

Direitos Reais na Atualidade

LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES ¹

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho consiste em analisar o primórdio e a evolução dos direitos reais no Brasil desde os tempos da colonização portuguesa com o regime das sesmarias e capitanias hereditárias, passando pela primeira regulamentação nacional do instituto com a Lei de Terras de 1850 e até os dias atuais, principalmente frente aos avanços trazidos com a Constituição Federal de 1988.

Destaca-se, ainda, que a posse, apesar de se tratar de um instituto jurídico ancestral ao lado da propriedade, ambas vem sendo motivo de longas discussões na doutrina e na jurisprudência e cujas controvérsias geralmente se referem no sentido de destacar a dependência da posse e sua subsidiariedade em relação à propriedade.

ESBOÇO HISTÓRICO E A ATUAL EVOLUÇÃO

O primeiro critério de distribuição do solo da colônia portuguesa na América foi o regime de concessão de sesmarias no século XVI. Este ordenamento jurídico do território foi, antes de mais nada, uma transposição da norma reguladora do processo de distribuição de terras em Portugal para os solos coloniais. Sob este ponto, é preciso ressaltar que o interesse primordial do processo de colonização portuguesa estava aliado à extensiva exploração do território, com o intuito de campear recursos minerais, principalmente o ouro.

¹ Juíza Titular da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

A partir do século XVIII, verifica-se uma ampliação da economia devido, principalmente, à descoberta das Minas Gerais. A reivindicação pela terra tornou-se mais difusa e a política de doação por meio de sesmarias fazia-se insuficiente às novas necessidades sociais. A confusa situação de ocupação de território ditada pela debilidade de Lei de Sesmarias aumentou ainda mais no final do século XVIII, quando ocorreu a decadência da mineração e houve o que alguns autores denominaram como um renascimento da atividade agrícola.

No início do século XIX, a questão da posse de terra tinha alcançado uma situação caótica, pois não existia um ordenamento jurídico que possibilitasse qualificar quem era ou não proprietário de terras no país.

Pois bem, tomando por base o projeto constituinte de José Bonifácio de Andrada e Silva de 1822, teve origem um projeto de lei apresentado ao Conselho de Estado do Império, em 1843, por Bernardo Pereira de Vasconcelos. Então foi elaborada a Lei nº 601 de 1850, denominada como Lei de Terras que, entre outros aspectos, estabelecia a compra como a única forma de acesso à terra e abolia, em definitivo, o regime de sesmarias, bem como instituiu a legitimação de posse quanto às terras devolutas, ao dispor como aquelas dadas em sesmaria cujo donatário não cumprisse as obrigações de seu título, dentre as quais ressaltava a da cultura efetiva, regulamentada pelo Decreto 1.318 de 1854.

Em 1916 vem a lume o Código Civil de Clóvis Bevilacqua onde se reforça o caráter patrimonialista da propriedade no artigo 544. Em 1946 houve uma nova Constituição, considerada democrática, que atribuía uma nova função à terra, pois ela deveria cumprir sua função social.

Posteriormente, a história do instituto somente se tornou mais nítida com a edição do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 20/11/1964) bem como da nova lei sobre processo discriminatório de terras devolutas (Lei nº 6.383, de 7/12/1976), que, quebrando toda a tradição herdada desde a Lei de Terras, transmuda tal processo em ação judicial, retirando-a da competência dos órgãos administrativos aos quais era vinculada desde seu surgimento. Tais leis foram editadas em sintonia com o que dispuseram as Constituições brasileiras de 1946, de 1967 e à sua Emenda nº 1, de 1969.

A Constituição Federal de 1988 surge como divisor de águas ao prever a função social da propriedade no seu artigo 5º, inciso XXIII, incluindo posteriormente o direito à moradia no rol dos direitos sociais (artigo 6º), regulamentada pela Lei 10.257/01 denominada Estatuto da Cidade e, então, em 2002, surge entre nós a Lei 10.406/02 que institui o atual Código Civil, dispondo sobre o tema a partir do artigo 1.196.

A expressão “Direito das Coisas” tem sofrido severas críticas da doutrina contemporânea ao procurar demonstrar que a expressão utilizada afigura-se restritiva e incompatível com a amplitude do próprio Livro, à medida que trata da posse como um fato socioeconômico potestativo e não como um direito real, assim como regula todos os direitos reais.

Por outro lado, a palavra “coisas” denota apenas uma das espécies de “bens” (gênero) da vida, razão pela qual seria manifesta a falta de técnica jurídica.

Pois bem, o ilustre jurista e Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo² explica que o motivo da expressão está em Clóvis Bevilácqua, para quem a posse era um mero fato, ou seja, a posse integrava o direito das coisas como uma mera exteriorização fática da propriedade. Clóvis Bevilácqua entendia quase que minoritariamente que a posse era um mero fato, mas na época já havia um entendimento de que a posse não era um mero fato, mas sim um direito. Esta estrutura permanece no Código Civil de 2002 e talvez os juristas que se ocuparam da elaboração da atual lei não tenham percebido isso.

Com efeito, a doutrina nacional procura elencar as principais características dos direitos reais, quais sejam, oponibilidade *erga omnes* onde os direitos reais, assim como os direitos da personalidade, são chamados de direitos absolutos; aderência, isto é, o direito real adere ao titular da qual temos outras duas características, a saber: o poder de seqüela (aquele que assegura ao titular o direito de perseguir o bem, onde o mesmo estiver e com quem ele estiver); ambulatoriedade (se o direito real adere ao particu-

² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

lar, ele caminha com o titular), nos termos do artigo 1.228, parte final, do CC/02; perpetuidade significa que o direito real não se extingue pelo não uso, ressalvados o artigo 1.389, III que trata da servidão predial e o artigo 1.410, VIII, sobre o usufruto; preferência, nos termos do artigo 1.419 do CC/02 em que o credor com garantia real prefere ao credor quirografário; e por fim, taxatividade em que possui um rol taxativo, *numerus clausus*.

Ressalte-se que a posse é instituto anterior ao surgimento da propriedade, inclusive do direito. A criação do instituto da propriedade trouxe aos donos dos imóveis uma garantia de riqueza e poder. Contudo, esse entendimento de que a propriedade é um direito absoluto veio se esfacelando, e o seu exercício passou a visar sua função social, atendendo ao bem-estar da coletividade. Assim, a posse exercida em uma propriedade alheia tomou força, e passou a ser forma tanto de perda, quanto de aquisição de propriedade.

Conforme preceitua o professor Nelson Rosenvald³: “*a posse é o poder de fato sobre a coisa, já a propriedade é o poder direito nela incidente. A situação de fato pode ser convertida em propriedade*”.

Enfrentando a questão da posse, dispõe o artigo 1.196 do CC que: “*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercido, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”.

Dentre as diversas teorias formuladas, foi adotada em nossa lei civil a teoria objetiva de Ihering para quem a posse é a exteriorização da propriedade, com a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização econômica, bastando apenas o *corpus*, dispensando-se o *animus*, pois este já estaria implícito no exercício de fato sobre a coisa ou bem.

Por muitos anos este foi o único tratamento conceitual dado ao direito de posse porém, com a evolução social, a posse passou a ter outros tratamentos conceituais a partir das chamadas teorias sociais e sociológicas, afirmando que a posse é um direito autônomo em relação ao direito de propriedade.

3 ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. 6 ed, p. 273.

Acerca do tema temos o conceito de posse pela teoria social, na visão do professor Rosenvald⁴:

“Em outro giro, as teorias sociológicas da posse procuram demonstrar que a posse não é um apêndice da propriedade, ou a sua mera aparência e sombra. Muito pelo contrário, elas reinterpretem a posse de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, mediante a utilização concreta da coisa. A posse deve ser considerada como fenômeno de relevante densidade social, com autonomia em relação à propriedade e aos direitos reais. Devemos descobrir na própria posse as razões para o seu reconhecimento.”

Desta forma, tendo a posse essa visão social, em determinados momentos pode preponderar diante do direito de propriedade que perdeu o aspecto absoluto do direito patrimonial, conforme demonstra o artigo 1.228, parágrafo 4º, do CC/02.

O marco inicial, da propriedade no Brasil, denomina-se Período da Regulação Patrimonialista, que se estende do Brasil Colônia até o Primeiro Império, tendo como finalidade a soberania Metrópole-Colônia.

A Constituição da República de 1988 mudou o panorama patrimonialista e absoluto até então vigente e deu nova roupagem à propriedade, garantindo em seu artigo 5º, inciso XXII, o referido direito, mas logo em seguida, no inciso XXIII, prevê que a propriedade atenderá à sua função social. O princípio da função social da propriedade é reafirmado como princípio da ordem econômica e financeira (artigo 170, III, CF/88) e permeia todo o texto dos dispositivos constitucionais referentes à política urbana (artigos 182 e 183, CF/88) e à política agrícola e fundiária (artigos 184 a 191, CF/88).

⁴ Ob. cit. p. 37.

De acordo com o artigo 1.228, *caput*, do Código Civil, o proprietário de um determinado bem imóvel possui a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha. Desta forma, quem for proprietário da coisa estará investido dos meios necessários, outorgados por lei, para que possa se defender de qualquer tipo de lesão ou ameaça ao bom exercício de seu direito de propriedade.

De outra face, o texto inserto no parágrafo 1º do referido artigo dispõe que o direito de propriedade deverá ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais. Aparece, então, frente ao exercício do direito de propriedade, o princípio da função social da propriedade, previsto constitucionalmente.

No mesmo sentido, o ilustre doutrinador Nelson Rosenvald⁵ dispõe, *ipsis literis*:

“Haverá a função social da propriedade quando o Estado delimitar marcos regulatórios institucionais que tutelem a livre iniciativa, legitimando-a ao mesmo tempo. Quando uma atividade econômica concede, simultaneamente, retorno individual em termos de rendimentos e retorno social, pelos ganhos coletivos da atividade particular, a função social será alcançada”.

Assevera o Ministro Celso de Mello, na ADI 2.223-MC:

“O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse

5 Ob. cit. p. 204/205.

efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade”.

Ter-se-ia então dizer que a função da propriedade torna-se social apenas a partir do momento em que o ordenamento reconhece que o exercício do direito de propriedade deverá ser protegido, não pelo interesse do particular, mas no interesse coletivo.

Cumprе salientar que a função social da propriedade não retira o exercício de uso, gozo e disposição, e muito menos o direito de reaver o bem imóvel; pelo contrário, apenas representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma.

Passando à análise dos registros públicos, com base na orientação do artigo 236, da Constituição da República, foi criado um sistema jurídico notarial e registral, formado pelo advento de novas regras e pela recepção de regras anteriores a 1988. Nesse contexto, destacam-se as Leis federais nº 6.015/1973, 8.935/1994 e 10.169/2000, em cujas órbitas gira a maior parte dos diplomas legais e regulamentares componentes do mesmo sistema.

A primeira dentre as citadas – Lei n.º 6.015/1973 – é a lei geral em matéria de Registros Públicos, uma vez que dita normas e procedimentos a serem observados em todo o País pelos Oficiais Delegados.

A segunda – Lei n.º 8.935/1994 – é considerada como o estatuto ou lei orgânica dos Oficiais Registradores e do Notariado nacional, pois regula direitos, prerrogativas e obrigações dos profissionais do setor, além de prever infrações e punições. Seu grande mérito foi a regulamentação dos concursos públicos de ingresso nas atividades notariais e de registro.

A terceira – Lei n.º 10.169/2000 – estipula as regras gerais sobre os emolumentos a serem pagos em contrapartida aos serviços realizados pelos delegatários notariais e de registro. Trata-se de regras que deverão ser observadas tanto pelos Estados quanto pelo Distrito Federal, quando da edição de leis locais sobre emolumentos.

Essas três leis formam, juntamente com a Constituição da República, a pirâmide triangular representativa do sistema registral nacional, com o artigo 236 da Constituição em seu ápice e cada um dos diplomas legais citados em um dos vértices inferiores.

Com efeito, a doutrina traz um rol dos seguintes princípios atinentes em matéria registral, quais sejam, a) Princípio da Publicidade; b) Princípio da Fé Pública; c) Princípio da Prioridade; d) Princípio da Especialidade; e) Princípio da Disponibilidade; f) Princípio da Continuidade; g) Princípio da Legalidade.

Pois bem, o registro é o modo mais comum de aquisição de imóveis, pois somente após a inscrição do documento de transferência no cartório de registro do lugar do imóvel é que ocorre a aquisição deste.

No direito brasileiro, os negócios jurídicos não são hábeis para transferir o domínio do bem imóvel. Logo, para se adquirir o bem é necessário, além do acordo de vontades entre adquirente e transmitente, o Registro do título translativo na circunscrição imobiliária competente. Antes do registro só há um mero direito pessoal. Além do contrato de compra e venda, os demais *titulus acquirendi* exigem a formalidade do registro, para que se opere a transmissão da propriedade. Pode-se registrar o contrato, atos judiciais e sentenças que se referem à questão de direitos reais sobre bens imóveis.

São considerados atos cartorários a matrícula, o registro e a averbação de atos referentes a imóveis ou direitos a eles relacionados, sendo que a matrícula é a “carteira de identidade do imóvel”, uma vez que identifica o imóvel e, segundo o artigo 176, § 1º, inciso I, da Lei 6.015/73, nela deverão constar todas as informações relativas ao imóvel, como os antigos proprietários, quando foi feita a primeira matrícula e a situação do bem, ou seja, se há sobre ele algum ônus real como hipoteca por exemplo.

Nesse sentido determina o artigo 1.246 do CC que “*o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo*”. A prenotação de acordo com Marco Aurélio Bezerra Melo⁶ é a porta de entrada do título no cartório de imóveis. Todo registro é obrigado a ter um livro (artigo 174, da Lei 6.015/73) de protocolo que servirá para apontamentos de todos os títulos apresentados diariamente.

O registro é ato posterior à matrícula em que, mediante a apresentação de um título constitutivo e, no caso da usucapião declaratória, a propriedade imobiliária ou a constituição de um direito real sobre coisa alheia é registrada, entre outros atos arrolados no artigo 167, da Lei 6.015/73.

A seu turno, a averbação são as anotações ou modificações feitas à margem da matrícula ou do registro e a requerimento do interessado que digam respeito ao imóvel e/ou à pessoa do titular como a modificação do estado civil pelo casamento ou divórcio, dentre outras elencadas no artigo 167, inciso II, da Lei 6.015/73.

Assim, cada imóvel tem um número próprio e está devidamente registrado no Cartório de Imóveis. O Cartório de Imóveis tem a função pública de organizar os registros de propriedade e verificar a regularidade tributária dos imóveis, pois não se podem registrar imóveis com dívidas de impostos ou mesmo com impedimentos legais.

Passando ao estudo da alienação fiduciária de bem imóvel, discorre a doutrina especializada⁷ que:

*“A Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, criou o Sistema Financeiro Imobiliário visando promover o financiamento imobiliário em geral, trouxe, em seu bojo, um instrumento útil a esse propósito, que é a **alienação fiduciária de bem imóvel em garantia**. Através dela é possível que outras*

6 Ob. cit. p. 139.

7 COSTA, Valestan Milhomen da. **A alienação fiduciária no financiamento imobiliário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 10.

“pessoas, além das instituições integrantes do Sistema Financeiro Imobiliário, participem do processo de financiamento imobiliário. [...] o acesso à moradia é, como assente no texto constitucional, uma necessidade vital básica do cidadão, a qual, para se ultimar, faz-se mister sejam desfeitas ou atenuadas as barreiras entre essa necessidade e a capacidade social de prover o financiamento necessário”.

Importante verificar que, na prática, é a falta de prestígio do instituto da hipoteca que fez nascer a necessidade de uma lei especializada em resguardar o mercado imobiliário, pois a hipoteca revela sua fragilidade de ônus imobiliário por três fatores principais, inerentes aos direitos reais de garantia em geral, constituídos sobre bens alheios: a) nas execuções concursais (falência e insolvência civil) a ordem de preferência privilegiava de outros créditos (trabalhistas e fiscais); b) nas execuções individuais extrajudiciais sumárias sofre restrições pelo Judiciário por fundamento de vício de inconstitucionalidade; c) nas execuções judiciais individuais surgiram inúmeros percalços decorrentes da lentidão do rito processual.

A propriedade fiduciária decorre de um negócio jurídico, denominado alienação fiduciária; negócio este pelo qual o devedor, chamado fiduciante, com escopo de garantia de obrigação contratada, transfere ao credor, chamado fiduciário, a propriedade do bem, no caso, bem imóvel. Com o registro deste negócio jurídico, no Registro de Imóveis, constitui-se a propriedade fiduciária e, neste momento, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante o possuidor direto, e o fiduciário, o possuidor indireto do bem. O fiduciário recebe a propriedade numa condição resolutiva, ou seja, obriga-se a devolvê-la se o fiduciante cumprir a obrigação contratada.

Nestes termos, a propriedade fiduciária constitui direito real de garantia (artigo 17, IV e § 1º, Lei nº 9.514/97) e confere a posse indireta sobre o bem em favor do fiduciário (artigo 23, § único). Por ser direito real, a propriedade fiduciária somente se constitui por ato de registro no Registro de Imóveis (artigo 23), estando a Lei 9.514/97 nesse passo, em sintonia com o disposto no artigo 1.227 do Código Civil.

Por sua vez, a propriedade resolúvel, cuja transmissão é contratada nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.514/97, somente é transmitida com a consolidação, e constitui o domínio resolúvel do imóvel em favor do fiduciário.

Outrossim, é a própria Lei nº 9.514/97 (artigo 29) quem autoriza o fiduciante a transmitir os direitos que possui sobre o imóvel, os quais, à toda evidência, não são direitos de crédito, mas de propriedade (usar, gozar, usufruir, dispor), ficando evidente que o legislador foi tímido ao não especificar os direitos do fiduciante, ou, simplesmente, por não dizer que o fiduciante pode transmitir o imóvel, gravado da propriedade fiduciária, já que essa transmissão, em todo caso, necessita da anuência do fiduciário.

Por ser apenas titular de um direito real de garantia, desprovido do poder de disponibilidade, o fiduciário terá primeiro que consolidar a propriedade resolúvel contratada (artigo 22) para depois viabilizar a venda do bem em leilão.

Logo vemos que a consolidação da propriedade confere ao fiduciário o domínio resolúvel do bem, o que, por ser direito real de propriedade (razão de ser da exigência do recolhimento do ITBI e laudêmio), deveria ocorrer no Registro de Imóveis por ato de registro, e não por ato de averbação, conforme dispõe atualmente o § 7º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97, com a redação da Lei nº 10.931/04. A previsão da averbação, nesse caso, constitui antinomia com o artigo 1.227 do Código Civil e viola a sistemática dos atos registrares do artigo 167 da Lei nº 6.015/73, que somente admite a constituição de direitos reais por ato de averbação para as hipóteses previstas antes da Lei de Registros Públicos.

No que se refere aos sujeitos do contrato, o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.514/97 autoriza a contratação por pessoa física ou jurídica, integrante ou não do Sistema Financeiro Imobiliário, uma vez que uma das finalidades da lei é ampliar os meios de financiamento da casa própria e, ainda, reduzir o custo do capital pela livre concorrência do mercado; objetivos que ainda não foram atingidos, tendo em vista que os financiamentos continuam a ser realizados quase que exclusivamente pelas instituições financeiras.

Em relação ao objeto da garantia, dispõe o § 1º do artigo 22 da lei em comento, que poderá ser dada em garantia a propriedade plena ou enfiteútica, o direito de uso especial de moradia, o direito real de uso e a propriedade superficiária, evidentemente ficando o negócio fiduciário sujeito às restrições temporais nos casos do direito real de uso ou de propriedade superficiária, se qualquer desses negócios tiver sido contratado por tempo limitado.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou demonstrar a evolução dos direitos reais ao longo da história brasileira, começando dos tempos da colonização portuguesa até os dias atuais, abarcando a nova roupagem constitucional dada ao instituto da função social da posse e da propriedade, teorizando uma perspectiva civil-constitucional do tema, inclusive suas relações com o direito registral e a decadência do instituto da hipoteca frente à alienação fiduciária de bens imóveis como fator de impulso ao mercado imobiliário. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Valestan Milhomen da. **A alienação fiduciária no financiamento imobiliário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14º ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas**. V. V, 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.