbligo di restituire il *tantundem* o una somma di denaro oppure di sostituire la cosa in modo da mantenere integro il complesso.”. PUGLIESE, op. cit., p. 269. (Tradução livre).

²⁷⁹ SANTOS, *Código Civil Brasileiro*. Interpretado, op. cit., p. 332.

Dissemos ainda há pouco que o direito de uso do usufrutuário é em tudo equiparável ao do proprietário. Mas é preciso esclarecer que isso é verdade no sentido do uso propriamente dito, sem abranger o gôzo²⁸⁰. Porque, em verdade, é preciso distinguir que o proprietário tem pôderes mais amplos do que o usufrutuário quanto ao gôzo, a ponto de poder alienar a coisa, permutá-la, transformá-la, se entender que essas são as utilidades que dela pode tirar. Enquanto que o usufrutuário, em virtude da própria natureza do usufruto tem a obrigação de conservar a coisa, para poder restituí-la ao se extinguir o seu direito.²⁸¹

Na França, há previsão legal de que, independentemente da natureza do título, os direitos do usufrutuário serão preservados:

560 . Os direitos do usufrutuário são os mesmos, qualquer que seja o título do usufrutuário, a lei ou a vontade do homem; a fonte do usufruto não muda nada a natureza do direito. Pode entretanto haver algumas diferenças. O usufruto legal é regido exclusivamente pelo título do Código Civil sobre o Usufruto, enquanto que o testador e as partes contratantes podem derogar à lei quando a ordem pública não está interessada. Quando o usufruto é estabelecido por testamento ou convenção, é preciso antes consultar todo o título constitutivo; e é somente no silêncio do título que se aplica às disposições do Código Civil. No capítulo do Uso e da Habitação, há um artigo que consagra este princípio: “Os direitos de uso e de habitação se regulamentam pelo título que os estabelecem, e recebem, segundo suas disposições, maior ou menor extensão (art. 628).” Isto é de direito, e era inútil dizê-lo.²⁸²

Além de acentuar que os bens acessórios são passíveis de concessão em usufruto, juntamente com a coisa principal, haja vista a possibilidade de constituição do direito sobre coisas móveis e imóveis, Aynès Laurent frisa:

²⁸⁰ A expressão “gozar” neste contexto é inapropriada, haja vista que este é o elemento constitutivo do direito de propriedade, concedido ao usufrutuário, com o fim de que este colha os frutos da coisa. Quando o autor utilizou a expressão “gôzo” certamente pretendeu referir-se ao poder de disposição, o qual é o único elemento constitutivo do direito de propriedade que permite ao seu titular alienar, permutar ou transformar o bem.

²⁸¹ SANTOS, *Código Civil Brasileiro*. Interpretado, op. cit., p. 374.

²⁸² “Les droits de l'usufruitier sont les mêmes, quel que soit le titre de l'usufruitier, la loi ou la volonté de l'homme; la source de l'usufruit ne change rien à la nature du droit. Il peut cependant y avoir des différences. L'usufruit légal est régi exclusivement par le titre du code civil sur l'Usufruit, tandis que le testateur et les parties contractantes peuvent déroger à la loi lorsque l'ordre public n'y est pas intéressé. Quand l'usufruit est établi par testament ou par convention, il faut consulter avant tout le titre constitutif; ce n'est que dans le silence du titre que l'on applique les dispositions du code civil. Au chapitre de l'Usage et de l'Habitation, il y a un article qui consacre ce principe: “Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue”(art. 628). Cela est de droit, et il était inutile de le dire.” AYNÉS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 512. (Tradução livre).

Os acessórios são uma dependência necessária da coisa, e nada fazem senão com ela, é a propriedade da coisa tal como ela é que é gravada de usufruto; o desmembramento da propriedade deve compreender o que compreendia a propriedade inteira, pois então os acessórios. Pela mesma razão, o usuário desfruta também dos acessórios que se formam enquanto da duração do usufruto.²⁸³

E acrescenta o jurista:

Por aplicação do mesmo princípio, o usuário goza das servidões das quais usufrui o proprietário (art. 597). Estas são as qualidades de fundo ao aproveitamento dos quais elas são estabelecidas, e o usuário goza dos fundos tais como são. Seria mesmo, e por identidade de razão, as servidões que o nu-proprietário adquiriria durante a duração do usufruto (nº 374).²⁸⁴

Para atingir a função econômica perceptível da coisa dada em usufruto, segundo o Código Civil Francês, Aynès Laurent esclarece que a extensão do direito de gozar não tem possui regra específica, pois não reconhece com exatidão, que o usufrutuário pode desfrutar de todas as espécies de frutos que a coisa produzir. Veja-se o comentário:

As árvores são frutos, entretanto o usufrutuário não tem direito sobre as árvores da mata (art. 592). Em teoria, faltaria dizer que o usufrutuário tem direito a todos os produtos que deixam a substância intacta. O código segue este princípio, mas nele se afasta no que concerne às minas e mesmo à floresta, quando ela é colocada em corte regulamentado (nº 376).

O artigo 598 diz que o usuário não tem nenhum direito ao tesouro que poderá ser descoberto enquanto da duração do usufruto. A propriedade do tesouro pertence à quem o encontrar em seu próprio terreno (art. 716), então o proprietário. A este título o usuário não tem nenhum direito; pois o tesouro não é um acessório do terreno, nem um produto.²⁸⁵

²⁸³ “Les accessoires sont une dépendance nécessaire de la chose, et ne font qu'un avec elle; c'est la propriété de la chose telle qu'elle est qui est grevée d'usufruit; le démembrement de la propriété doit comprendre ce que comprenait la propriété entière, donc les accessoires. Par la même raison, l'usufruitier jouit aussi des accessoires qui se forment pendant la durée de l'usufruit.”. AYNÈS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit. p. 513. (Tradução livre).

²⁸⁴ “Par application du même principe, l'usufruitier jouit des servitudes dont jouissait le propriétaire (art. 597). Ce sont des qualités du fonds au profit duquel elles sont établies, et l'usufruitier jouit du fonds tel qu'il est. Il en serait de même, et par identité de raison, des servitudes que le nu propriétaire acquerrait pendant la durée de l'usufruit (nº. 374).” AYNÈS, op. cit. p. 513. (Tradução livre).

²⁸⁵ “Les arbres sont des fruits, néanmoins l'usufruitier n'a pas de droit sur les arbres de haute futaie (art. 592). En théorie, il faudrait dire que l'usufruitier a droit à tous les produits qui laissent la substance intacte. Le code suit ce principe, mais il s'en écarte en ce qui concerne les mines, et même la haute futaie, quand elle est mise en coupe réglée (nº 376). L'article 598 porte que l'usufruitier n'a aucun droit au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit. La propriété du trésor appartient à celui Qui le trouve dans son propre fonds (art. 716), donc au propriétaire. A ce titre, l'usufruitier n'y a aucun droit; car le trésor n'est pas un accessoire du fonds, ce n'est ni un fruit, ni un produit.”. AYNÈS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 513-514. (Tradução livre)

Nessa diretriz, o autor aponta quais seriam as obrigações do até então titular do direito real de usufruto quando da extinção do usufruto:

Aos termos do artigo 589, ele deve restituir as coisas mesmas, no estado que elas se encontram, não deterioradas por seu dolo ou sua culpa. No estado em que elas se encontram, quer dizer “usadas ou diminuídas pelo efeito do uso”, como o diz Domat. O usufrutuário responde por seu dolo, é o direito comum. Ele responde também por sua culpa, segundo o direito comum, como nós o veremos mais adiante. Haveria falta se houvesse mau uso das coisas: é a expressão de Domat. Tal seria o caso onde se teria empregado em uma outra destinação que aquela que ela deveria ter.²⁸⁶

Para Orlando Gomes, “a função econômica do *usufruto* é precipuamente assegurar a certas pessoas meios de subsistência. Tendo finalidade alimentar, razão por que se restringe praticamente às relações familiares, é concedido gratuitamente, e quase sempre, por testamento. Diminuta é sua importância econômica, porque constitui entrave à circulação da riqueza.”²⁸⁷

Tratou-se, até então, da transposição de dados doutrinários e jurisprudenciais, situando a matéria dentro do direito das coisas, onde é tratada a matéria no Direito Positivo, delineando os direitos, os conceitos e as teorias, que são, meritoriamente, um destaque no estudo do Direito Civil. Mas comporta o avanço no estudo, identificando-se, então, o tema central em apreço.

3.3 O usufruto impróprio – quase-usufruto

3.3.1 Segundo a doutrina

Apesar dos comentários já expostos, não se vê como adentrar nos meandros do instituto do usufruto impróprio sem desvendar os aspectos históricos, que, de uma

²⁸⁶ “Aux termes de l’article 589, il doit rendre les choses mêmes, dans l’état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute. *Dans l’état où elles se trouvent*, c’est-à-dire, “usées et diminuées par l’effet de l’usage”, comme le dit Domat (3). L’usufruitier répond de son dol, c’est le droit commun. Il répond aussi de sa faute, d’après le droit commun, comme nous le dirons plus loin. Il y aurait faute s’il avait *Obra citada* des choses: c’est l’expression de Domat. Tel serait le cas où il les aurait employées à une autre destination que celle qu’elles devaient avoir. AYNÉS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 511. (Tradução livre).

²⁸⁷ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, op. cit., p. 334.

forma ou de outra, permitiram que, até o momento atual, se fale em usufruto impróprio.

3.3.1.1 O surgimento – visão histórica

Ante a clareza com que faz sua alusão histórica, volta-se a Carvalho de Mendonça: Vemos que no seu rigor primitivo o direito romano não tolerava o usufructo senão constituindo em cousas corpóreas, não consumíveis com o uso.²⁸⁸

Num segundo momento, o autor desvenda que tal rigor sofreu modificações, visto que houve a admissão de que as coisas consumíveis podiam ser objeto de uso e gozo por quem não era proprietário, “introduzindo o *quase usufructus* desde então oposto ao *verus usufructus* (1)”. Assevera:

Desde então a diferenciação *technica* se fez á moda romana, dizendo-se que o verdadeiro usufructo incide sobre cousas *quae in usu consistunt* e o quase usufructo recae sobre as cousas *quae in abusu consistunt*. É o usufructus quantitatis.

Os códigos modernos não usam do vocábulo *quase usufructo*, mas estatuem o mesmo que já o direito romano decretava.²⁸⁹

Para melhor identificação dessa origem, busca-se na obra de Mário Giordani o que consta nas Institutas, 2.4.2:

Institutas 2.4.2.: O usufruto porém pode ser constituído não só sobre terreno e casas, mas também sobre escravos, animais de carga e outras coisas, exceto as que se consomem pelo próprio uso; pois estas nem por sua natureza, nem pelo direito civil, são suscetíveis de usufruto. No número dessas coisas encontram-se o vinho, o azeite, o trigo, o vestuário; às quais se assemelha a moeda que, de certo modo, se extingue pelo uso em virtude da contínua troca.²⁹⁰

Das questões práticas que transcreve, extrai-se de Carvalho de Mendonça que “foi a

²⁸⁸ “(1) § 2 Inst. De usuf.; Dig. Liv. VII, tit. V. Apud MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 77.

²⁸⁹ MENDONÇA, op. cit., p. 77.

²⁹⁰ Tradução do autor. “Inst. 2.4.2: Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et in aedibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus, exceptis his, quae ipso usu consumuntur: nam, eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum: Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu assidua permutazione quodammodo extinguuntur.” GIORDANI, Mário Curtis. *O Código Civil à luz do direito romano*, op. cit., p. 81.

Lei *Julia e Pappia Poppoea* que reduziu as liberalidades *mortis causa* entre as esposas ao simples usufruto de uma quota parte dos bens do esposo pré morto.” Assim, aponta que, se na sucessão podem se incluir coisas que se consomem pelo uso, não mais haveria vantagens em favor do cônjuge supérstite se mantido o conceito tradicional do usufruto.²⁹¹

Determinou-se, portanto, que se podia legar o usufruto de tudo quanto estivesse no patrimônio do instituidor, taxando a maneira de execução dos legados, medidas tomadas por de um Senado Consulto, de data não conhecida, mas que, segundo Carvalho de Mendonça²⁹², pode ser posterior a Nerva e Sabino, talvez na época de Augusto.

Tal disposição houve haja vista que a Lei Pappia Poppoea vedava a disposição *mortis causa* entre esposos, envolvendo todo um patrimônio, validando somente o que compreendesse o usufruto. Advieram, por consequência, disposições que passaram a regular os direitos do usufrutuário quando envolvessem bens consumíveis. As demais construções advieram da autoridade dos jurisconsultos.

Dessas premissas, assim conceitua Carvalho de Mendonça: “O quase usufructo é um *uso* especial, pois que nelle não há nem pode haver idea de percepção de fructos, nem de conservação da cousa, mas só a de restituir seu equivalente.”²⁹³ O autor avança nos seus apontamentos asseverando que nos tempos romanos primitivos, “o usufructo legado sobre cousas que se consumissem com o uso seria nullo de pleno direito”²⁹⁴. Posteriormente, foi um Senado Consulto que veio validar esse legado dando-lhe o novo nome.”²⁹⁵

Historicamente, vê-se aproximadamente identificada a origem do usufruto impróprio, pelo menos até o ponto em que a própria história do direito permitiu a consulta..

3.3.1.2 Os fins e o conceito

Parte de João Alves o primeiro comentário doutrinário no intuito de identificar os

²⁹¹ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 78.

²⁹² MOLITOR, *Servitutes*, nº 52. Apud MENDONÇA, op. cit., p. 78

²⁹³ MENDONÇA, op. cit., p. 77.

²⁹⁴ “CICERO – Topica, de finib. Boni et mali, liv. 1º Cap. 4n.3 a comparar com Pro coecina 4. O modo de ver de CICERO encontra-se ainda em traços apagados na L. 3ª D. do usufructu), apud MENDONÇA, op. cit., p. 77.

²⁹⁵ “Obra citada § 2, apud MENDONÇA, op. cit., p. 77.

fins e o conceito de usufruto impróprio, o qual identifica como usufruto de coisas fungíveis o quase-usufruto, em face de que a propriedade das coisas é transferida ao usufrutuário. Não obstante, observa a questão do pagamento pelo usufrutuário, se não possuir outros bens do mesmo gênero e qualidade quando do momento da restituição:

Leg. Comp.: Ital., 483; Fr., 587; Arg., 2811 e 2871; Mex., 885; Port., 2209; Al., 1067; Suíç., 772; Esp., 482; Chil., 789; Austr., 510; Urug., 507.

(...)

Convém notar que, mesmo no caso de avaliação das coisas no título do usufruto, só em falta de outras do mesmo gênero e qualidade, poderá o usufrutuário pagá-las pelo preço da avaliação, porque, se assim não fosse o usufruto se confundiria com a compra e venda.

- No Dir. Ant., a matéria era regulada pelo mesmo modo prescrito neste artigo. (Dir. Cois., § 110, ns. 1 e 2; Dig. Port., III, 508; N. Consol., art. 579)²⁹⁶.

Clóvis Beviláqua, também identificando o usufruto sobre coisa que se consome pelo uso, assim defende a sua denominação de impróprio ou quase-usufruto:

Cabe-lhe o nome por ter algumas regras communs com o usufructo, mas delle differe, porque o quasi-usufructuario tem direito de disposição, e, terminada a relação jurídica, por isso que seria impossivel restituir a coisa fructuaria, dá outra da mesma qualidade e na mesma quantidade, ou o respectivo valor, pelo preço corrente no tempo da entrega.²⁹⁷

Pontes de Miranda refere o instituto como “aquêle em que o usufrutuário passa a ser dono dos bens usufruídos, por serem consumíveis”. Afirma ainda que “as regras jurídicas, concernentes ao usufruto próprio não se estendem ao usufruto impróprio”, por essa razão, tece uma argumentação até então estranha na análise das duas espécies de usufruto, afastando a idéia de vinculação com o nu-proprietário. Declara que a relação jurídica ocorre “entre o constituinte do usufruto e o usufrutuário,” restringindo o usufruto entre dono do bem (o nu-proprietário) somente aos usufrutos próprios.²⁹⁸

²⁹⁶ “- Observa-se que, compulsando a Consolidação das Leis Civis, houve equívoco na menção ao art. 579, haja vista que o mesmo refere-se ao instituto da compra e venda e não ao usufruto. Por sua vez, verificou-se que somente ao art. 479 da Consolidação é que poderia o autor se referir, que trata do mútuo. “Art. 479. No mutuo o dominio da cosa emprestada transfere-se pela entrega ao mutuário.” ALVES, *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 201.

²⁹⁷ BEVILÁQUA, *Direito das coisas*, op. cit., p. 381.

²⁹⁸ G. PLANCK, *Kommentar*, 4.^a ed., III, 664. Apud MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, op. cit., p. 134-135.

E nessa linha de raciocínio afirma que, perante terceiros, “o usufrutuário é dono; pode dispor. Se o usufruto é usufruto próprio, o usufrutuário é titular de direito real limitado, e não dono. Se o usufrutuário impróprio ou quase-usufrutuário recebe do não-dono o bem consumível, só se faz dono se o adquirente a não-dono, no tocante ao domínio, adquiriria.” E assim arremata: “Cumpre observar-se que o art. 726²⁹⁹ e o parágrafo único são *ius dispositivum*, inclusive pode ser estipulado que a restituição seja em outra determinada coisa, ou em determinada quantidade, ou qualidade, ou marca.”³⁰⁰

Alves traz a sua contribuição quando no estudo do Direito Romano referindo que o quase-usufruto adveio de situações que envolviam um patrimônio ou parte dele. Aduzi: “Se o usufruto, segundo o seu conceito, é o direito de usar e desfrutar coisa alheia, sem alterar a sua substância, isso quer dizer que seu objeto é constituído, apenas, pelas coisas inconsumíveis, sejam móveis ou imóveis, animadas ou inanimadas”.³⁰¹ No entanto, tal como aqui já referido, destaca que, em virtude de um *Senatus Consulto*, do início do principado, relativo a legados de todo o patrimônio ou de parcela dele,³⁰² admitiu-se que fossem objeto de usufruto as coisas consumíveis”.³⁰³

Carvalho de Mendonça, ao citar Dernburg,³⁰⁴ afirma que, em regra, só as coisas corpóreas podem ser objeto de usufruto e que estas também podem ser objeto de um quase-usufruto. Vincula a idéia no caso da instituição sobre objetos destinados à venda, como ocorre quando envolve um fundo de comércio de antiquário, em que somente o quase-usufruto sobre os objetos colecionados se justificaria.

Sob o foco da consumibilidade, pela experiência do Direito Civil na França, Aynès Laurent exemplifica como coisas consumíveis, o dinheiro, os grãos e os licores, extraídos do artigo 587 do Código Civil Francês. Contudo, assevera que o dinheiro, pela sua natureza, é a menos consumível das coisas, e justifica: “Diz-se que ele está sendo

²⁹⁹ Refere-se ao artigo 726 do Código Civil de 1916, já revogado, sem dispositivo correspondente no Código Civil de 2002.

³⁰⁰ J. BIERMANN, *Sachenrecht*, 376; G. PLANCK, *Kommentar*, III, 4.^a ed., 664. Apud MIRANDA, *Tratado de direito privado*, op. cit., p. 134.

³⁰¹ Ainda, questiona o autor “Com efeito, como usar de coisa consumível – que são as que se consomem imediatamente com seu uso normal –, sem alterar sua substância?” ALVES, *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 35.

³⁰² “D. VII, 5, 1; e I. II, 4, 2.” Apud. ALVES, op. cit., p. 35.

³⁰³ ALVES, op. cit., p. 35.

³⁰⁴ DERNBURG, *Obra citada* § 249, texto e nota 6 Apud MENDONÇA, *Do usufruto, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 80.

considerado como consumido desde que ele é gasto; mas isto é uma ficção, enquanto que a natureza consumível ou não consumível das coisas é uma realidade.”³⁰⁵

Outrossim, acrescenta que o princípio do referido dispositivo legal do Código Civil francês se aplica aos bens fungíveis, porém sem vinculá-los a sua natureza, e, sim, categoricamente, pela mera vontade das partes que estipulam que a restituição poderá ocorrer através de bens da mesma qualidade, quantidade e espécie. Veja-se:

Isto é mesmo verdade das coisas consumíveis, em teoria pelo menos, se concebe que o usufruto, uma vez que ele tenha por objeto uma coisa da qual não se possa fazer uso sem consumi-la, seja estabelecido com esta cláusula que o usufrutuário devolve as coisas mesmas que ele recebeu. A mesma forma, se o usufruto tem efeito sobre coisas não consumíveis, a intenção das partes pode ser que o usufrutuário adquirisse a propriedade e devolvesse as coisas em mesma quantidade e qualidade: isto será então um quase-usufruto. Quando há o usufruto? Quando a um quase-usufruto? Isto depende não da natureza das coisas compreendidas no usufruto, isto depende da intenção das partes interessadas.³⁰⁶

Assim se conclui essa teoria.

De outro lado, Beudant apresenta a sua noção do quase-usufruto, ao comentar o artigo 587 do Código Civil Francês:

Art. 587. Se o usufruto compreende coisas das quais não se pode fazer uso sem as consumir, como o dinheiro, os grãos, os licores, o uso tem o direito de servir delas, mas com o encargo de devolver de mesma quantidade, qualidade e valor, ou sua estimação, ao final do usufruto.³⁰⁷

Eis as anotações que procede:

³⁰⁵ “On dit qu’il est censé consommé dès qu’il est dépensé; mais cela est une fiction, tandis que la nature consommable ou non consommable des choses est une réalité.” AYNÈS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 517. (Tradução livre).

³⁰⁶ “Cela est même vrai des choses consommables; en théorie du moins on conçoit que l’usufruit, bien qu’il ait pour objet une chose dont on ne peut user sans la consommer, soit établi avec cette clause que l’usufruitier rende les choses mêmes qu’il a reçues. De même, si l’usufruit porte sur des choses non consommables, l’intention des parties peut être que l’usufruitier en acquière la propriété et rende des choses en même quantité et qualité: ce sera alors un quasi-usufruit. Quand y a-t-il usufruit? quand y a-t-il quasi-usufruit? Cela dépend, non de la nature des choses comprises dans l’usufruit, cela dépend de l’intention des parties intéressées.” AYNÈS, op. cit., p. 517. (Tradução livre).

³⁰⁷ “l’article 587: “Si l’usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l’argent, les grains, les liqueurs, l’usufruitier a le droit de s’en servir, mais à la charge d’en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l’usufruit.” BEUDANT, Ch. *Cours de droit civil Français* : Les Biens. 2. ed. Paris: Rousseau & Cie, 1938, p. 489. (Tradução livre).

Há o quase-usufruto, quando a coisa gravada de usufruto é de tal natureza que não se pode usá-la sem consumi-la. Nós temos visto que, juridicamente, as coisas repelem em ser objeto de um usufruto, de fato, uma vez que não se pode fazer uso delas que não as consumindo, o uso e o abuso se confundem; ora, o usufruto supõe precisamente a separação, em proveito de duas pessoas diferentes, destes dois atributos da propriedade. Desde então, não se pode conceber, no que concerne às coisas, que seja equivalente ao usufruto: o quase-usufruto.³⁰⁸

Observa-se, contudo, uma crítica do autor em face da literalidade do artigo 587 do Código Civil Francês. Ao interpretá-lo, reconhece que o dispositivo aponta um encargo de devolução de bens “de mesma quantidade, qualidade e valor,” não apenas a referência da mesma quantidade e qualidade. Vê-se, assim, que Beudant reforça que a questão valorativa que consta no dispositivo é viciosa.

De fato, entendemos por isto o valor do uso, a expressão é inútil, se as coisas restituídas são de mesma qualidade e quantidade daquelas que foram liberadas, elas tem necessariamente o mesmo valor do uso.

Entendemos, ao contrário, designar o valor venal ou de troca, o texto se torna incompreensível; uma mesma quantidade e qualidade das coisas valerá, segundo o caso, mais ou menos que o valor de troca; se o curso das coisas não muda, mesma qualidade e quantidade representarão um mesmo valor; se o curso mudou, a identidade do valor se torna incompatível com a identidade de qualidade e quantidade. Pois então a palavra “valor”, introduzida no artigo 587 desastrosamente, é inútil; era preciso dizer: mesma quantidade, qualidade, qualquer que seja o valor. A noção econômica do valor não tinha sido analisada em 1804 como ela é em nossos dias; o que explica o vício de redação.”³⁰⁹

Registrada a crítica, ressalva-se que o legislador brasileiro, tanto de 1916 quanto do Código atual, não incorreu no equívoco, pois fez constar que o quase-usufrutuário

³⁰⁸ “Il y a quasi-usufruit, lorsque la chose grevée d’usufruit est de telle nature qu’on ne peut en faire usage sans la consommer. Nous avons vu que, juridiquement, ces choses répugnent à être l’objet d’un usufruit; en effet puisqu’on n’en peut user qu’en les consommant, se confondent; or, l’usufruit suppose précisément la séparation, au profit de deux personnes différentes, de ces deux attributs de la propriété. Dès lors, on ne peut concevoir, en ce qui concerne ces choses, qu’un équivalent de l’usufruit: le quasi-usufruit.” BEUDANT, *Cours de droit civil Français*, op. cit., p. 489. (Tradução livre).

³⁰⁹ “En effet, entendent par là la valeur d’usage, l’expression est inutile; si les choses restituées sont de même qualité et quantité que celles qui avaient été livrées, elles ont nécessairement la même valeur d’usage. Entend-on, au contraire, désigner la valeur vénale ou d’échange, le texte devient incompréhensible; une pareille quantité et qualité de choses vaudra, suivant les cas, plus ou moins que la valeur d’échange; si le cours de ces choses n’a pas changé, pareille qualité et quantité représenteront une pareille valeur; si le cours a changé, l’identité de valeur devient incompatible avec l’identité de qualité et quantité. Donc le mot “valeur”, introduit maladroitement dans l’article 587, est inutile; il fallait dire: pareille quantité et qualité, quelle que soit la valeur. La notion économique de la valeur n’avait pas été analysée en 1804 comme elle l’est de nos jours; cela explique le vice de rédaction.” BEUDANT, op. cit. p. 491. (Tradução livre).

entregaria coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, ou, na impossibilidade, o seu valor.

Ainda, quanto ao referido artigo 587, o autor afirma que o Código Civil francês, no dispositivo, mesmo tendo previsto que o quase-usufruto somente substitui o usufruto pela natureza das coisas, este pode existir em duas situações, ou seja, forçosamente, pela natureza das coisas ou, facultativamente, pela vontade do proprietário. Assim refere:

O quase-usufruto substitui forçosamente ao usufruto comum relativamente às coisas que se consomem pelo primeiro uso. O artigo 587 cita: o dinheiro, os grãos, os licores. Mas estes são somente exemplos; os gêneros de todo tipo, servindo, especialmente à alimentação ou à calefação, seguem, no ponto de vista proposto, a mesma condição.

Nesta primeira aplicação, o quase-usufruto pode existir como acessório de um usufruto propriamente dito, desde o estabelecimento deste.³¹⁰

Nota-se aqui que o autor refere-se ao usufruto instituído sobre uma variedade de bens dentre os quais se encontram coisas consumíveis no primeiro uso, momento em que exemplifica a sucessão, em sua totalidade ou sobre uma quota-parte. Assim, por consequência, a natureza do usufruto está transformada. Veja-se, então, a segunda hipótese, no quase-usufruto estabelecido pela vontade das partes quando estes atribuírem ao bem um caráter de fungibilidade, pelo qual o titular do direito real de usufruto será tido como proprietário, com o encargo de restituir, por isso, o valor do bem. Mesmo assim, declara: “Esta intenção deve ser certa; mas não é indispensável que ela seja expressamente escrita; ela pode resultar das circunstâncias que os juizes apreciam soberanamente.”³¹¹

Um parêntese é aberto quanto aos bens. Não vê o autor como confundir o usufruto envolvendo bens deterioráveis com o usufruto sobre bens consumíveis. No caso do usufruto restrito, este usufruto existe relativamente às coisas que, de uma parte, não são

³¹⁰ “Le quasi-usufruit est substitué forcément à l’usufruit ordinaire, relativement aux choses qui se consomment par le premier usage. L’article 587 cite: l’argent, les grains, les liqueurs. Mais ce ne sont que des exemples; les denrées de toutes sortes, servant, notamment, à l’alimentation ou au chauffage, suivent, au point de vue envisagé, la même condition. Dans cette première application, le quasi-usufruit peut exister comme accessoire d’un usufruit proprement dit, dès l’établissement de celui-ci.” BEUDANT, *Cours de droit civil Français*, op. cit., p. 492. (Tradução livre).

³¹¹ “Cette intention doit être certaine; mais il n’est pas indispensable qu’elle soit expressément exprimée; elle peut résulter des circonstances que les juges apprécient souverainement.” BEUDANT, op. cit., p. 492. (Tradução livre). “

fungíveis nem por sua natureza, nem por sua estimação e que, de outra parte, não são nem consumíveis no primeiro uso, nem fungíveis. Complementa o autor: “... não há matéria ao quase-usufruto, já que o *usus* e o *abusus* podem ser separados; não pode aí Ter lugar ao direito de fruição propriamente dito; já que a coisa não é fungível. Pois então o usufrutuário não pode ter sobre coisas deste tipo mais que um simples direito de uso.”³¹²

Nesse ponto, Beudant comenta o artigo 589 do Código Civil Francês, que prevê a hipótese sobre os bens deterioráveis:

Art. 589. Se o usufruto compreende coisas que, sem se consumir em seguida, se deterioram pouco a pouco pelo uso, como roupa, móveis, o usufrutuário tem o direito de delas se servir para o uso aos quais elas são destinadas, e não está obrigado a devolvê-las, ao final do usufruto, no estado em que elas se encontram, não deterioradas por seu dolo ou sua culpa.³¹³

Transcrito o dispositivo, veja-se o comentário:

Neste texto, as palavras “se servir” não tem a mesma inclinação que no artigo 587. O artigo 587 concerne o quase-usufruto, que dá a seu titular os direitos mais extensos que aqueles que resultam do usufruto, uma vez que o quase-usufrutuário; ele pode dispor da coisa e é neste sentido que é preciso entender as palavras “se servir disso”. Ao contrário na hipótese do artigo 589, o usufrutuário tem somente o uso da coisa; ou seja, as palavras “se servir disso” devem, aqui, serem tomadas ao pé da letra.

O direito romano parece ter colocado sob a mesma linha as coisas consumíveis pelo primeiro uso e aquelas que se deterioram pouco a pouco pelo uso. No Digesto, o título V do livro VII é, de fato, intitulado: de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel miuuntur. Uns e outros não terão sido suscetíveis que de um quase-usufruto. A assimilação não existe mais em nosso direito. A disposição final do artigo 589 o prova abundantemente, uma vez que o usufrutuário é obrigado, nos termos deste texto, de devolver as coisas elas mesmas, no final do usufruto, no estado onde elas se encontram.³¹⁴

³¹² “Dès lors, il n’y a pas matière à quasi-usufruit, puisque l’peuvent être séparés; il ne peut y avoir lieu au droit de jouissance proprement dit, puisque la chose n’est pas frugifère. Donc, l’usufruitier ne peut avoir sur les choses de cette sorte qu’un simple droit d’usage.” BEUDANT, *Cours de droit civil Français*, op. cit., p. 493. (Tradução livre).

³¹³ “Si l’usufruit comprend des choses Qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l’usage, comme du linge, des meubles meublants, l’usufruitier a le droit de s’en servir pour l’usage auquel elles sont destinées, et n’est obligé de les rendre, à la fin de l’usufruit, que dans l’état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute.” Código Civil Francês, art. 589. (Tradução livre).

³¹⁴ “Dans ce texte, les mots “s’en servir” n’ont plus la même portée que dans l’article 587. L’article 587 concerne le quasi-usufruit, qui donne à son titulaire des droits plus étendus que ceux qui résultent de l’usufruit, puisque le quasi-usufruitier devient propriétaire; il peut disposer de la chose et c’est en ce sens qu’il faut entendre les mots “s’en servir”. Au contraire, dans l’hypothèse de l’article 589, l’usufruitier a seulement l’usage de la chose; donc, les mots “s’en servir” doivent, ici, être pris à la lettre. Le droit romain paraît avoir mis sur la même ligne les choses consommables par le premier usage et celles Qui se détériorent peu à peu par l’usage. Au, le titre V du livre VII est, en effet, intitulé: Les unes et les autres n’auraient été susceptibles que d’un quasi-usufruit. L’assimilation n’existe plus dans notre droit. La disposition finale de l’article 589 le prouve surabondamment, puisque l’usufruitier est tenu, aux termes de

Não obstante, novo comparativo comporta, voltando-se, porém, ao usufruto e ao uso. Nesse aspecto, salienta que os bens não podem ser objeto mais que de um usufruto restrito. Compreendem esses bens os livros, quadros, medalhas, roupa, móveis mobiliários, coleções de todos tipos. Da diferenciação entre os institutos, o autor traz o seguinte exemplo:

Uma pessoa, morrendo, lega o usufruto de todos seus bens entre os quais se encontra sua biblioteca pessoal, o usufrutuário poderá se servir disso, não disso gozar; é o caso de usufruto restrito ao simples uso. Mas suponhamos que o defunto explorava uma cabine de leitura; o legado de usufruto de sua fortuna dá ao usufrutuário o direito de continuar a alugar os livros da biblioteca e daí retirar frutos civis: é um caso de usufruto comum.³¹⁵

Extraí-se do comentário que, em se tratando de bens deterioráveis, vê-se possível concedê-los em uso – o que o autor denomina “usufruto de uso” – ou, então, em concedê-los em usufruto – o usufruto comum, segundo Beudant. Por essas razões, não há que se confundir as situações, aplicando-se as regras típicas dos bens consumíveis do quase-usufruto aos bens cujo uso pode causar deterioração. As hipóteses, como se viu, são diferentes.

3.3.1.3 Os efeitos e a lógica do instituto

Das lições de Carvalho de Mendonça extraí-se que foi da Lei do Senatus Consulto supracitada, que adveio a regra de que “nas coisas consumíveis, *coisas que são numeradas, medidas, coerentemente pesadas, pelo gênero ou estimação*, que não perecem, é que deve ser restituído.”³¹⁶

ce texte, de rendre les choses elles-mêmes, à la fin de l’usufruit, dans l’état où elles sont.”. BEUDANT, *Cours de droit civil Français*, p. 493. (Tradução livre).

³¹⁵ “Une personne, en mourant, lègue l’usufruit de tous ses biens, parmi lesquels se trouve sa bibliothèque personnelle; l’usufruitier pourra s’en servir, non en jouir; c’est un cas d’usufruit restreint au simple usage. Mais supposons que le défunt exploitait un cabinet de lecture; le legs de l’usufruit de sa fortune donne à l’usufruitier le droit de continuer à louer les livres de la bibliothèque et en retirer des fruits civils; c’est un cas d’usufruit ordinaire.”. BEUDANT, op. cit., p. 494. (Tradução livre).

³¹⁶ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, p. 78.

É salutar destacar que o próprio jurista retro-referido, ao identificar o surgimento do quase-usufruto, na linha seguida por Planiol, afirma que o caráter histórico do instituto lhe imprimiu como um traço característico nunca ocorre isoladamente, pois sempre surgiria em concomitância com um usufruto mais vasto, criado a título universal, sobre um patrimônio inteiro.³¹⁷

Destaca-se, de plano, que esse pensamento tem o seu valor histórico no sentido de que, ao longo do tempo, como logo se destacará, certamente, houve a desvinculação desta característica peculiar que se cingia no reconhecimento do usufruto impróprio, porém em face de uma universalidade de coisas, dentre as quais se deparava, além do bem principal, e em caráter acessório, coisas consumíveis.

Não sendo o bastante, defende Carvalho de Mendonça que, de regra, o quase-usufruto só deve envolver bens consumíveis, razão por que assevera que “o quase usufruto não é propriamente um direito real” quando afirma que não traz por objeto o gozo da coisa de outrem já que o quase-usufrutuário adquire a propriedade e só fica devedor da *quantitas*.³¹⁸

Não se limitando à afirmação excludente supra-referida, lembrando Pacifici Mazzoni, Carvalho de Mendonça entende que essa propriedade sobre as coisas consumíveis ocorre de forma definitiva, sendo que o poder de disposição como proprietário é tão contundente que o quase usufrutuário tem livre disposição em favor de terceiro, a qualquer título, gratuito ou oneroso.³¹⁹

E é nessa linha de raciocínio que advém a posição de Carvalho de Mendonça na busca de definição da “figura equívoca do quasi usufructo, como usufructo de cousas consumíveis”, acolhendo os ensinamentos de Windscheid, de que “o gozo da coisa impossível é substituído economicamente pelo usufructo de seu valor”, ou seja, “o quasi-usufructo só representa o gozo sobre coisa de outrem no ponto de vista econômico pois que, sob o ponto de vista jurídico, ele é um mixto de propriedade e de obrigação”.³²⁰

Salutar é a menção à indagação de Tupinambá Nascimento quanto ao momento da transferência do domínio dos bens ao quase-usufrutuário. Assim assevera: “O art. 726 do

³¹⁷ PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. cit. I, 2749. Apud MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufruto, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*, p. 78.

³¹⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 79.

³¹⁹ MAZZONI, Pacifici. (7 – *Inst. De dir. civ. Ital.*, III, n. 198 e *Cód. Civ. Ital. Comm.*, I, n. 394). Apud MENDONÇA, op. cit., p. 79.

³²⁰ WINDSCHEID, § 206, nota 4. Apud MENDONÇA, op. cit., p. 79.

Código Civil³²¹ fala em que as coisas consumíveis ‘caem para logo no domínio do usufrutuário’. Quando se dá o momento inicial da transferência do domínio? Basta o simples ato constitutivo?”³²²

A resposta é transparente. Vinculando a interpretação do artigo às regras normativas e cogentes do sistema jurídico como um todo, o autor relembra o disposto no artigo 620 do Código Civil: ³²³ “O domínio das coisas não se transfere pelo contrato antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório.” Discorre que a “tradição afetiva [SIC]”³²⁴ é necessária à eficácia da transferência dominial.”

Conclui-se, pois, que a aquisição do domínio não decorre do efetivo consumo, mas, sim, da própria tradição, fato que pode anteceder o ato de consumir.

Não é por menos que Pontes de Miranda realça a sua inconformidade quanto à identificação do instituto no sistema jurídico quando assim declara:

O usufruto impróprio é instituto aberrante da inteireza lógica do sistema jurídico. O usufrutuário, em vez de obter, com o ato de constituição do usufruto, ou com a incidência da lei, usufruto, obtém domínio. É bem *quasi usufructus*, pôsto de lado o *uti frui salva rei substantia*. O usufrutuário, ou seu herdeiro, tem de indenizar, não o valor, ao constituinte do usufruto, ou seu sucessor, mas o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou – só se não é possível – o valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição (Código Civil, art. 726³²⁵). Diferente o Código Civil Alemão, § 1.067 ³²⁶, que é de inspiração inferior, porque não atende a possível desvalorização da moeda.³²⁷

Pontes de Miranda esboça a hipótese do usufruto sobre dinheiro assim o explicando: “*Usus fructus pecuniae* é uma das espécies mais típicas do usufruto de coisas

³²¹ O autor refere-se ao artigo 726 do Código Civil de 1916.

³²² NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usufruto*, op. cit., p.45

³²³ O autor também refere-se ao Código Civil de 1916, ao artigo 620.

³²⁴ A redação está equivocada; o autor pretendeu citar “tradição efetiva”.

³²⁵ O autor, igualmente, refere-se ao artigo 726 do Código Civil de 1916.

³²⁶ “§ 1067 (Coisas Consumíveis) – Se coisas consumíveis forem objeto de usufruto, tornar-se-á o usufrutuário proprietário das coisas; depois da terminação do usufruto, tem ele de, ao instituidor, indenizar o valor das coisas ao tempo da instituição. Tanto o instituidor como o usufrutuário pode mandar fixar, à sua custa, por peritos, o valor (da coisa). O instituidor pode exigir prestação de garantia quando correr risco a indenização do valor”. ALEMANHA. *Código Civil*. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 175.

³²⁷ MIRANDA, *Tratado de direito privado*, op. cit., p. 134.

consumíveis. Também aqui se há de atender à destinação econômica, estética e histórica do bem usufruído.”³²⁸

Ademais, o autor evidencia a sua posição quanto à caução prevista na legislação, a fim de resguardar o nu-proprietário para o caso de não-restituição do bem, pela sua inexistência no término do contrato, ou de não-pagamento, consequências típicas do instituto do usufruto.

A caução do usufruto próprio é para a conservação e para restituição; a do usufruto impróprio, somente para a restituição do *tantundem*.

A verdadeira ocorrência técnica pode ser explicada: desde que prestava a caução de restituir e se dizia usufrutuário quem a prestava, o usufrutuário passava a poder consumir a coisa.

Mas a solução, uma vez integrada no sistema jurídico, deu outra configuração ao usufruto de coisas consumíveis: coisas consumíveis podem ser objeto de usufruto, tornando-se de propriedade do usufrutuário, que as tem de restituir na mesma espécie, qualidade e quantidade.³²⁹

Por outro lado, Pontes de Miranda refere que a admissão ou o reconhecimento do instituto do usufruto impróprio não estão vinculados à existência ou não de caução, quando aprecia os efeitos que poderão advir pelo fato da não-entrega da posse do bem ao usufrutuário, ato que, em sua linha de pensamento, afirma ser necessário para a efetiva caracterização do direito de usufruto efetivamente constituído. Assim explanara:

Se houve transmissão de posse, com ou sem caução, com ou sem inventário, o usufrutuário impróprio adquire, no direito brasileiro, “para logo”, a propriedade das coisas consumíveis. Cumpre ter-se sempre presente que, no sistema jurídico brasileiro, a caução só tem efeito previsto no art. 729 do Código Civil se o dono exigiu a caução. Com a posse pelo usufrutuário impróprio, os credores dêse podem penhorá-la e a falência do usufrutuário impróprio apanha as coisas consumíveis ainda não consumidas.

O usufrutuário impróprio, para reivindicar a coisa consumível, objeto do usufruto, tem de alegar e provar que lhe foi outorgado o usufruto e que recebeu a posse. Antes de tal entrega não tem a *rei vindicatio*. O crédito dêle, em relação ao constituinte do usufruto, a quem pode pedir a posse, pode ser penhorado, não ainda o objeto do usufruto, que ainda não se compôs como direito real.³³⁰

Por sua vez, Orlando Gomes também dá a sua contribuição ao estudo do tema,

³²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, op. cit., p. 137.

³²⁹ MIRANDA, op. cit., p. 136.

³³⁰ MIRANDA, op. cit., p. 139.

igualmente referindo a impossibilidade de que, para a exata configuração do usufruto, não poderia o usufrutuário dispor da substância do bem, resultando, por óbvio, a impossibilidade de admitir-se a relação como de um usufruto. Transcrevem-se três apontamentos do autor, sendo os dois primeiros tocantes ao usufruto próprio, e o último, ao usufruto impróprio:

- “O usufrutuário tem o *direito de perceber os frutos da coisa*, sejam naturais, industriais ou civis, fazendo seus os pendentes ao começar o usufruto.”
- “Uma vez que está obrigado a restituí-la e lhe cumpre preservá-la em sua substância, deve administrá-la com todo zelo. Como tem apenas *direito de administração*, não pode transformar a coisa, nem lhe alterar a substância.”
- “No *usufruto impróprio* ou *quase-usufruto*, adquire o domínio da coisa, razão por que não há cogitar do direito de percepção dos frutos.”³³¹

Veja-se, que o autor aprecia a questão, tomando também por parâmetro, a natureza dos bens envolvidos, se móveis ou imóveis:

Quanto às coisas *imóveis*, nenhuma observação que fazer, salvo a de que o usufruto imobiliário requer transcrição no competente Registro Público. Quanto às *móveis*, não podem ser *fungíveis*, nem *consumíveis*. Se o usufrutuário deve conservar a substância da coisa para o nu proprietário, não se compreende usufruto sobre coisas substituíveis por outras do mesmo gênero, e, muito menos, sobre bens cuja existência termina com o primeiro uso, ou cuja destinação é serem alienados. Não obstante, admite-se que tenha por objeto tais bens, tomando, então, o nome de *quase-usufruto*. Diz-se desse *usufruto impróprio*, que é usufruto sobre o valor da coisa. Mas, embora admitido, usufruto não é, porquanto o *quase-usufrutuário* se torna proprietário da coisa dada em usufruto obrigando-se a restituir a coisa equivalente. Assemelha-se, portanto, ao mútuo. Quando o quase-usufruto se extingue, seu titular, em vez de restituir a coisa, como no usufruto, paga seu valor.³³²

Darci Bessone, para explicar o instituto, identifica a situação em que se apresenta, no campo do direito obrigacional, assim destacando: “O usufrutuário, no quase-usufruto, torna-se proprietário da coisa, colocando-se, em consequência, na posição de devedor do

³³¹ GOMES, *Direitos reais*, op. cit., p. 344.

³³² GOMES, op. cit., p. 338-339.

equivalente. As relações decorrentes do quase-usufruto situam-se, quanto à restituição da coisa entregue, no plano do direito das obrigações.”³³³

Sem preocupar-se em, tão-somente, identificar o instituto do usufruto impróprio na legislação pátria, como fez Clóvis Beviláqua e, portanto, explicá-lo, com autoridade, Carvalho Santos desvendou o usufruto impróprio como uma figura de outra espécie, menos como um usufruto.

Veja-se a consequência que o jurista destaca pelo fato da constituição de usufruto tendo como objeto coisas que se consomem pelo uso, o que, a rigor, menciona que não poderiam ser objeto de usufruto em face de que “o direito de gozá-los não pode ser destacado do de dispor. Ou como se costuma dizer: não se pode usufruir conservando, mas, sim, destruindo.” Então, define o jurista que o usufruto impróprio envolve as “coisas que se consomem pelo uso, com a obrigação para o usufrutuário de restituir o equivalente, em gênero, qualidade e quantidade, ou seu valor.” E assim arremata o autor:

Melhor diríamos que o quase-usufruto, ao invés de usufruto; é um uso especial de modo a afastar a idéia de percepção dos frutos.
Ao contrário do que ocorre no usufruto, que se limita ao aproveitamento das utilidades da coisa, sendo o usufrutuário obrigado a conservá-la, no quase-usufruto, o usufrutuário passa a adquirir a propriedade do bem, não havendo a obrigação de conservá-lo, mas, apenas, a de restituir o equivalente.³³⁴

Um efeito visível, para Carvalho Santos, é a questão da transferência do domínio no usufruto impróprio, situação figurada no próprio texto do artigo 726 do Código Civil brasileiro de 1916, conforme se transcreve:

Caem para logo no domínio do usufrutuário... Não são, portanto, de propriedade do proprietário, que, no caso, não existe, para dar lugar à figura de mero credor do preço corrente dos objetos ao tempo da restituição, ou do preço da avaliação, se as coisas tivessem sido avaliadas no título constitutivo do usufruto.
Passando a ser verdadeiro proprietário da coisa, pode o usufrutuário reivindicá-la, intentando a ação ainda que contra pessoa credora do preço ou para a qual passará a coisa findo o usufruto.³³⁵

³³³ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 289.

³³⁴ SANTOS, J. M. De Carvalho. *Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 404-405.

³³⁵ SANTOS, op. cit., p. 408.

Da questão da entrega do valor do bem, no término do usufruto impróprio, assevera Carvalho Santos:

O Código prevê a hipótese de não ser isso possível. Não vai além. Não pode a pessoa a quem a restituição deve ser feita recusar-se a receber o equivalente a pretexto de preferir o preço, pois a obrigação do usufrutuário é restituir, antes de tudo, o equivalente, e, somente verificada a impossibilidade, restituir o preço.³³⁶

Da experiência com o direito civil francês, em se tratando das coisas que se consomem pelo uso, assim disserta Aynès Laurent:

O usufrutuário deve conservar a substância da coisa; ele não pode pois consumi-la. Se nos atermos ao rigor do princípio, será preciso decidir que o usufruto não pode compreender coisas consumíveis. Nós já temos dito que é pela derrogação aos princípios, por causa da utilidade que o direito romano admitiu um quase-usufruto sobre as coisas as quais não se pode usar sem as consumir; e o código civil o mantém. Este direito tem de usufruto, somente o nome; ele difere completamente disso. Uma vez que o usuário deve conservar a substância da coisa, o quase-usufrutuário tem o direito de destruí-la em a consumindo.³³⁷

Pelo autor, o usufruto não é mais que um desmembramento da propriedade, o direito de usufruir e a propriedade ficam com o nu-proprietário, e o quase-usufrutuário adquire a propriedade da coisa gravada, ficando o nu-proprietário sem propriedade:

O usufrutuário deve devolver as coisas *in natura*, na extinção do usufruto, devedor de uma coisa certa, ele é liberado de sua obrigação pela perda fortuita. O quase-usufrutuário, ao contrário, é proprietário da coisa, e lhe aplicamos o princípio de que a coisa perece para o proprietário; ele não é devedor de uma coisa tal, ele deve devolver ao final do usufruto, conforme o artigo 587, as coisas de mesma quantidade, qualidade e valor ou sua estimação.³³⁸

³³⁶ SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 408.

³³⁷ “407. L'usufruitier doit conserver la substance de la chose; il ne peut donc pas la consommer. Si l'on s'en tenait à la rigueur du principe, il faudrait décider que l'usufruit ne peut pas comprendre des choses consommables. Nous avons déjà dit que c'est par dérogation aux principes, pour cause d'utilité que le droit romain a admis un quasi-usufruit sur les choses dont on ne peut user sans les consommer; le code civil le maintient. Ce droit n'a de l'usufruit que le nom; il en diffère du tout au tout. Alors que l'usufruitier doit conserver la substance de la chose, le quasi-usufruitier a le droit de la détruire en la consommant.”. AYNÈS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 513. (Tradução livre).

³³⁸ “407. L'usufruitier doit rendre les choses en nature, à l'extinction de l'usufruit; débiteur d'un corps certain, il est libéré de son obligation par la perte fortuite. Le quasi-usufruitier, au contraire, est propriétaire de la chose, et on lui applique le principe que la chose périt pour le propriétaire; il n'est pas débiteur d'un corps certain; il doit rendre à la fin de l'usufruit, d'après l'article 587, (1). AYNÈS, op. cit., p. 514. (Tradução livre).

Ainda, se for considerada a questão da devolução do bem objeto de usufruto impróprio, sobrepõe-se a idéia de que o usufrutuário tem a opção de escolha. Nesse sentido, assevera o autor francês que “(...) a escolha lhe pertence mesmo quando as coisas lhe tenham sido liberadas sem estimação, ela lhe pertence em virtude da lei; por conseguinte a lei não deveria ter falado de estimação, ela deveria ter falado em seu valor, porque é o valor que o usufrutuário deve restituir.”³³⁹

Efetivamente, o usufruto das coisas consumíveis será, quase sempre, um quase-usufruto, e o usufruto das coisas não consumíveis corresponderá a um usufruto comum. Entretanto, para as coisas não consumíveis há exceções. Veja-se o exemplo trazido por Aynès Laurent:

Falando do usufruto de um fundo de comércio: as mercadorias que compõem o fundo de comércio se tornam propriedade do usufrutuário, como no quase-usufruto, no sentido que ele pode delas dispor. Há o quase-usufruto neste caso, em virtude da vontade tácita do constituinte. A razão mais forte, pode existir quase-usufruto em virtude expressa das partes interessadas. Nos perguntamos se a estimação sozinha é suficiente para transformar o usufruto em quase-usufruto? A questão é controvertida e há alguma dúvida. É preciso ver qual é a intenção daquele que a prescreveu –a estimação- ou quem a estipulou. A intenção, em matéria de usufruto, pode ser, ou de transportar a propriedade ao usufrutuário ou constituindo devedor da sua estimação; ou fixando o valor das coisas gravadas de usufruto, como garantia da obrigação que é imposta ao usufrutuário de fruir responsabilmente.³⁴⁰

Não sendo o bastante, o autor analisa o efeito diferenciador, pelo fato de que a intenção pode sofrer mudanças, momento em que a estimação à venda deixa de ser aplicável. E assim arremata:

³³⁹ “408..., ce choix lui appartient alors même que les choses lui auraient été livrées sans estimation, il lui appartient en vertu de la loi; dès lors la loi n’aurait pas dû parler. d’*Obra citada*, elle aurait dû dire ou leur, car c’est la valeur que l’usufruitier doit restituer.” AYNÈS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 517. (Tradução livre).

³⁴⁰ “410. En parlant de usufruit d’un fonds de commerce: les marchandises qui composent le fonds de commerce deviennent la propriété de l’usufruitier, comme dans le quasi-usufruit, en ce sens qu’il en peut disposer. Il y a quasi-usufruit, dans ce cas, en vertu de la volonté tacite du constituant. A plus forte raison, peut-il y avoir quasi-usufruit en vertu de la volonté expresse des parties intéressées. On demande si l’estimation seule suffit pour transformer l’usufruit en quasi-usufruit. La question est controversée et il y a quelque doute. Il faut voir quelle est l’intention de celui qui a prescrit l’estimation ou qui l’a stipulée. L’intention, en matière d’usufruit, peut être, ou de transporter la propriété à l’usufruitier en le constituant débiteur de l’estimation, ou de fixer la valeur des choses grevées d’usufruit, comme garantie de l’obligation Qui est imposée à l’usufruitier de jouir en bon père de famille.” AYNÈS, op. cit., p. 517. (Tradução livre).

Como a intenção pode variar, o adágio que assimila a estimação à venda se torna inaplicável. Apesar da estimação, ele poderá ter aí um usufruto verdadeiro, se tal a intenção das partes interessadas. Somente a estimação poderá às vezes servir para fazer conhecer a intenção das partes.

Se o usufrutuário tinha qualquer interesse em tornar-se proprietário, para poder dispor das coisas, se admitiria facilmente que a estimação equivale a venda.³⁴¹

E assim o autor arremata a questão:

Mas geralmente o usufrutuário está interessado que esta estimação não corresponda uma venda: ele poderá usar a coisa como se ele fosse proprietário, sem responder pela perda nem as deteriorações. Ora, em princípio, o usufrutuário tem somente o direito de gozo, o que nos conduz à conclusão que não se pode facilmente admitir que a estimação corresponda a uma venda, porque isto está em oposição com a natureza do usufruto e com o interesse do usufrutuário.³⁴²

Desponta Beudant ao considerar que, no quase-usufruto, há o direito de se servir das coisas, embora o uso ocasione o abuso, podendo, então, consumi-las, em outros termos, dispondo delas e, por consequência, tornar-se proprietário.

Afirma assim, que aí está o traço essencial e característico que distingue o quase-usufruto do usufruto.

O usufrutuário, no usufruto comum, somente adquire atributos da propriedade: o uso e o gozo (usufruto). O quase-usufrutuário adquire a propriedade completa das coisas submissas à seu direito. Somente o texto acrescenta: “Ao encargo de devolver disso, a mesma quantidade, qualidade e valor, ou sua estimação, ao final do usufruto.” Ele se torna proprietário da coisa mas também devedor de seu valor; o termo fixado pela restituição é o dia da extinção do usufruto. Por conseguinte, o proprietário que, no usufruto, conserva um direito real - a nua propriedade - não tem mais, no quase-usufruto, do que um direito de crédito.

³⁴¹ “Comme l’intention peut varier, l’adage Qui assimile l’estimation à la vente devient inapplicable. Malgré l’estimation, il pourra y avoir usufruit véritable, si telle est l’intention des parties intéressées. Seulement l’estimation pourra parfois servir à faire connaître l’intention des parties. Si l’usufruitier avait quelque intérêt à devenir propriétaire, pour pouvoir disposer des choses, on admettrait facilement que l’estimation vaut vente. AYNÈS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 518. (Tradução livre). ”

³⁴² “Malgré l’estimation, il pourra y avoir usufruit véritable, si telle est l’intention des parties intéressées. Seulement l’estimation pourra parfois servir à faire connaître l’intention des parties. Si l’usufruitier avait quelque intérêt à devenir propriétaire, pour pouvoir disposer des choses, on admettrait facilement que l’estimation vaut vente. Mais généralement l’usufruitier est intéressé à ce que l’estimation ne vaille pas vente: il pourra user de la chose comme s’il était propriétaire, sans répondre de la perte ni des détériorations. Or, en principe, l’usufruitier n’a qu’un droit de jouissance, ce Qui nous conduit à la conclusion que l’on ne peut pas facilement admettre que l’estimation vaille vente, parce que cela est en opposition avec la nature de l’usufruit et avec l’intérêt de l’usufruitier (1).” AYNÈS, op. cit., p. 518 (Tradução livre).

Tal é a noção do quase-usufruto, a qual não é, à dizer verdade, um usufruto, mas uma combinação, um expediente imaginado para chegar a um usufruto, para chegar a um acordo, em um caso especial, a um resultado análogo àquele que produz o usufruto. Resultado análogo, mas não idêntico.³⁴³

E, pelas conseqüências do quase-usufruto, o autor defende que no fim do usufruto, há o encargo da restituição, confrontando as figuras do usufrutuário comum e do quase-usufrutuário. E reconhecendo que “a restituição de mesma quantidade e qualidade é uma regra; a restituição em espécie, logo da estimação, a exceção”, comenta que o usufrutuário devolve a própria coisa que recebeu, cabendo ao nu-proprietário retomá-la. Por outro lado, voltando-se ao quase-usufrutuário, destaca que este devolve coisa da mesma quantidade, qualidade ou estimação, se estimadas, pois deve restituir em equivalência. E fecha a questão asseverando que no Direito Romano era assim, citando como referencial o artigo 578 do Código Civil francês, sendo “que as circunstâncias que envolvem o estabelecimento do usufruto determinam qual dos dois modos de restituição deve ser empregado .”³⁴⁴

Não obstante, os efeitos da preferência no concurso de credores e o direito de seqüela, caracteres naturais dos direitos reais, no quase-usufruto perdem a razão de ser. Assim, no que se refere às garantias de restituição, destaca Beudant que a posição do nu proprietário é menos favorável no quase-usufruto do que no usufruto.

³⁴³ “L’usufruitier, dans l’usufruit ordinaire, n’acquiert que deux attributs de la propriété: l’usage et la jouissance. Le quasi-usufruitier acquiert la propriété complète des choses soumises à son droit. Seulement le texte ajoute: “à la charge d’en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l’usufruit”. Il devient propriétaire de la chose, mais aussi débiteur de sa valeur; le terme fixé pour la restitution est le jour de l’extinction de l’usufruit. Par suite, le propriétaire, qui, dans l’usufruit, conserve un droit réel – la nue propriété – n’a plus, dans le quasi-usufruit, qu’un droit de créance. Telle est la notion du quasi-usufruit, lequel n’est pas, à vrai dire, un usufruit, mais une combinaison, un expédient imaginé pour aboutir, dans un cas spécial, à un résultat analogue à celui que produit l’usufruit. Résultat analogue, mais non identique.”. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, op. cit., p. 489-490. (Tradução livre).

³⁴⁴ “1° L’usufruitier ordinaire rend en nature la chose même qu’il a reçue; ou plutôt le nu propriétaire, qui a conservé sur elle un reprend. Le quasi-usufruitier rend une même quantité de choses de même qualité ou leur estimation, si elles ont été estimées; il restitue en équivalent. Il en était ainsi en droit romain, et l’article 578 implique le maintien de la solution traditionnelle. Les circonstances Qui entourent l’établissement de l’usufruit déterminent lequel des deux modes de restitution doit être employé. La

Ele é exposto, de fato, a um perigo que não tem que temer no usufruto comum. No caso do usufruto propriamente dito, ele tem um direito real sobre a coisa; ele está seguro de reencontrá-la, pelo exercício do direito de perseguição, se o usufrutuário a aliena; pelo direito de preferência, se ela está compreendida na penhora dos bens do usufrutuário. No caso do quase-usufruto, ele não é mais que um credor; ele fica, por consequência, submisso à lei do concurso com os outros credores do usufrutuário, seu devedor comum.

Daí, no caso de quase-usufruto, a utilidade toda especial das garantias de restituição previstas pelos artigos 600 e seguintes; elas existem mesmo no caso do usufruto comum, mas tomam uma importância particular em matéria de quase-usufruto.³⁴⁵

Essa observação aqui já se fez quando da descrição das características dos direitos reais, no tópico da preferência.

Enfim, um efeito pró-nu-proprietário, haja vista que, neste instituto, mesmo que o quase-usufrutuário perca a coisa, mesmo que por caso fortuito, aquele terá direito de receber, no final, coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. O contrário ocorreria no direito real de usufruto, quando, sem culpa das partes, o perecimento do objeto não gera responsabilidade de pagamento pelo usufrutuário, porém o quase-usufrutuário não seria liberado da obrigação de pagamento final.

Nesse sentido é a posição de Beudant quanto aos riscos, pois, do prisma de outra relação, afirma que a posição do nu-proprietário é mais vantajosa no quase-usufruto do que no usufruto.

No último caso, de fato, os riscos estão a seu cargo, quer dizer que ele suporta, sem recurso entre quem seja, a perda ou a deterioração da coisa resultante de um caso fortuito ou de força maior; o artigo 615³⁴⁶

restitution en pareille qualité et quantité est la règle, la restitution en espèces, d'après estimation, l'exception." BEUDANT, *Cours de droit civil français*, op. cit., p. 490. (Tradução livre).

³⁴⁵ "Il est exposé, en effet, à un péril qu'il n'a pas à redouter dans l'usufruit ordinaire. En cas d'usufruit proprement dit, il a un droit réel sur la chose; il est donc assuré de la retrouver, par l'exercice du droit de suite, si l'usufruitier l'aliène, par le droit de préférence, si elle est comprise dans la saisie des biens de l'usufruitier. En cas de quasi-usufruit, il n'est qu'un créancier; il reste, par conséquent, soumis à la loi du concours avec les autres créanciers de l'usufruitier, leur débiteur commun. De là, au cas de quasi-usufruit, l'utilité toute spéciale des garanties de restitution prévues par les articles 600 et suivants; elles existent même au cas d'usufruit ordinaire, mais prennent une importance particulière en matière de quasi-usufruit." BEUDANT, op. cit., p. 491. (Tradução livre).

³⁴⁶ "Se o usufruto é estabelecido sob um anômalo que acaba morrendo sem culpa do usufrutuário, este não é obrigado a devolver um outro; nem de pagar a estimação" Código Civil Francês, art. 615. (Tradução livre).

(...) No quase-usufruto, ao contrário, aquele que faz o papel de um proprietário não é mais proprietário da coisa, ele é credor de seu valor; ora, o valor não perece jamais; pois então, no caso de perda da coisa, em caso contrário do feito pelo uso que disso faz o usufrutuário, mesmo em caso fortuito, o quase-usufrutuário não fica menos devedor; os riscos estão a seu encargo.³⁴⁷

Uma vez definida a situação do instituto sob estudo no tempo, após o retrospecto das posições doutrinárias de fontes históricas que muito contribuíram e ainda vêm contribuindo na construção do direito, verificar-se, na seqüência, a situação pontual do tema no direito positivo no Brasil, antes e depois da codificação, bem como em alguns países, cuja consulta foi possibilitada, por um lado, em face da importância que têm na história do direito e, por outro, pela maior facilidade na pesquisa, inclusive pela peculiaridade dos idiomas.

3.3.2 O instituto no direito positivo

Antes mesmo de tratar-se do Direito Civil na era da codificação, entende-se salutar uma passagem pelos tempos do Império, que se reconhece é um caminho necessário para o entendimento do próprio Direito Civil, no Brasil, proposição que permite extrair considerações dos estudos e das proposições que antecederam o Código Civil de 1916, que incluiu o país dentre aqueles que já haviam logrado êxito em codificar as normas atinentes à matéria.

Para tanto, sem necessidade de regra hierárquica alguma, por importância ou por situação no tempo, é a Consolidação de Teixeira de Freitas o ponto inicial da discussão. Este cita exemplos de aplicação do usufruto também aos bens móveis “que se não consomem ao primeiro uso (...). Entretanto, que não só a hypotheca e o usufructo, como todas as outras especies de direitos reais, são proprias dos immoveis.”, quando assim afirmou:

³⁴⁷ “Dans ce dernier cas, en effet, les risques sont à sa charge, c’est-à-dire qu’il supporte, sans recours entre qui que ce soit, la perte ou la détérioration de la chose résultant d’un cas fortuit ou de force majeure; l’article 615 “Si l’usufruit n’est établi que sur un animal qui vient à périr sans la faute de l’usufruitier, celui-ci n’est pas tenu d’en rendre un autre, ni d’en payer l’estimation”. Dans le quasi-usufruit, au contraire, celui qui joue le rôle de nu propriétaire n’est plus propriétaire de la chose; il est créancier de sa valeur; or, la valeur ne périr pas; donc, en cas de perte de la chose, fût-ce autrement que par suite de l’usage qu’en fait l’usufruitier, même par cas fortuit, le quasi-usufruitier n’en reste pas moins débiteur; les risques sont à sa charge.”. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, op. cit., p. 492. (Tradução livre).

Consistindo o usufructo na limitação de não dispôr da substancia da cousa, e por conseguinte de a não consumir, resulta, que só devêra têr por objecto as cousas corporeas, que se não consumissem com o uso. ---*Exceções que o próprio uso consome*³⁴⁸ --- são as palavras das Insti. L. 2º T. 4º § 2º de usufr.; *entretanto admittio-se depois por analogia o usufructo de cousas fungiveis, e d'ahi veio a distinção entre o---o verdadeiro usufruto --- e o---quasi-fructus---*. Em tal caso, como já se notou, o usufructuario torna-se proprietario da cousa com obrigação de restituir outra quantidade do mesmo genero igual á consumida.³⁴⁹

Assim, vê-se que foi aparente a preocupação do jurista na época com a exata colocação da matéria dentre os ramos do direito civil.

O segundo momento a perfilhar, sem sombra de dúvidas, também envolve o trabalho de Teixeira de Freitas. Foram longos anos de estudo, de discussão, de contratação e de descontração para a elaboração do *Esboço* – obra, na época, a ser tida como Anteprojeto de Código Civil.

Transcreve-se o dispositivo em que tratou da matéria:

Art. 4.654. É usufruto de coisas fungíveis, que o usufrutuário não tem obrigação de restituir idênticamente:

1º. O de estabelecimentos comerciais com todos os objetos que os compõem destinados a ser vendidos e em geral o de coisas destinadas a ser vendidas (art. 3.160, nº. 3).

2º. O de animais destinados ao consumo.³⁵⁰

Disso claramente resulta que o autor não se preocupara com a questão teórica e doutrinária tocante ao objeto do usufruto, que traz como peculiaridade a conservação de sua substância, haja vista que, sem sombra de dúvidas, pelos dispositivos supra-referidos, todos prevêem, com farta ilustração, a livre disponibilidade de contratação do usufruto sobre bens fungíveis.

Contudo, o *Esboço*, não foi aproveitado no Brasil como mereceria; sim, serviu de base para a elaboração do Código Civil da Argentina, até hoje marcado pela influência filosófica e de formação seguida por Teixeira de Freitas.

³⁴⁸. “---Exceptis ii quae ipso usu consumuntur---” INSTITUTAS. Apud FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, op. cit., p. LXXVIII. (Tradução livre).

³⁴⁹ FREITAS, op. cit., p. LXXVIII.

³⁵⁰ FREITAS, *Código Civil* – *Esboço*, op. cit., p. 1321.

Da obra extrai-se a questão do usufruto impróprio, incidentes sobre coisas, a princípio, tendo por foco a legitimidade de quem o constitui:

Art. 4.533. Sendo *não fungível* (arts. 357 e 359) a coisa frutuária, não tem capacidade para constituir usufruto por contrato oneroso (art. 4.531, nº. 1) quem a não tiver para vender (arts. 1.981, 1.982 e 1.984 a 1.986) e por contrato gratuito (artigo 4.531, nº 2) quem a não tiver para doar (arts. 2.123 e 2.124). Sendo *fungível* (arts. 357 e 358) a coisa frutuária, não tem capacidade para constituir usufruto por contrato oneroso ou gratuito (art. 4.531, ns. 1 e 2) quem a não tiver para emprestar por mútuo (art. 2.216)...³⁵¹

Mais clara, se torna a constituição do usufruto impróprio no *Esboço*, quando se nota que Teixeira de Freitas se preocupou em definir a forma da constituição do direito real sobre bens fungíveis, conforme segue:

Art. 4.538. Adquire-se o usufruto de coisas móveis (artigos 387 a 394), fungíveis e não fungíveis (arts. 357, 358 e 359), constituído por contrato oneroso ou gratuito (art. 4.531, ns. 1 e 2), só pela *tradição* delas ao usufrutuário (arts. 3.734 e 3.762 a 3.808).³⁵²

Art. 4.540. Adquire-se o usufruto de coisas móveis (artigos 387 a 394), fungíveis e não fungíveis (arts. 357, 358 e 359), constituído por disposição de última vontade (art. 4.531, nº. 3).³⁵³

Essa foi a fase inicial do usufruto antes da codificação, fase preparatória para a concretização do Código Civil de 1916.

3.3.2.1 Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, seguindo a mesma diretriz das legislações estrangeiras que lhe serviram de norte, acolheu a hipótese de instituição de usufruto sobre bens consumíveis e ou fungíveis.

Assim, Bevilacqua, acolhendo, dentre tantas³⁵⁴, as situações previstas no *Esboço* de Teixeira de Freitas, fez constar:

³⁵¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil – Esboço*, op. cit., p. 1290.

³⁵² FREITAS, op. cit., p. 1290.

³⁵³ FREITAS, op. cit., p. 1291.

³⁵⁴ Constaram 4.908 artigos no Código Civil – Esboço, de Teixeira de Freitas.

Art. 726. As coisas que se consomem pelo uso, caem para logo no domínio do usufrutuário, ficando, porém, este obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição.

Asseverou o jurista, constando no único parágrafo ao referido dispositivo, as consequências advindas da avaliação ou não dos bens objeto de usufruto impróprio, quando assim definiu:

Parágrafo único. Se, porém, as referidas coisas foram avaliadas no título constitutivo do usufruto, salvo cláusula expressa em contrário, o usufrutuário é obrigado a pagá-las pelo preço da avaliação.

Sem dúvidas, foi acolhida no Direito pátrio, no Código que perdurou por quase um século, a figura do usufruto impróprio ante a previsão legislativa ora transcrita.

Ademais, considera-se que, no corpo deste trabalho, há referência doutrinária suficiente de juristas de renome no cenário jurídico nacional, sempre tendo-se por ponto de discussão a figura do usufruto impróprio. Para evitar excesso, entende-se suficiente, no ponto, a transcrição retro da disposição legal, eis que, em termos doutrinários, as inserções deste texto são suficientes para o reconhecimento e o entendimento de que o Código Civil de 1916 acolheu o instituto do usufruto, tendo por foco, também, os bens fungíveis e consumíveis.

Certamente, se houvesse o costume na sociedade brasileira de utilizar-se do instituto do usufruto, sempre que pretendesse dispor de seus bens em favor de terceiros, independentemente da relação familiar, muitas facetas haveriam a desbordar, pois, saindo da esfera familiar, o descumprimento ou a não-devolução dos bens dados em usufruto, bem como a não-restituição em gênero, qualidade e quantidade, levariam a intermináveis discussões doutrinárias.

Acredita-se, pois, que é pela pouca utilização do instituto do usufruto nas relações sociais no Brasil, afora sobre bens imóveis e tendo como sujeitos atuantes familiares, que não se vislumbrou um aprofundamento à questão pela doutrina nacional, motivo que também causou certa estranheza ao não se lograr êxito na localização de jurisprudência tendo como foco a natureza dos bens e, por consequência, haver uma discussão na esfera judicial.

3.3.2.2 Código Civil de 2002

O Código atual foi precedido por inúmeros estudos³⁵⁵ que desencadearam no Projeto nº 634-b, de 1975³⁵⁶.

A matéria, usufruto impróprio, ainda não passou pela apreciação de grande parte da doutrina brasileira, ao tomarem conhecimento do que alterou o Código Civil pátrio com a publicação da lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2.002.

É possível que, em pouco tempo, sequer se fale em usufruto impróprio, como instituto autônomo, no direito pátrio, haja vista que o legislador reformulou a questão, não prevendo a possibilidade de usufruto sobre bens fungíveis ou consumíveis, apenas abordando o tema quando trata dos acessórios³⁵⁷ vinculados a algo dado em usufruto. Inversamente, se a admissão é sobre bem acessório, que depende da existência de um bem principal, *a priori*, permite-se entender que sobre a coisa principal usufruto impróprio não haverá. E, se usufruto impróprio sobre a coisa principal não terá, não haverá por que falar-se em usufruto sobre coisas fungíveis ou consumíveis.

Dentre os poucos juristas que editaram obras após a publicação da lei 10406/2002 e que abordaram sobre o tema, notando a diferença com que o legislador tratou a questão, merece destaque o comentário de Silvio Venosa:

A hipótese adota idêntica solução romana justinianéia. É evidente que a instituição de usufruto sobre coisas consumíveis traz inconvenientes, os quais podem ser contornados por outros institutos jurídicos mais dinâmicos e mais eficazes, como por exemplo, a alienação fiduciária em garantia e o leasing (arrendamento mercantil). Tal como disciplina a lei, o usufruto nessa situação anômala transfere a propriedade do bem consumível. O parágrafo único do art. 726 determinava que se houvesse avaliação no título constitutivo dos bens fungíveis, salvo disposição expressa em contrário, o usufrutuário deveria pagar o preço da avaliação. A correção monetária era de rigor: mais um inconveniente a desestimular a modalidade. A doutrina repele usufruto impróprio, pois colide com sua natureza.³⁵⁸

O autor refere o artigo 1395 do Código Civil atual como uma espécie de usufruto

³⁵⁵ Antes deste projeto, houve inúmeras outras tentativas de alteração do Código Civil, o mais avançado foi o de Orlando Gomes, que, por razões não de cunho valorativo, não foi aprovado pelo Congresso Nacional.

³⁵⁶ Este projeto, tramitou por 27 anos, até a sua aprovação no Congresso Nacional.

³⁵⁷ O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 92, dispõe que “principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.”

impróprio mantido na nova legislação. Contudo, s.m.j., acredita-se tratar de usufruto próprio, sendo que, quando da cobrança do crédito, desencadear-se-á uma mera mudança qualitativa do bem objeto de usufruto, ante a imediatidade da aplicação do produto do crédito recebido prevista no parágrafo único do dispositivo.

Tanto que seu aspecto não é propriamente de um direito sobre coisa alheia, mas de uma obrigação de restituir, emergente da transferência da propriedade. Em razão das críticas e da inutilidade do instituto, o novo Código suprimiu essa modalidade como regra geral, mantendo-a no tocante ao usufruto de títulos de crédito (art. 1.395³⁵⁹; no Código Civil de 1916, art. 719).³⁶⁰

E assim arrematou:

A sobrevivência do quase-usufruto (cujas origens do Direito Romano são obscuras e discutidas) se explica somente por uma razão de tradição jurídica. Porém, nem sua designação, nem sua localização metodológica dentro dos direitos reais altera a verdade substancial: que o quase-usufrutuário adquire a propriedade das coisas e que pode consumi-las, vendê-las ou delas dispor como melhor lhe parecer. Por isso, não se trata de um direito real sobre coisa alheia, senão de uma dívida de coisas consumíveis ou de sua estimação em dinheiro.³⁶¹

Refere também o autor que a previsão legal para os bens consumíveis, no caso, reflete igual tratamento às coisas fungíveis. Ainda, sequencialmente, aponta uma hipótese na qual, admissível seria a instituição de usufruto, contendo, dentre os bens acessórios, coisas consumíveis ou fungíveis. Veja-se:

O Código alude a coisas consumíveis (art. 726), porém é evidente que na categoria de usufruto impróprio pretendida pela lei ingressam igualmente os bens fungíveis em geral, embora nem sempre o que é fungível seja consumível (...). Sobrevém geralmente situação de usufruto impróprio quando da instituição de uma universalidade, da qual fazem parte bens consumíveis. Raro será certamente o usufruto instituído precipuamente para essa finalidade.³⁶²

³⁵⁸ BORDA, 1984, v. 2: 18. Apud VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil – Direitos reais*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, p. 427.

³⁵⁹ “Art. 1.395. Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas.” Código Civil de 2.002. O artigo 719 do Código Civil de 1.916, embora com outra redação, tratou igualmente a questão.

³⁶⁰ BORDA, 1984, v. 2: 18. Apud VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil – Direitos reais*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, p. 427.

³⁶¹ BORDA, 1984, v. 2: 18. Apud VENOSA, op. cit., p. 427.

³⁶² VENOSA, op. cit., p. 426-427.

Trata-se, como vemos, de hipótese de quase-usufruto, porque tem por objeto bens consumíveis. Raro que se aceite usufruto exclusivo nessa hipótese, em que o risco é muito grande para o usufrutuário, dada a faculdade de o nu-proprietário não aceitar os novos títulos por aquele adquiridos. O novo Código procurou minimizar o risco, já apontando a destinação das importâncias recebidas.³⁶³

Abordando também outras hipóteses de usufruto, porém não genericamente sob a tese de que usufruto impróprio seria possível, e sobre toda e qualquer coisa fungível ou consumível, tendo como parâmetro o Código Civil recentemente revogado, arremata Silvio de Salvo Venosa: “O usufruto estabelecido pelo art. 725 do Código de 1916 referia-se a florestas ou minas.”

O autor cita Silvio Rodrigues, que assim trata da matéria: “Aqui encontramos um outro caso de usufruto impróprio, porque o usufrutuário percebe produtos e não frutos”.³⁶⁴ E prossegue Silvio de Salvo Venosa,

nesse caso, pela lei, caberia às partes fixar a extensão e a maneira de exploração. Silentes os interessados, caberia interpretar sua vontade no caso concreto, estabelecendo-se o uso da coisa nos limites do razoável. Em qualquer situação em que se examine a posição do usufrutuário deveria ser levado em conta o conceito de bom pai de família³⁶⁵. Não há mais essa modalidade no novo Código. O usufruto impróprio típico está caracterizado no art. 726 do antigo diploma, como já expusemos.³⁶⁶

Outra referência se faz necessária, a Marco Aurélio Silva Vianna, que, na forma como procedera nos Comentários ao Código de 2002, teceu as seguintes considerações:

Como os acessórios e acréscimos fazem com ela uma unidade, a regra é que o usufruto lhes alcance. O usufruto não fica limitado à coisa, mas se estende a todos acessórios. Como adverte Carvalho Santos, a regra não apresenta dificuldades, mas na prática ela surge e consiste em saber exatamente quais sejam esses acessórios. Já os indicamos em relação ao imóvel residência e agrícola. Mas em se tratando de uma oficina, ele abrange todos os acessórios, ou seja, a matéria-prima, máquinas e provisões existentes, ainda que consumíveis, como o carvão, o óleo etc. Mas não alcança a mercadoria já manufaturada e recolhida aos armazéns³⁶⁷.

³⁶³ VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil*, op. cit., p. 435.

³⁶⁴ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil – Direito das Coisas*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v.V, p. 294.

³⁶⁵ TRABUCCHI, 1992: 466. Apud VENOSA, *Direito civil*, op. cit., p. 436.

³⁶⁶ VENOSA, op. cit., p. 435-436.

³⁶⁷ SANTOS, J.M.C. Código Civil, v. 9, p. 363. Apud VIANA, *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 623.

Alertamos, contudo, que deve ser examinado cada caso concreto, pois tudo se resume a uma questão de fato.

Como já foi dito, a regra legal é supletiva. A vontade das partes pode alterar a situação. Por isso o título constitutivo merece atenção e análise para sabermos se houve a vontade de se excluir algum acessório, ou acrescidos. Mas se o título é omissivo, prevalece a regra geral, que manda estender o usufruto aos acessórios e acrescidos.³⁶⁸

E assim avança nos comentários:

O art. 726 do diploma civil revogado contemplava o usufruto impróprio, ou quase-usufruto, o que não ocorre atualmente. Não temos dispositivo que reproduza a regra do art. 726. Encontramos, ... aplicação particular da figura, quando o usufruto alcança *acessórios* ou *acrescidos*, e entre eles estão coisas consumíveis. Devemos notar que, ao contrário do direito anterior, não se fala em usufruto tendo por objeto coisas consumíveis. Admite-se que o usufruto possa alcançar acessórios e acrescidos consumíveis.³⁶⁹

Reportando-se a José de Oliveira Ascensão, este faz um comparativo entre a disposição do Código Civil brasileiro de 2002 com o que dispõe o Código Civil Português:

O direito português admite o usufruto de coisas consumíveis, estabelecendo regra que se aproxima da solução do direito pátrio, quando contempla os acessórios e acrescidos, e da regra que imperou quando em vigor o código de 1916. Mas naquele direito o objeto do usufruto são coisas consumíveis, enquanto, aqui, o objeto é uma coisa, estendendo-se o usufruto aos acessórios e acrescidos. A situação é diferente. No estudo da norma do art. 1.451 do Código Civil português, (...) pondera que, economicamente encontramos uma situação semelhante ao usufruto, o que justificaria a colocação do preceito pelo legislador português. Sob o ângulo jurídico, porém, a situação é muito diversa, porque, em verdade, deixa-se de gozar de coisa alheia, o que faz com que o usufruto seja dissipado. (...) consumida a coisa, o pretendo usufrutuário torna-se mero devedor de uma obrigação a prazo. Somente até o consumo é que temos uma situação que se aparenta com a do usufruto. Conclui dizendo que temos um anômalo usufruto, direito real, “em que o titular tem o poder de consumir a coisa”³⁷⁰.

Voltando-se ao Código brasileiro vigente:

Como já tivemos oportunidade de referir, a doutrina pátria, no estudo do direito anterior, observava que o usufruto sobre coisas consumíveis resolvia-se em mútuo. Lembramos que o art. 1.256 do Código de 1916, dispondo a respeito do mútuo, enunciava que “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebem em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. O diploma civil vigente não foge desse território, estatuinto que o “o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.”³⁷¹

³⁶⁸ VIANA, Marco Aurélio de Silva. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 623-624.

³⁶⁹ VIANA, op. cit., p. 624.

³⁷⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*, op. cit., p. 415. Apud VIANA, op. cit., 625.

³⁷¹ VIANA, op. cit., p. 625.

A respeito da matéria, eis sua conclusão:

Assim, em verdade, temos o usufruto em essência, quando se impõe ao usufrutuário a obrigação de restituir as coisas acessórias ou acrescidas que ainda existirem – e aqui temos o respeito à substância – *salva rerum substantia* –, mas, ao lado dele, encontramos o usufruto anômalo, que se caracteriza justamente pela substituição do acessório ou acrescido consumido pelo seu equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, na sua impossibilidade, o seu valor, que se estima ao tempo da restituição.³⁷²

Sem caráter conclusivo, vê-se que, pelas disposições do Código Civil vigente, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, menor atenção será dada ao usufruto impróprio.

3.3.2.3 Direito estrangeiro

Propositamente, embora a conceituação de substância tenha se desenvolvido em tópico anterior, deixou-se para trazer a discussão levantada pelo jurista espanhol Carlos Motes, neste momento, extraídas de obra ímpar, de conteúdo valioso para o estudo do assunto.

Já transcrito o conceito de usufruto no Direito espanhol no item próprio, pela especificidade do assunto, destaca-se o questionamento do autor:

E poderíamos perguntar, tratando-se de bens alheios e, portanto, bens em que chegará um momento que deverão ser devolvidos, todo o uso e o gozo não comporta sempre um princípio de não alteração dos mesmos?, não resulta uma redundância e, por conseguinte, supérfluo, lembrar que há a obrigação de conservar? E, por sua vez, se é anulada a própria obrigação de conservar como ficará a forma e substância, ou seja, o próprio objeto sobre que recai o usufruto?³⁷³

O autor assevera que entende haver na expressão “substância” um significado jurídico, negando-lhe haver uma origem filosófica, pelo que deduz das lições de Fernandez

³⁷² VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 624-626.

³⁷³ “Y podríamos preguntarnos, tratándose de bienes ajenos y, por tanto, bienes respecto de los cuales llegará un momento en que habrán de ser devueltos, todo uso y disfrute no comporta siempre un principio de no alteración de los mismos?, no resulta una redundancia y, por consiguiente, superfluo, el que se remarque la existencia de la obligación de conservar? Y, a su vez, si se anula la propia obligación de conservar qué va a quedar de la forma y sustancia, o sea, del propio objeto sobre el que recae el usufructo?”. MOTES,

Villacencio que, na época de Justiniano, os conceitos eram desprovidos de conteúdo filosófico.³⁷⁴ Disso o autor refere que a definição de usufruto advém daquela estabelecida por Justiniano, constante no Digesto.³⁷⁵

Citando Iglesias, o autor volta a retroceder no tempo, citando que o instituto do usufruto, que *a priori* tinha feição e concepção familiar, passou a ser aplicado nos interesses das viúvas dos cidadãos romanos, para a sua sustentação, também quando não tinha direito à herança. E assim é que o usufruto, de caráter eminentemente pessoal³⁷⁶, passou a uma concepção de um direito de propriedade temporária ao passo que se mantinha um outro proprietário com caráter permanente e perpétuo^{377 378}.

O autor, por sua vez, encerra o capítulo asseverando que a expressão romana *salva rerum substantia* adveio de um claro “esforço para esclarecer o claro significado da palavra substância.”³⁷⁹ Nessa diretriz avança Carlos Motes, vinculando a exigência transposta no Digesto, por Paulo, ao “princípio do respeito à identidade da coisa”³⁸⁰.

Não obstante, o autor espanhol não afasta o caráter obrigacional insculpido no instituto do usufruto, ao passo que, acolhendo os argumentos de Pothier voltados ao Código Civil Francês, o cuidar do bem sob usufruto incorpora a idéia de conservar a substância.³⁸¹

Los conceptos de substancia, forma y destino de las cosas en el Código Civil, op. cit., p. 15. (Tradução livre).

³⁷⁴ “De la misma manera, y con el intento de encontrar un contenido concreto a la expresión sustancia, expone García Valdecasas³⁷⁴ esta oposición clásica de las distintas escuelas de Roma, entre los llamados Proculianos y Sabinianos, especialmente al tratar el tema de la “especificación”. Lo cierto es que no nos parece que tenga un origen filosófico el sentido de la idea de sustancia, sino más bien un significado jurídico. De igual modo se manifiesta Fernández de Villavicencio al considerar que la influencia de la filosofía pagana había desaparecido ya en la época de Justiniano y que, por lo tanto, los conceptos empleados por Justiniano deben entenderse desprovistos de toda noción filosófica.” FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco. “Salva rerum substantia en el usufructo propio”, en RDP, 1951, p. 193, nota 27. Apud MOTES, op. cit., p. 18-19.

³⁷⁵ “En efecto, toda la doctrina está de acuerdo en señalar que la definición de usufructo responde a la establecida por Justiniano y contenida en el Digesto 7.1.1, “*usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*” atribuida a Paulo.”. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco, Obra citada, p. 192, nota 17. Apud, Por todos: MOTES, op. cit., p. 19.

³⁷⁶ MASSON, *Essai sur la concept. de l'usufr. en dr. rom.*, Rev. Host. Dr., ser. 4ª, XIII-2, p. 1 y sigs. Apud MOTES, op. cit., p. 20.

³⁷⁷ PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*, p. 781. Apud MOTES, op. cit., p. 19.

³⁷⁸ IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. Instituciones de derecho privado, p. 323, nota 87. Apud MOTES, op. cit., p. 20.

³⁷⁹ “Esfuerzo para esclarecer el claro significado de la palabra sustancia.” MOTES, op. cit., p. 22. (Tradução livre).

³⁸⁰ “El salva rerum substantia significa “dejando a salvo”, “respetando”, la sustancia, o sea, la identidad de las cosas ajenas.” MOTES, op. cit., p. 22. (Tradução livre).

³⁸¹ POTHIER ROBERTO, J., “Oeuvres”, vol. IX, *Traité du Donaire*, n. 211 “... contempla como obligaciones del usufructuario el usar la cosa con un buen padre de familia, (...)”. Código Civil Espanhol: Art. 497:

Por outro lado, limitando-se aos aspectos que ora se propõem, impõe-se destacar que o autor, ao traçar casos específicos, bem delineados, como é o caso do estudo do usufruto sobre imóveis com minas, usufruto sobre minas, usufruto sobre rebanhos e usufruto sobre terrenos e bosques, sempre deixou explícita a necessidade da manutenção da substância da coisa objeto de usufruto, sob pena de impossibilidade jurídica de sua constituição.

O autor, na visão da legislação espanhola, aprofundou o estudo dessas espécies de bens e dos respectivos frutos extraídos de cada um desses, cuja conclusão posta é que a extração dos frutos, por si só, não gerava a destruição da coisa e, portanto, ficava ressalvada a substância dos mesmos. Não obstante, embora tenha traçado essa diretriz, ao apreciar os casos que chegaram aos tribunais, mesmo que contrariando a sua tese, fez constar em sua obra fontes jurisprudenciais³⁸² que, equivocadamente, entenderam pela impossibilidade do usufruto sobre as minas e os minerais, pelo fato da destruição da coisa.

É ilustrada a questão quando o autor exemplifica citando uma decisão jurisprudencial sobre caso que envolvia o usufruto de indústrias e de minas, em que houve a clara manifestação de que os metais ou os minerais produzidos serão os frutos colhidos, sendo que a substância das propriedades deveria ser mantida, em face da natureza do contrato de usufruto.

Extraí-se do Código Civil italiano a concepção pelo legislador ordinário ao conceito de usufruto impróprio:

995. *Cosas consumíveis* – Se o usufruto compreende coisas consumíveis [750], o usufrutuário tem direito de se servir delas e tem a obrigação de pagar o seu valor no término do usufruto, de acordo com a estimativa convencionada.

“El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia” Apud MOTES, *Los conceptos de substancia, forma y destino de las cosas en el Código Civil*, op. cit., p. 26-29.

³⁸² “Así se expresaba la jurisprudencia que en la Sentencia de 7 de mayo de 1879 manifiesta que “el usufructo consiste en las utilidades que por las transformaciones industriales o mercantiles a que se les destine produzcan los metales u otros minerales extraídos de dichas minas, puesto que si se les concede los minerales mismos en conceptos de frutos y rentas, con pleno dominio y libre disposición, se le entrega en absoluto la propiedad de las minas, o sea, la sustancia de la cosa usufructuada, que debe reservarse íntegra y entregarse al dueño cuando termine el usufructo.” Sentencia de 7 de mayo de 1879, Jurisprudencia civil, primer semestre de 1879, núm. 132, pág. 723”. No mesmo sentido, foi a decisão tomada na Sentencia de 1 de diciembre de 1884, Jurisprudencia civil, tomo XVI, núm. 91, pág. 512”. Apud MOTES, op. cit., p. 48.

Faltando a estimativa, é faculdade do usufrutuário de pagar as coisas de acordo com o valor que têm no tempo em que termina usufruto ou de restituir outras em igual quantidade e qualidade [1001, 1258].³⁸³

Ao passo que o legislador italiano prevê, também, a obrigação de restituição da coisa dada em usufruto, assim como admitiu a figura do usufruto impróprio, reportou a solução ao artigo 995 do regramento citado:

1001. *Obrigação de restituir, Medida da diligência* – O usufrutuário deve restituir as coisas que formam objeto de seu direito, ao término do usufruto, salvo quando está disposto no artigo 995.

No gozo da coisa ele deve usar a diligência do bom pai de família [1176].³⁸⁴

A França também previu o instituto do usufruto impróprio em seu Código Civil, onde o legislador, inclusive, exemplificativamente, arrolou alguns casos factíveis de ocorrência, como já apontado na transcrição do artigo 587.³⁸⁵

A deteriorabilidade não equivale à consumibilidade. A afirmativa corrobora-se pela previsão legislativa francesa, onde estão elencados alguns casos de usufruto sobre as coisas consumíveis na França, por exclusão da hipótese de usufruto impróprio, mas que, pela deteriorabilidade, exigem a restituição do objeto de usufruto ou o pagamento do valor equivalente, como fixado no artigo anterior.³⁸⁶

Não obstante, Aynès Laurent desenvolve pontos relevantes nas questões voltadas aos usufrutos constituídos sobre bens móveis, que, de regra, em face da natureza dos objetos, poderão alterar as relações estabelecidas entre as partes, algumas, substancialmente. Nesse sentido, aborda os casos envolvendo bens mobiliários: do usufruto

³⁸³ “995. *Cose consumabili*. – Se l’usufrutto comprende cose consumabili [750], l’usufruttuario ha diritto di servirsene e ha l’obbligo di pagarne il valore al termine dell’usufrutto secondo la stima convenuta. Mancando la stima, è in facoltà dell’usufruttuario di pagare le cose secondo il valore che hanno al tempo in cui finisce l’usufrutto o di restituirne altre in eguale qualità e quantità.”. ITÁLIA. FINOCCHIARO, G. (Org). op. cit., p. 242. (Tradução livre).

³⁸⁴ “1001. *Obbligo di restituzione, Misura della diligenza*. – L’usufruttuario deve restituire le cose che formano oggetto del suo diritto, al termine dell’usufrutto, salvo quanto è disposto dall’articolo 995. Nel godimento della cosa egli deve usare la diligenza del buon padre di famiglia [1176].” ITÁLIA. FINOCCHIARO, G. (Org). op. cit., p. 242. (Tradução livre).

³⁸⁵ O teor do artigo 587 do Código Civil Francês consta no subitem 3.3.1.2 “os fins e o conceito” item 3.3.2 “Segundo a Doutrina”, desta Seção, p. 115.

³⁸⁶ Este aspecto já foi referido no subitem 3.3.1.2 referido na nota anterior, onde se transcreveu o teor do artigo 589 do Código Civil Francês, p. 118.

das coisas que se deterioram pelo uso; do usufruto das coisas que se consomem pelo uso e do usufruto de uma renda vitalícia. Vejam-se os três tópicos que seguem:

567. Se o usufruto compreende coisas que se deterioram pouco a pouco pelo uso, como a roupa, os móveis próprios para mobiliar, o usufrutuário tem o direito de se servir deles pelo uso ao qual eles são destinados” (art. 589). É a aplicação que o usufrutuário desfruta como o proprietário; ou não se pode desfrutar sem usar mais ou menos as coisas que se emprega; e é assim também as casas, apesar das reparações e manutenção que se faz. Se o usufrutuário não tem o direito de desfrutar das coisas que se usam, seu direito se reduz a nada ou a pouca coisa (nr 403). O artigo 589 acrescenta que “o usufrutuário deve deixar as coisas no estado que elas se encontram”, quer dizer usadas e diminuídas pelo efeito do uso. O usufrutuário responde de dolo, é o direito comum; ele responde também por sua falta ou falha, segundo o direito comum (...)³⁸⁷

Mais adiante, quando trata especificamente dos casos especiais envolvendo bens móveis, retorna o autor com a seguinte inserção:

403. Esta primeira parte do artigo 589 é uma aplicação do princípio geral que rege os direitos do usufrutuário. Ele usufrui como os proprietários; ou, não se pode usufruir sem usar mais ou menos as coisas que se emprega; e é assim também as casas, apesar das reparações de manutenção que se faça. Se o usufrutuário não tinha o direito de usufruir das coisas que se usam, seu direito reduzia a nada ou pouca coisa. Estabelecido que ele goza como o proprietário, quer dizer, empregando as coisas segundo sua destinação, o proprietário despido não pode se lamentar. É verdade que na extinção do usufruto, lhe dará coisas usadas e sem valor, o que parece contrário à essência do usufruto, o usufrutuário estando obrigado de dar a substância da coisa, quer dizer um gozo igual àquele que ele recebeu. A isto responde que ele dá a substância da coisa, uma vez que ele a dá tal qual ele a recebeu, deteriorada, é verdade, mas conservando sua forma.³⁸⁸

³⁸⁷ “Si l’usufruit comprend des choses qui se détériorent peu à peu par l’usage, comme du linge, des meubles meublants, l’usufruitier a le droit de s’en servir pour l’usage auquel elles sont destinées” (art. 589). C’est l’application du principe que l’usufruitier jouit comme le propriétaire; or on ne peut pas jouir sans user plus ou moins les choses que l’on emploie; il en est même ainsi des maisons, malgré les réparations d’entretien que l’on y fait. Si l’usufruitier n’avait pas le droit de jouir des choses qui s’usent, son droit se réduirait à rien ou à peu de chose (nº. 403). L’article 589 ajoute que “l’usufruitier doit rendre les choses dans l’état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute”. “Dans l’état où elles se trouvent”, c’est-à-dire usées et diminuées par l’effet de l’usage. L’usufruitier répond du dol, c’est le droit commun; il répond aussi de sa faute, d’après le droit commun.”. AYNÉS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 516-517. (Tradução livre).

³⁸⁸ “403. Cette première partie de l’article 589 est une application du principe général qui régit les droits de l’usufruitier. Il jouit comme le propriétaire; or, on ne peut pas jouir sans user plus ou moins les choses que l’on emploie; il en est même ainsi des maisons, malgré les réparations d’entretien que l’on y fait. Si l’usufruitier n’avait pas le droit de jouir des choses qui s’usent, son droit se réduirait à rien ou à peu de chose. Pourvu qu’il jouisse comme le propriétaire, c’est-à-dire en employant les choses d’après leur destination, le nu propriétaire ne peut pas se plaindre. Il est vrai qu’à l’extinction de l’usufruit, on lui rendra des choses usées et sans valeur; ce qui semble contraire à l’essence de l’usufruit, l’usufruitier étant obligé de rendre la substance de la chose, c’est-à-dire une jouissance égale à celle qu’il a reçue. A cela on répond qu’il rend la substance de la chose, puisqu’il la rend telle qu’il l’a reçue, détériorée, il est vrai, mais conservant sa forme.”. AYNÉS, op. cit., p. 509–510. (Tradução livre).

Invocando a linha positivista adotada no tema, partindo do caso histórico do Direito Romano, observa o jurista, quanto às vestes como um objeto de usufruto:

404. O Código Napoleão não admite esta teoria; contudo ele não defende as partes interessadas de derrotar ao princípio que ele estabelece. Em direito romano se encontram já estas derrogações. O usufruto das roupas (vestimentas), era considerado logo como um usufruto verdadeiro, no sentido do artigo 589, logo como um quase usufruto, no sentido do artigo 587: quer dizer que, ora o usufrutuário tinha o direito de gozar e não estando obrigado a dar as roupas usadas como fossem, e ora ele devia dar o valor das roupas. Isto dependia da intenção das partes interessadas.³⁸⁹

Transpondo o exemplo ao sistema adotado no direito francês, Aynès Laurent complementa que, pela vontade das partes, pode haver a transformação em quase-usufruto nas coisas que se deterioram pelo uso. Porém, assevera que seria inadmissível a hipótese ante o texto formal do Código Civil Francês, que pontua que o usufruto das coisas é o comum e, se fosse admitida a exceção, se estaria derogando a lei.³⁹⁰

Do Chile também se buscaram informações, constatando que, no seu Código Civil, no próprio dispositivo que define o instituto do usufruto, há previsão de que os bens objeto de instituição usufrutuária poderão ser fungíveis. Veja-se:

Art. 764. O direito de usufruto é um direito real que consiste na faculdade de gozar de uma coisa com encargo de conservar sua forma e substância, e de restituí-la a seu dono, se a coisa não é fungível; ou com encargo de devolver igual quantidade e qualidade do mesmo gênero, ou de pagar o seu valor, se a coisa é fungível.³⁹¹

³⁸⁹ “404. Le code Napoléon n'admet pas cette théorie; toutefois il ne défend pas aux parties intéressées de déroger au principe qu'il établit. En droit romain, on rencontre déjà de ces dérogations. L'usufruit des vêtements était considéré tantôt comme un usufruit véritable, dans le sens de l'article 589, tantôt comme un quasi-usufruit, dans le sens de l'article 587: c'est-à-dire que, tantôt l'usufruitier avait le droit de jouir et n'était tenu qu'à rendre les habits quelque usés qu'ils fussent, et tantôt il devait rendre la valeur des habits (1). Cela dépendait de l'intention des parties intéressées.” AYNÈS, *Cours Élémentaire de droit civil*, op. cit., p. 510-511. (Tradução livre).

³⁹⁰ “Dans notre droit aussi, les parties intéressées peuvent transformer l'usufruit de choses qui se détériorent par l'usage en quasi-usufruit, comme nous le dirons plus loin. Mais comme nous avons un texte formel qui décide que l'usufruit de ces choses est un usufruit ordinaire, la dérogation serait une exception à la loi, exception que l'on ne pourrait admettre qu'en vertu de l'intention clairement manifestée du testateur ou des parties contractantes.” AYNÈS, op. cit., p. 511. (Tradução livre).

³⁹¹ “Art. 764. El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible” CHILE. *Código Civil de Chile*. (Tradução livre).

Na mesma linha de pensamento da maioria dos países que prevêm o usufruto impróprio, assim consta no Código Chileno:

Art. 789. Se o usufruto se constitui sobre coisas fungíveis, o usufrutuário se faz dono delas, e o proprietário se faz meramente credor à entrega de outras espécies de igual quantidade e qualidade, ou do valor que estas tenham no término do usufruto.³⁹²

A Argentina também trata da matéria, prevendo em seu Código Civil a possibilidade do usufruto impróprio, cuja denominação é “usufructu imperfecto o cuasi-usufructo”

Art. 2808. Há duas espécies de usufruto: usufruto perfeito, e usufruto imperfeito ou quase-usufruto. O usufruto perfeito é aquele das coisas que o usufrutuário pode gozar sem alterar a substância destas, embora possam deteriorar-se pelo tempo ou pelo uso que se tenha. O quase-usufruto é o das coisas que se seriam inúteis ao usufrutuário se não as consumisse, ou alterasse a substância, como os grãos, o dinheiro, etc.³⁹³

Igualmente, também atribuiu o legislador argentino o efeito da aquisição da propriedade, pelo usufrutuário, quando presente um usufruto impróprio:

2811. O quase-usufruto transfere ao usufrutuário a propriedade das coisas sujeitas a este usufruto, pelo que pode consumi-las, vendê-las ou dispor delas como lhe aprouver.³⁹⁴

³⁹² “Art. 789. Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.”. CHILE. Código Civil de Chile. (Tradução livre).

³⁹³ “2808. Hay dos especies de usufructo: usufructu perfecto, y usufructu imperfecto o cuasi-usufructo. El usufructo perfecto es el de las cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la substancia de ellas, aunque pedan deteriorarse por el tiempo o por el uso que se haga. El cuasi-usufructo es el de las cosas que serian inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su substancia, como los granos, el dinero, etc.”. “2808. Cód. De Luisiana, art. 526. – Zachariae, § 306. – Proudhon, nos. 121 y 1010. Aunque el cuasi-usufructo se aplica a las cosas de que no se puede hacer uso sin consumirlas, sin embargo, el autor de la constitución del usufructo, o las partes, pueden extenderlo a las cosas mismas que serian susceptibles del *usufructus* propiamente dicho, porque según el caso puede parecer más conveniente considerarlas como cantidades. Esta intención aun no podría ser expresa, sino inducirse de las circunstancias; así es que la Ley Romana considera los vestidos ya como objeto de un cuasi-usufructo, ya al contrario como el objeto de un verdadero usufructo. *Instituta De usufruct.*, § 2 – L. 15, § 4, *Dig. De usufruct.* – Demante, *Cours analytique*, n° 426 bis, § 4. – Molitor, *Servidumbres personales*, n°72”. ARGENTINA, *Código Civil da República Argentina*. (Tradução livre). Observa-se que há projeto de um novo Código Civil da Argentina, aprovado pela Comisión de Legislación General de la Nación em 1. De novembro de 2001.

³⁹⁴ “2811. El cuasi-usufructo transfiere al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo, y puede consumirlas, venderlas, o disponer de ellas como mejor le perezca” Consta em rodapé: “2811. Cód. De Luisiana, art. 528. Puede decirse que esto es contrario a la naturaleza del usufructo, pero siendo cosas fungibles pueden ser reemplazadas las unas por las otras, en lo cual no hay perjuicio al propietario”. ARGENTINA, *Código Civil da República Argentina*. (Tradução livre).

Do Uruguai extraem-se os dispositivos que, explicitamente, permitem a conclusão de que são passíveis de usufruto, também, as coisas fungíveis ou consumíveis:

493. O usufruto é um direito real que consiste em gozar da coisa alheia, com o encargo de conservar a sua forma e substância, e de restituí-la a seu dono, se a coisa não é fungível, ou com encargo de devolver em igual quantidade e qualidade do mesmo gênero, ou de pagar o seu valor, se a coisa é fungível.

O usufruto supõe, necessariamente, dois direitos coexistentes, o do nu-proprietário e o do usufrutuário.

Tem por conseguinte, uma duração limitada, pelo que no fim passa ao nu-proprietário e se consolida com a propriedade.³⁹⁵

Como efeito, a mesma conclusão retro-referida, do direito argentino, chegou o legislador uruguaio. Cita-se:

507. Se o usufruto se constitui sobre coisas fungíveis, o usufrutuário se faz dono delas, e o proprietário vem a ser um simples credor à entrega de outras espécies de igual quantidade e qualidade ou do valor que estas tenham no término do usufruto.³⁹⁶

De outra banda, o Código Civil Alemão também admitiu a figura do usufruto impróprio, ao tratar do instituto voltado às coisas consumíveis. Expõe-se:

§ 1067 (Coisas Consumíveis)

Se coisas consumíveis forem objeto de usufruto, tornar-se-á o usufrutuário proprietário das coisas; depois da terminação do usufruto, tem êle de, ao instituidor, indenizar o valor das coisas ao tempo da instituição. Tanto o instituidor como o usufrutuário pode mandar fixar, à sua custa, por peritos, o valor (da coisas).

O instituidor pode exigir prestação de garantia quando correr risco a indenização do valor.³⁹⁷

Em Portugal, vige a seguinte norma, tocante ao usufruto impróprio, no título “Usufruto, uso e habitação”:

³⁹⁵ “493. El usufructo es un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena, con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible, o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible. El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario. Tiene por consiguiente una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad.”. URUGUAI, *Código Civil de La República Oriental del Uruguay*. (Tradução livre).

³⁹⁶ “507. Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario viene a ser simple acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.”. URUGUAI, *Código Civil*. (Tradução livre).

³⁹⁷ ALEMANHA, *Código Civil*. p. 175. (Tradução livre).

Art. 1.439º - usufruto de coisas consumíveis.

1. Quando o usufruto tiver por objecto coisas consumíveis, pode o usufrutuário servir-se delas ou aliená-las, mas é obrigado a restituir o seu valor, findo o usufruto, no caso de as coisas terem sido estimadas; se o não foram, a restituição será feita pela entrega de outras do mesmo género, qualidade ou quantidade, ou do valor destas na conjuntura em que findar o usufruto.

2. O usufruto de coisas consumíveis importa transferência da propriedade para o usufrutuário.³⁹⁸

Após a busca no direito positivo nacional e estrangeiro de como é tratada a questão usufrutuária tendo por objeto bens fungíveis ou consumíveis, o que, no momento, está o Brasil, ante a inovação do novo Código Civil – de 2002 -, que excluiu a previsão que continha no Código de 1916, do usufruto impróprio, pelo menos, no que se refere ao bem principal, ou seja, admitiu o legislador pátrio, com a reforma, o usufruto na categoria denominada impróprio somente sobre os acessórios de algum bem que seja dado em usufruto.

Este, pois, já é um novo caminho traçado. Contudo, para chegar-se a um ponto mais avançado no estudo, entende-se necessária uma passagem pelo direito das obrigações, resgatando o debate dos pontos que podem auxiliar ao presente estudo.

³⁹⁸ PORTUGAL. *Código Civil*.

CAPÍTULO IV - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Segundo o Código Civil pátrio, no Livro I da Parte Especial, ao tratar das relações e das obrigações jurídicas da sociedade, que são direitos pessoais, intitulou-o “Do Direito das Obrigações”. Assim, é nesse ramo do Direito Civil que são abordados os direitos pessoais.

4.1 Direito pessoal

Uma vez que já se discorreu quanto à divisão dos direitos em reais e pessoais, no ponto Direito das Coisas, entende-se desnecessário voltar ao assunto, haja vista que, nas seções que seguem, os direitos pessoais serão abordados com a abrangência necessária a fim de auxiliar na integração do conteúdo discorrido para o entendimento do tema.

4.1.1 Conceito

Apresenta-se dispensável o aprofundamento de todas as nuances relativas ao direito pessoal, até porque é o conteúdo do ramo do direito civil mais amplo – do direito das obrigações –, eis que aborda todas as relações jurídicas privadas admitidas na legislação civil brasileira, além das normas específicas com que determinados institutos são tratados com relação às pessoas de direito público. Contudo, é cediço que é no direito das obrigações que ocorre a base do regramento jurídico que deve nortear o comportamento da sociedade. Diz-se a base sem, contudo, deixar de registrar que esta é fundada com fulcro nos princípios e disposições previstas na Constituição.

Busca-se em Washington de Barros Monteiro uma definição ao instituto, quando se depara com o Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002: “As obrigações aí reguladas são as que vinculam uma pessoa a outra, através das declarações de vontade e da lei, tendo por objeto determinada prestação.” Porém, o mestre ressalva que “(...) a palavra *obrigação* comporta vários sentidos. Pode, com efeito, designar-lhe o lado ativo, também chamado *crédito*³⁹⁹, e o lado *passivo*, também denominado *débito*, assim como o conjunto da relação jurídica, a abrange, destarte, o duplo aspecto (ativo e passivo), o vínculo e a prestação.”⁴⁰⁰

Contudo, Fábio Ulhoa Coelho assim identifica a matéria no Código Civil de 2002:

“O direito das obrigações cuida das situações jurídicas em que um sujeito (devedor) está constringido a prestar algo (dar coisa, fazer ou omitir) para outro (credor). Abrange o exame tanto das situações dessa natureza decorrentes de manifestação da vontade do devedor (declarações unilaterais ou contatos), como das oriundas de ato ilícito (indenização por danos) ou de certa função ou posição econômica (responsabilidade civil objetiva).”⁴⁰¹

Além disso, inclui o jurista, que toda a legislação atinente aos contratos civis hoje, também considerados os mercantis, dentro do Código Civil pátrio.

4.1.2 Objeto

É indubitoso, tanto na doutrina quanto no direito positivo dos países de que se tem conhecimento, que o objeto do direito pessoal cinge-se à criação de uma obrigação a ser cumprida por parte do sujeito passivo, configurada na prestação. Esta, vinculando-se às relações de direito patrimonial, é impregnada de uma conotação econômica, tal como previsto no Código Civil italiano:

³⁹⁹ “Obrigação é o crédito considerado sob o ponto de vista jurídico; crédito é a obrigação sob o ponto de vista econômico” GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, p. 10. Apud MONTEIRO, Washington, de Barros. *Curso de direito civil : direito das obrigações* 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2003., p. 3.

⁴⁰⁰ MONTEIRO, op. cit., p. 3.

⁴⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21-22.

1174. Caráter patrimonial da prestação. – A prestação que forma o objeto da obrigação deve ser suscetível de valoração econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor.⁴⁰²

Também se escuda nos ensinamentos de Fernando Zavalía, para acentuar o objeto das obrigações:

1. Para identificar o sentido em que tomaremos a palavra objeto, comecemos com a análise dos deveres, tomando como exemplo típico a dívida. Nas obrigações, é comum dizer-se que o objeto da prestação (dar, fazer, não fazer). A essa afirmação se agregam posteriores afirmações, distinguindo-se entre o objeto direto e o indireto, partindo da base de que a prestação (objeto direto da obrigação) tem ao seu redor um objeto (objeto indireto da obrigação): assim, por exemplo, a obrigação de dar, tem por objeto direto a prestação de dar, e por objeto indireto, a coisa que deve se dar.⁴⁰³

O autor subdivide o ponto entre objetos diretos e indiretos. Primeiramente:

a) (...), por ora, como objeto direto, se diz a prestação. Prestação é a conduta devida pelo devedor.

Esta conduta pode ser positiva ou negativa. A conduta positiva consiste em um fazer em sentido estrito (fazer) e a dar, que bem visto, é uma forma particular de fazer. A conduta negativa consiste em um não fazer, o que, uma generalização como a que buscamos (aos fins de uma tranqüila comparação com as sujeições reais) pode distinguir-se, porém, em um não fazer (não fazer), em sentido estrito (abster-se) e um tolerar (tolerar).⁴⁰⁴

⁴⁰² “1.174 – *Carattere patrimoniale della prestazione*. La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione [1322] deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse [648, 793, 840, 1197, 1255, 1256, 1322, 1379, 1384, 1411, 1421, 1455, 1457, 1464, 2230], anche non patrimoniale, del creditore.”. ITALIA. FINOCCHIARO, G. (Org). *I Codici di Guida al Diritto*, op. cit., p. 269 (Tradução livre).

⁴⁰³ “1. Para precisar el sentido en el que tomaremos la palabra “objeto”, comencemos con el análisis de los deberes, tomando como ejemplo típico a la deuda. En las obligaciones, es usual el decir que el objeto es la prestación (dar, hacer, no hacer). A esa afirmación se agregan ulteriores precisiones, distinguiéndose entre el objeto directo y el indirecto, partiendo de la base de que la prestación (objeto directo de la obligación) tiene a su torno un objeto (objeto indirecto de la obligación): así, por ejemplo, la obligación de dar, tiene por objeto directo la prestación de dar, y por objeto indirecto, la cosa que debe darse.” LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, op. cit., p. 60. (Tradução livre).

⁴⁰⁴ “a) (...) por ahora, al objeto directo, es decir a la prestación. Prestación es la conducta debida por el deudor. Essa conducta puede ser positiva o negativa, La conducta positiva consiste en un *facere* en sentido estricto (hacer) y el *dare*, que bien mirado, sólo es una forma particular de hacer. La conducta negativa consiste en un *non facere*, el que, una generalización como la que buscamos (a los fines de una cómoda comparación con las sujeciones reales) puede distinguirse todavía, en un *no facere* (no hacer) en sentido estricto (abstenerse) y un *pati* (tolerar).” GOROSTIAGA. *El Código Civil y su reforma*, p. 82 y ss. Apud LÓPEZ DE ZAVALÍA, op.cit., p. 60. (Tradução livre).

Então, transcrevem-se os demais apontamentos, destacando a menção que faz no item ‘c’, onde reflete a situação do objeto como uma das mais importantes características dos direitos pessoais:

- b) (...) Objeto indireto da obrigação, e, como vimos, é, pelo que vimos, o objeto da prestação, o que também se encontra conforme com o uso gramatical, considerada a prestação no momento de cumprir-se (“a dar certa coisa”) ou ao tempo de cumprir-se (“a dar certa coisa”) ou no tempo futuro (“a dará certa coisa”).
- c) uma última observação antes de seguir adiante temos visto que o conteúdo das posições desfavoráveis é com complexo. Pois bem: quando se fala do objeto desfavorável, se está, a bem da verdade, falando do “objeto” daquele elemento particular mais característico. Fica com isso dito que pode haver vários objetos, porém que se seleciona aquele que se apresenta mais relevante.⁴⁰⁵

Assim, refere-se à tradicional divisão das obrigações em de dar, de fazer e de não fazer, cujo objeto que percorrem pode envolver bens patrimoniais ou extra-patrimoniais.

4.1.3 Características

Pela peculiaridade dos direitos pessoais, o direito impõe às partes o dever de diligência e de conservação dos bens eventualmente envolvidos na relação jurídica patrimonial. Veja-se a disposição do Código Civil Italiano:

1175. *Comportamento segundo a boa-fé.* – O devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras da honestidade (em relação aos princípios da solidariedade corporativa).⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ “b) (...) Objeto indirecto de la obligación, e, según vimos, el objetode la prestación, lo que también se encuentra conforme con el uso gramatical, considerada la prestación en el momento de cumplirse (“A da tal cosa”) o en tiempo de cumplirse (“A da tal cosa”) o en tiempo futuro (“A dará tal cosa”). c) Una última observación antes de seguir adelante hemos visto que el contenido de las posiciones desfavorables es complejo. Pues bien: cuando se habla del objeto de desfavorable, se está en realidad hablando del “objeto” de aquella partícula elemental más característica. Queda con ello dicho que puede haber múltiples objetos, pero que se selecciona aquel que aparece más relevante”. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, op. cit., p. 60. (Tradução livre).

⁴⁰⁶ “1175. *Comportamento secondo correttezza.* – Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, [in relazione ai principi della solidarietà corporativa] (1) [1176, 1206, 1227, 1326, 1327, 1337, 1338, 1358, 1366, 1375, 1391, 1460, 1746, 1759, 1805, 1821, 1914, 2105, 2392, 2598 n.3; c.p.c. 88].”. ITÁLIA. FINOCCHIARO, *I Codici di Guida al Diritto*, op. cit., p. 269-270. (Tradução livre).

“1.176. *Diligência no adimplemento*. – No adimplemento da obrigação o devedor deve usar a diligência do bom pai de família (...).

No adimplemento das obrigações inerentes ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve ser avaliada de acordo com a natureza da atividade exercida (...).⁴⁰⁷

Dentre as características das obrigações pessoais no Direito Italiano está o critério da normalidade, que busca, no caso de obrigação determinada pelo gênero do bem a ser entregue, que não seja admitido que, para o cumprimento, seja entregue coisa de valor inferior à média, conforme a natureza da mesma. Veja-se:

1178. *Obrigação genérica*. – Quando a obrigação tem por objeto a prestação de coisas determinadas apenas no gênero (...), o devedor deve entregar coisas de qualidade não inferior à média (...).⁴⁰⁸

Veja-se, também, como o legislador italiano inseriu dentre as normas reguladoras das relações civis o princípio da liberdade contratual, largamente conhecido como Princípio da Autonomia da Vontade.

1.322. *Autonomia contratual*. – As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei (e pelas normas corporativas).

As partes podem também concluir contratos que não pertencem aos tipos com disciplina específica, uma vez que estejam dirigidos a realizar interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico. (Contratos agrários,...).⁴⁰⁹

Do exposto na segunda parte do artigo supra-referido, identifica-se a aplicação, também no Direito Civil substantivo da Itália, da característica *numerus apertus*, que é inerente às relações obrigacionais.

⁴⁰⁷ “ 1176. *Diligenza nell'adempimento*. – Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la dilligenza del buon padre di famiglia [382, 703, 789, 1001, 1218, 1227, 1587 n. 1, 1710, 1746, 1749, 1768, 1800, 1804, 1961, 2042, 2148, 2167, 2236; Documentazione amministrativa, 12]. ”. ITÁLIA. FINOCCHIARO, *I Codici di Guida al Diritto*, op. cit., p. 270. (Tradução livre)

⁴⁰⁸ “1178. *Obbligazione generica*. – Quando l'obbligazione ha per oggetto la prestazione di cose determinate soltanto nel genere [1378, 1465], il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media [664].” ITÁLIA. FINOCCHIARO, op. cit., p. 270. (Tradução livre).

⁴⁰⁹ “1322. *Autonomia contrattuale*. – Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative] (1). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico [Contratti agrari, 13; 27, 45].” ITÁLIA. FINOCCHIARO, op. cit., p. 291. (Tradução livre).

Convém, contudo, lembrar que o caráter *numerus apertus* abre espaço para a livre negociação entre os sujeitos, respeitadas, é claro, as regras gerais aplicáveis às obrigações em geral. Nesse sentido está o artigo 1.323, abaixo transcrito:

“1323. *Normas reguladoras dos contratos.* – Todos os contratos, ainda que não pertençam aos tipos que tenha uma disciplina específica (...), submeter-se-ão às normas gerais contidas neste título.”⁴¹⁰

“1.372. *Eficácia do contrato.* – O contrato tem força de lei entre as partes. (..) Não pode ser descumprido a não ser por mútuo consenso (...) ou por causas admitidas na lei.”⁴¹¹

Identificados os direitos pessoais, doutrinariamente, após já se ter abordado os pontos necessários relativos aos direitos reais, esfera em que comumente é tratado o direito real de usufruto na atualidade, vê-se possível adentrar-se no estudo de um dos contratos que a doutrina e as legislações adotaram – o empréstimo -, aqui na forma de mútuo, este nominado, eis que a regra, em direito obrigacional, é a livre pactuação entre as partes, respeitadas as prescrições legais: objeto lícito, capacidade das partes e forma prevista ou não vedada em lei.

4.2 Mútuo

4.2.1 Conceito

Esta espécie contratual também é vista por Coelho da Rocha como forma de aquisição do bem objeto da relação jurídica estabelecida. Transcreve-se a lição: “§ 774. *Mútuo* é o contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra uma coisa fungível, para lhe ser tornado outro tanto em quantidade e qualidade – Ordenação, Liv. 4, Tít. 50, pr... Como este não fica devedor da coisa individual, mas sim da espécie (*genus*, na frase do direito

⁴¹⁰ “1323. *Norme regolatrici dei contratti.* – Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare [1322], sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.” ITÁLIA. FINOCCHIARO, *I Codici di Guida al Diritto*, op. cit., p. 291. (Tradução livre).

⁴¹¹ “1372. *Efficacia del contratto.* – Il contratto ha forza di legge tra le parti [1322]. Non può essere sciolto che per mutuo consenso [1399, 1748, 2272 n. 3] o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi [1379, 1381] che nei casi previsti dalla legge [1411].”. ITÁLIA. FINOCCHIARO, op. cit., p. 299. (Tradução livre).

romano), adquire o domínio, e portanto corre por conta dele todo o risco – citada Ordenação.”⁴¹²

É na Consolidação de Teixeira de Freitas que se identifica a configuração do mútuo, já como espécie contratual de empréstimo. A previsão está nos artigos 447 à 509.⁴¹³ Veja-se o artigo 477:

Art. 477. Quando se empresta alguma coisa, que consiste em *numero, pêso, ou medida*, e com o uso se-consome, o empréstimo chama-se *mutuo*(1).

Na época do Império, Teixeira de Freitas já concluía a respeito da transmissão do domínio no mútuo, transposto no artigo 479 daquele regramento.⁴¹⁴ Apura-se, contudo, que a mesma concepção é seguida no artigo 587 do Código Civil brasileiro de 2002.”⁴¹⁵

A legislação atual, pelo Código Civil de 2002, assim definiu o instituto:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Silvio Rodrigues, ao conceituar o mútuo, aplica as locuções tipificadas no próprio Código Civil como descrito no artigo 586⁴¹⁶.

O jurista também enfrenta a questão da onerosidade do mútuo, alegação constantemente discutida nos tribunais pátrios, principalmente nos empréstimos de mútuo feneratício. Contudo, como o mútuo traz por característica a gratuidade, segundo a doutrina, eis que o legislador não especificou de forma contrária. A respeito, assim marcou sua posição:

⁴¹² ROCHA, M.A.Coelho da. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 437.

⁴¹³ “(1) Ord. L. 4º T.50, e T. 53 § 1º. *Cousas fungíveis* são o objecto do *mutuo*, isto é, as susceptíveis de substituição por outras cousas da mesma especie, da mesma qualidade, e na mesma quantidade. As cousas, que se-consomem com o uso, são *fungíveis* por sua naturêza; mas as partes podem convencionar, que sejam fungíveis cousas, que o-não são por sua naturêza. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, op. cit., p. 333.

⁴¹⁴ O artigo 479 da Consolidação já foi transcrito no rodapé do Capítulo II, da Seção III do § 1 do texto. “Art. 479. No *mutuo* o dominio da coisa emprestada transfere-se pela entrega ao mutuário.” “O fim do *mutuo* é transferir uso, mas, como a coisa se-consome com o uso, ou as partes estipulárão a substituição della por outra do mesmo genero e especie, resulta necessariamente, que passa para o dominio do mutuário, e que o risco e perigo correm por conta dêse o momento da entrega.” FREITAS, op. cit., p. 335.

⁴¹⁵ “Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.” BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*.

⁴¹⁶ RODRIGUES, *Direito Civil*, op. cit., p. 255.

Como vimos, o Código, tendo em vista concepção tradicional, presumiu gratuito o mútuo. Tal idéia, de repulsa à onerosidade do empréstimo em dinheiro, representava um sentimento muito difundido e que se apoiava na concepção de que como o dinheiro não gera dinheiro – *numus numum non gerat* –, não se justificava o recebimento de interesse por parte do mutuante.

Tal entendimento pertence ao passado e sua superação se explica pela distinção entre crédito ao consumo e crédito à produção. (...⁴¹⁷) Com efeito, o empresário que toma dinheiro emprestado e o reaplica, obtém ou visa obter um ganho. De modo que se pode dizer, na hipótese, que *nuumus numum gerat*. Daí a legitimidade da cobrança de interesses.⁴¹⁸

Orlando Gomes, antes mesmo de identificar o contrato de mútuo, abre o capítulo “Empréstimo” assim ensinando “É o *empréstimo* o contrato em que uma das partes recebe, para uso ou utilização, uma coisa que, depois de certo tempo, deve restituir ou dar outra do mesmo gênero, quantidade e qualidade.”.⁴¹⁹ Na seqüência, afirma que o mútuo é um contrato unilateral e temporário e refere que duas são as espécies contratuais nominadas na categoria dos empréstimos, ou seja, o comodato e o mútuo. “Aquele, é apontado como ‘empréstimo de uso’; este ao *empréstimo de consumo*”. E alinhava os dois conceitos: no comodato “a coisa emprestada deve ser restituída na sua individualidade, razão por que não pode ser fungível, ou consumível”, ao passo que, no mútuo, “a coisa emprestada, sendo fungível ou consumível, não pode ser devolvida, pelo que a restituição se faz por equivalente, *tantudem eiusdem generiks et qualitatis*.”⁴²⁰

Traçados os elementos constitutivos que compõem a definição do mútuo, é o momento de identificar-se o seu objeto.

4.2.2 Objeto

A título de identificação dos bens objeto de mútuo, parte-se da concepção romana, transcrita no Digesto, destacada por Mário C. Giordani⁴²¹:

⁴¹⁷ O autor diferencia a questão: “ Enquanto no primeiro talvez se justificasse a restrição, pois quem socorre um necessitado faz ato de caridade, no crédito à produção a idéia de gratuidade é inconcebível.”

⁴¹⁸ RODRIGUES, *Direito civil*, op. cit., p. 266.

⁴¹⁹ GOMES, O. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 349.

⁴²⁰ GOMES, op. cit., p. 349.

⁴²¹ GIORDANI, Mário Curtis. *O Código Civil à luz do direito romano*, op. cit., p. 79.

Art. 50. ...

D.44.7.1.2: Contrai-se uma obrigação pela recepção de uma coisa na dação em mútuo; a dação em mútuo consiste nas coisas que se consideram pelo peso, pelo número ou pela medida, como o vinho, o azeite, o trigo, o dinheiro; coisas estas que damos para que se tornem propriedade do mutuário, e recebamos depois outras do mesmo gênero e qualidade.⁴²²

Ainda:

D.12.1.2.1: A dação em mútuo tem por objeto aquelas coisas que se consideram pelo peso, número, medida; com cuja dação nos é devida a quantidade prestada, porque, no pagamento, são consideradas antes pelo gênero que pela espécie; com relação a outras coisas, não nos pode ser devida uma quantidade prestada, porque não pode ser paga uma coisa por outra, contra a vontade do credor.⁴²³

Orlando Gomes já referira que o “mútuo é o empréstimo de consumo, material ou jurídico”, cuja destinação advém da qualidade das coisas objeto de mútuo. Também, tem-se por notório, no cenário econômico do país, que, de regra, o mútuo é um empréstimo de dinheiro – bem fungível. O autor acrescenta: “mercadorias e títulos constituem, também, embora menos freqüentemente, objeto de mútuo”. Ainda deixa claro que “ao mutuante que empresta mercadorias é lícito autorizar sua venda para que o mutuário fique com o preço, o qual passa a ser objeto do *mútuo*. É o negócio jurídico chamado *contractus mohatrae*⁴²⁴.” Sem deixar dúvidas, Orlando Gomes afirma que não há mútuo de bens imóveis, haja vista que o objeto desta espécie contratual é um bem fungível. E arremata, no ponto, relatando que, para a sua perfeita constituição, em se tratando de um contrato no qual o credor deverá possuir legitimidade para transferir o domínio do bem mutuado ao mutuário, resta identificado o poder de disposição que este deve possuir.⁴²⁵

⁴²² “Re contrahitur obligatio mutui datione; mutui autem datio consistit in his rebus quae pondere numero mensurave constant, veluti vino, oelo, frumento, pecunia numerata, quae res in hoc damus ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis et qualitalis.” GIORDANI, Mário Curtis. *O Código Civil à luz do direito romano*, op. cit., p. 78-79. (Tradução livre).

⁴²³ “Mutui datio consistit in his rebus quae pondere, numero, mensura, consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum iri, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.” GIORDANI, op. cit., p. 79. (Tradução livre).

⁴²⁴ ENNECERUS, Kipp; WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, p. 211. Apud GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p.356.

⁴²⁵ GOMES, op. cit., p. 355-356.

4.2.3 Efeitos

Silvio Rodrigues, definindo o mútuo como uma espécie contratual de coisa fungível, destinada ao consumo, traça alguns dos efeitos do negócio:

(...) o mutuário, ao receber a coisa, torna-se seu proprietário, podendo destruir-lhe a substância, visto que não precisa devolver o mesmo objeto, mas apenas coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade. Se bem que de sua índole seja gratuito, não repugna à sua natureza tornar-se oneroso. E, se no passado, no mais das vezes, não tinha o caráter especulativo, no presente, em geral, visa ao lucro.⁴²⁶

Nessa diretriz, Silvio Rodrigues, ao reforçar a tese de que no mútuo há um empréstimo de coisas fungíveis, alinhava que estas “são substituíveis indiferentemente umas por outras (...) não é obrigação do mutuário devolver a mesma coisa recebida, mas sim coisa da mesma espécie”. E assevera: “Desse fato decorre que, recebendo em empréstimo coisa fungível, o mutuário se torna seu proprietário, passando os riscos, desde então, a correr por sua conta. *Res perit domino* (art. 587⁴²⁷).”⁴²⁸

Traz-se de Orlando Gomes o elenco de efeitos que gera o contrato sob análise:

O mútuo gera obrigações apenas para o mutuário. O mutuante tem, contra ele, direito de crédito consistente na faculdade de exigir lhe restitua coisa equivalente, e, em se tratando de mútuo feneratício, a de cobrar os juros estipulados. A obrigação fundamental do mutuário é a de *restituição* de coisa da mesma espécie e qualidade, ou a mesma quantidade quando no empréstimo “*non corpora cogitavit, sed quantitatem*”.... o mutuário se obrigou a fazer *amortizações*, a obrigação de restituir deve cumprir-se em frações, desdobrando-se em várias prestações, sem perder a unidade.⁴²⁹

Deixa claro também Orlando Gomes que os contratos da espécie trazem riscos e ao interpretar o disposto no artigo 587 do Código Civil brasileiro, já transcrito em rodapé, aponta como se resolverão:

⁴²⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, op. cit., p. 255-256.

⁴²⁷ O artigo 587 do Código Civil Brasileiro assim prevê: “Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.”

⁴²⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 262.

⁴²⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 356.

A coisa perece para seu dono. Desde que, no mútuo, o domínio da coisa se transfere ao mutuário com a tradição e esta é requisito essencial à perfeição do contrato, por sua conta correm os riscos. Não se aplica, por conseguinte, a regra *res perit creditori*, mas sim, *res perit debitori*. Tendo o mútuo por objeto *coisas fungíveis*, a questão dos riscos rarefaz-se, pois o gênero não perece.⁴³⁰

Estabelecidas essas diretrizes, neste momento, com uma área já delimitada e devidamente situada no contexto do direito civil, abre-se um parêntese estabelecendo-se um comparativo entre institutos.

⁴³⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 356-357.

CAPÍTULO V – USUFRUTO X MÚTUO

5.1 Limites entre direitos reais e direitos pessoais

Em linhas gerais, no comparativo entre os institutos direitos reais x direitos pessoais, destacam-se as diferenças entre ambos: os direitos reais – *jus in re* - enquadram-se no direito das coisas; já os direitos pessoais – *jus ad rem* – enquadram-se no direito das obrigações; àqueles firmam-se na apropriação de riquezas, estes se referem à prestação de serviços; os primeiros têm oponibilidade absoluta, geram efeitos *erga omnes*, criam o direito de seqüela e de aderência (pela elasticidade), ao passo que os segundos vinculam duas ou mais pessoas, porém determinadas; os reais vinculam uma coisa determinada, em regra material, e os pessoais correspondem a um ato ou a uma abstenção, cujo objeto é determinável e genérico – a prestação; aqueles são passíveis de usucapião, estes não; os primeiros geram ações reais, os segundos não geram ações reais; os direitos reais envolvem o domínio de bens ou de seus componentes; já os direitos pessoais não envolvem nenhum domínio e, ainda, nos primeiros, há uma preferência no concurso de credores, ao passo que estes não geram preferência contra terceiros. Essas são as diferenças mais evidentes.

5.2 Limites entre usufruto e mútuo

É da Consolidação que se traz auxílio para o estudo da possibilidade de enquadramento do denominado quase-usufruto como espécie de mútuo, em se tratando de bens móveis.

O artigo 47 da Consolidação define o usufruto de coisas imóveis como imóvel pelo objeto a que se aplica.⁴³¹ Avante, é identificado que o *usufructo* e a *servidão* são reconhecidos como direitos reais pelo artigo 6º da nova Lei Hypothecaria, ressalvando que aquele pode recair sobre bens imóveis e bens móveis. Esclarece Teixeira de Freitas:

Não se compreende porem no Art. 47 Consolid. O *quasi usufructo*, pois não tem por objecto immoveis, mas sim *cousas fungiveis*, de que o *quasi-usufructuario* fica devedor para pagar com outras tantas em quantidade e valor. D'esta extensão vem distinguir-se (...) ⁴³² entre *quasi usufructo* e *mutuo*. Distinção vã, porque, se no *usufructo* o nú proprietário tem uma *spes dabitum iri*-, sem duvida o usufructuario é o correpondente devedor d'essa esperança passiva – infinita. As *servidões* do Art. 47 Consolid. São as *servidões reaes*, em que o direito real compete á immoveis personificados. *Usufructo, uso e habitação*, também são *servidões* mas *servidões pessoaes*, isto é, que competem á pessoas. ⁴³³

Nota-se que, se Teixeira de Freitas pretendesse admitir o usufruto impróprio, teria incluído-o no artigo 500 da Consolidação, quando apenas admitiu a figura do comodato:

Art. 500. As *cousas*, que consistem em numero, peso e medida, e com o uso se-consomem, podem sêr objecto do *comodato*, quando são emprestadas, não para se-gastarem, mas com a condição de sêrem restituídas identicamente(26).⁴³⁴

Registra-se que, havendo algumas referências ao usufruto na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, em notas remissivas aos artigos, quando envolve o pagamento de impostos “siza”, buscou-se, por várias formas, tomar conhecimento do conteúdo da Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864, denominada “Lei Hypothecaria”, que fora regulamentada pelo Regulamento 1.343/65.⁴³⁵ Porém, deparando-se com raras inserções da matéria “usufruto” na Consolidação; afora os casos aqui citados, não se logrou

⁴³¹ “Art. 47. São immoveis pelo objeto á que se-applicação: O usufructo das cousas immoveis: As servidões: As acções, que tendem á reivindicar algum immovel” FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, op. cit., p. 47.

⁴³² “§ 608. Como o usufrutuário não pode dispor da substância da coisa que fica pertencendo a outro, segue-se: 1º) que rigorosamente só pode dar-se usufruto das coisas *não-fungíveis*, ou sejam, móveis móveis ou de raiz; 2º) porém por analogia introduziu-se o *quase-usufruto das coisas fungíveis*, devendo o usufrutuário restituir outras tantas em quantidade e valor - § 2º, Inst. De usufr.; L.7, D. De usufr. Ear. Rer.;... O quase-usufruto difere do mútuo: 1º) em que este só pode ser constituído por contrato, aquele por outros modos; 2º) em que no mútuo não se exige ordinariamente caução, nem acaba por morte.” Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 608 not. Apud FREITAS, op. cit., p. 48.

⁴³³ FREITAS, op. cit., p. 48.

⁴³⁴ “Tambem se-dá o exemplo do emprestimo de moedas de ouro, ou prata, para apparatus festivo ou theatral.” (26) Cit. *Ord. L. 4º T. 53 § 1º*. Apud FREITAS, op. cit., p. 339.

⁴³⁵ FREITAS, op. cit., p. 391.

êxito na tentativa, razão por que, se necessário fosse ter abrangido algum ponto daquele normativo, neste estudo, justifica-se, a omissão adveio da impossibilidade.

Carvalho Santos destaca algumas diferenças entre os dois institutos, pelo que se transcreve:

Do mútuo o usufruto também se distingue bem acentuadamente. Começa por ser um direito de crédito, enquanto que o usufruto é um direito sobre a coisa alheia. Além disso: no mútuo pode-se estipular um juro: a caução não é da essência do contrato; pode o credor exigir a prestação se não existir um termo; enquanto que no usufruto não se podem convencionar juros, a caução é da essência do instituto e se não há termo prefixado ele perdura *ad dies vitae*⁴³⁶.

Nem com o quase usufruto o mútuo se pode confundir. Porque no mútuo a restituição é feita no mesmo gênero, enquanto que, no quase-usufruto, ela repousa na estimação que é o valor da coisa ao tempo da constituição do quase-usufruto. O usufrutuário presta caução que o mutuário não presta; o mútuo pode ser a juro, o que jamais ocorre com o usufruto; êste se extingue com a morte do titular, o que nunca se dá com o mútuo.⁴³⁷

Na mesma linha, Coelho da Rocha diz que “o quase-usufruto difere do mútuo: 1º) em que este só pode ser constituído por contrato, aquele por outros modos⁴³⁸; 2º) em que no mútuo não se exige ordinariamente caução, nem acaba por morte.”⁴³⁹

No entanto, Arnaldo Rizzardo ao tempo que observa que o “usufrutuário consome os bens” ou então, que “eles se esgotam com o uso”, assim salienta: “O usufruto sobre coisas fungíveis e consumíveis, chamado de ‘quase-usufruto’ pelos doutrinadores, resolve-se em mútuo, definido no art. 586 do atual Código.”⁴⁴⁰

Porém, quando compara o usufruto com o mútuo, assevera que àquele é um direito real e esse um direito obrigacional, bem como, que àquele, na extinção, a obrigação de

⁴³⁶ SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 349.

⁴³⁷ SANTOS, op. cit., p. 349-350.

⁴³⁸ O autor descreve os modos: “O usufruto, da mesma forma que as servidões, pode constituir-se: Voluntariamente: 1º) por disposição de última vontade; 2º) por convenção gratuita ou onerosa - § 1, *Inst. de usufr.*; 3º) por prescrição - L. ult., *Cod. De prescript. Long. Temp. Necessariamente*: 4º) pela disposição da lei, como o usufruto do pai nos bens adventícios do filho - ordenação, Liv. 4, Tit. 98; 5º) por sentença, como em partilhas, quando o juiz o adjudica a algum dos co-herdeiros para os igualar - L. 6, § 1, *D. usufr.*; 6º) pode ser constituído pura ou condicionalmente *ouj in diem* - L. 5. *Cod. rod.*” ROCHA, M.A. Coelho da. *Instituições de direito civil*, op. cit., p. 347 - 348.

⁴³⁹ ROCHA, op. cit., p. 347.

⁴⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas* : de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 939.

restituir ocorre com a morte do usufrutuário, ao passo que nesse se extingue com o vencimento da obrigação, não com a morte do mutuário.⁴⁴¹

Por sua vez, Lafayette elenca como diferenças entre os institutos:

a) Aquelle que constitue o quasi-usufructo não conserva direito á substancia da cousa; porquanto o uso della por parte do quasi-usufructuario consiste exactamente em destruir-lhe a substancia.⁴⁴²

b) O quasi-usufructuario adquire a propriedade plena da cousa, dispõe livremente della⁴⁴³, e em consequencia carrega com os damnos e perigos que lhe acontecem⁴⁴⁴.

c) O usufructuario, expirado o quasi-usufructo, é obrigado a restituir, não a propria cousa – o que seria impossivel, –mas ou o valor della, ou cousas da mesma qualidade e em igual quantidade.”⁴⁴⁵

Postas essas considerações, vê-se que as diferenças apontadas pela doutrina, a bem da verdade, não têm o condão de justificar a manutenção do instituto dentre os direitos reais, pelo menos no aspecto da argumentação, pois há, efetivamente, outro instituto específico para a entrega de coisa em favor de terceiro, cuja obrigatoriedade do beneficiado é a entrega de coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, que não o próprio bem, mundialmente denominado “mútuo”.

⁴⁴¹ RIZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas* : op. cit., p. 939.

⁴⁴² § 2 I. De usufruct. Noodt I, cap. 20. Apud PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*, 289.

⁴⁴³ “Vatican. Frag. § 46: Pecuniae quoque ususfructus legatus, per annum no utendo (non amittitur), quia nec usufructus est, et pecuniae dominium fructuarii, non heredis est. Noodt. loc. cit.” Apud PEREIRA, Lafayette, op. cit., p. 290.

⁴⁴⁴ Vinnio ao cit. § 2 da I. n. 5, Accar. n. 280. Apud PEREIRA, Lafayette, op. cit., p. 290.

⁴⁴⁵ “§ 2 I. de usufr.; fr. 7 D. de usufr. ear. rer. 7, 5 : Ut quandoque is mortuus aut capite diminutus sit, ejusdem qualitatatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae cavendum est. O fructuario é obrigado a restituir cousas do mesmo genero, e não o valor dellas, salvo se houve estipulação prévia: cit. fr. 7, Accar. n. 280, Durantion, IV, n. 577. Vej. Mourlon, I, 3, n. 1528. Noodt, loc. Cit.

Ha uma grande semelhança entre o quasi-usufructo e o mutuo; todavia distinguem-se pelo modo de constituição e extinção.” Apud PEREIRA, Lafayette, op. cit., p. 290.

CONCLUSÕES

Expostas essas diretrizes, parte-se para uma delimitação do problema posto em face da contribuição doutrinária e legislativa, do direito local e comparado, com algumas nuances da esfera judiciária, mais do tempo das Institutas que do momento atual.

O instituto, tal como na sua origem, está adstrito, de regra, às relações de família, razão pela qual, certamente, não se vislumbrou a contribuição jurisprudencial brasileira com casos concretos já resolvidos, tendo sob foco os pontos ora objeto de discussão.

Viu-se inquestionável que é da partição dos elementos da propriedade que surge o direito de usufruto, onde o proprietário cede a terceiros o direito de utilização e de gozo sobre seus bens, em caráter de temporariedade, sem pretensão de alienação, haja vista o interesse implícito do constituinte do direito real em resguardar a sua titularidade, pelo que a manutenção da substância do bem se vislumbra imprescindível.

A origem do usufruto impróprio, embora sem a legitimidade concretamente apontada, haja vista a divergência de informações trazida pela doutrina, está alicerçada num caso específico, em que foi autorizado, por um Senatus Consulto, a extensão do direito de usufruto dada a um patrimônio, em auxílio a uma relação familiar, que permitiu que, dentre os bens que o compunha, se incluíssem coisas consumíveis.

A consumibilidade e a fungibilidade, como se viu, são a exata dimensão da quebra do espírito que norteia o instituto do usufruto. Quem dá direito de uso e gozo sobre seus bens, com o dever de restituição pelo beneficiário, traz implícita a vontade de que esses retornem ao seu poder de utilização e gozo, tornando-se necessária a manutenção da substância dos mesmos.

No Brasil, a instituição do usufruto sobre coisas consumíveis ou fungíveis, teve os seus aspectos de diferenciação tratado pela doutrina em larga extensão, como uma

distorção ao direito real de usufruto, ora como uma incongruência, ora como uma espécie de mútuo; para outros, como direito de propriedade, além daqueles que, mesmo notando a interferência que traz para com o objeto do direito de propriedade, viam-na, apenas, como uma forma diferente de direito real.

Na maioria das legislações pesquisadas, viu-se que a figura do usufruto impróprio foi regularmente acolhida, fato que levou a históricas discussões doutrinárias, aqui se destacando as de Roma (no período imperial), da França, da Itália e da Espanha.

Notou-se também que a maioria das legislações manteve em seus códigos, tratando-os na conceituação do instituto, ou nas obrigações dos quase-usufrutuários, a firme expressão de que, na concessão do usufruto, a substância dos bens deveria ser resguardada. E, mesmo assim, paralelamente, acolhendo aquele fato advindo das Institutas, que se propagou até chegar-se às codificações, nesses países foi mantida no direito positivado a possibilidade de contratação do direito envolvendo bens consumíveis e fungíveis. Dentre esses ressaltou-se as legislações chilena, uruguaia e argentina, que minuciosamente tipificaram essas situações, a Argentina, indubitavelmente, pela influência do *Esboço* de Teixeira de Freitas, que foi o referencial da codificação do país vizinho.

O Brasil, porém, já no Código Civil de 1916 não adotou no conceito que trazia ao usufruto (artigo 713) qualquer menção quanto à ressalva da substância da coisa. Porém, no tocante à previsão da instituição do usufruto impróprio, claramente, em seu artigo 726, tipificou a possibilidade.

Mormente, a nova codificação destaca-se no aspecto teórico, pois muito veio a contribuir com a ciência, em face de que o legislador não fez nenhuma previsão quanto à possibilidade de constituição de usufruto sobre coisas consumíveis ou fungíveis. Fez, sim, a explícita previsão, no parágrafo 1º do artigo 1.392, de que havendo bens acessórios ou acrescidos à coisa principal dada em usufruto, estes poderão ser consumíveis ou fungíveis; ressaltando, no caso, a liberalidade das partes quanto a essa extensão no direito real constituído.

Vislumbra-se, de plano, que não há, no novo Código Civil brasileiro, dispositivo prevendo o usufruto impróprio, tendo por foco a coisa principal.

Contudo, não se vê ainda, nessas explanações conclusivas, o fato teórico justificador da mudança.

A Teoria Geral do Direito, por sua vez, vem em auxílio da compreensão.

Várias outras formas de interpretação poderiam ter sido abordadas, haja vista a rica construção doutrinária, de operadores do direito do mundo todo, que permite, cada qual sob o seu ponto de vista, buscar a solução necessária para dirimir os casos concretos. Contudo, necessário foi traçar-se um perfil das teorias que viessem, efetivamente, desvendar os fatos caracterizadores do assunto em tela.

Enquadrou-se, tendo por foco o momento e os motivos do surgimento do usufruto impróprio, ainda na era de Justiniano, na Tópica, haja vista que, para o reconhecimento do instituto, partiu-se de um caso concreto para, desde então, balizar as demais decisões dos pretores, formando o arcabouço jurídico não sistemático que rotulava o direito romano do tempo do império.

Abstraiu-se também da presença *in conteste* de um sistema no ordenamento jurídico, o que justifica a posição aqui manifestada, de que este emana de uma conjunção de princípios e de normas, os quais devem se entrelaçar a fim de dar unicidade, equanimidade e coerência no próprio ordenamento.

O direito codificado, como se viu, é um sistema. E é nesses parâmetros que se notou, *a priori*, que é escassa a doutrina que fortaleça a noção aqui reverenciada, de que a adequação legislativa dada ao usufruto até então impróprio no Brasil pelo Código Civil atual adveio do reconhecimento de que o ordenamento jurídico, encoberto por um sistema, impôs a necessidade de extirpar-se da legislação disposições que se afrontavam entre si.

É clara a situação do Código Civil de 1916 de que havia um confronto de enunciados, quando se notava que, se, dentre os direitos do usufrutuário era previsto somente o uso e o gozo, o desaparecimento da substância do bem pelo *abusus* gerava uma incongruência, diante a clássica definição de usufruto, que desde os romanos trouxe como um de seus requisitos a conservação da substância dos bens.

Assim, se se vislumbrou na Teoria Geral do Direito, na aplicação da Teoria do Ordenamento Jurídico, a existência de disposições legais em conflito, de natureza contraditória (citadas por Lorenzetti), tais contradições foram afastadas na reformulação dada pelo legislador atual, pelo que se viu tratar-se de uma interpretação autêntica, utilizando-se das regras atinentes à interpretação corretiva. Reconheceu-se, pela investigação da idéia (na visão de Carnelutti) expressa nos enunciados, terem sido aplicadas, como meios de integração que buscam a unidade formal do ordenamento

(segundo a Teoria Pura de Kelsen), as formas de interpretação; eliminando-se a que se apresentava exuberante (por excesso, segundo Norberto Bobbio); afastando-se dos critérios cronológico, hierárquico e especial, por não se adaptarem à situação; acolhendo-se a orientação da regra de proteção do bem jurídico maior a ser protegido.

Assim, acredita-se ter-se configurado a existência de antinomias na legislação brasileira, tendo como paradigma o Código Civil de 1916, com o referencial do instituto, em especial, a necessidade da conservação da substância do bem dado em usufruto, único meio de resguardar-se a propriedade de quem concede o direito de usar e gozar sobre seus bens, sem o intuito de desfazer-se dos mesmos.

Por outro lado, mesmo que não se atribua a ocorrência de antinomia no Código Civil de 1916, é forçoso concluir que, em face do Código Civil de 2002, buscando-se auxílio nas diretrizes teóricas traçadas por Norberto Bobbio na Teoria do Ordenamento Jurídico, depara-se que a opção legislativa dos elaboradores do novo Código, a qual foi seguida pelos legisladores, adveio de uma interpretação essencialmente corretiva.

Com o previsto no Código Civil atual, entende-se que, no caso, não ocorreu a hipótese de conservação das duas regras, afastando-se tão-somente as incompatibilidades, meio de interpretação defendido, dentre outros, por Ricardo Lorenzetti.

Porém, a hipótese pode enquadrar-se nas formas negativas citadas por Savigny, no que se refere à busca da manutenção da unidade do ordenamento. Sem sombra de dúvidas, esta foi a linha traçada por Miguel Reale na idéia de concretude, ligada ao princípio da eticidade, jungida à coerência (princípio maior que rege as formas de interpretação no ordenamento jurídico), presentes nas mudanças do Código Civil, dentre outras, na situação posta, ante a opção legislativa que desencadeou a exclusão do usufruto impróprio sobre a coisa principal.

Não obstante, além do auxílio da Teoria Geral do Direito, apresenta-se salutar destacar alguns aspectos que advêm da relação jurídica até então chamada “quase-usufruto”, ou seja: o usufruto impróprio apresenta-se como forma de aquisição da propriedade definitiva, resultando tão-somente uma relação obrigacional até o término da relação; a função social, que hoje está inserida dentre a função específica e primordial da propriedade, sendo o usufruto um instituto de natureza temporária que, ao envolver bens que desaparecem com o uso, mesmo que substituíveis, por consequência, impede que o proprietário, desde a constituição do direito, possa vislumbrar que voltará a atender a

função social que possuía; veja-se, a função social em caráter definitivo é do proprietário, não do usufrutuário; por sua vez, a própria manutenção do instituto manteria a discrepância de aplicar-se, tal como o próprio legislador havia afirmado, as regras do direito obrigacional; ainda, somente tem direito à substância dos bens, o proprietário, não o titular de um *jus in re aliena*, diferença elementar para quem detém o *jus in re propria*; tendo uma duração limitada à nua-propriedade, por regra e efeito do instituto do usufruto, que ao término da relação, consolidar-se-á a propriedade; também, se a consolidação é, dentre outras, uma forma de extinção do usufruto (inciso VI do artigo 1.410 do Código Civil Brasileiro) e, se a aquisição da propriedade dos bens móveis – que são os objetos do usufruto impróprio - se dá pela tradição, tem-se por certo que, desde este momento, o direito de usufruto está extinto, ou seja, uma vez constituído e entregue o bem, desfeito estará o vínculo; e sobretudo, sequer o direito de seqüela haverá em favor do nu-proprietário, tanto com o desaparecimento do bem pelo consumo quanto pela aquisição do domínio, desde a constituição do vínculo, resultando que os efeitos perante os credores, no caso, serão altamente prejudiciais ao próprio nu-proprietário, que manterá tão-somente um crédito quirografário, em caso falimentar.

Acima de tudo, conclusivamente, dois relevantes aspectos podem ser extraídos do contexto das fontes doutrinárias que embasaram este estudo:

- primeiro: o usufruto impróprio não se apresenta como um direito real, pois, com a tradição, está configurada a transferência da posse e, por consequência, a disponibilidade do bem pelo usufrutuário, independentemente de sua utilização para configurar-se o domínio sobre o mesmo, o que o tipifica como um mútuo propriamente dito desde a contratação, não somente no consumo, como referido por alguns doutrinadores. Assim sendo, gera um direito pessoal desde a entrega do bem.
- segundo: inexistindo o bem pelo consumo, ou, mesmo, configurando-se a propriedade do usufrutuário sobre este, o direito real transmuda-se automaticamente, não resultando nenhum efeito jurídico relevante em favor do nu-proprietário, que justifique mantê-lo como titular do direito real de propriedade. Já, tendo como paradigma o mútuo, no confronto com o usufruto impróprio, igualmente, viu-se aquele caracterizado, desde a contratação, pela natureza e pelo aspecto volitivo das partes, enquadrando-se, sob todos os termos, na situação posta, como espécie de mútuo, tal como previsto pelos legisladores

de todas as nações que serviram de investigação ao presente estudo, pelo que, em consequência, sofre os efeitos dos direitos pessoais, não dos direitos reais.

E relevante o exame das normas em seus próprios termos, sem o comprometimento com linhas ideológicas, pois, comparando-se as leis novas com as leis do passado, pode-se constatar quais foram os fatos motivadores que influenciaram os legisladores do atual Código Civil. Estes, s.m.j., mediram com precisão o alcance e as consequências do caso sob *quaestio*, do que resultou a exclusão do usufruto impróprio do ordenamento jurídico pátrio, exceto a ressalva feita aos bens acessórios e acrescidos, fato que, tal como em outros institutos, por si só, não rompe com os princípios norteadores das figuras jurídicas em espécie.

Assim que, dessas premissas, mesmo que não estando presentes todos princípios reverenciados pelo relator geral do novo Código Civil brasileiro, acredita-se ter-se configurado uma exata adequação sistêmica e teórica que muito auxiliará na operabilidade do direito, considerando-se, para tanto, que o legislador pátrio, para bens fungíveis e consumíveis, já tem regrado há quase um século o instituto do mútuo, não havendo razão lógica para a manutenção do usufruto impróprio, figura jurídica que, apesar das divergências doutrinárias, a bem da verdade, apresentava-se como uma das formas de mútuo, instituto enquadrado no Direito das Obrigações, sob todos os aspectos.

Em razão dessas considerações, torna-se cristalino que o legislador brasileiro inovou na matéria, extirpando do Código Civil, definitivamente, a figura do usufruto impróprio. E diz-se assim partindo da premissa inversa, pois, se previu a possibilidade de usufruto sobre bens consumíveis e fungíveis, em parágrafo do artigo 1.392 e, sendo este dispositivo, literalmente direcionado aos acessórios e aos acrescidos da coisa principal, é porque não tipificou o usufruto sobre bens fungíveis ou consumíveis tendo como foco a coisa principal.

Não se pode deixar de registrar que o responsável pela elaboração do Código Civil atual - o Livro do Direito das Coisas -, o jurista Ebert Vianna Chamoun, pouco escreveu sobre o assunto, o que, em face de seu falecimento, fica a cargo da doutrina contemporânea e dos demais operadores do direito, darem a sua contribuição na busca da *mens legis* motivadora da mudança preconizada pelo atual Código Civil Brasileiro.

A esse comprometimento social, vislumbra-se que o Brasil é o primeiro país dentre os aqui estudados a tratar a matéria sob esta nova visão, o que se acredita que, no curso do

tempo, servirá de modelo para os demais países, tanto da América quanto dos outros continentes. Essa é a nova linguagem atribuída pelos elaboradores do Código Civil brasileiro de 2002, cuja operabilidade defendida por Miguel Reale, dentre outros juristas, tornou-se evidente também na mudança incidente no direito real de usufruto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYNÈS, Lauren. *Cours Élémentaire de droit civil*. Bruxelles: Bruylant – Christophe & CC., Editeurs; Paris: Librairie A. Marescq, 1887. tome premier, art. 1-710.

ALEMANHA, *Código Civil*. Trad. Sousa Diniz, Rio de Janeiro: Record, 1960.

ALVÊS, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil - Anotado*. 3. ed. rev. e atual. por Ebert Chamoun. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 3, p. 201.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro : subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito romano: história do direito romano* (Instituições de Direito Romano: a – Parte Geral, b – Parte Especial: Direito das Coisas). 10. ed. rev. e acresc., Rio de Janeiro:Forense, 1997. v. I.

ANOHN, P. K.; BERTALANFFY, Ludwig von.; RAPOPORT, Anatol et al. *Teoria dos sistemas*. Trad. Maria da Graça Lustosa Becskeházy. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1976.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina*. Lei 17.711, de 1968, que reformou o Código Civil de 1871.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil - reais*. 5. ed. rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *O Direito: introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso-brasileira*. 8. ed. rev. em Portugal, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BAUDRY-LACANTINERIE et Chauveau. *Tratato teorico-pratico di diritto civile – Des Biens*. Paris: Recueil Sirey, 1907, v. 6.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1977.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEUDANT, Ch. *Cours de droit civil français: Les Biens*. 2. ed. Paris: Rousseau & Cie, Editeurs, 1938.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*: Coleção História do Direito brasileiro. Prefácio de Francisco César Asfor Rocha, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. I, 2003.

_____. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* : Lições de Filosofia do Direito. Comp. Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. rev. téc. Claudio De Cicco, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOGGIANO, Antonio. *Por qué una teoría del derecho* – Introducción a un Derecho Constitucional. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

BRASIL. *Código Civil*: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, acompanhada de legislação complementar, súmulas e índices. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Lei publicada no Diário Oficial da União, Brasília, em 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Código Civil de 2002*: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. OLIVEIRA, Juarez de. (Org.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.

BRASIL. Projeto de Lei n. 634 de 16 de janeiro de 1975. Brasília: Câmara dos Deputados.

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Manual elementar de direito civil* – Direito das coisas – Direito das obrigações (Theoria Geral). São Paulo: Saraiva, v. II, 1930.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

CASTRO, Cláudio Henrique de. A tópica no direito romano clássico. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre: Síntese, v. 32, (Coleção Acadêmica de Direito), 1999, p. 126.

CHAMOUN, Ebert Vianna. Com suplemento de COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de Motivos do Livro correspondente ao Direito das Coisas no Anteprojeto de Código Civil. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro: [s.n.], abr/jun 1975, A. 32, nº 134.

CHILE. *Código Civil de Chile*. de 1º de Janeiro de 1857. <<http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil.html>>. Acesso em: 14 jan. 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

_____. *Lógica Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Para entender Kelsen*. Pról. de Tércio Sampaio Ferraz Junior, 2. ed. São Paulo: Limonad, 1997.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 5. ed. [S.n.d.].

CORREIA TELLES, José Homem. *Regras de direito civil - por ordem alphabetica, appendice ás addições da doutrina das acções*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1850.

DERNBURG, Arrigo. *Diritti reali*. Trad. T.F.B. Cicala, 6. ed. Berlino: Fratelli Bocca, Editori, 1907.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v.4.

FACHIN, Luiz Edson. Coord. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FLAVIAN, Eugenia; FERNANDEZ, Gretel Eres. *Minidicionário espanhol-português – português-espanhol*. São Paulo: Ática, [S.n.d.].

FRANÇA. *Code civil*. De 21 de março de 1804. <http://www.legifrance.gouv.fr/Waspad/VlsuArticleCode?commun=&h0=CCIVIL0.rcv&hl=3&hl=3&h3=12>. Acesso em: 13 jan. 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira de; Pref. de Ruy Rosado de Aguiar. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Ed.fac-sim. Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção história do direito brasileiro). Direito Civil, 2 v.

_____. *Código Civil – Esboço: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, Departamento de Imprensa Nacional, 1952, L. 3.

GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *El Derecho real – Elementos para una teoria general*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot S.A.E. e I, 1993.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1987.

GIORDANI, Mário Curtis. *O Código Civil à luz do direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOMES, Orlando. *Código Civil: Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Direitos reais*. 19. ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRASSI, Fiorindo David. *Direito romano hoje: Síntese da história e da filosofia do direito romanista*. Frederico Westphalen: Ed. da URI, campus Frederico Westphalen, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *O direito posto e o direito sobreposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

ITÁLIA. FINOCCHIARO, Giuseppe (Org). *I Codici di "Guida al Diritto" - Codice Civile e leggi complementari : Giurisprudenza Schemi e Tabelle*. Milano, Il Sole 24 Ore S.p.A., 2002, Lei n. 262, de 16.03.1942.

JÚNIOR, José Cretella. *Direito romano moderno – Introdução ao direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Série Métodos em Direito) v. 1.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, v. II.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Derechos reales*. T. I e II, Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía, 1989.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1998, Santa Fé, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 1995.

LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. Apud *Archives de philosophie du Droit*. t. 31 [le système juridique publié avec le concours du C.N.R.S.]. Paris: Sirey, 1986.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cour de droit civil – Les biens la publicité foncière*. 2. ed. Paris: Éditions Cujas, 1992.

MARINHO, Josaphat, *Parecer final ao Projeto de Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 1997, <http://www.leidsonfarias.adv.br/pareer3.html>. Acesso em: 07 fev. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: A.Coelho Branco Fº, 1922.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das coisas: Usufruto. Uso. Habitação. Renda sobre imóvel*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957; Campinas: Bookseller, 2002, Vilson Rodrigues Alves, tomo XIX.

_____. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das coisas: Propriedade – Aquisição da propriedade imobiliária*. Campinas: Bookseller, 2001, tomo XI.

_____. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das coisas: propriedade mobiliária (bens corpóreos)*. Campinas: Bookseller, 2001, tomo XV.

_____. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003, tomo XXII.

_____. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das obrigações: autogratificação da vontade e lei. Alteração das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência da posição subjetiva nos negócios jurídicos*. Campinas: Bookseller, 2003, tomo XXIII.

MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1979.

MONTEIRO, Washington, de Barros. *Curso de direito civil: Parte geral - de acordo com o Novo Código Civil (lei n. 1.406, de 10.1.2002)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil: Direito das obrigações – 1ª Parte - de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 1.406, de 10.1.2002)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil: Direito das obrigações – 2ª Parte - de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 1.406, de 10.1.2002)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos reais segundo as preleções do Prof. Doutor C.A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71*. Coimbra: Almedina, 1971.

MOTES BERNET, Carlos J. Maluquer. *Los conceptos de “substancia”, “forma” y “destino” de las cosas en el Código Civil*. Madrid: Civitas, 1992.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usufruto*. Doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria Editora Porto Alegre, 1981.

NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e legislação civil em vigor*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Projeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica – Orientações Metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Posse. Propriedade. Direitos Reais de Fruição. Garantia e Aquisição*. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2003, Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, v. IV.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro – Editor, 1877. v. I.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POLITO, André Guilherme. *Michaelis – Pequeno dicionário italiano-português – português-italiano*. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

PORTUGAL. *Código Civil*. 1967, Decreto lei n. 47.344, de 25/11/1966.

PUGLIESE, Giovanni, *Usufrutto – Uso e Abitazione*, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1956.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, RT *Clássicos*.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Experiência de cultura*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O projeto do novo Código Civil – Situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria e prática do direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Revista dos Tribunais, v. 752, jun.1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: de acordo com a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Manoel Antonio Coelho da. *Instituições de direito civil.*; apres. José Carlos Moreira Alves; ed. cuid. por Alcides Tomasetti Jr.. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Direito das coisas, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. V.

_____. *Direito civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

_____. *Direito civil – Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROTONDI, Mario. Studi di diritto privato – La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti Reali e Diritti di Obbligazione). Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, v. XXVII, 1.937.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro*. Interpretado: principalmente do ponto de vista prático: Direito das coisas (arts. 674-754), 16. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. por Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TUHR, A. Von. *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán – Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. Madrid:Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., 1998, v. I.

URUGUAI. *Código Civil de la República oriental del Uruguay*. Lei n. 16.603, de 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Direitos reais*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao novo Código Civil – Dos direitos reais – Arts. 1.225 a 1.510*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI.

_____. *Teoria e prática do direito das coisas : Doutrina – Jurisprudência – Prática*. São Paulo: Saraiva, 1983.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette con note e referimenti al Diritto Civile Italiano*. Iniziate dai professori C. Fadda, P. Bensa, E. Paolo e continuate da P. Bonfante. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1925.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A N E X O S

LEIDSON FARIAS

Escritório de Advocacia

PARECER FINAL AO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

Senador JOSAPHAT MARINHO (Relator Geral)

Sumário: Responsabilidade do Relator - Preparo do Anteprojeto - O Projeto na Câmara dos Deputados - O Projeto no Senado - Parecer preliminar - Estrutura e diretrizes do Projeto - Emendas ao Projeto. Inovações - Oportunidade da codificação.

...as codificações não
devem menos à forma,
que se lhes imprime, do
que ao espírito, que se
lhes sopra.

Rui Barbosa

Légiférer, quel que soit
l'objet de la législation,
parâit être progresser

Georges Ripert

COMISSÃO ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL

Parecer final ao Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que institui o CÓDIGO CIVIL.

Responsabilidade do Relator

A responsabilidade de Relator Geral do Projeto de Código Civil impõe natural pedido de compreensão à Casa, e aos cultores do Direito, pelas falhas que hão de ser encontradas e corrigidas, nos textos elaborados.

Embora o dever parlamentar recomendasse a aceitação do alto encargo, é próprio reconhecer a dimensão da tarefa recebida, que exigiria extensa especialização, como pede a colaboração de todos os Senadores e

Senadoras.

Sobreleva considerar que se trata da revisão de Projeto destinado a substituir o Código que foi tecido pelo saber de Clovis Beviláqua e submetido ao conhecimento humanístico de Rui Barbosa. Tanto mais, pois, requer esforço de visão coletiva, para que reflita, quanto possível, os influxos da cultura nacional.

Ocorre ainda que um Projeto de Código Civil em elaboração no ocaso de um para o nascer de outro século, deve traduzir-se em fórmulas genéricas e flexíveis, em condições de resistir ao embate de novas idéias. Para ostentar essa estrutura há de receber o concurso de inteligências detentoras de tendências confluentes e contrastantes. Desse confronto do saber diferenciado é que emana a obra sem preconceitos, produto da livre crítica.

Preparo do Anteprojeto

Sem dúvida, a ilustrada Comissão que por designação do Poder Executivo, delineou o Anteprojeto, prestou inestimável serviço à cultura nacional. Coordenada pelo professor Miguel Reale e composta, ainda, dos professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Castro, sistematizou a matéria, englobando o Direito das Obrigações, e colheu sugestões e críticas da comunidade jurídica. Assim se substituiu, em face de nova orientação governamental, o Projeto de Código Civil que havia sido elaborado pelo espírito metódico do professor Orlando Gomes, a convite do Ministro da Justiça João Mangabeira, e a que se juntaria, como texto autônomo, o Código das Obrigações, confiado à competência do professor Caio Mário da Silva Pereira e também afastado, diante do procedimento unificador.

O Projeto na Câmara dos Deputados

Submetido o Projeto à Câmara dos Deputados em 19751, nela foi aprovado com alterações, tendo sido Relator-Geral o deputado Ernani Satyro, em razão do falecimento do deputado Djalma Marinho.

Ao ser votada ali a matéria, o Relator-Geral salientou que "houve amplos debates" e foi ouvido "grande número de juristas", ressaltando as emendas oferecidas. E acentuou que "as modificações do novo Código são muitas", das quais enumerou várias.²

O Projeto no Senado

Encaminhado a esta Casa, aqui constituiu o PLC nº 118, de 1984.

Não houve apreciação do Projeto em legislaturas anteriores, conforme expusemos no parecer preliminar à atual Comissão, e que está anexo ao presente.

Formada a Comissão Especial nesta legislatura, foram escolhidos os Senadores:

Ronaldo Cunha Lima - Presidente

José Ignácio Ferreira - Vice-Presidente

Josaphat Marinho - Relator-Geral

Relatores Parciais:

Bernardo Cabral: Parte Geral

Luiz Alberto Oliveira: Direito das Obrigações (Andrade Vieira)

José Fogaça: Direito da Empresa

Roberto Requião: Direito das Coisas

José Ignácio Ferreira: Direito da Família

Esperidião Amin: Direito das Sucessões

Parecer preliminar

Em parecer preliminar, suscitamos a dúvida inicial experimentada. Caberia prosseguir nos trabalhos de codificação? Assim apreciamos essa questão primeira:

"Direito sem unidade"

"14 - Como se sabe, pelas revelações da história e da doutrina, faltava unidade ao direito civil do século XVIII, dominado por excessivo particularismo, até nas diversas partes de um mesmo Estado, segundo assinala Solari (Filosofia del Derecho Privado, Editorial Depalma, B. Aires, 1946, I, p. 59). Dado o desenvolvimento das relações em geral, com as mudanças na economia, a ampliação da indústria e do comércio, tornava-se necessário um direito que disciplinasse fatos e vínculos sem tamanha multiplicidade de regras. O propósito inovador era no sentido de instituir uma ordem normativa revestida de unidade. "A formação de um direito privado comum, sobre bases romanas, preparou o caminho à unificação", informa também Solari, que acrescenta: "A codificação resume os esforços seculares dos príncipes, dos juristas e dos filósofos para reduzir a uma unidade material e formal a legislação civil" (Ob., vol. e ed. cit., p.p. e 76). Se os autores salientam, de ordinário, a influência das fontes germânicas, do direito natural e das idéias individualistas, nesse processo, é sempre a sistematização do direito privado o objetivo primordial da mudança.

Codificação

15 - Essa sistematização toma corpo a partir do começo do século XIX, quando a legislação assume a "forma de códigos", sendo o Código Civil francês - o Código Napoleão - o marco da transformação, que "suprimiu, de um só golpe, o direito então em vigor", na observação incisiva de Georges Ripert (Les Forces Créatrices du Droit, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1955, p.p. 348-349). O Código Civil francês, de 1804, e os que lhe sobrevieram - o Alemão - BGB - de 1896, o Suíço, de 1881-1907 - influíram no direito de outros povos, inclusive fora do continente europeu, afirmando a nova orientação política e técnica de legislar.

Declínio da codificação. Leis especiais

16 - Depois de um período de largo prestígio, os códigos foram acusados de exagerar o "positivismo legislativo" e, afinal, de "envelhecimento", diante das modificações intensas e constantes no conjunto da vida.

Henri, León e Jean Mazeaud comentaram, em 1955, sobre a França, que, "em consequência das transformações do direito após 1804, o Código Civil não traduziu mais o estado do direito positivo francês. Certas leis foram incorporadas ao Código mediante alterações ou acréscimos às vezes incorretos; outras, mais numerosas, não se situaram na codificação, e lhe modificam o espírito. Finalmente, - acentuaram - a interpretação dada pela jurisprudência mudou o sentido de numerosos artigos do Código". Em função disso, lembraram que em 1904, na época do centenário, houve tentativa de inovação - faire oeuvre nouvelle -, sem êxito, como também após a Liberação, em 1948, fracassou outra iniciativa de reforma - on projeta à nouveau une réfonte du Code Civil. Em face dos obstáculos, ponderaram que talvez fosse conveniente renunciar "ao vasto projeto de 1948" e aproveitar alguns dos estudos técnicos como "base de mais modestas reformas" (Leçons de Droit Civil, Editions Montchrestien, Paris, 1955, T. I, p. 78). E até hoje não se operou reforma sistematizada do Código francês. Parece, mesmo, cada dia mais difícil essa revisão, à vista da estrutura e do individualismo do Código, das leis especiais que o modificaram e do "espírito novo das leis civis", que Edmond Bertrand examina com relação,

nomeadamente, à família, à propriedade imobiliária e à empresa (L'Espirit Nouveau des Lois Civiles, Economica, Paris, 1984).

Em estudo publicado em 1986, Christian Atias pondera que "nenhum contrato de alguma importância prática pode subsistir sem sua lei especial. Nenhum procedimento verificado na sociedade pode ser deixado sem estatuto legislativo próprio. O "direito comum da França" desaparece "em face da multidão dos direitos especiais" (Une crise de légitimité seconde, in Droits, Revue Française de Théorie Juridique, 4, 1986, p.p. 21-33, cit. p. 27).

17 - Não é restrita ao pensamento francês a resistência à elaboração de novos códigos. Em vigorosa monografia, Natalino Irti aprofunda-se no estudo da matéria e adverte que as mudanças sociais geraram normas e leis especiais à margem dos códigos civis. Observa que "o código civil perdeu o caráter de centralidade no sistema das fontes: não é mais sede das garantias do indivíduo, porque constam da Constituição, nem dos princípios gerais, visto que expressos, por singulares categorias de bens ou classes de sujeitos, em leis autônomas". E conclui que se pode dizer, "em linha negativa, que o nosso não é tempo de novas codificações, nem de reformas gerais, com que se pretenda alterar estrutura e funções do código vigente" (L'età della decodificazione, Giuffrè, 1979, p.p. 33 e 36).

18 - Em verdade, não foram editados grandes códigos civis nesta centúria, nem efetuadas reformas sistematizadas em textos antigos, como o francês ou o alemão; isolado ficou o Código Civil soviético, por sua peculiaridade política e filosófica. Itália e Portugal adotaram novos códigos civis, em 1942 e 1966, respectivamente, durante regimes ditatoriais, mas que não escapam aos efeitos das mutações culturais. Segundo o professor Almeida Costa, o direito civil português "tem conhecido, desde a última codificação, diversas modificações, umas por imperativo constitucional, outras por opção do legislador ordinário". Especificamente elucida que "os preceitos do Código Civil relativos ao arrendamento foram revogados, cabendo agora a disciplina deste contrato a legislação avulsa" (Mário Júlio de Almeida Costa, Noções de Direito Civil, 3ª. ed. at., Liv. Almedina, Coimbra, 1991, p.p. 13 e 352. Sobre o Código Civil italiano, o professor Piero Schlesinger, em estilo bastante sóbrio e sem negar-lhe "il carattere totalizzante", reconhece que o têm superado normas constitucionais e leis especiais (leggi speciali). Exemplificando, cita lei de 1983, que ab-rogou o capítulo sobre adoção especial, inscrito no Código de 1967" (Código Civile e Sistema Civilistico: Il nucleo codicistico ed i suoi satelliti, in Rivista de Diritto Civile, Ano XXXIX, n. 4, 1993, p.p 403-413, cits. p.p. 406 e 410).

Tem alcance amplo, portanto, a tendência redutora da importância dos códigos civis.

O problema no Brasil

19- No Brasil, Orlando Gomes, autor do Anteprojeto de 1963, escreveu ensaio bem fundamentado sobre "o problema da codificação. Metodicamente, enumerou três correntes em torno da questão, no plano das leis civis:

- "1- a dos que querem a reforma total do código;
- 2 - a dos que se contentam com uma reforma parcial;
- 3 - a dos que propalam o esgotamento do processo

histórico-cultural da codificação".

Esclareceu que, "embora acreditasse, durante certo tempo, que a reforma das estruturas devesse ser cumprida através da substituição do Código Civil", nem por isso confundiu "o problema da reforma com o problema da codificação". E explicou: "A reforma pode ser gradualmente realizada mediante a introdução no sistema jurídico de leis que modificam institutos codificados ou que exprimem a filosofia da mudança, remediando a crise de legitimidade". Anota que uma visão das leis especiais editadas no Brasil, a partir de 1930, permite o mapeamento das partes necrosadas do código, já substituídas por outras", dotadas de funcionalidade, e indica o Código de Águas, o Código de Minas, o Código Florestal, o Código de Menores, e à frente deles, pela idade e pela importância, a Consolidação das Leis do

Trabalho". Realçando as "tensões e contradições da civilização industrial dos dias correntes", entende que "a substituição global de um Código Civil é atualmente um anacronismo". Reforça a tese para considerar decisão dessa natureza "uma inutilidade prática, ou, quando menos, um cometimento desaconselhado pelo comportamento exemplar nos países mais avançados da Europa relativamente à substituição dos respectivos códigos civis". Considera também imprópria uma reforma parcial "no estilo novelístico", porque "não passa de uma homenagem de reverência ao valor científico e ao prestígio histórico de códigos em desagregação", dado que antevê sempre a incidência de leis especiais ou "códigos setoriais". Por fim, salienta que "o movimento de descodificação do direito civil" cresceu com o Congresso de Roma, de 1979, e o de Caracas, de 1982, reveladores da "inclinação da maioria dos participantes" (O problema da codificação, in Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho, Aide Editora, 1ª. ed., 1986, p.p. 121-135).

Confirmou o saudoso professor essa orientação noutro estudo - A agonia do Código Civil - em que retrata "a proliferação das leis especiais" e proclama que a mudança da organização sócio-econômica dos tempos presentes determinou o desmoronamento desse edifício de linhas clássicas (o C.C.) e desaconselha a recodificação" (in Sans Adieu - 50 anos de cátedra, s/d, p.p. 73-79).

20 - Diverge dessa diretriz o professor Miguel Reale, que assim se exprimiu na exposição sobre o Anteprojeto de 1975, convertido no Projeto ora em tramitação no Senado: "Nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificada, - realçou o douto professor - tantas e tamanhas são as forças que atuam em contínua transformação, pois, a prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis esparsas e extravagantes. Ao contrário do que se assoalha, a codificação, como uma das expressões máximas da cultura de um povo, não constitui balanço ou arremate de batalhas vencidas, mas pode e deve ser instrumento de afirmação de valores nas épocas de crise. Mesmo porque, tal como a história no-lo comprova, há codificações, como a de Justiniano, elaboradas no crepúsculo de uma civilização, enquanto que outras, como o Código Civil de Napoleão, correspondem ao momento ascensional de um ciclo de cultura" (In Código Civil, 1ª. vol. - Parte Geral, Senado Federal, Subsec. de Ed. Técnicas, 1975, p. XIV).

23 - Sem filiar-se, propriamente, à corrente contrária, o Professor Silvio Meira, em carta que me dirigiu em 1991, objetou que "o projeto inicial, que já apresentava pontos vulneráveis, tem sido deformado em sua tramitação legislativa". Asseverou que "de nada adianta promulgar um código que já nasça defasado ou com impropriedades". E salientou o declínio dos Códigos Civis em geral", em virtude do que "alguns juristas pugnam pela descodificação".

Outras razões ponderáveis

24 - Acresce que o Projeto em curso data de 1975, vai, portanto, por 20 anos, e com a superveniência da Constituição de 1988 já deve ser necessariamente modificado, sobretudo no que concerne ao direito de família, pelas inovações estabelecidas.

25 - Por fim, cabe notar, sem exclusão de outras motivações, o assinalável desenvolvimento dos estudos e pesquisas sobre reprodução humana, discutindo-se problemas como a fecundação in vitro e a inseminação artificial, com reflexos manifestos na legislação civil.

"As possibilidades tecnológicas de manipulação da identidade civil - observa Cathérine Labrusse Riou, em contribuição de 1991 - obrigam os juristas a pensar, proximamente, no princípio da indisponibilidade do estado das pessoas, visando menos ao respeito da natureza entendida como estado de fato biológico, que ao respeito da natureza humana no que a identidade de cada homem é instituída pelo direito numa ordem de relação com outros, superior ao domínio exclusivo das vontades individuais e merecendo a consideração do próprio corpo social" (L'enjeu des qualifications: la survie juridique de la personne, in Droits, Revue Française de Théorie Juridique, 13, 1991, p.p. 19-30, cit. p. 27).

Entre nós, a recente Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, regula os incisos II e V do art. 225 da Constituição e "estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados". Ao lado de outras regras, a lei trata da fecundação

in vitro (art. 3º., parágrafo único) e veda a manipulação genética de células germinais humanas" (art. 8º., II). Cuida-se, pois, de diploma que contém disposições diversas, refugindo à unidade de um Código. E outras leis distintas, decerto, podem ser mencionadas.

Prudência e flexibilidade

26 - Não obstante a controvérsia aberta e os fatores consideráveis que nela se encerram, parece de toda conveniência que se prossiga no estudo do Projeto de novo Código Civil. Depois do meritório esforço desenvolvido pelos eminentes juristas que colaboraram na feitura do Anteprojeto e da valiosa contribuição da Câmara dos Deputados, que o converteu no Projeto aprovado, seria temerário mudar o rumo do processo legislativo, para reservar o caminho à edição de leis especiais. Se o código atual, provindo do saber e da experiência de Clovis Bevilacqua, e em vigor desde 1917, sofre a incidência de múltiplas leis, que o modificaram ou criaram sistema normativo parcialmente diverso, já agora, é melhor tentar a inovação global do que o manter mutilado, e por isso mesmo de complicada interpretação, em prejuízo da sociedade e da ordem jurídica.

Em verdade, a prudência, se aconselha o prosseguimento do trabalho legislativo, também recomenda proceder-se com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e portanto adequado a recolher e regular mudanças e criações supervenientes. O raciocínio prudente, no caso, harmoniza-se com a técnica de legislar. Como assinala Jean Carbonnier, "o legislador que compreende que sua obra vive, e não quer imobilizá-la, deve delinear os textos além de seu próprio pensamento". Dessa forma preserva o que o mesmo Autor chama a "dinâmica" da lei, essencial a um código, pois, para ele também, "codificar é modificar, e "a modificação não se concebe senão no sentido de aperfeiçoamento constante" (Essais sur les Lois, Repertoire du Notariat Defrénois, 1979, p.p. 249 e 299).

Dentro desse espírito sensível às transformações foi elaborado o Código italiano de 1942, - "caratterizzato da un alto grado di flessibilità" e só excepcionalmente consagrando "volontà imperativa" - segundo observa Franco Piga (Pubblico e Privato nelle dinamica delle istituzioni, Giuffrè Editore, 1985, p.p. 117 e 119).

Novos subsídios

27 - Se o texto do projeto em estudo, pelo tempo decorrido de seu preparo e em razão de mudanças culturais, requer alterações, o influxo de novas idéias, nada obsta a que o Senado o faça, inclusive colhendo outros subsídios. Em prazo razoável, para não perturbar o andamento da proposição, pode ser solicitada a cooperação de juristas, a começar pelos que emprestaram seu concurso à elaboração do Anteprojeto, bem como a de instituições de cultura. O confronto de idéias produz esclarecimentos, retificação de equívocos, inovações. Demais, como observou Rui Barbosa no parecer sobre a redação do atual Código Civil, "toda obra de legislação em grande escala há de ser obra de transação" (Ob. Comp., vol. XXIX. 1902, T. I, MEC, Rio, p.p. 2-3). Preservada a lógica do sistema, toda contribuição fundamentada merece exame.

28 - O Senado, portanto, procederá com sobriedade e visão clara de seu dever, se buscar, bem informado, conciliar o seu com o pensamento externo ordenado e atualizado."

Aprovadas, sem discrepância, as conclusões desse parecer preliminar, procedeu-se como nele sugerido.

Apelo ao saber dos juristas

A presidência da Comissão solicitou ao Instituto dos Advogados Brasileiros, à Academia Brasileira de Letras Jurídicas e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a colaboração que lhes

parecesse oportuna, como antes já proporcionada.

Paralelamente, convidados, fizeram exposições na Comissão os professores Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves, integrantes do corpo de juristas a que coube o preparo do Anteprojeto, e o professor Álvaro Villaça Azevedo, da Universidade de S. Paulo. Em Seminário na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, coordenado pelo professor Roberto Rosas, da Universidade de Brasília, falaram os professores Carlos Alberto Bittar, da Universidade de S. Paulo, Ricardo Pereira Lira e Francisco Amaral, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Discorreram todos sobre o Projeto e as alterações que nele deviam ser introduzidas, sendo que o último se manifestou em favor de leis especiais, e não de nova codificação.

Diretamente ao Relator Geral, remeteu o professor Mauro Rodrigues Penteado, da Universidade de São Paulo, sugestões pertinentes aos Títulos de Crédito. Por intermédio do Senador Bernardo Cabral,

encaminhou o professor Álvaro Villaça Azevedo estudo relativo ao Direito de Família, com propostas de emendas, tendo a participação da Dr^a Regina Beatriz Tavares da Silva. O Senador Roberto Requião foi portador das anotações e sugestões do professor Luís Edson Fachin, da Universidade do Paraná, concernentes ao Direito das Coisas. O chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista, enviou proposta do estudante Marcelo Gazzi Taddei, preparada sob orientação do professor Luiz Antônio Soares Rentz, modificativa do art. 50 do Projeto, visando a caracterizar a desconsideração da pessoa jurídica.

Dr^a Florisa Verucci forneceu ao exame do Relator-Geral vários subsídios, notadamente a respeito da

situação da mulher no direito moderno. Foram conhecidas as apreciações do professor Zeno Veloso, já apresentadas, ao que parece, na oportunidade das emendas no Senado, em 1984. Recentemente, professor José Teixeira, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, ofereceu ponderações, sobretudo em torno da Parte Geral do Projeto.

Dois estudos da Consultoria Legislativa do Senado, um sobre o Direito de Família, solicitado pelo Senador José Ignácio Ferreira, e o outro relativo ao Direito das Sucessões, a pedido do Senador Esperidião Amin, ambos feitos em função do Projeto, tiveram expressiva utilidade no confronto dos textos e na correção de contradições e lacunas.

Para superação de dificuldades e conciliação de dispositivos, mantivemos repetidos entendimentos com o professor José Carlos Moreira Alves, que emprestou à revisão do Projeto, de que foi um dos elaboradores, lúcidos subsídios de civilista, robustecidos pela experiência de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Pena é que o professor Silvio Meira, um crítico dos códigos civis - por ele qualificados como instrumentos "para servir à cúpula da sociedade"³ - não houvesse concluído a redação de suas sugestões, interrompida por viagem, segundo nos comunicou de Atenas, pouco antes de seu inesperado falecimento.

A advertência do saudoso e culto Mestre, porém, fez com que ficássemos mais atento no conceito de Georges Ripert: "Légiférer, quel que soit l'objet de la législation, paraît être progresser"⁴.

Esse estado de espírito renovador, que corresponde em largos traços ao do Projeto, presidiu ao esforço de revisão.

Estrutura e diretrizes do Projeto

Dividido está o Projeto em duas partes fundamentais: Parte Geral e Parte Especial. A primeira é composta de três Livros: Das pessoas - Dos bens - Dos fatos jurídicos. A segunda desdobra-se em cinco Livros: Do direito das obrigações - Do direito de empresa - Do direito das coisas - Do direito de família - Do direito das sucessões.

Um Livro complementar encerra as "disposições finais e transitórias".

Nessa série de Livros distribuem-se 2.073 artigos, marcados por normas de sentido genérico ou de

alcance social, obedientes a uma sistematização, sem rigidez incompatível com a realidade.

Sem pretensão de promover a unidade do Direito Privado, o Anteprojeto, de que resultou o Projeto, intentou, de princípio, realizar a unidade do Direito das Obrigações. É o que informa o professor Miguel Reale, esclarecendo que prevaleceu como "linha diretora" consagrar o "duradouro" e remeter a "matéria candente e sujeita a transformações inevitáveis" para a "legislação aditiva"⁵. Em realidade, assim se apura no conjunto do texto, sem prejuízo de inclusão das normas necessárias.

X X X

Da Parte Geral, que lhe coube redigir, assinala o Ministro Moreira Alves que, "na atualização dos princípios do Código Civil em vigor", se ateve "à doutrina mais moderna em que ela já se encontra assente, e se ajusta às necessidades práticas a que visa uma codificação"⁶. E em harmonia com tal assertiva dispõe o Projeto, ressalvadas modificações que se impõem, até pelo tempo decorrido de elaboração do Anteprojeto. Estabelece proteção aos direitos da personalidade, "intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária", com exceção dos casos previstos em lei (art. 11). Garante o uso de medida que faça cessar "a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade", prevendo perdas e danos (art. 12). Proíbe "os atos de disposição do próprio corpo, quando importarem diminuição permanente da integridade física, ou contrariarem os bons costumes", "salvo exigência médica" (art. 13). Regula a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte", "com objetivo científico, ou altruístico" (art. 14), não entrando em pormenores variáveis com a experiência. Disciplina "o que a doutrina moderna denomina negócio jurídico, em substituição à expressão genérica ato jurídico empregado no Código Civil vigente", daí as regras distintas sobre as duas figuras (arts. 104-184 e arts. 185-188). Conceituando a lesão, ocorrida "sob premente necessidade, ou por inexperiência", prescreve, objetivamente, que se aprecia "a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico" (art. 157 e § 1º). Suprindo omissão do Código atual (art. 159), considera, também, ato ilícito o que causar dano moral, portanto suscetível de indenização (art. 186), e o fez antes da Constituição de 1988 (art. 5º, V e X).

X X X

Como na Parte Geral, na Parte Especial o Projeto apresenta inovações ou reformulações em todos os cinco Livros, conquanto suscitando, também, alterações.

No Direito das Obrigações, se mantém normas válidas do Código Beviláqua, acolhe conquistas da experiência e da cultura. Proclama que "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor" (art. 391). Reconhece a "liberdade de contratar", porém condiciona seu exercício "em razão e nos limites da função social do contrato" (art. 421), repelindo o individualismo-condenável. Delineia o contrato de adesão, resguardando a posição do aderente, não só em vista de "cláusulas ambíguas ou contraditórias" como ao proibir "a renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio" (arts. 423 e 424). Admite os contratos atípicos, "observadas as normas gerais" fixadas no Código (art. 425), assim evitando abusos contrários ao Direito. Autoriza a resolução dos "contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (art. 478). Cautelosamente, pois, reduz a majestade do contrato, substituindo a velha cláusula *pacta sunt servanda*, dos códigos individualistas, pela regra justa - *rebus sic stantibus*. E, entre outras disposições, reprovava e pune o enriquecimento "sem justa causa", obrigando o que se locupleta "a restituir o indevidamente auferido" (art. 886). É justo salientar, também, a regra segundo a qual, "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização" (art. 946, parág. único). Sobressai, igualmente, o dispositivo que veda o aval parcial (art. 899, parág. único). Condenado em emenda, sob acusação de "novidade" (Em. nº 60), nós o mantivemos, ponderando: "Ser novidade não constitui impedimento à adoção de uma norma. Básico é que seja legítima e útil". E o preceito evita dúvida sobre a extensão da garantia dada.

X X X

Constando pela primeira vez numa codificação civil brasileira, e originariamente tratado como Atividade

Negocial no Anteprojeto, o "Direito de Empresa, designação que a Câmara dos Deputados preferiu, é regulado em seus diversos ângulos, em linhas básicas. Do conceito de empresário (art. 969) ao de sociedade (art. 984), alcança os diversos tipos dessa formação (arts. 989-1.141) e lhes traça o perfil, reservando à lei especial aspectos de mutabilidade constante. Evitando confusão, realça a noção de estabelecimento, como "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária" (art. 1.142). É relevante notar que o empresário rural e o pequeno empresário são dispensados da formalidade de inscrição no Registro das Empresas (art. 973). Regra essencial, quanto à sociedade dependente de autorização, é a que faculta ao Poder Executivo negar a permissão, "se a sociedade não atender às condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei, ou quando sua criação contrariar os interesses da economia nacional" (art. 1.130). De relevo, por igual, é a disposição que faculta ao Poder Executivo exigir "que se procedam a alterações ou aditamento" em "contrato ou estatuto" de sociedade (art. 1.129), como afirmação do Estado em defesa da ordem jurídica ou do interesse coletivo.

Conforme observou o professor Sylvio Marcondes, que elaborou essa parte do Projeto, o texto deve ser analisado "não somente à luz dos grandes focos, na contemplação de idéias, igualmente grandes, mas vagas e imprecisas; o que cumpre é meditá-los, na complexidade objetiva com que procura dar segurança jurídica à totalidade dos fenômenos compreendidos na atividade negocial dos cidadãos"⁷. Realmente, as normas sobre Direito de Empresa, além de amplas e flexíveis, hão de ser interpretadas de acordo com a diversificação da atividade negocial, as condições econômicas e os costumes do meio. Os princípios doutrinários dão a forma geral das instituições empresariais, porém não as delineiam em modelos rígidos, pois os fatos econômicos têm características distintas na vida dos povos. O direito positivo, igualmente, reflete as tendências da cultura, mas lhe é impróprio estabelecer dogmas, para não ser superado, depressa, pela realidade. No plano econômico, de modo singular, o direito deve conciliar racionalidade e objetividade, para que as relações inumeráveis não se desdobrem à margem da lei.

Atentando nesse quadro mutável de certas relações, ainda não definitivamente configuradas, o Projeto não absorveu determinadas formas contratuais, em aperfeiçoamento. Não dispõe sobre as sociedades por ações, tendo em conta, sobretudo, seus vínculos com o mercado de capitais, extrapassando as raias do Direito Civil.

X X X

No Livro do Direito das Coisas estão reguladas as questões gerais relativas à posse e à propriedade, com seus consectários e as transformações configuradas no tempo. Nem tudo é inovação em face do Código vigente, porque há conceitos que não mudaram substancialmente. A propósito da posse e de críticas feitas ao texto no sentido de que teria tentado conciliar teorias, observou concisamente o professor Ebert Chamoun, redator do esboço: "Trata-se de uma definição conceptual, que pretende captar, em sua inteireza, o fenômeno jurídico da posse, não de uma proposição que envolva um compromisso doutrinário"⁸. E este é o critério da boa técnica legislativa. Assim declara que se adquire "a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade" (art. 1.205). Não caracteriza a propriedade apenas como "o direito de usar, gozar e dispor de seus bens", qual o faz o Código em vigor (art. 524). Se menciona esses caracteres (art. 1.229), acrescenta sua função social. Acentua que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as 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" (art. 1.229, parág. único). Explicitamente, portanto, condiciona a conveniência privada ao interesse coletivo.

Atualizando o regime do usucapião, reduz os prazos para aquisição da propriedade: de vinte para quinze anos, nos casos daquele que, "sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel" (art. 1.239); a dez anos, independentemente de ser entre presentes ou ausentes, para quem possuir o imóvel "contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé" (art. 1.242). E neste último caso o prazo se restringe a cinco anos, se preenchidos os requisitos de aquisição onerosa, estabelecimento de moradia ou investimentos de interesses social e econômico (parágrafo único do art. 1.242).

As disposições do Projeto conciliam-se, de modo geral, com as normas constitucionais. Mas, o art. 1.240, coincidindo, em parte, com o art. 191 da Constituição, aconselha que se o substitua por este, assim se obstando a arguição de conflito. É próprio, também, trasladar para o Projeto o art. 183 da Constituição, que cria tipo especial de usucapião relativo a área urbana, como sugerido em emenda do Relator.

Prevê o Projeto o "uso anormal da propriedade" e o modo de corrigi-lo (arts. 1.277-1.281). A par de dispor sobre o condomínio em geral (arts. 1.314-1.330), traça normas próprias para o condomínio edilício, atentando nas múltiplas e singulares relações decorrentes do uso das partes que são "propriedade exclusiva" e das que constituem "propriedade comum dos condôminos", nas edificações (arts. 1.331-1.357).

Como no Anteprojeto Orlando Gomes (arts. 524-531), no presente Projeto o problema da superfície, ou do direito de superfície, é tratado de forma geral (arts. 1.368-1.375). Talvez por ser antigo direito, de origem romana, que, após oscilações, reingressa nos sistemas jurídicos positivos, há prudência no seu delineamento. De modo diferente procedeu o codificador português de 1966, que cuidou largamente da questão (arts. 1.524-1.542). É de ver, porém, que o Projeto regula a concessão da superfície pelo proprietário a outrem, para construir ou plantar. Exigindo escritura pública, autoriza a concessão gratuita ou onerosa, como permite sua transferência a terceiro, e que por morte do superficiário se transmita a seus herdeiros (arts. 1.368-1.371). É assegurado o direito de preferência, em igualdade de condições, ao superficiário no caso de venda do imóvel, e ao proprietário, no de alienação da construção ou plantação (art. 530). Se o texto pede complementação ou correção, nem por isso se há de obscurecer a importância de inclusão da matéria em novo Código. Embora criticando o Projeto, não pela recepção do tema, mas por fazê-lo de modo "insuficiente", José Guilherme Braga Teixeira, professor de Direito Civil, salienta que parece "correto pensar que o direito de superfície encontrará, a pouco e pouco, admissão nos ordenamentos jurídicos positivos". E o considera, com relação ao Brasil, instrumento suscetível de ajudar "a diminuir a enorme crise habitacional" e proporcionar "uma reformulação agrária"⁹. Se sua proposta, consubstanciada em projeto de lei, vai além das normas genéricas de um Código Civil moderno, fornece subsídios para prudente complementação ou revisão do texto ora examinado e sujeito a emendas.

Confirma o relevo e oportunidade do tema o professor Roberto- Cesar Pereira Lira, na sua tese de concurso "O Moderno Direito de Superfície", em que sustenta a conveniência de sua recepção no Direito Positivo brasileiro". Delineando o perfil histórico e jurídico do direito de superfície, observa que não se trata de restaurar "concepção perempta e fossilizada", ou de "ressuscitar o supérfluo". Salienta a plasticidade desse direito, que se ajusta "às exigências sociais" e lhe imprime "a fisionomia de um direito real autônomo, rico na sua estrutura, valioso nas suas aplicações". E ressalta sua importância na "política de racionalização da utilização do solo urbano e de contenção do homem no campo". Singular é que assinalou que a urgência de consagração do direito de superfície não podia esperar "a tramitação convenientemente lenta de um Código Civil", e nela, entretanto, antes de lei-extravagante, se adota a inovação, com os subsídios de sua expressiva monografia¹⁰.

No que concerne à enfiteuse, o Projeto elegeu, a nosso ver, boa solução técnica e social. Proibindo a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, assim o declarou no Livro Complementar, isto é, nas disposições finais e transitórias - art. 2.066. Para não criar zona cinzenta, em que florescessem os conflitos de interesses, subordina, no mesmo artigo, as situações "existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores". Assim o Projeto extingue velha e condenada instituição, sem ofender direitos decorrentes de situações constituídas segundo a legislação preexistente. O que se possa acrescentar ao texto, não altera a essência da norma formulada, se observada, como foi no dispositivo, a Constituição, a respeito da irretroatividade da lei. Também o Projeto Orlando Gomes seguiu essa orientação fundamental (art. 503), com a diferença de conter outras regras e de situá-las, impropriamente, entre as disposições permanentes. Mas o saudoso professor acentuou que "a enfiteuse é, realmente, instituto obsoleto, em franco desuso". E por isso, embora acatando o princípio do direito adquirido, buscou atacar o sistema "pelos flancos", impondo-lhe "limitações"¹¹, desestimuladoras de seu prolongamento precário e concordantes com a função social da propriedade. Coerente com essa ponderação, emenda ao Projeto, de autoria do Relator Geral, introduz limitações cabíveis.

X X X

No campo do Direito de Família, o Projeto, que é de 1975, avança em relação ao Código vigente,

adotando medidas que o tempo aconselhou e que somente depois foram objeto de legislação. Antecipando-se à Emenda Constitucional nº 9, de 1977 (art. 1º), e à conseqüente Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, incluiu o divórcio entre as causas terminativas da sociedade conjugal (art. 1.574, IV). Precedendo ainda à Lei nº 6.515 (art. 50, 7), estabeleceu o regime da comunhão parcial de bens como o legal, na inexistência ou nulidade de convenção (art. 1.668). Atribui a direção da sociedade conjugal, em colaboração, ao homem e à mulher (art. 1.569), não sendo esta apenas auxiliar do "chefe". Institui o regime de participação final nos aqüestos (art. 1.700), assegurando que "cada cônjuge possui patrimônio próprio, e dessa forma facilitando que ambos tenham atividades autônomas, como já se verifica. Norma compreensível nesse quadro preceitua que "as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros" (art. 1.714). Estipula amplo regime de alimentos entre "parentes" e entre "cônjuges", como entre "pais e filhos", considerando o estado de necessidade e as exigências de vida condigna (arts. 1.722 a 1.725), e assim realçando o vínculo de solidariedade na família. E ainda prescreve que, "para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos" (art. 1.731), aplicado, portanto, o princípio de justiça social.

As relações entre os cônjuges e as dos companheiros, bem como as de parentesco, e a situação dos filhos, compreendidos os adotivos, tendo sido profundamente modificadas pela Constituição de 1988, serão examinadas quando forem analisadas as emendas ao Projeto, decorrentes dessa superioridade normativa, e as dos Senadores, que àquelas tiveram de ser conjugadas.

X X X

Na esfera do Direito das Sucessões, dispõe o Projeto que a sucessão se abre "no lugar do último domicílio do falecido" (art. 1.809) e se dá "por lei ou por disposição de última vontade" (art. 1.810). Na sucessão legal estabelece, como é natural, a ordem hereditária (art. 1.852). Inclui o cônjuge entre os herdeiros necessários, depois dos descendentes e dos ascendentes (art. 1.872). Não prevê, sob nenhuma forma, a presença da companheira na sucessão, o que é suprido por emenda do Relator, a ser exposta.

Na sucessão por disposição de última vontade, reduz, sem exagero, as formalidades testamentárias (arts. 1.892-1.908), e aos testamentos especiais acresce o feito a bordo de aeronave militar ou comercial (art. 1.915). Expressamente declara que "a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento" (art. 1.884). Cerceando dúvidas, prescreve que se "a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador" (art. 1.925). Rompendo velha concepção, opõe restrições ao poder de dispor. Determina o Projeto que, "salvo se houver justa causa devidamente expressa no testamento, não pode o testador estabelecer cláusulas de inalienabilidade ou impenhorabilidade quanto à legítima, nem a conversão dos bens, que a constituem, em outros de espécie diversa" (art. 1.875). Ampliando essa orientação, outras regras concernentes às disposições testamentárias, ou às suas formalidades e a seus efeitos, são propostas pelo Relator Geral, em emendas, consoante se explicitará adiante.

X X X

O Livro Complementar, o último do Projeto, compreende as normas finais e transitórias. Nele se enquadram, especialmente, as regras de transição. De seu contexto propõe-se a supressão de artigos, sobretudo por se terem tornado inconciliáveis com a superveniente Constituição de 1988, como os referentes a adoções (art. 2.068) ou a filhos adulterinos (art. 2.070).

Emendas ao Projeto. Inovações

À estrutura e notadamente às diretrizes do Projeto, Senadores de diferentes partidos ofereceram emendas: 360, em 1984, e 6, em 1995. Dessas emendas, muitas foram aceitas nos seus termos, ou admitidas em forma de subemendas, e outras declaradas rejeitadas, ou prejudicadas. Às emendas individuais dos Senadores somaram-se 128 de iniciativa do Relator Geral, todas esclarecidas por suas justificações ou pelos pareceres emitidos.

Não cabe, evidentemente, realçar o conteúdo de todas essas emendas, que serão consideradas, juntamente com o Projeto, no Plenário do Senado. É natural, porém, salientar as de maior relevo, ou de mais vivo

sentido polêmico, para conhecimento da opinião interessada.

Desde a emenda ao art. 1º, caracterizou-se espírito inovador. Na substituição da forma "todo homem" ela expressão "todo ser humano", para definir a pessoa capaz de direitos e obrigações, atualizou-se a

linguagem em reconhecimento à posição conquistada pela mulher na sociedade de nossos dias. Na modificação do art. 2º, ampliaram-se os direitos do nascituro, para protegê-los "desde a concepção", como o fez o Código de 1916.

A emenda nº 1, do Senador Galvão Modesto, embora a única por ele apresentada, alterando os arts. 4º e 5º do Projeto, propiciou a fixação da maioridade plena em 18 anos completos (art. 5º), o que representa mudança significativa para a sociedade e prova de confiança no discernimento e no poder de informar-se dos moços brasileiros.

X X X

Por emenda do Relator ao art. 50, admitiu-se a "desconsideração da personalidade jurídica", em caso de abuso "caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial", mediante fórmula provida do conhecimento e da experiência do professor Fábio Konder Comparato. A importância dessa medida, justificada na emenda, encontra reforço, ainda, na recente monografia de Suzi Elisabeth Cavalcante Koury, em que salienta a propriedade de corrigir "simulações e fraudes" e outras situações "em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico"¹².

X X X

Por sugestão do professor Mauro Rodrigues Penteado, formulamos emenda aditiva admitindo que o título de crédito "poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente", além de observados "os requisitos mínimos" do art. 891. Desse modo, com as cautelas necessárias, adota-se procedimento correspondente às inovações que a tecnologia vem proporcionando a todas as atividades humanas.

X X X

Por subemenda a emenda do saudoso Senador Nelson Carneiro (Em. 358), reconhece-se à companheira ou ao companheiro, na vigência da união estável, direito a participar da sucessão do outro, em proporção que variará segundo concorra com filhos comuns; com descendentes só do autor da herança; com parentes sucessíveis, ou não havendo parentes sucessíveis. Assim, com a consagração do direito à sucessão, desdobram-se efeitos da união estável, entidade familiar criada pela Constituição de 1988 (art. 226, § 3º). Além disso, exigindo-se o convívio ao tempo da abertura da sucessão, adota-se critério semelhante ao que o Projeto estabelece para a herança entre os cônjuges (art. 1.853).

X X X

A Constituição de 1988, precisamente, é que provocou profunda modificação no Projeto, na parte do Direito de Família. Considerando a família "base da sociedade", sob "especial proteção do Estado", deu-lhe amplitude singular. Não a conceitua mais como originária apenas do casamento. A este prestigiando, até com a gratuidade de sua celebração, inovou com o reconhecimento da "união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. E recomenda que se lhe facilite a "conversão em casamento". Em norma coerente com a evolução da sociedade contemporânea, proclama que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Manteve o divórcio como causa de dissolução do casamento, após prévia separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Preceitua, com firmeza, que "o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (art. 226, §§ 1º a 7º).

Ao lado de outras prescrições protetoras da organização familiar, a Constituição estipula que "a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiro". Por fim, vencendo preconceitos, assenta que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §§ 5º e 6º).

Tais cláusulas, de largo sentido social e de direito justo, repercutiram extensa e intensamente no Projeto, em todo o texto sobre a família. As regras pertinentes à sociedade conjugal tiveram que ser ajustadas, com rigor maior, ao princípio de igualdade entre o homem e a mulher. Acentuou-se que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família (art. 1.509). Afastou-se, por emenda, a qualificação "legítima", como também no art. 1.567, pois, sem casamento, a Constituição reconhece na união estável uma "entidade familiar". Fortalece-se o princípio de que "a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher", no interesse da família (art. 1.569). Em função do sistema ditado pela Constituição, substituiu-se pátrio poder por poder familiar (arts. 1.658 a 1.666 e outros) - fórmula sugerida em comentário do professor Miguel Reale. Eliminou-se toda referência a filiação legítima, legitimada, adulterina, incestuosa, ou adotiva, visto que, a partir do novo ordenamento constitucional, a filiação é uma só, sem discriminações (arts. 1.602 a 1.635 e outros). Varreu-se do texto o capítulo da legitimação (arts. 1.618 a 1.620). No art. 1.567 modificado já não se diz que "o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos", mas que "importa o reconhecimento" deles. Em consequência natural dessa alteração, no art. 1.618 também revisto, e absorvendo os arts. 1.619 e 1.620, são "equiparados aos nascidos no casamento, para todos os efeitos legais, os filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente casaram".

X X X

Dando-se cumprimento à determinação constitucional, conceitua-se "como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos". Admite-se a redução desse prazo, "quando houver filho comum." Prescreve-se que "as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos." Ainda segundo a emenda aditiva ao Projeto, "na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". E, de acordo com a recomendação constitucional, se estabelece, sem formalismo, que "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil".

Outras normas não foram elaboradas, a respeito da união estável, por entender-se que se tratando de figura nova, que o Constituinte alçou à condição de "entidade familiar, melhor será que a experiência e os julgados lhe delineiem os efeitos definitivos. Traçadas as linhas fundamentais, como estão, a vida indicará a configuração final.

Retratada a união estável, pareceu prudente dar-se uma noção básica do concubinato, cuja existência

diferenciada seria inútil e impróprio desconhecer. Sem regras minudentes, que tal situação desaconselha, a emenda indica a distinção: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato."

X X X

Em parecer a emendas que pretendiam extingui-lo, conferiu-se outra forma ao art. 1.632. Fixou-se, claramente, para impedir ofensa à intimidade e à honra: "Não se permite a investigação de maternidade quando tenha por fim atribuir à mulher casada filho havido fora da sociedade conjugal".

Em preservação de direito, porém, definiu-se a exceção: "Admite-se a investigação depois de dissolvida a sociedade conjugal, ou de um ano de separação ininterrupta do casal, devidamente comprovada".

Para atenuar a imutabilidade do regime de bens no casamento, subemenda à emenda nº 284 admite alteração parcial, "mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a

procedência das razões invocadas e ressalvados direitos de terceiros" (Em. 186).

Quanto à impossibilidade de manter-se a comunhão de vida no casamento, os motivos foram enumerados no art. 1.577. mas, por subemenda do Relator à emenda nº 186, se acresceu parágrafo, segundo o qual "o juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum". A complexidade crescente da existência na sociedade moderna não pode conter - se sempre em textos enumerativos, insuscetíveis de abranger toda a realidade.

X X X

No tocante à sucessão, há pontos que justificam relevo, por alargarem, resguardada a segurança, a simplificação das formalidades testamentárias. Assim, por alteração do art. 1.904, permite-se que o testamento particular "seja elaborado por processo mecânico", sem rasuras ou espaços em branco. Também por substituição do art. 1.907 se autoriza: "Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz".

Em parecer a emenda do Senador Alexandre Costa ao art. 1.875, também sobre testamento, admitiu-se que, "mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados,

convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros". Conforme salientamos no parecer, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, se em casos protegem o patrimônio, noutros geram dificuldades, por vezes extremamente prejudiciais aos beneficiários do testamento. Torná-las menos inflexíveis, com a vigilância devida, como se propõe, não ofende a vontade do testador e assegura a destinação econômica dos bens.

Ampliando a emenda, estendemos à cláusula de incomunicabilidade a proibição de alcançar a legítima.

As modificações, enfim, afastam de um Código novas exigências e formalidades contrárias ao direito moderno e às relações econômicas e produtivas da vida.

Oportunidade da codificação

Em face do exposto neste parecer e nas observações às emendas, não será intuito de defender o Projeto reconhecer que, se convertido em lei, com os aperfeiçoamentos que lhe foram e lhe vierem a ser introduzidos, terá irrecusável e extensa utilidade, cultural e prática.

Se o Código Beviláqua, vigente há 80 anos, honrou o pensamento jurídico nacional, o tempo e as mudanças sociais e econômicas o superaram em muitos de seus institutos e comandos normativos. Além disso, sobreveio-lhe volumosa legislação, que o alterou, ora expressa, ora implicitamente. É torturante, não raro, fixar juízo sobre suas normas, interpretá-las convenientemente.

A feitura de novo Código, se é difícil e polêmica, responde a necessidades coletivas, umas de natureza espiritual, outras de ordem econômica e social. Preciso é dar à vida, no seu conjunto, instrumentos normativos atualizados. Poderão não ser perfeitos, como não o é o Projeto, mas representarão uma nova sistematização das normas reguladoras de fenômenos e relações que mudaram e estão em transformação. Observa Jean Carbonnier que "toda ciência sistematiza; mas o direito, sob certo aspecto, parece não ser senão isso"¹³. Se a tendência é conservar o estabelecido, as necessidades da existência, e no pórtico de outro século, pedem mudanças adequadas, para o encontro de esperanças nascentes.

É tanto mais oportuno concluir a elaboração do novo Código diante de idéias que se expandem no campo do Direito. A revista *Droits*, editada na França, em seu número 24, de 1996, é dedicada, precisamente, à codificação: la codification. E a indicação de que é o primeiro número sobre o assunto - la codification / 1 - revela que vai desdobrar os estudos a esse respeito. Nas contribuições já publicadas não há, em verdade, confluência de pontos de vista. Se juristas ilustres se dedicam ao tema, porém, é porque nele vêem atualidade, assinalada, aliás, por vários dos colaboradores. Deles, Guy Braibant, conselheiro de Estado, vice-presidente da Comissão superior de codificação, faz observação que se afigura escrita para o

Brasil. Afirma, literalmente: "Mais il est vrai qu'on codifie dans les périodes où le droit est arrivé à un degré de dispersion et de prolifération tel que cela n'est plus supportable"¹⁴.

A inflação legislativa entre nós, em vários ângulos, inclusive no Direito Civil, e envolvendo o Código vigente, não é mais suportável: "n'est plus supportable".

A decisão de sistematizar, codificando, é relevante serviço ao País, e a seus cidadãos.

Brasília (Senado Federal), 5 de novembro de 1997.

Senador da República JOSAPHAT MARINHO (Relator Geral)

Fontes

1. Mensagem presidencial nº 160, de 10.6.975.
2. Discurso do deputado Ernani Satyro, in Miguel Reale, O Projeto de Código Civil, Saraiva, 1986, p.p. 114 a 126.
3. Sílvio Meira, Os Códigos Civis e a Felicidade dos Povos, in Rev. de Inf. Legislativa (Senado), nº 117, 1993, p. 347.
4. Georges Ripert, Le Declin du Droit, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1949, p. 68.
5. Miguel Reale, O Projeto de Código Civil, Edit. Saraiva, 1986, p. 5.
6. José Carlos Moreira Alves, A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, Edit. Saraiva, 1986, p.p. 70 e 77.
7. Sylvio Marcondes, Exposição de motivos complementar, in Código Civil -

Anteprojetos, Pub. do Senado Federal, Vol. 5, T. 2, p. 65.

8. Ebert Vianna Chamoun, Exposição de motivos complementar, in Código Civil - anteprojetos, Vol e T. cites., p. 79.

9. José Guilherme Braga Teixeira, O Direito Real de Superfície, Edit. Rev. dos Tribunais, 1993, p.p. 58, 92 e 94.

10. Roberto - César Pereira Lira, O Moderno Direito de Superfície (Ensaio de uma Teoria Geral), in Rev. de Direito da Procuradoria Geral - Estado do Rio de Janeiro, nº 35, 1979, p.p. 1-98, cites. p.p. 89, 90 e 92.

11. Orlando Gomes, A Reforma do Código Civil, Publicação da Univ. da Bahia, 1965, p.p. 212 e 215 e Proj. de Cód. Civil (art. 504).

12. Suzi Elisabeth Cavalcante Koury, A Desconsideração da Personalidade Jurídica, Edit. Forense, 2ª ed., 1997, p. 197.

13. Jean Carbonnier, Droit Civil, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, T. I, p. 24.

14. Guy Braibant, Utilité et Difficultés de la Codification, in Droits - Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridique, PUF, nº 24, 1996: la codification/1, p. 61; cit. p. 63.



Senado Federal
Secretaria Especial de Editoração e Publicações
Subsecretaria de Edições Técnicas

Novo Código Civil

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS
E TEXTO SANCIONADO

Brasília – 2002

Editor: Senado Federal
Impresso na Secretaria Especial de Editoração e Publicações
Produzido na Subsecretaria de Edições Técnicas
Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto
Praça dos Três Poderes, Via N-2 Unidade de apoio III
CEP 70.165-900 Brasília, DF
Telefones: (61) 311-3575, 3576 e 3579
Fax: (61) 311-4258
E-Mail: ssetec@senado.gov.br

Editoração Eletrônica e Capa: Renzo Viggiano
Ficha Catalográfica: Greyciane Souza Lins
Colaboração: João Augusto de Lima -

ISBN: 85-7018-215-5

Brasil. Novo Código Civil.
Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado.
— Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas,
2002.
342 p.

1. Código Civil, Brasil. I. Título. II. Título: Exposição de
-Motivos e Texto Sancionado-

CDDir 347 (094.4)

Mensagem nº 160,
de 10 de junho de 1975

MENSAGEM Nº 160, DE 10 DE JUNHO DE 1975

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL:

Nos termos do artigo 56 da Constituição, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposições de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça e do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o anexo projeto de lei que institui o Código Civil.

Brasília, em 10 de junho de 1975 – ERNESTO GEISEL

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO SENHOR
MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

Brasília, em 06 de junho de 1975

Excelentíssimo Senhor Presidente da República

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência o Projeto do Código Civil, cujo anteprojeto é de autoria dos Professores MIGUEL REALE, na qualidade de Supervisor, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM, SYLVIO MARCONDES, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO CASTRO, que elaboraram, respectivamente, a matéria relativa a Parte Geral, Direito das Obrigações, Atividade Negocial, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões, tendo o professor MOREIRA ALVES acumulado, durante certo tempo, as funções de Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos.

Como resulta da minuciosa Exposição de Motivos, com a qual o Professor MIGUEL REALE fundamenta e justifica a obra realizada, obedeceu esta a plano previamente aprovado por este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes:

“a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam.

c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.

d) Redistribuir a matéria do Código Civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil.

e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

g) Aproveitar, na revisão do Código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta Comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES.

h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitarão, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no País, sobre o assunto.

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a

disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.

j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado.

l) Incluir na sistemática do Código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em leis especiais promulgadas após 1916.

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado.

o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.”

Observo, ainda, que o Projeto muito embora discipline as sociedades empresárias no livro referente à Atividade Negocial, não abrange as *sociedades anônimas*, pois estas, de conformidade com a determinação de Vossa excelência, serão objeto de lei especial.

Constituída em maio de 1969, a “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, após vários meses de pesquisas e sucessivas reuniões, entregou ao então Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZAID, o primeiro texto do Anteprojeto, solicitando que fosse publicado a fim de serem recebidas sugestões e emendas de todos os interessados.

Sobre esse primeiro anteprojeto, publicado em 7 de agosto de 1972, manifestaram-se não somente as principais corporações jurídicas do país, tribunais, instituições e universidades, mas também entidades representativas das diversas categorias profissionais, com a publicação de livros e artigos em jornais e revistas especializadas. Conferências e simpósios foram, outrossim, realizados, em vários Estados, sobre a reforma programada, sendo as respectivas conclusões objeto da mais cuidadosa análise por parte da Comissão.

Valendo-se de todo esse precioso material, a Comissão voltou a reunir-se por diversas vezes, fiel ao seu propósito de elaborar um Anteprojeto correspondente às reais aspirações da sociedade brasileira, graças à manifestação dos diferentes círculos jurídicos, e de quantos se interessaram pelo aperfeiçoamento de nossa legislação civil.

De tais estudos resultou novo Anteprojeto, publicado em 18 de junho de 1974, abrangendo grande número de emendas e alterações que a Comissão houve por bem acolher, assim como outras de sua iniciativa, decorrentes de investigação própria.

Em virtude dessa segunda publicação, novas sugestões e emendas foram analisadas pela Comissão, daí resultando o texto final, que, no dizer de seus autores, transcende as pessoas dos que o elaboraram, tão fundamental e fecunda foi a troca de idéias e experiências com os mais distintos setores da comunidade brasileira.

A exposição feita evidencia, Senhor Presidente, que o projeto ora submetido à alta apreciação de Vossa excelência é fruto de longos e dedicados estudos, refletindo a opinião dominante nos meios jurídicos nacionais, além de se basear na experiência das categorias sociais a que os preceitos se destinam. Trata-se, em suma, de diploma legal marcado pela compreensão direta de nossos problemas sócio-econômicos, e não de sistematização de dispositivos ditada por meras preferências teóricas.

É de longa data, Senhor Presidente, que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões.

O Projeto, além de conter novos institutos e modelos jurídicos, exigidos pelo atual desenvolvimento do País, caracteriza-se pelo equilíbrio de suas opções, visto ter-se tido sempre em mira a conciliação dos valores da tradição com os imperativos do progresso, os interesses dos particulares com as exigências do bem comum.

De outro lado, promulgado que foi o novo Código de Processo Civil, torna-se ainda mais imperiosa a atualização da lei substantiva, cuja inadequação aos problemas atuais vem sendo apontada como uma das causas mais relevantes da crise da Justiça.

Com o Projeto do Código Civil, a Política legislativa, traçada pelo Governo de Vossa Excelência, atinge o seu ponto culminante, por tratar-se, efetivamente, do diploma legal básico, cuja reforma condiciona todas as demais.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de profundo respeito.

ARMANDO FALCÃO – Ministro da Justiça

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO SUPERVISOR
DA COMISSÃO REVISORA E
ELABORADORA DO CÓDIGO CIVIL

Ao Excelentíssimo Senhor
Doutor ARMANDO FALCÃO
DD. Ministro de Estado da Justiça
Brasília

Senhor Ministro

Na qualidade de Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, cabe-me a honra de submeter à consideração de Vossa Excelência o Anteprojeto de Código Civil, elaborado com inestimável colaboração dos Professores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral), AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), SYLVIO MARCONDES (Atividade Negocial), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Direito de Família) e TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões).

Não obstante já conhecidas as diretrizes fundamentais do Anteprojeto, através das Exposições de Motivos redigidas pelo signatário e demais membros da Comissão, não será demais, como remate final dos trabalhos iniciados há quase seis anos, a 23 de maio de 1969, recapitular os seus pontos essenciais, com os aditamentos indispensáveis ao pleno esclarecimento da matéria.

Ao fazê-lo, Senhor Ministro, posso afirmar que, pela forma como se desenvolveram os estudos, com base em reiteradas pesquisas próprias, mas também graças às preciosas sugestões e críticas que nos chegaram de todos os quadrantes do País, a obra ora apresentada transcende a pessoa de seus autores, o que me permite apreciá-la com a indispensável objetividade.

Preferimos, os integrantes da Comissão, agir em sintonia com a comunidade brasileira, corrigindo e completando os Anteprojetos anteriores, publicados no Diário Oficial da União, respectivamente, de 7 de agosto de 1972 e 18 de junho de 1974, por uma razão essencial de probidade científica, a qual se identifica com o natural propósito de bem servir ao povo.

NECESSIDADE DA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

1. Não é de hoje que vem sendo reclamada a reforma da Lei Civil em vigor, como decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.

A exigência de atualização dos preceitos legais foi notada, preliminarmente, no campo das relações de natureza negocial, como o demonstra a elaboração de um projeto autônomo de “Código de Obrigações”, há mais de trinta anos, da autoria dos eminentes jurisconsultos HAHNEMANN GUTMARÃES, PHILADELPHO AZEVEDO e OROSIMBO NONATO. Essa iniciativa não vingou, entre outros motivos, por ter-se reconhecido que se impunha a revisão global de nossa legislação civil, visto não ser menos sentida a sua inadequação no que se refere às demais partes das relações sociais por ela disciplinadas.

É a razão pela qual o problema foi retomado, em 1963, tendo sido, então, preferida a elaboração de dois Códigos, um Código Civil – destinado a reger tão-somente as relações de propriedade, família e sucessões – e um Código de Obrigações, para integrar em unidade sistemática assim as relações civis como as mercantis.

Não obstante os altos méritos dos juristas que foram incumbidos dessa tarefa, não logrou boa acolhida a idéia de dois códigos distintos, merecendo, todavia, aplausos o propósito de unificação do Direito das Obrigações, que, como será logo mais salientado, constitui verdadeira vocação da experiência jurídica brasileira.

Abandonada a linha da reforma que vinha sendo seguida, não foi posta de lado, mas antes passou a ser insistentemente pedida a atualização do Código Civil vigente, tais e tantos são os prejuízos causados ao País por um sistema legal não mais

adequado a uma sociedade que já superou a fase de estrutura prevalecentemente agrária para assumir as formas e os processos próprios do desenvolvimento científico e industrial que caracteriza o nosso tempo.

Não vai nessa afirmação qualquer desdouro para a obra gigantesca de CLÓVIS BEVILÁQUA, cuja capacidade de legislador não será nunca por demais enaltecida. Ocorre, todavia, que o Código de 1916 foi concebido e aperfeiçoado a partir de 1899, coincidindo a sua feitura com os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por acendrado individualismo.

2. As dificuldades e os riscos inerentes ao projeto de um Código sentiu-os profundamente o preclaro CLÓVIS BEVILÁQUA, ao assumir sobre os ombros a responsabilidade de seu monumental trabalho, que ele prudentemente situou “no ponto de confluência das duas forças de cujo equilíbrio depende a solidez das construções sociais: a conservação e a inovação, as tradições nacionais e as teorias das escolas, o elemento estável que já se adaptou ao caráter e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira pela qual ele estabelece e procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina científica”. E ainda advertia o Mestre: “Mas, por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte”.

Outra não pode ser a atitude do codificador, dada a natureza essencialmente ambivalente de sua missão, que consiste em afundar raízes no passado para melhor se alçar na visão do porvir.

Não é menos verdade, porém, que o nosso tempo se mostra mais propício a vislumbrar as linhas do futuro do que o de CLÓVIS, quando ainda o planeta não fora sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos. Muito embora sejamos partícipes de uma “sociedade em mudança”, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento.

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores cole-

tivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.

Por outro lado, os que têm se manifestado sobre a chamada “crise da Justiça” reconhecem que uma das causas desta advém do obsoletismo de muitas normas legais vigentes, quer pela inadequação de seu conteúdo à realidade social contemporânea, quer pelo vincado sentido formalista que as inspira, multiplicando as áreas e os motivos dos conflitos de interesse.

Acresce que, tendo sido antecipada a promulgação do novo Código de Processo Civil, mais ainda se impõe a pronta reforma da lei substantiva, tal a complementariedade que liga um processo normativo ao outro.

Nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificadora, tantas e tamanhas são as forças que atuam neste mundo em contínua transformação, pois, a prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis esparsas e extravagantes. Ao contrário do que se assoalha, a codificação, como uma das expressões máximas da cultura de um povo, não constitui balanço ou arremate de batalhas vencidas, mas pode e deve ser instrumento de afirmação de valores nas épocas de crise. Mesmo porque, tal como a história no-lo comprova, há codificações, como a de Justiniano, elaboradas no crepúsculo de uma civilização, enquanto que outras, como o Código Civil de Napoleão, correspondem ao momento ascensional de um ciclo de cultura.

O que importa é ter olhos atentos ao futuro, sem o temor do futuro breve ou longo que possa ter a obra realizada. Códigos definitivos e intocáveis não os há, nem haveria vantagem em tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser do homem, que é o seu desejo perene de perfectibilidade. Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como sistema de soluções normativas e de modelos informadores de experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada.

DIRETRIZES FUNDAMENTAIS

4. Penso, Senhor Ministro, ter sido acertado o processo de estudo e pesquisa firmado em nossas reuniões iniciais, no sentido de se proceder à revisão por etapas, a

primeira das quais consistiu na feitura de projetos parciais, acordados os princípios fundamentais a que deveria obedecer o futuro Código a saber:

a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam.

c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra-indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.

d) Redistribuir a matéria do Código Civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil.

e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

g) Aproveitar, na revisão do Código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código de Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta Comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZE-

VEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES.

h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitarão, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no País, sobre o assunto.

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.

j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado.

l) Incluir na sistemática do Código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em leis especiais promulgadas após 1916.

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado.

o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses, objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

ORIENTAÇÃO METODOLÓGICA

5. Posso afirmar, com tranquilidade, que a elaboração do Anteprojeto de Código Civil obedeceu a um processo até certo ponto inédito, marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, segundo um plano preestabelecido de sucessivos pronunciamentos por parte das pessoas e categorias sociais a que a nova lei se destina. Essa linha metodológica tornou-se mais nítida à medida que vieram sendo desenvolvidos os trabalhos, o que confirma, no campo das ciências humanas, o acerto epistemológico de que, na pesquisa científica, é o contato direto e efetivo com a realidade que gera as técnicas e os métodos mais adequados à sua compreensão.

Não é demais recordar que, após assentes as diretrizes fundamentais supra lembradas, e os necessários encontros preliminares, cada um dos membros da Comissão projetou a parte que lhe havia sido atribuída. Na qualidade de Supervisor coube-me, depois, integrar em unidade sistemática os trabalhos recebidos.

Não podia, penso eu, ser de outra forma. Já vai longe o tempo das legislações confiadas a Solon ou Licurgo solitários, tão diversos e complexos são os problemas de nosso tempo. Se se quer um Código Civil que seja expressão dos valores da comunidade, mister é o concurso de representantes dos distintos “campos de interesse”, num intercâmbio fecundo de idéias. Para tanto, todavia, requer-se espírito científico, despido de preconceitos e vaidades, pronto a reconhecer falhas e equívocos, mas sempre atento para discernir o que representa apenas pretensões conflitantes com as necessidades coletivas.

6. Foi com base nos anteprojetos parciais e nas sugestões recebidas de outras fontes que elaborei a *primeira ordenação sistemática* da matéria, de conformidade com o texto do Anteprojeto que apresentei ao então Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZAID, a 9 de novembro de 1970. No ofício, com que com encaminhei esse trabalho, constam as modificações ou acréscimos que entendi necessário introduzir nos anteprojetos iniciais, solicitando que o resultado de meus estudos fosse objeto da apreciação dos demais membros da Comissão.

Essa unificação, inclusive no tocante à linguagem, tinha, é claro, valor provisório, tendo por escopo fornecer a primeira e indispensável visão de conjunto, o que importou a eliminação de normas porventura conflitantes, bem como a elaboração de outras destinadas a assegurar ao Código o sentido de “*socialidade*” e “*concreção*”, os dois princípios que *fundamentalmente* informam e legitimam a obra programada. Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação

construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.

Saliento que, já a essa altura, além dos subsídios tradicionais oriundos de corporações jurídicas, vinha somar-se um fator relevante, representado pelas manifestações de múltiplas entidades empresárias, públicas e privadas, bem como de integrantes de todos os círculos sociais, o que passou a dar ao Projeto um sentido diverso, que, para empregarmos expressões correntes ajustadas ao caso, traduziu “verdadeiro diálogo com as forças vivas da nacionalidade”.

7. Enviado o primeiro texto global do Anteprojeto aos meus ilustres colaboradores, procederam eles à sua revisão, sem ficarem adstritos às partes que inicialmente lhes haviam sido confiadas. Ponto alto desse trabalho de crítica objetiva deu-se na reunião do Campos do Jordão, em fins de dezembro de 1970, quando foram examinados, um a um, os artigos do primeiro Anteprojeto, ao qual foram oferecidas múltiplas emendas de conteúdo e de redação. A proposição foi, porém, aceita em sua estrutura sistemática, e no que se refere às principais alterações por mim sugeridas.

Após esse encontro, pode-se dizer que o trabalho se concentrou no reexame metucioso das emendas oferecidas e das sugestões recebidas, de cuja análise resultou o texto do Anteprojeto publicado pela Imprensa Nacional em 1972. Não é demais acrescentar que esse estudo implicou alterações em um ou outro ponto do sistema, consoante será salientado a seguir.

Cabe repetir que, no trabalho inicial, valemo-nos todos não só dos Anteprojeto anteriores, como já foi lembrado, mas também do material recebido do Ministério da Justiça, contendo sugestões provenientes de entidades oficiais e particulares, de professores e advogados, sem se olvidar o pronunciamento do homem comum, interessado na elaboração de uma lei que, acima de todas, lhe diz respeito. Frizo a importância dessas contribuições anônimas, que trouxeram à Comissão material do mais alto significado para juristas empenhados na mais delicada das tarefas, qual seja a de encontrar modelos adequados à multifária e surpreendente condição humana.

Ficava, desse modo, firmada esta diretriz que foi das mais fecundas: a de aliar os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência ao “direito vivido” pelas diversas categorias profissionais.

Não se cuidou, por conseguinte, de compor um Código tão-somente à vista de outros códigos, num florilégio normativo resultante de preferências pessoais, mas

sim de apurar e aferir a linha legal mais conveniente e própria, em função dos fatores operantes na realidade nacional.

8. Obediente a essa diretriz metodológica essencial, a Comissão propôs ao Governo da República que se editasse o Anteprojeto, tal como se deu em agosto de 1972, isto é, três anos e meio após o início de nossos trabalhos.

Tão grande foi o interesse por essa publicação que, esgotada a edição oficial, surpreendeu-nos a cooperação espontânea de uma empresa privada, a “Saraiva Livreros Editores”, que possibilitou fosse o texto amplamente divulgado em todo o País.

A esta altura, merece especial referência, Senhor Ministro, como sinal de atenção dispensada a nosso trabalho, a admirável iniciativa do *Senado Federal*, através de sua Subsecretaria de Edições Técnicas, publicando o texto do Anteprojeto de 1972, em precioso cotejo com as disposições correspondentes do Código Civil em vigor e dos Anteprojeto anteriores, com oportunas remissões a Códigos alienígenas. Essa publicação, na qual figuram as Exposições de Motivos iniciais dos membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, além de outros seus estudos complementares, constituirá inestimável subsídio para nossos parlamentares quando lhes couber o exame da matéria.

Era natural que o Anteprojeto de 1972 suscitasse inúmeras sugestões e críticas, as quais abrangeram todos os seus livros, sem que houvesse, todavia, objeção de maior monta quanto à estruturação dada à matéria, merecedora que foi, ao contrário, de gerais aplausos.

Não cabe, nos limites desta exposição, referir, uma a uma, as numerosas emendas recebidas, objeto da mais cuidadosa análise, nem falar nas modificações e acréscimos que constituíram, por assim dizer, o resultado de “autocrítica” por parte da própria Comissão, representando talvez cerca de metade das modificações introduzidas no texto.

Por outro lado, inclusive por motivos de ordem sistemática, mais perceptíveis por quem se acha empenhado na reelaboração global do ordenamento, as emendas, mesmo quando válidas quanto ao conteúdo, tiveram que passar pelo crivo da natural adaptação. Outras vezes, a crítica ao texto era procedente, mas inaceitável a proposta substitutiva, o que levou a Comissão a oferecer outras soluções, superando ou corrigindo sua posição inicial.

Sobretudo no que se refere à redação, adotou-se o critério de rever o texto toda vez que das manifestações recebidas se pudesse inferir a existência de lacuna ou obscuridade.

Lembro tais fatos para demonstrar com que isenção procuramos proceder, dando ao primeiro Anteprojeto o “valor de uma hipótese de trabalho”, para seguirmos a sábia lição metodológica traçada por CLAUDE BERNARD.

Para confirmar ainda mais o caráter “experencial” da obra legislativa em curso, foi o texto, devidamente revisto, republicado em junho de 1974, para nova manifestação dos círculos culturais do País, o que promoveu o aparecimento de livros, artigos em revistas especializadas e jornais, bem como a realização, em todo País, de ciclos de conferências e seminários, dos quais participaram, com entusiasmo, os membros da Comissão. Nem faltaram lisongeiros pronunciamentos no exterior, não só quanto à estrutura do Projeto como no concernente a várias de suas inovações.

Novas sugestões e emendas; novo trabalho de paciente reexame, elaboradas que foram cerca de 300 emendas, de fundo ou de forma, com as quais a Comissão dá por concluída sua tarefa, com a apresentação a Vossa Excelência do Anteprojeto de Código Civil anexo, o qual, repito, transcende a pessoa de seus autores, tão significativa foi a colaboração dos meios sociais, científicos e econômicos, que nos honraram com as suas ponderações e críticas construtivas.

Se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial.

ESTRUTURA E ESPÍRITO DO ANTEPROJETO

10. As considerações expendidas já elucidam, de certo modo, quais as linhas dominantes da codificação proposta, mas a matéria, por sua relevância, reclama esclarecimentos complementares.

Em primeiro lugar, cabe observar que, ao contrário do que poderia parecer, não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de “Código Civil”, um “Código de Direito Privado”, o qual, se possível fora, seria de discutível utilidade ou conveniência.

Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito das Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde TEIXEIRA DE FREITAS e INGLEZ DE SOUSA até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964.

Essa unificação seria imperfeita ou claudicante se não a integrassem preceitos que disciplinam, de maneira geral, os títulos de crédito e as atividades negociais.

Note-se que me refiro aos títulos de crédito em geral, pois no Anteprojeto não figuram senão as regras básicas comuns a todas as categorias de títulos de crédito, como tipos formais que são do Direito obrigacional. Os títulos cambiais constituem espécie desse gênero, e, quer por suas implicações de caráter internacional, como o atesta a Lei comum de Genebra, quer pela especificidade e variabilidade de seus dispositivos, melhor é que sejam disciplinados por lei aditiva. Lembro tal fato como exemplo de orientação por nós seguida, acorde com uma das diretrizes fundamentais supra discriminadas.

Pela mesma razão, embora de início prevalecesse opinião diversa, foi transferido para a legislação especial o problema das sociedades anônimas, assim como já quedara fora do Código toda matéria de natureza falimentar.

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial. Como foi dito com relação ao Código Civil italiano de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas. No caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda mais se preserva, pela adoção da “técnica da legislação aditiva”, onde e quando julgada conveniente.

Não é demais advertir, consoante acentua SYLVIO MARCONDES, na Exposição de Motivos que acompanha o Anteprojeto de 1974, a unidade do Direito obrigacional já é uma realidade no Brasil, no plano prático, pois o Código Comercial de 1850 preceitua, em seu art. 121, que, salvo as restrições estabelecidas, “as regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos mercantis”. Com o advento do Código Civil de 1916, dava-se prosseguimento à mesma linha unificadora, pela aplicação de seus preceitos às atividades negociais, sempre que não houvesse normas de natureza específica.

11. Restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, mas que, consoante ensinamento inesquecível de TEIXEIRA DE FREITAS, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um “Código de Direito Privado”.

12. Pois bem, se o Anteprojeto coincide, em parte, com os modelos suíço e italiano no que tange à unificação das obrigações, a sua ordenação da matéria obedece a orientação própria inconfundível, vinculada às mais gloriosas tradições de nosso Direito.

Deve-se, com efeito, recordar que, mais de quatro décadas antes do Código Civil alemão de 1900, o mais genial de nossos jurisconsultos, TEIXEIRA DE FREITAS, já firmara a tese de uma Parte Geral como elemento básico da sistemática do Direito privado. Obedece a esse critério a *Consolidação das Leis Cíveis*, de autoria daquele inclito jurista, consoante texto aprovado pelo Governo Imperial de 1858. Não abandonam essa orientação as edições seguintes da Consolidação, as de 1865 e 1875, figurando, com roupagens científico-doutrinárias do mais alto alcance, no malogrado *Esboço de Código Civil*, ponto culminante na Dogmática Jurídica nacional.

Se lembrarmos que os Anteprojetos de Código Civil dos eminentes juristas FELICIO DOS SANTOS, de 1881, e COELHO RODRIGUES, de 1893, conservam a Parte Geral no plano ordenador da matéria; e se, sobretudo, tivermos presente que a Parte Geral compõe e governa o sistema do Código Civil vigente, graças à lúcida colocação dos problemas feita por CLÓVIS BEVILÁQUA, facilmente se compreende por qual motivo a idéia de abandonar tão conspicuo valor de nossa tradição jurídica não favorecia a reforma programada em 1963/64.

Ora, basta a existência de uma Parte Geral para desfazer a increpação de que teríamos seguido o modelo italiano de 1942, o qual a não possui. Além do mais, no Código Civil peninsular figura toda a disciplina do Direito do Trabalho, que não integra o nosso Anteprojeto, por tratar-se prevalentemente de matéria de Direito público, equacionável segundo outros ditames e parâmetros.

Pode dizer-se, por conseguinte, que a estrutura do Anteprojeto corresponde a um plano original, como desdobramento de uma diretriz que caracteriza e enobrece a experiência jurídica pátria, tanto no que se refere à Parte Geral, seguida de cinco livros especiais, como no concernente ao tratamento unitário dos institutos mais consolidados do Direito das Obrigações.

13. Não procede a alegação de que uma Parte Geral, como a do Código Civil alemão, ou do nosso, de 1916, não representa mais que uma experiência acadêmica de distínguos conceituais, como fruto tardio da pandectística do século passado. Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de *socialidade* e *concreção*, tal como se dá no presente Anteprojeto.

Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada *socialização do Direito* consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da *concretude jurídica* reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual ou o concreto* se balance e se dinamize com o *serial ou o coletivo*, numa unidade superior de sentido ético.

Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela.

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais “*in fieri*”.

A estrutura do Código – e já se percebeu que quando emprego o termo estrutura não me refiro ao arcabouço extrínseco de suas normas, mas às normas mesmas na sua íntima e complementar unidade, ou à sua forma substancial e global – essa estrutura é, por conseguinte, baseada no propósito que anima a Ciência do Direito, tal como se configura em nossos dias, isto é, como ciência de experiência social concreta.

O PROBLEMA DA LINGUAGEM

14. O problema da linguagem do Anteprojeto preocupou, desde o início, os membros da Comissão, lembrados de que, quando da elaboração do Código de 1916, tais questões prevaleceram, como com sutil ironia foi sublinhado por CLÓVIS, numa preferência pela forma, “em detrimento da matéria jurídica”.

Embora seja belo ideal a ser atingido – o da composição dos valores formais com os da técnica jurídica –, nem sempre será possível atendê-lo, não se podendo deixar de dar preferência, vez por outra, à linguagem do jurista, sempre vinculada a exigências inamovíveis de certeza e segurança.

Essa dificuldade cresce de ponto se se lembrar que o Anteprojeto conserva, imutáveis, centenas de dispositivos do Código Civil de 1916, onde o gênio de RUI BARBOSA esculpiu as configurações normativas segundo impecável estrutura indiomática. Coube-nos a tarefa ingrata de não destoar desse contexto, mas sem certos preciosismos inadmissíveis em nosso tempo.

O problema da linguagem é inseparável do conteúdo essencial daquilo que se quer comunicar, quando não se visa apenas a informar, mas também a fornecer modelos e diretivas de ação. A linguagem de um Código não se dirige a meros espectadores, mas se destina antes aos protagonistas prováveis da conduta regulada. Como o comportamento deles implicará sanções premiais ou punitivas, mister é que a beleza formal dos preceitos não comprometa a clareza e precisão daquilo que se enuncia e se exige.

Com essa compreensão da linguagem jurídica – e, consoante a atual Epistemologia, toda ciência é, no fundo, a sua própria e irrenunciável linguagem –, ver-se-á que, apesar de nosso propósito de elaborar uma legislação dotada de efetivo valor operacional, não descuidamos da forma. Procuramos, em última análise, preservar a beleza formal do Código de 1916, modelo insuperável da vernaculidade, reconhecendo que uma lei bela já é meio caminho andado para a comunicação da Justiça.

15. Intimamente ligado ao problema da linguagem é o da manutenção, no Anteprojeto, como já foi salientado, de centenas de artigos do Código Civil vigente.

Ao contrário do que poderia parecer, a um juízo superficial, o Código de 1916, não obstante ter mais de meio século de vigência, conserva intactas, no fundo e na forma, soluções dotadas de vitalidade atual, que seria erro substituir, só para atender ao desejo de uma redação “modernizada”.

A modernidade de um preceito não depende tão-somente da linguagem empregada, a não ser quando ocorreram mutações semânticas, alterando a acepção original. Em casos que tais impunha-se a atualização do texto, e ela foi feita com critério e prudência. Fazer alteração numa regra jurídica, por longo tempo trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência, só se justifica quando postos em evidência os seus equívocos e deficiências, inclusive de ordem verbal, ou então, quando não mais compatíveis com as necessidades sociais presentes. De outra forma, a alteração gra-

tuita das palavras poderia induzir, erroneamente, o intérprete a buscar um sentido novo que não estava nos propósitos do legislador.

Quanto às remissões de uns artigos a outros do Anteprojeto, preferiu-se fazê-lo tão-somente quando a compreensão do dispositivo o impunha, e não apenas em virtude da correlação da matéria. O problema das remissões é mais denso de consequências do que à primeira vista parece, inclusive quando se tem por fim determinar o sentido pleno dos dispositivos, correlacionando-os logicamente com os de conotação complementar. Se o significado de um dispositivo legal depende da totalidade do ordenamento, essa exigência hermenêutica cresce de ponto, particularizando-se, quando o próprio legislador se refere a outros preceitos para a integração normativa. É a razão pela qual o legislador deve vincular, com a devida parcimônia, um artigo a outros, deixando essa tarefa à dinâmica criadora da doutrina, à luz dos fatos e valores emergentes.

Cumpre, por fim, ressaltar que, não obstante seus méritos expressivos, justamente louvados por sua correção e beleza de linguagem, não é menos certo, todavia, que o Código atual carece, às vezes, de rigor técnico-conceitual, sobretudo se examinado à luz das mais recentes conquistas da Teoria Geral do Direito.

Forçoso foi, por conseguinte, introduzir na sistemática do Código algumas distinções básicas, como, por exemplo, entre validade e eficácia dos atos jurídicos; resolução e rescisão dos contratos; ou entre ratificação e confirmação, e outros mais, que não são de mero alcance doutrinário, e muito menos acadêmico, por envolverem antes consequências práticas, sobretudo para mais segura interpretação e aplicação dos preceitos.

Ao terminar estas referências ao problema da linguagem, quero deixar assinalada a valiosa colaboração do Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, ao realizarmos a revisão final dos textos, visando à unidade expressional compatível com a diversidade das questões abrangidas pelo Código.

PARTE GERAL

16. Sendo esta Exposição de Motivos de caráter complementar, à vista das que constam dos Anteprojetos de 1972 e 1974, às quais peço vênica para me reportar, vou limitar-me a fixar os pontos capitais que distinguem a Parte Geral do Anteprojeto, em confronto com a legislação vigente.

Mais do que em qualquer outra parte do Código, vale, nesta, a verdade de que, em matéria de Direito Civil, as reformas mais aparatosas nem sempre são as mais

ricas consequências. É lícito dizer-se, parafraseando antiga parêmia, que uma pequena alteração normativa “maximas inducit consequentias juris”. Basta, com efeito, a dispensa de uma simples formalidade para favorecer o curso dos negócios e contribuir ao desafogo do foro; a simples conversão de um ato jurídico nulo em anulável é suficiente para alterar-se todo o sentido do ordenamento.

Por outro lado, atendendo aos já apontados imperativos técnicos da linguagem do Direito, é sobretudo na Parte Geral que, além de serem fixados os ângulos e parâmetros do sistema, se elegem os termos adequados às distintas configurações jurídicas, o que implicou rigorosa atualização do Código atual, onde não raro se empregam, indiscriminadamente, palavras que devem ter sentido técnico unívoco.

Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se reflete no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não despicienda, necessidade de distinguir-se entre *validade* e *eficácia* dos atos jurídicos em geral, e dos negócios jurídicos em particular. Na terminologia do Anteprojeto, por validade se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a *eficácia* dos atos se refere à produção dos efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes.

Quem analisar com cuidado a Parte Geral poderá notar o zelo e rigor com que se procurou determinar a matéria relativa à validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos, assim como a pertinente aos valores da pessoa e dos bens.

17. Relembradas essas diretrizes de ordem geral, será bastante focalizar alguns pontos mais relevantes da reforma, abstração feita de aperfeiçoamentos outros de ordem técnica ou dogmática, já apreciados por MOREIRA ALVES em exposições anteriores.

a) Substantial foi a alteração operada no concernente ao tormentoso *problema da capacidade* da pessoa física ou natural, tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios distintivos válidos entre incapacidade absoluta e relativa. Após sucessivas revisões chegou-se, a final, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se entre “enfermidade ou retardamento mental” e “fraqueza da mente”, determinando aquela a incapacidade absoluta, e esta a relativa.

b) Ainda no concernente ao mesmo tema, reconhece-se a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade, ao

mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes, não apenas os surdos mudos, mas todos “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”.

c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos *Direitos da personalidade*, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.

d) Como continuidade lógica das questões atinentes à pessoa, cuidou-se de reger, na Parte Geral, a *ausência*, adotando-se critérios mais condizentes com as facilidades de comunicação e informação próprias de nosso tempo.

e) Tratamento novo foi dado ao tema *peçoas jurídicas*, um dos pontos em que o Código Civil atual se revela lacunoso e vacilante. Fundamental, por sua repercussão em todo sistema, é uma precisa distinção entre as pessoas jurídicas de fins não econômicos (associações e fundações) e as de escopo econômico (sociedade simples e sociedade empresária), aplicando-se a estas, no que couber, as disposições concernentes às associações. Revisto também foi todo capítulo relativo às fundações, restringindo-se sua destinação a fins religiosos, morais, culturais, ou de assistência.

f) Daí as regras disciplinadoras da vida associativa em geral, com disposições especiais sobre as causas e a forma de *exclusão de associados*, bem como quanto à *repressão do uso indevido da personalidade jurídica*, quando esta for desviada de seus objetivos sócio-econômicos para a prática de atos ilícitos, ou abusivos.

g) Foram reformulados os dispositivos concernentes às *peçoas jurídicas de Direito Público* interno, inclusive para atender à situação dos Territórios, aos quais se não pode recusar aquela qualidade; quando a possuem os municípios que os integram. Os Territórios não são unidades político-administrativas dotadas de autonomia, mas devem ser considerados pessoas jurídicas de Direito Público, dada a extensão que tal conceito adquiriu no mundo contemporâneo, com o aparecimento de entidades outras como as autarquias, fundações de Direito Público etc.

h) Mais precisa discriminação dos *bens públicos*, cuja imprescriptibilidade foi mantida, inclusive quanto aos dominicais, mas com significativa ressalva do disposto em leis especiais, destinadas a salvaguardar os interesses da Fazenda, mas sem prejuízo de determinadas situações privadas merecedoras de amparo.

i) Atualização das normas referentes aos fatos jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos *negócios jurídicos*, com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade, fixadas, desse modo, as bases sobre que se assenta toda a parte relativa ao Direito das Obrigações. Nesse, como em outros pontos, procura-se obedecer a uma clara distinção entre validade e eficácia dos atos jurídicos, evitando-se os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu à feitura do Código de 1916.

j) As disposições relativas à *lesão enorme*, para considerar-se anulável o negócio jurídico pelo qual uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

l) Correlação mais harmônica entre a disciplina dos atos ilícitos e a parte do Direito das Obrigações pertinente à “responsabilidade civil”.

m) Maior distinção, sem perda do sentido de sua complementariedade, entre as normas pertinentes à *representação* e ao *mandato*, as deste transferidas para o Livro do Direito da Obrigações.

n) Foi atualizada, de maneira geral, a terminologia do Código vigente, a começar pelo superamento da obsoleta sinonímia entre “juridicidade” e “licitude”, por ser pacífico, na atual Teoria Geral do Direito, sobretudo a partir de HANS Kelsen, a tese de que não podem deixar de ser considerados “jurídicos” os atos que, embora ilícitos, produzem efeitos jurídicos. (Cfr. as considerações expendidas, sobre esse e outros problemas técnico-dogmáticos nas Exposições de Motivos de MOREIRA ALVES e do signatário, publicadas com o Anteprojeto de 1974).

o) Relevante alteração se fez no tocante ao *instituto da simulação*, que passa a acarretar a nulidade do negócio jurídico simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma.

p) Atendendo a justas ponderações, foi suprida relevante lacuna quanto à falta de determinação normativa da “*escritura pública*”, até agora regida por usos e costumes, que remontam às Ordenações do Reino, completados por disposições regulamentares. No Projeto foram compendiados os requisitos essenciais desse instrumento, a que os Códigos e as leis se referem, sem que houvessem sido claramente fixadas as suas exigências formais, como meio fundamental de prova.

18. Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da *prescrição* e *decadência*, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.

Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa.

Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. *Prazos de prescrição*, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de *decadência* todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

19. Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltar. Trata-se de saber se prescreve a *ação* ou a *pretensão*. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos.

É claro que nas questões terminológicas pode haver certa margem de escolha opcional, mas o indispensável, num sistema de leis, é que, eleita uma via, se mantenha fidelidade ao sentido técnico e unívoco atribuído às palavras, o que se procurou satisfazer nas demais secções do Anteprojeto.

20. Finalmente, não posso deixar sem reparo a manutenção no Código Civil dos dispositivos referentes às pessoas e bens públicos.

Não há razão para considerar incabível a disciplina dessa matéria no âmbito da Lei Civil. Não se trata de apego a uma concepção privatista do Direito Administrativo, que está bem longe das conhecidas posições do autor desta Exposição, mas reflete, antes de mais nada, a compreensão da Filosofia e Teoria Geral do Direito contemporâneo, as quais mantêm a distinção entre direito Público e Privado como duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica, considerando-os distintos, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis, e não duas categorias absolutas e estanques. Abstração feita, porém, desse pressuposto de ordem teórica, há que considerar outras razões não menos relevantes, que me limito a sumariar. A permanência dessa matéria no Código Civil, além de obedecer à linha tradicional de nosso Direito, explica-se:

1) Por ser grande número dos princípios e normas fixados na Parte Geral de larga aplicação nos domínios do Direito Público, em geral, e Administrativo, em particular, como o reconhece, entre tantos outros, o mestre GUIDO ZANOBINI, um dos mais ardorosos defensores da autonomia dogmática de sua disciplina (Cfr. “Novissimo Digesto Italiano”, vol. V, pag. 788).

2) Por melhor se determinarem os conceitos de personalidade e bens públicos e privados, quando postos em confronto uns com os outros, dada a sua natural polaridade.

3) Por inexistir um Código de Direito Administrativo, ainda de incerta elaboração, sendo o Código Civil, sabidamente, a lei comum, que fixa os lineamentos lógico-normativos da experiência jurídica.

4) Por resultarem da disciplina feita várias consequências relevantes na sistemática do Código, a começar pela atribuição ao Território, erigido à dignidade de pessoa jurídica, de uma série de direitos antes conferidos à União.

5) Por serem aplicáveis as normas do Código Civil às entidades constituídas pelo Poder Público em função ou para os fins de seus serviços, sempre que a lei que as instituir não lhes der ordenação especial, o que se harmoniza com o que determina o art. 170, § 2º da Constituição de 1969, segundo o qual “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas”.

PARTE ESPECIAL

LIVRO I DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

21. Mantida, em linhas gerais, a sistematização da matéria proposta pelo ilustre Professor AGOSTINHO ALVIM, e por ele tão minuciosa e objetivamente fundamentada, apresenta a redação final do Projeto algumas modificações, resultantes da orientação seguida nas demais partes do sistema, bem como para acentuar o atendimento às já apontadas exigências de socialidade e concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato, “ad instar” do que se dá com o direito de propriedade.

Outras alterações resultaram do estudo de sugestões recebidas de órgãos representativos de diversos “campos de interesse”, como se dá, por exemplo, quanto ao contrato de empreitada. As reivindicações dos construtores foram atendidas, sem se deixar de salvar, concomitantemente, os direitos dos proprietários. Este é, dentre muitos, um exemplo de como se procurou sempre compor os imperativos do bem individual com os do bem comum.

Observo, outrossim, que, em mais de um passo, o Projeto final integra em seu contexto algumas proposições normativas constantes dos Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e 1965, às vezes sem lhes alterar a redação, assim como adota

dendo a cada uma dessas categorias estatuições e exigências diversas, sobretudo no que se refere à obrigação ou não de publicação de balanços consolidados, patrimonial e de resultado econômico.

g) Normas atualizadas sobre o processo de *liquidação das sociedades*, para pôr termo às delongas e erosões que caracterizam, hoje em dia, essa fase sempre crítica, quando não tormentosa, da vida societária.

h) Idem quanto aos processos de *transformação, incorporação e fusão* das sociedades.

i) Disciplina das sociedades dependentes de *autorização*, quer nacionais, quer estrangeiras, com o que se preenche grave lacuna na legislação vigente.

j) Determinação das notas distintivas do “*estabelecimento*”, que, como já foi frisado, representa o instrumento ou meio de ação da empresa.

l) Disposições especiais estabelecendo, com a devida prudência, as exigências mínimas a que estão obrigados todos os empresários e sociedades empresárias em sua escrituração.

m) Atualização, nesse sentido, do *sistema de contabilidade*, com a permissão de processos mecanizados ou eletrônicos, o que foi alvo de referências economiásticas por autores estrangeiros que trataram do assunto.

n) Elaboração de outros institutos complementares sobre *Registro, Nome e Preposição*, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento de nossa vida empresarial.

LIVRO III DO DIREITO DAS COISAS

26. Demonstração cabal da objetividade crítica, com que sempre procurou se conduzir na feitura do Anteprojeto, deu-a a Comissão ao restabelecer o art. 485 do Código Civil atual em matéria de posse, não só para atender às objeções suscitadas pelo novo texto proposto, mas também para salvaguardar o cabedal da valiosa construção doutrinária e jurisprudencial resultante de mais de meio século de aplicação.

Nos demais pontos foi mantida, porém, a orientação do Anteprojeto, o qual efetivamente dá contornos mais precisos e práticos a várias disposições sobre posse, inspirando-se na experiência das últimas décadas.

A atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas sim imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna.

Por essa razão, o Anteprojeto, tanto sob o ponto de vista técnico, quanto pelo conteúdo de seus preceitos, inspira-se na compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, que, longe de se conflitarem, devem se completar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da Ciência Jurídica contemporânea.

Bastará, nesse sentido, atentar para o que o Anteprojeto dispõe sobre o exercício do direito de propriedade; o usucapião; os direitos de vizinhança, ou os limites traçados aos direitos dos credores hipotecários ou pignoratícios, para verificar-se como é possível satisfazer aos superiores interesses coletivos com salvaguarda dos direitos individuais.

27. Em complemento às considerações expendidas pelo ilustre professor EBERT VIANNA CHAMOUN, nas publicações anteriores, vou focalizar apenas alguns aspectos mais salientes da reforma:

a) Em primeiro lugar, a substancial alteração feita na enumeração taxativa dos direitos reais, entre eles se incluindo a superfície e o direito do promitente comprador do imóvel.

b) O reconhecimento do direito de propriedade, que deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de tal modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

c) O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Nesse caso o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para transcrição do imóvel em nome dos

possuidores. Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de *posse-trabalho*, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu “Conselho Administrativo”.

Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição.

Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada.

d) As mesmas razões determinantes do dispositivo supra mencionado levaram a Comissão a reduzir para quinze anos o *usucapião extraordinário* se, durante esse tempo, o possuidor, houver pago os impostos relativos ao prédio, construindo no mesmo a sua morada ou realizando obras ou serviços de caráter produtivo. Pareceu mais conforme aos ditames sociais situar o problema em termos de “*posse trabalho*”, que se manifesta através de obras e serviços realizados pelo possuidor. O mero pagamento de tributos, máxime num país com áreas tão raramente povoadas, poderia propiciar direitos a quem se não encontre em situação efetivamente merecedora do amparo legal.

e) O mesmo se diga no concernente ao dispositivo que reduz a cinco anos o *usucapião fundado em justo título* e boa-fé, quando o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro de imóveis.

f) Por ter-se reconhecido o Território como pessoa jurídica de Direito Público interno, passam os *imóveis urbanos abandonados* a caber aos respectivos Municípios, tal como se dá quando estes integram os Estados. Exceção a essa regra geral é relativa a *imóvel rústico abandonado*, pois, nesse caso, é natural que seja destinado à União para fins de política agrária.

g) A fim de dirimir dúvidas que têm causado graves danos, outorga-se ao proprietário do solo o direito de *explorar recursos minerais* de reduzido valor, independente de autorização “in casu”, salvo o disposto em lei especial.

h) Tendo sido firmado o princípio da enumeração taxativa dos direitos reais foi mister atender à chamada “*concessão de uso*”, tal como já se acha em vigor, “ex vi” do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre loteamento urbano. Trata-se de inovação recente de legislação pátria, mas com larga e benéfica aplicação. Como a lei estende a “concessão de uso” às relações entre particulares, não pode o Projeto deixar de contemplar a espécie. Consoante justa ponderação de JOSÉ CARLOS DE MOREIRA ALVES, a “migração” desse modelo jurídico, que passou da esfera do Direito Administrativo para a do Direito Privado, veio restabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da *superfície*.

i) Na mesma linha de idéias, foram reexaminadas algumas questões pertinentes ao *direito de vizinhança*, encontrando-se nova solução para o delicado problema das construções erguidas em terreno limítrofe, caso em que é mister conciliar o direito do proprietário, que sofreu a invasão, com o valor intrínseco do que se edificou. Pelas normas adotadas, o acréscimo, resultante da utilização da área ocupada, passa, em determinadas hipóteses, a ser computado no cálculo da indenização devida, distinguindo-se, outrossim, entre invasão de boa ou de má fé. Pode dizer-se que, desse modo, se faz um “balanço de bens”, compondo-se o direito individual de propriedade com o valor econômico do que se construiu.

j) Fundamentais foram também as alterações introduzidas no instituto que no Projeto recebeu o nome de “*condomínio edilício*”. Este termo mereceu reparos, apodado que foi de “barbarismo inútil”, quando, na realidade, vem de puríssima fonte latina, e é o que melhor corresponde à natureza do instituto, mal caracterizado pelas expressões “condomínio horizontal”, “condomínio especial”, ou “condomínio em edifício”. Na realidade, é um condomínio que se constitui, objetivamente, *como resultado do ato de edificação*, sendo, por tais motivos, denominado “edilício”. Esta palavra vem de “aedilici (um)”, que não se refere apenas ao edil, consoante foi alegado, mas, como ensina o Mestre F. R. SANTOS SARAIVA, também às suas atribuições, dentre as quais sobrelevava a de fiscalizar as construções públicas e particulares.

A doutrina tem salientado que a disciplina dessa espécie de condomínio surgiu, de início, vinculada à pessoa dos condôminos (*concepção subjetiva*) dando-se ênfase ao que há de comum no edifício, para, depois, evoluir no sentido de uma *concepção objetiva*, na qual prevalece o valor da *unidade autônoma*, em virtude da qual o condomínio se instaura, numa relação de meio a fim. Donde ser necessário distinguir, de maneira objetiva, entre os atos de *instituição* e os de *constituição* do condomínio, tal

como se configura no Projeto. Para expressar essa nova realidade institucional é que se emprega o termo “condomínio edilício”, designação que se tornou de uso corrente na linguagem jurídica italiana, que, consoante lição de RUI BARBOSA, é a que mais guarda relação com a nossa. Esta, como outras questões de linguagem, devem ser resolvidas em função das necessidades técnicas da Ciência Jurídica, e não apenas à luz de critérios puramente gramaticais.

Ainda no concernente a essa matéria, apesar de expressa remissão à lei especial, entendeu-se de bom alvitre incluir no Código alguns dispositivos regramdo os direitos e deveres dos condôminos, bem como a competência das assembléias e dos síndicos.

l) De grande alcance prático é o instituto da *propriedade fiduciária*, disciplinado consoante proposta feita pelo Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, que acolheu sugestões recebidas do Banco Central do Brasil e analisou cuidadosamente ponderações feitas por entidades de classe. Passou a ser considerada constituída a propriedade fiduciária com o arquivamento, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, do contrato celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título. Note-se que, em se tratando de veículos, além desse registro, exige-se o arquivamento do contrato na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de propriedade.

Os demais artigos, embora de maneira sucinta, compõem o essencial para a caracterização da propriedade fiduciária, de modo a permitir sua aplicação diversificada e garantida no mundo dos negócios.

m) A igual exigência de certeza jurídica obedece a disposição segundo a qual o *penhor de veículos* se constitui mediante instrumento público ou particular, também inscrito no Registro de Títulos e Documentos, com a devida anotação no certificado de propriedade.

n) Relativamente à proposta feita no sentido de se incluir no Código a normação das *letras hipotecárias*, entendeu a Comissão preferível deixar o assunto para *lei aditiva*, tal como está previsto no Projeto. O mesmo deverá ocorrer, aliás, com as cédulas rurais pignoratícias, ou as de penhor industrial ou mercantil.

o) Foi mantida entre os direitos reais de garantia a *anticrese*, mas devidamente atualizada e suscetível de servir como modelo jurídico de aplicação prática.

p) Atualizado foi o *instituto da hipoteca*, acolhendo-se valiosas propostas feitas pelo Prof. CLOVIS DO COUTO E SILVA, consoante por mim lembrado na Exposição que acompanha o Anteprojeto de 1972.

q) Finalmente, não se manteve o instituto da *enfiteuse* no que se refere aos bens particulares.

LIVRO IV DO DIREITO DE FAMÍLIA

28. A Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, como já se terá notado, não obstante o seu constante empenho em adequar a lei civil às exigências de nosso tempo, sempre preferiu preservar a estrutura da ora em vigor, enriquecendo os seus títulos com novos institutos e figuras.

No caso, porém, do Direito de Família, deu-se razão ao Professor COUTO E SILVA no sentido de se destinar um Título para reger o *direito pessoal*, e outro para disciplina do *direito patrimonial* de família. Na realidade é esse o Livro do Código atual que mais se ressentiu de falta de harmonia sistemática, nem sempre se sucedendo os capítulos segundo rigoroso desdobramento lógico. Todavia, os dispositivos referentes à tutela e à curatela compõem um Título à parte, tal a correlação que, nesses institutos, existe entre os aspectos pessoais e patrimoniais.

29. No que se refere ao conteúdo dos dispositivos, como era de se esperar, a parte relativa ao Direito de Família foi a que mais suscitou divergências e críticas, resultantes, quase sempre, de falha interpretação dos textos, inclusive pelo vício de se analisar um artigo sem situá-lo na totalidade do sistema.

Observe-se, desde logo, que algumas disposições foram alvo de críticas antagônicas, uns entendendo que a Comissão assumira uma posição retrógrada, mesmo em confronto com a legislação vigente, enquanto que outros a condenavam por desmedidos excessos...

Tais contradições da crítica ocorreram especialmente no que se refere à posição dos cônjuges, parecendo aos tradicionalistas um grave erro o abandono da natural preeminência que deveria ser assegurada ao marido, a cobro de qualquer contrasteação; em franco contraste, pois, com os defensores da absoluta igualdade entre os esposos, a ponto de condenarem quaisquer disposições tendentes a proteger a mulher no seio da família.

Entre esses dois extremos situa-se o Anteprojeto, que põe termo ao “poder marital”, pois não se pode dizer que este subsista só pelo fato de caber ao marido a direção da sociedade conjugal, visto como ele só poderá exercer com a colaboração da mulher, no interesse do casal e do filho.

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

34. Breve referência desejo fazer a esta parte final do Projeto na qual, de maneira concisa, evitando-se enumeração casuística, se estabelecem as normas que devem presidir a passagem da antiga para a nova lei.

Nesse sentido, foi considerado de bom alvitre ressaltar a vigência das leis especiais relativas à locação de prédios urbanos, bem como a das disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis, cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados ao novo Código.

Por outro lado, declarou-se proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, regendo-se as ainda existentes pelas disposições do antigo Código, até que por outra forma se discipline a matéria.

35. São essas, Senhor Ministro, as considerações complementares com que submeto à alta apreciação de Vossa Excelência o texto revisto do Anteprojeto, esperando que o Governo da República haja por bem submetê-lo à alta apreciação do Congresso Nacional.

Ao fazer a entrega deste trabalho de equipe, ao qual foram incorporadas valiosas contribuições oriundas das mais variadas fontes do sentir e do saber da comunidade brasileira, conforta-me, bem como aos demais companheiros, a consciência de termos agido com serena objetividade, procurando harmonizar, de maneira concreta e dinâmica, as idéias universais do Direito com as que distinguem e dignificam a cultura nacional; os princípios teóricos com as exigências de ordem prática; a salvaguarda dos valores do indivíduo e da pessoa com os imperativos da solidariedade social; os progressos da ciência e da técnica com os bens que se preservam ao calor da tradição.

Quero, por fim, consignar os agradecimentos dos membros da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil ao ilustre Presidente ERNESTO GEISEL e a Vossa Excelência, por nos terem confirmado na incumbência anteriormente recebida, de elaborar a lei básica das relações privadas, numa demonstração de confiança que constitui a melhor paga de quase seis anos de tão grandes preocupações quanto de aturados estudos e pesquisas.

Muito cordialmente

São Paulo, 16 de janeiro de 1975

MIGUEL REALE – Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil