

# Os novos direitos reais e o projeto do CPC

Melhim Chalhub



O direito positivo brasileiro vem incorporando inovadoras concepções relacionadas aos direitos reais, por meio do Código Civil de 2002 e de leis especiais, que regulamentaram a alienação fiduciária, o direito de superfície, o direito do promitente comprador, a caução de direitos aquisitivos sobre imóveis, entre outros novos direitos reais.

Essas inovações, entretanto, não foram levadas em consideração na elaboração do projeto de reforma do Código de Processo Civil.

Encontrando-se o projeto, agora, em fase de apresentação de emendas na Câmara dos Deputados, é este o momento próprio para ajustá-lo à modernização do direito material nesse aspecto, particularmente na parte relativa ao processo de execução, até porque a efetividade desses novos direitos reais, quando eventualmente envolvidos em litígios judiciais, perpassa pela aplicação das normas do direito instrumental.

Exemplo da necessidade de adaptação é a regra do artigo 756 do projeto, pela qual em caso de penhora de bens gravados com direitos reais, seus titulares devem ser intimados. O que justifica essa norma é o risco a que esses credores ficariam expostos caso não tomassem conhecimento de penhoras sobre os bens gravados em seu favor. Acontece que o projeto refere-se restritivamente ao penhor, à hipoteca, à anticrese e ao usufruto, omitindo-se em relação às garantias fiduciárias e à promessa de compra e venda. Acontece que atualmente o volume de negócios com garantia fiduciária e promessa de venda superam em muito os realizados com as garantias tradicionais a que se refere o projeto. A isso acresce que os credores nessas operações correm risco idêntico ao dos credores enumerados pelo artigo 756 e, portanto, devem também ser intimados caso terceiros venham a penhorar os direitos aquisitivos de devedores fiduciários ou promitentes compradores de imóveis.

## **Os credores fiduciários e caucionários devem ser intimados**

Outra lacuna está no artigo 761 do projeto, que considera ineficaz, em relação ao senhorio direto ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário que não houver sido intimado, a alienação dos bens aforados ou gravados com esses direitos reais. Também aqui o projeto omite-se em relação às novas garantias reais, que são hoje empregadas em muito maior escala do que as tradicionais. Ora, os credores fiduciários, caucionários e os promitentes vendedores de bens imóveis também devem ser intimados, devendo ser emendado o art. 761 para dispor que a falta de intimação desses credores também tornar ineficaz a alienação dos bens objeto de promessa de venda ou de alienação fiduciária.

O artigo 789, ao declarar insuscetíveis de execução os bens impenhoráveis e inalienáveis, omite-se em relação a dois relevantes aspectos; primeiro, embora insuscetíveis de execução, esses bens respondem por obrigações "propter rem" e por dívidas contraídas para realização da finalidade para a qual foram gravados; segundo, a proteção prevista nesse dispositivo aplica-se também aos bens submetidos ao regime da afetação, mecanismo de tutela legal de situações especiais, sobretudo as que envolvem captação de recursos do público com destinação específica. São, entre outros, os casos das incorporações imobiliárias, dos fundos de investimento e de securitização de créditos imobiliários, cujos bens, submetidos ao regime de afetação, também são insuscetíveis de execução, salvo por obrigações relacionadas à destinação para a qual foram gravados, e, do mesmo modo que os bens impenhoráveis e os inalienáveis, devem também ser referidos pelo artigo 789.

O artigo 792 também merece ser emendado, pois, ao enumerar os bens penhoráveis, indica os bens móveis e imóveis, mas deixa de indicar os direitos aquisitivos oriundos de promessa de venda ou de alienação fiduciária. Ora, esses direitos ocupam expressivo espaço na atividade econômica e devem ser incluídos entre os penhoráveis, coerentemente com a jurisprudência já consagrada, como bem sintetiza o acórdão do REsp 260.880-RS: "O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constritos."

O artigo 818, por sua vez, ao reproduzir, sem ressalvas, vetusta disposição que admite a penhora de edifícios em construção, está em rota de colisão com o moderno regime das incorporações imobiliárias, que contém sistema próprio de proteção dos adquirentes de imóveis "na planta". Nesse caso, os destinatários do edifício são os adquirentes, que aportam recursos para parte da construção, situação que, por incompatível com a norma do artigo 818 do Projeto, deve ser expressamente ressalvada. E assim deve ser porque os créditos oriundos das vendas "na planta" submetem-se a um regime de vinculação de receitas destinadas à obra, de modo que eventual penhora pode atingir os direitos dos adquirentes, terceiros de boa-fé, colocando em risco a realização da função social do contrato e da propriedade.

Essas inovadoras situações, dentre outras, não podem deixar de ser tratadas na lei instrumental, sob pena de se dar à luz um Código de Processo Civil descolado do moderno direito material.

**Melhim Chalhub é advogado, sócio do PMKA Advogados**

**Este artigo reflete as opiniões do autor, e não do jornal Valor Econômico. O jornal não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso dessas informações**