UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A RELAÇÃO JURÍDICA REAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: por uma teoria geral do direito das coisas

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR

Tese de Doutorado

Recife
2010

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR

A RELAÇÃO JURÍDICA REAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: por uma teoria geral do direito das coisas

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Neoconstitucionalismo

Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Santos Albuquerque

Recife
2010

Albuquerque Júnior, Roberto Paulino de
A relação jurídica real no direito contemporâneo: por uma teoria geral do direito das coisas / Roberto Paulino de Albuquerque Júnior. – Recife : O Autor, 2010.
169 folhas.

Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Direitos reais - Fundamentos teóricos - Preenchimento de uma lacuna manifesta no direito privado brasileiro. 2. Direitos reais - Teoria geral - Análise e sistematização - Ordenamento jurídico brasileiro - Linhas gerais das relações reais - Direito contemporâneo. 3. Direito romano - Modernidade. 4. Posições jurídicas reais. 5. Obrigação propter rem. 6. Direito real - Características. 7. Direitos reais - Exercício. 8. Tipicidade real - Flexibilização. 9. Relações reais - Despatrimonialização - Função social dos direitos reais. 10. Relação jurídica real complexa. I. Título.

347.22	CDU (2.ed.)	UFPE
346	CDD (22.ed.)	BSCCJ2010-013

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

A relação Jurídica real no direito contemporâneo: por uma teoria geral do direito das coisas.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.
Área de concentração : Neoconstitucionalismo.
Orientadora: Drª. Fabiola Santos Albuquerque

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidencia do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professor Dr. PAULO LUIZ NETO LOBO (Presidente - UFPE)
Julgamento: Aprovado Assinatura:

Professor Dr. GLAUBER SALOMÃO LEITE (1º Examinador externo- FBV)
Julgamento: Aprovado Assinatura:

Professor Dr. EROUTHS CORTIANO JUNIOR (2º Examinador externo - UFPR)
Julgamento: APROVADO Assinatura:

Professor Dr. TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR (3º Examinador interno - UFPE)
Julgamento: Aprovado Assinatura:

Professora Drª. LARISSA MARIA DE MORAES LEAL (4ª Examinadora interna - UFPE)
Julgamento: Aprovado Assinatura:

Recife, 26 de fevereiro de 2010.

Coordenador Prof.° Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Aos meus professores, com gratidão.

AGRADECIMENTOS

À Profª. Fabíola Albuquerque, a quem devo todo o meu caminho na pós-graduação, por ter-me ensinado pelo exemplo como conduzir uma orientação acadêmica com respeito pelas idéias do orientando, sem nunca abdicar da permanente correção dos (muitos) desvios de rota.

À Professora Larissa Leal, pelo privilégio de um debate sempre enriquecedor e que permeia cada página desta tese, e pelo empréstimo de uma verdadeira biblioteca de direito civil, que foi fundamental para o desenvolvimento desta pesquisa.

A Gabriel Abbad, pelo acesso às bibliotecas em Brasília, e ao Professor Venceslau Tavares, pelo compartilhamento freqüente de material bibliográfico.

Aos colegas de docência que tantas vezes dividiram comigo o peso deste trabalho e me permitiram, com solidariedade, seguir até o fim.

Aos meus alunos, que diariamente me estimulam ao estudo e a tentar pensar o direito civil com coerência para além dos marcos divisórios do direito das coisas.

A todos os funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco e da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife.

Por fim, àquelas pessoas que dão sentido aos objetivos e aos êxitos do caminho: à família, aos amigos e, em especial, a Ticiana, Maria Helena, Roberto, Tiago, Isana e João Pedro, aqueles a quem nunca saberei agradecer o suficiente.

“Será possível tomar uma cidadela sem uma grande dose de violência? Sim, insinuando-se o sitiante, seduzindo, falando a língua do real, a língua das coisas, e mais ´imitei´ as coisas, os fatos, do que os subordinei a mim.”

Pontes de Miranda, O problema fundamental do conhecimento.

RESUMO

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **A relação jurídica real no direito contemporâneo**: por uma teoria geral do direito das coisas. 2010. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

A presente tese se propõe a analisar os fundamentos teóricos do direito das coisas. Partindo da constatação de que os estudos sobre a teoria geral do direito das coisas são escassos na literatura nacional, ao contrário do que ocorre em outros campos do direito privado, o trabalho procura delimitar as causas geradoras desta lacuna e as conseqüências dela decorrentes. Objetivou-se, com isso, identificar e descrever os temas essenciais para a compreensão do direito real como categoria jurídica própria e fornecer parâmetros para a renovação da teoria dos direitos reais na contemporaneidade. A estruturação da teoria geral do direito das coisas constitui, nesta perspectiva, a proposta de sanar a omissão do direito civil clássico, enquanto que o seu estudo funcional atualiza e completa a exposição. Verifica-se que a teoria geral constitui relevante instrumento para a superação da hipertrofia proprietária legada pela Idade Moderna. Seu exame aponta para a necessidade de aplicar a todas as situações reais um tratamento adequado aos postulados da funcionalização social, da flexibilização do princípio clássico da tipicidade real e, em especial, de repensar a própria noção de relação jurídica real, que na contemporaneidade deve ser vista como um organismo complexo porém unitário, composto por posições ativas e passivas variáveis, atribuídas ao titular e aos terceiros, indo além da concepção clássica que a restringe a um poder sobre um bem, secundado por um dever geral de abstenção.

Palavras-chave: Direito das coisas. Teoria geral. Relação jurídica real no direito contemporâneo.

ABSTRACT

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Property relations in contemporary law:** a general theory of property relations. 2010. 169 p. Doctoral Thesis (P.h.D. of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

The present thesis aims at the analysis of the theoretical foundations of property relations. It was noted that studies on the general theory of property relations are scarce in national literature, contrary to what occurs in other fields of private law. The study aims at defining the causes for this gap and the consequences arising therefrom. The objective was, therefore, identify and describe the essential topics to an understanding of the property rights as a legal category of their own and provide parameters for the renewal of the theory of property rights in the contemporaneity. The structure of the general theory of property relations is, therefore, the proposal to remedy the omission of the classic civil law, while its functional study updates and completes the treatment. It appears that the general theory is an important tool for overcoming the legacy of property hypertrophy owned by Modern Age. Its examination points to the need to apply to all property relations the appropriate treatment to the principles of social function, the flexibilization of the classical principle of typicality and, in particular, to rethink the very notion of a property relation, that in contemporaneity should be seen as a complex but unitary body composed of active and passive variable positions assigned to the holder and third persons, going beyond the traditional conception that limits it to a power supported by a general duty of abstention.

Keywords: Property relations. General theory. Property relation on contemporary Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 10

PARTE I:
FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE DIREITO DAS COISAS DESPROVIDO DE TEORIA GERAL: ANOTAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DE UM FENÔMENO HISTÓRICO..... 14

CAPÍTULO 1 - A EXPERIÊNCIA ROMANA..... 15
1.1 DIREITO PRÉ-CLÁSSICO..... 15
1.2 DIREITO CLÁSSICO..... 19
1.3 DIREITO PÓS-CLÁSSICO..... 21

CAPÍTULO 2 - A EXPERIÊNCIA MEDIEVAL..... 24
2.1 O DIREITO COMUM..... 24
2.2 O CONCEITO MEDIEVAL DE DOMÍNIO: COEXISTÊNCIA E MULTIPLICIDADE..... 26

CAPÍTULO 3 - MODERNIDADE E HIPERTROFIA PROPRIETÁRIA..... 30
3.1 O MODERNO NO DIREITO CIVIL..... 30
3.2 O REGIME MODERNO DE TITULARIDADE E A HIPERTROFIA PROPRIETÁRIA..... 32

CAPÍTULO 4 - CONSOLIDAÇÃO E CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO DAS COISAS..... 37

PARTE I I:
O ASPECTO ESTRUTURAL DA TEORIA DO DIREITO DAS COISAS: SISTEMATIZAÇÃO DAS BASES CLÁSSICAS..... 41

CAPÍTULO 5 - POSIÇÕES JURÍDICAS REAIS..... 42
5.1 DIREITO REAL..... 42
5.2 PRETENSÃO..... 50
5.3 AÇÃO E EXCEÇÃO..... 52
5.4 OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*..... 55

CAPÍTULO 6 - PLENITUDE E LIMITAÇÃO..... 58
6.1 PODERES DO DOMÍNIO E CONTEÚDO DOS DIREITOS REAIS..... 58
6.2 O PRINCÍPIO DA ELASTICIDADE POTENCIAL DO DOMÍNIO..... 61

CAPÍTULO 7 - CARACTERÍSTICAS DO DIREITO REAL..... 63
7.1 INERÊNCIA, AMBULATORIEDADE E SEQÜELA..... 63
7.2 PREFERÊNCIA..... 65

7.3 ESPECIALIDADE..... 66
7.4 PUBLICIDADE..... 67

CAPÍTULO 8 - EXERCÍCIO DOS DIREITOS REAIS..... 71
8.1 EXERCÍCIO DOS DIREITOS REAIS..... 71
8.2 FATORES RESTRINGENTES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS REAIS..... 75
8.2.1 **Abuso de direito**..... 75
8.2.2 **Prescrição**..... 78
8.2.3 ***Suppressio***..... 80

PARTE I I I:
O ASPECTO FUNCIONAL DA TEORIA DO DIREITO DAS COISAS: OS FUNDAMENTOS CONTEMPORÂNEOS..... 84

CAPÍTULO 9 - FLEXIBILIZAÇÃO DA TIPICIDADE REAL..... 85
9.1 TIPICIDADE E TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS: O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA CLÁSSICA..... 85
9.2 FLEXIBILIZAÇÃO DA TIPICIDADE REAL..... 87
9.3 ALGUNS EXEMPLOS CONCRETOS..... 92
9.3.1 **Multipropriedade imobiliária**..... 92
9.3.2 **Direito de superfície**..... 95

CAPÍTULO 10 – DESPATRIMONIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES REAIS: A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS REAIS..... 98
10.1 FUNÇÃO SOCIAL E DESPATRIMONIALIZAÇÃO..... 98
10.2 A MULTIPLICIDADE ESTATUTÁRIA COMO PRESSUPOSTO DA FUNÇÃO SOCIAL..... 99
10.3 INCIDÊNCIA E EFEITOS DA FUNÇÃO SOCIAL..... 103
10.4 FUNÇÃO SOCIAL E ACESSO À PROPRIEDADE..... 109
10.5 CONFLITO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE E A EXCEÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL..... 111
10.6 A TEORIA DE RICARDO ARONNE: ANÁLISE CRÍTICA..... 113

CAPÍTULO 11 - A RELAÇÃO JURÍDICA REAL COMPLEXA..... 118
11.1 A RELAÇÃO JURÍDICA REAL..... 118
11.2 PROPOSTA PARA UMA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA REAL COMO RELAÇÃO COMPLEXA..... 120

CONCLUSÕES..... 130

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 139

INTRODUÇÃO

A formulação de uma teoria geral do direito das coisas constitui uma das mais graves lacunas do direito privado, dada a rarefeita abordagem do tema fora do Brasil e a ausência quase absoluta de material neste sentido na doutrina nacional.

Ressalvados os pioneiros trabalhos de investigação, inexiste na doutrina, de uma forma geral, a preocupação de analisar os fundamentos teóricos de tal ramo da dogmática civilística, de forma bem diversa do que se passa, por exemplo, no direito das obrigações, no qual os estudos generalistas são tradicionais e seguem sendo adotados.

Sem a sistematização de uma teoria da relação jurídica real, o roteiro do estudo de tal ramo do direito se faz usualmente através de uma breve distinção entre os direitos pessoais e reais, seguida do estudo da posse e dos direitos reais.

No direito brasileiro existe, pois, uma demanda perceptível pela organização das bases teóricas do direito das coisas, tarefa ainda não abraçada pela doutrina e de reflexos relevantes para o desenvolvimento de tal ramo do direito privado.

Ocorre que propor a sistematização da teoria geral do direito das coisas, no direito contemporâneo, importa mais do que reduzir a categorias gerais as construções de tal ramo do direito civil, livrando-as do peso opressor da retórica proprietária e permitindo a sua plena aplicabilidade às demais situações reais e à posse.

Esta seria a tarefa do direito civil tradicional, e, não realizada a seu tempo, a ela se acrescem forçosamente novas questões típicas da contemporaneidade.

Com efeito, no direito civil contemporâneo, as ainda insuficientemente sistematizadas estruturas da teoria do direito das coisas sofreram um impacto dos

mais radicais, dado o câmbio de paradigmas que modificou substancialmente os seus pilares básicos, e que lhe impõe trabalhar com uma relação jurídica real que não corresponde mais àquela descrita pelos juristas da modernidade.

Marcada pela exigência de funcionalização e pelo redimensionamento do princípio da tipicidade, a relação jurídica real exige uma compreensão renovada, à luz destes fundamentos.

Tais pontos são essenciais, e hoje se ressentem da apreciação casuística que vêm recebendo, ainda muito ligada ao discurso proprietário tradicional. Carecem, assim, de um estudo autônomo, que os permita aplicar indistinta e adequadamente a todas as relações jurídicas reais e à posse, e por isso assumem um papel de destaque no que toca à teoria dos direitos reais.

O objetivo deste trabalho é, portanto, proceder à análise e sistematização da teoria geral do direito das coisas no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a descrever e examinar as linhas gerais das relações reais no direito contemporâneo.

Discutir os fundamentos do direito das coisas significa propor o preenchimento de uma lacuna manifesta no direito privado brasileiro.

A estruturação coerente de uma teoria do direito das coisas ganha importância por viabilizar o afastamento de problemas tradicionais deste campo do direito civil, tais como o discurso proprietário tradicional, com conseqüente hipertrofia da propriedade e relegação a um segundo plano das demais situações reais e da posse, e a dificuldade de adaptação a figuras novas, tais como a multipropriedade imobiliária, o direito de superfície, os condomínios de fato, etc.

A inserção da tese em um contexto contemporâneo conduz ao exame necessário da nova configuração da tipicidade real e da função social dos direitos

reais, com impacto na própria descrição dos elementos estáticos e dinâmicos da relação jurídica real.

Trata-se de questões recentes, cuja aplicação uniforme a todo o campo dos direitos reais se mostra ainda uma tarefa problemática e não realizada a contento pela doutrina, o que faz com que a efetiva renovação e integração do direito das coisas à contemporaneidade ainda não se possa considerar plenamente alcançada.

Empreender a sistematização de uma teoria das relações reais significa estender tal transformação a todo o seu objeto, abrangendo satisfatoriamente as situações reais e a posse, e permitindo a renovação futura, pela disposição de um instrumento – a teoria geral – que possa ser utilizado para a plena operação com novos tipos e com problemas recentes gerados pela aplicação dos tipos já existentes.

Será adotado o método dedutivo. O problema aqui identificado é a inexistência de sistematização de uma teoria geral do direito das coisas no direito brasileiro, lacuna agravada pela substancial renovação das bases teóricas dos direitos reais, que gera não apenas a necessidade de organizar a teoria de tais relações jurídicas, mas também de adaptá-la à contemporaneidade, evitando, assim, a hipertrofia da propriedade, a marginalização das demais situações reais e a incapacidade de operar satisfatoriamente com tipos novos ou renovados.

Para tanto, a exposição será dividida em três partes. Na primeira, serão estudados os fundamentos históricos da matéria, com vistas a tentar determinar o porquê da inexistência de uma teoria geral do direito das coisas e suas conseqüências neste campo do direito privado, desde o direito romano até a modernidade.

Na segunda, a teoria do direito das coisas será exposta com atenção a seu aspecto estático, estrutural, recuperando de forma ordenada temas expostos sem grandes preocupações de uniformidade pela doutrina, como as posições jurídicas reais, a tensão entre plenitude e limitação do direito real, as características e o exercício dos direitos reais.

Na terceira, por fim, examinar-se-á a teoria do direito das coisas sob o prisma dinâmico, funcional, analisando-se os seus fundamentos contemporâneos, identificados na flexibilização da tipicidade real, na função social dos direitos reais e na relação jurídica real como relação complexa.

PARTE I:

FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE DIREITO DAS COISAS DESPROVIDO DE TEORIA GERAL: ANOTAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DE UM FENÔMENO HISTÓRICO

CAPÍTULO 1 - A EXPERIÊNCIA ROMANA

1.1 DIREITO PRÉ-CLÁSSICO

A noção de propriedade, e, por extensão, a de direito real, é fruto de um processo de mutação histórica, cujo conhecimento é essencial para a compreensão de seu estado atual.[1] Não se concebendo aprioristicamente, se apanha em um determinado período da evolução do direito civil.[2]

Cada um destes períodos é marcado por sua particular compreensão do fenômeno, que se enraíza no que já foi descrito como uma mentalidade proprietária, cuja superação pressupõe verdadeira ruptura de paradigma,[3] modificando o sistema a partir de seus fundamentos mais caros.

Ao abordar o desenvolvimento da noção de direito real, tem-se como objeto de estudo, por certo, um problema jurídico de consideráveis e sofisticadas implicações técnicas.

---

[1] "O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi. (...) nem se poderiam fixar certos conceitos, nem se determinariam certas categorias, que têm os seus limites marcados pelos fios históricos. Ainda onde o direito mudou muito, muito se há de inquirir do que não mudou. O direito muda muito onde em muito deixou de ser o que era."(MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1977, p. XV).

[2] "O conceito de propriedade, de domínio, em qualquer momento do passado em que o consideremos, é histórico, de formação e evolução histórica, se bem que atitudes pró e contra tendam a mostrá-lo como conceito a priori, para supor sempre existente a forma de hoje, ou para lhe prever a extinção. O que vemos na história humana é a transformação, que terá de ser profunda, não a desaparição da propriedade. (...) Na interpretação das regras sobre domínio e sobre os demais direitos reais, deve-se partir das origens, em cada povo ou círculo de civilização. Só assim atendemos a que, mediante o processo de categorização, o domínio e os direitos reais chegaram a ser categorias jurídicas." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2001, tomo XI, p. 64-65). No mesmo sentido: "A propriedade é um phenomeno histórico (...) Collectiva, familial ou individual, o direito a surprehende em flagrante, no momento actual de sua evolução organica, e lhe regula o exercício" (PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas: propriedade. In LACERDA, Paulo. **Manual do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, 2007, p. 1).

[3] Tomando-se paradigma na acepção de KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions.** 2. ed. Chicago: University of Chicago, 1972, p. 154.

Entretanto, para além disso, o intérprete precisa ter a consciência de que se defrontará com questões meta-jurídicas que espelham a própria vida em sociedade e alguns dos instrumentos mais elementares de sua organização, como vez ver com lucidez Paolo Grossi.[4]

Ao apontar para este caminho, é válido o alerta de que não há, em sentido estrito, uma história do direito isolada, dado que a história das idéias ou dos institutos jurídicos espelha sempre as condições sociais que produziram e influenciaram as normas e teorias discutidas pelos juristas.[5]

Este recorte do processo histórico[6] de formação da categoria dos direitos reais poderia partir das imemoriais tradições de propriedade coletivista, que a doutrina costuma apontar como o ponto inicial do trajeto proprietário.[7] Poderia também ter por foco o tratamento dos direitos sobre as coisas na antiguidade grega ou nas velhas civilizações orientais.[8]

---

[4] Daí dizer o professor que a discussão sobre a propriedade aborda "seguramente também um problema técnico mas nunca é somente, no seu contínuo emaranhar-se com todo o resto, um problema técnico: por debaixo, os grandes arranjos das estruturas; por cima, as grandes certezas antropológicas põem sempre a propriedade no centro de uma sociedade e de uma civilidade. A propriedade não consistirá jamais em uma regrinha técnica mas em uma resposta ao eterno problema da relação entre homens e coisas, da fricção entre o mundo dos sujeitos e o mundo dos fenômenos, e aquele que se propõe a reconstruir sua história, longe de ceder a tentações isolacionistas, deverá, ao contrário, tentar colocá-la sempre no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa." (GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, p. 16).

[5] WILHELM, Walter. **Metodologia giuridica nel secolo XIX**. Milano: Giuffrè, 1974, trad. P. L. Lucchini, p. 36.

[6] Que é feito de marchas e contramarchas, progressos e retrocessos, sem as ilusões de continuidade linear da historiografia clássica, que chegou a descrever a história como "un río de corriente única" (BAUER, Wilhelm. **Introducción al estudio de la historia** 2 ed. Barcelona: Bosch, 1952, trad. L.G. de Valdeavellano, p. 22).

[7] Confira-se, por exemplo, COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado**. Belo Horizonte: Líder, 2004, trad. Henrique de Carvalho, p. 131. No mesmo sentido: "A propriedade comum, grupal, precedeu a individual, embora, hoje, vivendo em ambiente saturado de direito individualista, pensemos primeiro em domínio e, depois, em comunhão ou condomínio." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 65).

[8] Para uma análise inicial acerca do tratamento da propriedade na tradição clássica grega, ver ARNAUTOGLOU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**. São Paulo: Odysseus, 2003, trad. Ordep Trindade Serra e Rosiléa Pizarro Carnelós, p. 119-127; no Código de Manu, vale conferir os arts. 195 a 203 (VIEIRA, Jair Lot (org). **Código de Hamurabi – Código de Manu – Lei das XII Tábuas**. 2 ed. Bauru: Edipro, 2002, p. 66-67); confira-se, ainda, PEINADO, Frederico Lara; GONZÁLES, Frederico Lara. **Los primeros Códigos de la humanidad**. Madrid: Tecnos, 2001.

Estes contributos, no entanto, não seriam essenciais para o trabalho, dado que, no pensamento jurídico ocidental, "a tradição dos direitos reais é romana."[9] Além da influência notável que a civilística romana exerceu e exerce nas bases do direito contemporâneo, não se pode negar que ela permite uma exposição razoavelmente coordenada que é pouco viável no direito grego ou babilônico, por exemplo, como fez ver Savatier.[10]

Isto não significa que se encontrará, no material de pesquisa fornecido pelo direito romano, uma teoria estruturada dos direitos reais. Como é de conhecimento corrente, os juristas romanos, "guiados por um particular senso de concretude", "se guardavam dos enunciados gerais."[11] As abstrações e generalizações teóricas não provêm do direito romano em si, mas sim dos estudos posteriores dos romanistas, e não fazem qualquer sentido se não são contextualizadas com as fases evolutivas em que costuma a doutrina dividir o direito romano.[12]

Na fase pré-clássica, até a Lei das XII Tábuas, os romanos conheceram uma forma coletivista de propriedade, até que a referida lei passou a exprimir o domínio individual.[13]

---

[9] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 72.
[10] SAVATIER, Renè. **Las metamorphoses économiques et sociales du droit privé d´aujourd´hui**. Paris: Dalloz, 1959, p. 319.
[11] PUGLIATTI, Salvatore. Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana. **Diritto civile**: metodo, teoria, pratica: saggi. Milano; Giuffrè, 1951.
[12] "O tempo mitigou a dureza desse regime, e já na época de Justiniano a situação era outra. Sem a distincção cautelosa das differentes phases desta evolução, corre-se o risco de invocar, em apoio de theses actuaes, regras que os proprios romanos tinham abandonado, por pertencerem a uma phase recuada (...)". (PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas: propriedade, cit., p. 4). A divisão que se adotará aqui é a mais comum, que triparte a experiência jurídica romana em direito pré-clássico, clássico e pós-clássico ou justinianeu (assim exposta, por exemplo, em NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e sistema do direito privado romano**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 28).
[13] NOAILLES, Luis M. Valiente. **Derechos reales y privilegios**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955, p. 141; em sentido contrário, confira-se: "On the other hand, the nations of Greece and Italy, from the earliest antiquity, always held to the idea of private property. We do not find an age when the soil was common among them (...)" (COULANGES, Numa Denis Fustel de. **The ancient city**: a study on the religions, laws and institutions of Greece and Rome. Kitchener: Batoche Books, 2001, trad. Willard Small, p. 47). Sobre a Lei das XII Tábuas é fundamental a consulta ao ensaio de MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, bem

O fundamento mais remoto da propriedade privada em Roma tem origem de resto bastante conhecida, proveniente da religião doméstica e do culto aos antepassados. A terra se fazia apropriar pela força aquisitiva do altar e sua indissociabilidade da instituição familiar.[14]

Como se disse foi a Lei das XII Tábuas que revelou a consagração da propriedade privada no direito romano antigo.[15] Nesta fase a indivisibilidade da propriedade familiar já se mostrava mitigada em relação aos antigos costumes religiosos, pois a regra geral previa a partição do domínio sobre o solo entre os capazes de suceder o *paterfamilias* após a sua morte, regra esta que somente em casos excepcionais era substituída por uma exploração coletiva – o chamado *antiquum consortium*.[16]

Neste contexto pré-clássico diz-se que a propriedade foi, provavelmente, o único direito real, pois as servidões, embora muito antigas em sua forma rústica, não eram entendidas como direitos autônomos *in rem*.[17]

Apesar do prestígio histórico da *Lex Duodecim Tabularum*, este primeiro estágio evolutivo do direito romano parece ter como mais decisiva contribuição a superação do coletivismo e a estruturação de uma forma privatista de domínio. É

---

como a GARCÍA, César Rascon; GONZÁLES, José Maria. **Ley de las XII tablas**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2003.

[14] And the family, which through duty and religion remains grouped around its altar, is as much fixed to the soil as the altar itself. The idea of domicile follows naturally. The family is attached to the altar, the altar is attached to the soil; an intimate relation, therefore, is established between the soil and the family. There must be his permanent home, which he will not dream of quitting, unless an unforeseen necessity constrains him to it. Like the hearth, it will always occupy this spot. This spot belongs to it, is its property, the property not simply of a man, but of a family, whose different members must, one after another, be born and die here." (COULANGES, Numa Denis Fustel de. The ancient city, cit., p. 48)

[15] "Já é sob a sua forma individualistica que as XII Taboas nol-a mostram." (PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas: propriedade, cit., p. 2). No mesmo sentido: LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 156-157.

[16] De acordo com NÒBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano, cit., p. 235-236.

[17] KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle, p. 138.

nas fases posteriores, em verdade, que se verão afirmadas características da propriedade que mais decisivamente irão influenciar o direito civil futuro.

1.2 DIREITO CLÁSSICO

No auge do desenvolvimento do direito romano, o classicismo abandona o conceito amplo e pouco nítido de *proprietas* então vigente e assume uma delimitação mais rigorosa.[18] Esta era, originariamente, o *dominium ex jure quiritium*, de acordo com o *jus civile* e acessível apenas aos cidadãos romanos.

Neste regime proprietário, além de ser cidadão romano e plenamente capaz, para que pudesse adquirir a propriedade quiritária o indivíduo precisava lançar mão dos meios formais admitidos pelo *jus civile*.[19]

Como é amplamente conhecido, o direito clássico aceita ainda uma outra espécie de propriedade, a pretoriana ou bonitária, oriunda do *jus honorarium*.[20] Esta poderia ser adquirida por modos não formais.[21]

Fala-se ainda em duas outras formas de titularidade de menor importância e mesmo de enquadramento duvidoso no conceito de propriedade, apesar da terminologia: (a) a propriedade provincial, dos ocupantes de imóveis nas províncias romanas, que implicava um tributo (o *vectigal*) e conferia direitos que os textos ora assimilam à posse, ora ao usufruto;[22] (b) a propriedade peregrina, em verdade um

---

[18] KASER, Max. Direito privado romano, cit., p. 139.
[19] CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. **Direito romano**. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol. II, 1914, p. 82-83.
[20] Ver a respeito BAPTISTA, Silvio Neves. A evolução conceitual do direito civil. **Ensaios de direito civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 30.
[21] KASER, Max. Direito privado romano, cit., p. 139-140. Ver ainda NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano, cit., p. 241-243.
[22] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano, cit., p 243; PETIT, Eugène. **Tratado elementar de direito romano**. Campinas: Russell, 2003, trad. José Luis Custódio Porto, p. 308-309.

poder de fato que o pretor peregrino protegia com ações semelhantes às do domínio quiritário.[23]

A propriedade quiritária clássica é, não raro, referida como um direito de contornos absolutos.[24]

Esta conclusão é simplificadora, pois, como se verá mais adiante, nem mesmo a propriedade moderna é de todo absoluta, sofrendo compressões e limitações do sistema. Entretanto, parece ser correta a identificação, no período clássico, de uma propriedade de contornos bastante amplos e que se pode dizer, em sentido assumidamente largo, liberal.

Esse é o posicionamento de Fritz Schulz:

> El dominio clásico no implica um derecho ilimitado sobre la cosa. Los poderes que corresponden al dueño de un esclavo fueron restringidos por constituciones imperiales. La propiedad de la tierra fue también limitada, no sólo teniendo en cuenta el interés de los vecinos, sí que también por el imperativo del derecho público. Pero con todo, es evidente que en el derecho clásico las limitaciones de la propiedad fueron muy laxas, especialmente si se comparan con las de la propiedad germánica en la Edad Media.
>
> (…)
>
> Sea lo que fuere, es indudable que el carácter liberal del derecho clásico de propiedad ha hecho de éste un instrumento perenne en la historia jurídica de Europa.[25]

Apesar de sua bipartição, a propriedade clássica romana traz em si, portanto, os germes do que viria a ser a propriedade moderna, em virtude de seu potencial individualista e absolutista. É ela o referencial, como veremos, para o ressurgimento do direito de propriedade após a experiência do medievo.

---

[23] NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano, cit., p. 243.

[24] Refere-se a propriedade "absoluta ou quiritária", por exemplo, MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos de história do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 192.

[25] SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Barcelona: Bosch, 1960, trad. José Santa Cruz, p. 322-323.

1.3 DIREITO PÓS-CLÁSSICO

A transição do direito clássico para o pós-clássico é bem conhecida, com o declínio econômico e social do império e a compilação dos textos clássicos no Oriente.[26]

Seus impactos sobre os direitos reais parecem ser mais decisivos que em outras áreas, e se podem analisar sob a ótica de duas transições de grande relevância.

A primeira diz respeito à superação prática da distinção entre o domínio *ex jure quiritium* e o aquele *in bonis* do direito honorário, que passam a obedecer a um sistema unificado.

O formalismo é mitigado e a propriedade bonitária alcança o mesmo *status* da quiritária, reduzindo-se as formalidades aquisitivas e as restrições quanto ao objeto do direito.[27]

Os textos clássicos mostram com clareza essa transição. Veja-se, por exemplo, nas Institutas de Justiniano: “Assim, as coisas corpóreas de todo gênero podem ser transmitidas, são objeto de tradição, e o proprietário as aliena, uma vez efetuada a tradição.”[28]

---

[26] Do ponto de vista jurídico, vale conferir KASER, Max. Direito privado romano, cit., pp. 22-24; PETIT, Eugene. Tratado elementar de direito romano, cit., p. 66-79. Para uma incomparável análise histórica, confira-se GIBBON, Edward. **The decline and fall of the Roman Empire**. New York: The Modern Library, 2003.

[27] “Na época de Justiniano desapareceu a maior parte das causas que motivaram esse desdobramento da propriedade: assim que, limitando-nos às citadas, a distinção das res mancipi e nec mancipi já não existe; a sucessão pretoriana fundiu-se com a sucessão civil e a bonorum venditio estava suprimida desde há muito tempo. O nudum jus quiritium já não existe de fato, pois chegou a ser uma espécie de enigma jurídico, decidindo por isso Justiniano que doravante não fosse questão de direito (L. 1, C., de nudo jure quir., tol., VII, 25). A partir de então qualquer pessoa, sendo proprietário bonitario, tinha a propriedade plena e inteira, ficando por isso plenissimus et legitimus dominus. Não há, pois, como no início, mais que uma só propriedade; mas uma propriedade que do ponto de vista de seu objeto e de sua transmissão obedece a regras muito mais amplas.” (PETIT, Eugène. Tratado elementar de direito romano, cit., p. 304)

[28] JUSTINIANO. **Institutas do imperador Justiniano**. Bauru: Edipro, 2001, trad. Edson Bini, p. 66, L. 2º, tit. 1, §40.

Com isso se supera a bipartição clássica e se tem a estruturação completa de um sistema de propriedade unitário, que se iria refletir posteriormente nas análises dos modernos.

Por outra parte, é também da maior importância o desenvolvimento mais aguçado no período pós-clássico dos direitos reais limitados, a par da já estruturada propriedade.

De fato, relações reais como o direito de superfície e a enfiteuse têm o seu surgimento na era justianéia, trazendo ao sistema toda uma série de direitos até então desconhecidos e dando início ao processo de desmembramento proprietário que seria crucial para o modelo medieval.[29]

Assim é que nas Institutas de Justiniano, por exemplo, se trata de servidões, usufruto, uso, habitação.[30] A enfiteuse se estabelece,[31] o mesmo ocorrendo com a superfície[32] e os direitos de garantia.[33]

Se é fato que outros direitos também existiram no período clássico, é no pós-clássico que eles se desenvolvem e passam a orbitar ao lado da propriedade, como desdobramentos do *dominium*. É neste que toda uma série de direitos novos é criada e passa à posteridade.

Daí o acerto da sentença segundo a qual, no pós-classicismo, "os direitos reais limitados já não são só encargos sobre a propriedade de outrem, mas figuras próprias."[34]

---

[29] Por isso se afirmou que "se, no plano do direito, se verificou uma real unificação da noção de propriedade durante o Baixo Império, no plano dos factos a evolução econômica e social dos séculos IV e V faz aparecer novos direitos reais, como o direito de superfície e enfiteuse, que anunciam o desmembramento da propriedade." (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, trad. António Hespanha e Macaísta Malheiros, p. 639)

[30] JUSTINIANO. Institutas, cit., L. 2º, tits. III a V.

[31] PETIT, Eugène. Tratado elementar de direito romano, cit., p. 387-388. Sobre enfiteuse é ainda útil a consulta a WEBER, Max. **História agrária romana**. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 145 et seq.

[32] Vide BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. **La superficie**. Milano: Giuffrè, 2004, p. 9-36.

[33] PETIT, Eugène. Tratado elementar de direito romano, cit., p. 388-401.

[34] KASER, Max. Direito privado romano, cit., p. 141.

Neste desabrochar dos direitos limitados reside o fundamento para a compreensão medieval dos direitos sobre as coisas, toda baseada na divisão do domínio.[35]

O direito romano deixa, em sua fase final, um constructo bem delineado: a propriedade como direito real por excelência, unificada e marcada por razoável liberdade proprietária (que Fritz Schulz diria ser uma propriedade "liberal"), e a noção de direito real *in re aliena* já desenvolvida à margem da estrutura prioritária do domínio.

[35] "Assim, no fim do império romano, a propriedade é, do ponto de vista jurídico, muito individualista; mas, no plano dos factos, um desmembramento da propriedade a favor dos detentores de direitos reais perpétuos anuncia a evolução medieval da instituição." (GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, cit., p. 640)

CAPÍTULO 2 - A EXPERIÊNCIA MEDIEVAL

2.1 O DIREITO COMUM

Com as invasões bárbaras, o direito europeu traçaria o notório caminho do renascimento do direito romano.

Embora o direito romano nunca tenha desaparecido por completo na Itália, pois elementos de direito eram ensinados no estudo da retórica e da dialética,[36] foi com a escola de Bolonha e a glosa que as fontes romanistas passaram a ser revistas e a inspirar a construção de uma ordem jurídica peculiar, o *jus commune*, a par das pulverizadas ordens jurídicas locais e dos costumes bárbaros.

Neste contexto histórico se aduz que da "exegese, da harmonização, da construção de regras, constituiu-se um edifício doutrinal de princípios harmônicos, talvez a primeira dogmática jurídica da história universal."[37]

As vantagens do direito comum,[38] a que se deve sua expansão, são enumeradas pela doutrina: constituía um direito escrito,[39] era "comum" a todos os

---

[36] GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, cit., p. 341.

[37] WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, trad. António Manoel Botelho Hespanha, p. 53.

[38] Para um importante estudo sobre o direito privado europeu e sua evolução do direito romano ao direito comum, inclusive com análise comparativa com o modelo da Common Law, confira-se ZIMMERMANN, Reinhard. Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, a. XLVII, n. 6, nov./dez. 2001, p. 704-763.

[39] Escrito porque construído a partir das fontes romanas, mas, em certo sentido, também um direito "jurisprudencial", que se sobrepõe ao direito posto pelas ordens locais. Neste sentido: "Por eso, en el ordo del Antiguo Régimen, el Derecho todavía podía reconducirse a un sistema de ´derecho jurisprudencial´, que no hay que confundir con ´derecho judicial´, pero donde em Derecho Común, es decir, el Derecho Romano de la recepción, era el factor más importante, quedando la legislación, fuera general o particular, relegada a un segundo término. (…) Es decir, Derecho de juristas y que es consuetudinario en cuanto se halla admitido a la práctica de los tribunales e que por ello se contrapone al Derecho autóctono, especial o particular, de tradición vulgar, ajeno a la tradición romanista o culta que conviene preservar." (DE LOS MOZOS, Jose Luis. **Derecho civil**: metodo, sistemas y categorias juridicas. Madrid: Civitas, 1988, p. 183-184).

mestres e compreendida instituições tão úteis quanto desconhecidas da sociedade feudal.[40]

Da glosa, com seu método exegético e as obras de Irnério e Acúrsio, passa-se à escola dos comentadores, ou consiliadores, e seu método dialético, com Cino de Pistóia, Bártolo e Baldo.[41]

Os consiliadores, por sua interpretação mais livre e ousada, construíram a partir do direito romano categorias teóricas totalmente distintas, e, entre elas, a que aqui mais interessa, o domínio dividido.[42]

Somente com o exame de tal concepção é que se começa a penetrar a estrutura dos direitos sobre os bens na realidade medieval.

O domínio medieval, esta instituição *sui generis* na história das idéias jurídicas, é o reflexo jurídico exato do aproveitamento feudal do solo, e assim o é porque o direito de então era menos formalista e mais voltado à realidade do que se pode crer à vista de uma leitura apressada.[43]

È a partir deste contexto que se pode compreender como a propriedade unificada do direito justinianeu veio a se converter no caos organizado das propriedades medievais.

---

[40] KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico**: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 96.
[41] SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I, s/d, 142-145.
[42] WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, cit., p. 83.
[43] "Tudo isso é exaltado ao máximo grau na grande reflexão doutrinal na qual se encarna o direito comum clássico, desde os Glosadores até os Comentaristas tardios, do século onze ao dezesseis; por dois motivos elementares: porque é ciência produzida no centro da cidade terrena, nela bem inserida, empenhada como está na construção das arquiteturas jurídicas da sociedade e a isso expressamente predisposta; porque, se por formalismo entendermos a criação de um castelo de formas intelectualmente probantes e convincentes mas privo de uma correspondência na eficácia das forças históricas, é esta uma doutrina não ainda capturada pelas lisonjas do formalismo. Ou, se há também nela a tentação perene da construção de uma dogmática pura, é sempre superada porque sempre permeada por um forte espírito realista, por aquela salutar exigência de comparação com a realidade que foi a válvula de salvação de muitas aventuras dos juristas na história." (GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador, cit., p. 37)

2.2 O CONCEITO MEDIEVAL DE DOMÍNIO: COEXISTÊNCIA E MULTIPLICIDADE

Tentar empreender o estudo das fontes medievais acerca dos direitos sobre os bens implica, necessariamente, o estudo do conceito de domínio, sobre o qual foi erigida toda a sua disciplina.

O que se conhece como domínio na Idade Média não guarda correspondência exata quer com o domínio do direito romano, quer com a propriedade moderna. É instituto único, regido por princípios em absoluto estranhos à sistemática romana até então existente.

A primeira operação mental a se fazer é portanto a de deixar fixada a noção elementar de que não se pode trazer o conteúdo da propriedade romana, em qualquer de suas fases evolutivas, para o seio do domínio medieval. A teoria do desmembramento dominial fez com que este, mais do que um só direito, se fizesse vários, devidamente coexistentes sobre a coisa e não coincidentes com o tratamento romano ou moderno.[44]

A impossibilidade de integrar os variados *dominia* medievais à noção de propriedade que seria conhecida na idade moderna resulta, antes de mais nada, da inexistência de uma construção unitária de direito subjetivo.[45]

---

[44] " (...) no hay duda de que los dominia medievales poco tengan que compartir con la propiedad moderna y que para su calificación el mismo término ´propiedad´ no esté imune de ambigüedad; ni hay igualmente duda de que ningún dominium – ni el directo ni el útil – represente la propiedad. (...) La propiedad medieval es una entidad tan compleja y compuesta que aparece incluso indebido su uso en singular – tantos poderes autónomos y inmediatos sobre la cosa, diversos en cualidad según las dimensiones de la cosa que los han provocado y legitimado, cada uno de los cuales encarna un contenido propietario, un dominio (el útil y el directo), y cuyo haz conjunto reunido por casualidad en un solo sujeto puede hacer de él el titular de la propiedad sobre la cosa. Quede bien claro que esta propiedad no es sin embargo una realidad monolítica, su unidad es ocasional y precaria, y cada fracción lleva en si la inclinación a hacerse autónoma y la fuerza para realizar la desmembración." GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**: un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992, trad. Angel M. López y López, p. 92 e 108

[45] VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 734.

O domínio, na Idade Média, não assume a formulação técnica até então inexistente de um direito em sentido próprio, mas sim de uma faculdade de exercício de poder sobre a coisa sem pretensão de exclusividade.

Por outro lado, a sua multiplicidade, que destoa não só da experiência moderna posterior mas também da precedente história romana, é decorrência de um caráter fortemente fático, que lhe é inerente - não há a vinculação a modelos pré-determinados, mas o reconhecimento pelo direito de variados arranjos concretos de dominação sobre os bens.[46]

Essa facticidade dos *dominia* levou Paolo Grossi a assimilar o modelo medieval a uma "civilização possessória", cuja estruturação, reitere-se não dependia de formas rígidas ou unificadas, ao contrário dos nossos dois outros referenciais proprietários. É o senso prático e não formalista a impregnar o direito comum que justifica a conclusão de que

> uma mentalidade angulosamente proprietária como a romana foi substituída por uma civilização ´possessória´, à qual é de todo indiferente a noção de validade (mesmo porque falta o modelo em relação ao qual operar comparações e medidas) e que é, ao contrário, dominada por um vigoroso princípio de efetividade. (...) O ´real´ aqui se divide em ordens *lato sensu* possessórias como expressões de uma civilização ´possessiva´, onde – repetimos pela última vez – possessório vale como economicamente e socialmente efetivo; está a caracterizar a atenção do ordenamento pela dimensão da efetividade e o relevo – no seu interior – de tudo aquilo que a essa dimensão diz respeito.[47]

[46] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87-88.

[47] GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador, cit., p. 45 e 47. "En effect, la féodalité n´est qu´un système híerarchique de la société basé sur la possession du sol." (GINOSSAR, S. **Droit réel, propriété et creance**: élaboration d´un système rationnel des droits patrimoniaux. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1960, p. 94).

Para que se possa ter domínio sobre o bem, que coexiste sem problemas com outras titularidades concorrentes,[48] é preciso apenas que se tenha algum poder sobre a coisa, seja ele grande ou pequeno.[49]

Tem-se uma intensidade de poderes variável de acordo com o exercício fático concreto, todos devidamente recepcionados e tutelados pelo sistema jurídico.[50]

Frisam-se, portanto, as duas características-chave do domínio medieval: a possibilidade de coexistência de mais de uma titularidade sobre o mesmo bem, com o mesmo tratamento dominical, e a multiplicidade de figuras dominicais, dado que estas podiam assumir estruturas diversas.

O *dominium* é assim um critério genérico de exercício de qualquer utilidade possível sobre a coisa, só passível de ser precisado frente à efetiva exploração do bem sobre o qual incide.

Neste sentido:

> Il "dominium" secondo il pensiero di BARTOLO, che verrá poi seguito da tutti gli altri dottori, non è più la rigorosa, sovrana proprietà del diritto romano che assorbe ogni raporto della cosa. Il "dominium" è ormai null´altro che Il diritto a godere e disporre di uma o più utilità che si possono trarre dalla cosa. Dominio e diritto reale sulla cosa sono, ormai, uma cosa sola: *"qui habet aliquid ius in re potest rect dicere ego habeo dominium illius iuris."* BARTOLO, con mano ferma, ha abbattuto decisamente, senza rimpianto, quel superbo concetto del "dominium" dal quale i glossatori non si erano

[48] A doutrina chega a referir "propriedades simultâneas", expressão de todo incompatível com o direito romano – cf. BART, Jean. **Histoire du droit privé**: de la chute de l´empire romain au XIX siècle. Paris: Montchrestien, 1998, p. 256.

[49] GROSSI, Paolo. La propiedad e las propiedades, cit., p. 95. Carbonier define o domínio, nos moldes do direito antigo (medieval), como uma forma de senhoria sobre o bem em sentido amplo, ao passo que a propriedade romana consistiria num direito de exclusão da coisa aos demais indivíduos (CARBONIER, Jean. **Droit civil**. 2 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1959, 78.

[50] Neste sentido, com mais detalhe: "On comprend quel parti les romanistes médiévaux on tire de tels exemples décrits dans les compilations de Justinien, pour analyser la réalité de leur temps. Dès le milieu du XII siècle, ils donnent à tout tenancier, vassal ou autre, une action em revendication utile pour faire affirmer son droit sur la chose concédée, alors que le seigneur ou concédant peut toujours exercer l´action directe du propriétaire. Puis, allant plus loin que les juristes romains qui n´ont jamais qualifié lês prérogatives de l´emphithéote ou du superficiaire de droit de propriété, ils ont – après bien des hésitations, mais la question est tranchée au XIII siècle -, désigné les droits du tenancier comme ceux du concédant par le même vocable: dominium (propriété) et c´est l´épithete accolée à ce nom qui les différencie, sur la base des distinctions procédurales précitées: dominium directum, "propriété directe" ou "eminente" pour le concedánt, dominum utile, "propriété utile", pour le tenancier." (BART, Jean. Histoire du droit privé, cit., p. 257-258)

> saputi svincolare, ha fatto ascendere a dignità di “dominium” tutti i diritti reali, ha tracciato Il cammino che, attraverso Il diritto comune, condurrà il giurista sino all´età moderna.[51]

Diante da experiência jurídica medieval torna-se impossível, deste modo, reduzir as titularidades sobre os bens a uma lista fechada ou mesmo a um sistema coerente que unifique sob algum critério fixo as regras de apreensão e exercício dos poderes reais sobre o solo. Resta ao intérprete compreender que, neste contexto, a organização casuística das posições jurídicas reais se faz em torno do conceito central de domínio e se especifica em inúmeras ordens concretas, irredutíveis a um tratamento unificado.

[51] BUSSI, Emilio. **La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune**. Padova: Cedam, 1937, p. 19.

CAPÍTULO 3 - MODERNIDADE E HIPERTROFIA PROPRIETÁRIA

3.1 O MODERNO NO DIREITO CIVIL

A superação do tratamento medieval da propriedade viria com a instauração de uma nova fase evolutiva do direito privado, na transição para a civilística da modernidade.[52]

É recorrente a análise de que a Revolução Francesa, o Iluminismo, a Reforma Protestante e o Jusracionalismo, juntamente com o advento do Estado moderno, seriam responsáveis pelo sepultamento do velho regime e, no que particularmente interessa a esta exposição, pelo advento de um direito civil novo, pautado em moldes liberais.[53]

Das exigências de autonomia e liberdade surgiria o direito civil tipicamente individualista do modernismo,[54] que com o desenvolvimento da pandectística assumiria com clareza as feições que lhe são imputadas, de uma releitura lógico-sistemática do material jurídico romano fora de seu âmbito original, à luz dos valores tipicamente liberais.[55]

---

[52] Eroulths Cortiano Jr. identifica quatro "fundações" do direito civil: (1) o jus civile romano, (2) o jus comune medieval, (3) o direito civil moderno e (4) o direito civil contemporâneo, que denomina direito civil de acesso (CORTIANO JR., Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, v. 45, 1999, p. 102 e 104).

[53] Na literatura didática brasileira, vale a consulta à concisa análise de AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-122.

[54] ALPA, Guido. **Istituzioni di diritto privato**: problemi. Torino; UTET, 2002, p. 10.

[55] Neste sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 779, 2000, p. 54. Sobre a pandectística, confira-se WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, cit., p. 491-524. Acerca de seu método, a advertência de Perlingieri é precisa: "O largo emprego dos instrumentos conceituais da pandectística se traduz no nivelamento do passado e do presente em um processo de ´eternização do presente e modernização do passado´, com simpatias para com lógicas ´matematizadas´, axiomatizadas e supra-históricas e com preocupantes desatenções para com a real compreensão da ´ciência´ dos juristas romanos." (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, trad. Maria Cristina de Cicco, p. 68)

O equívoco não parece estar no diagnóstico das características do direito civil liberal. Com efeito, os pontos nevrálgicos da transição parecem de fato ser os acima descritos, com um quadro bem delineado:[56] (a) a sociedade de trocas só é possível com garantia da apropriação de bens e da efetividade contratual; (b) a sociedade feudal, com seus rígidos estatutos pessoais, inviabilizava a ampliação das trocas e da mercancia; (c) a livre iniciativa demanda segurança jurídica;[57] (d) o sujeito deve ser impessoalizado, para instrumentalizar as garantias de liberdade e igualdade formal; (e) o Estado deve ser claramente apartado da sociedade civil, onde predomina o auto-regramento da vontade.

O problema reside, entretanto, na redução de complexidade que vislumbra o nascimento do direito civil moderno *pari passu* com a Revolução.[58]

Antes de mais nada, é preciso compreender que esta mudança de referenciais é o produto final de uma longa gestação, informada sobretudo pela contradição entre o desenvolvimento dinâmico das forças produtivas e a estaticidade das relações sociais.[59]

---

[56] A sistematização é CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil, cit., p. 104.

[57] O direito se torna um paradigma de sistema social, por seu caráter de imperativo hipotético, sua neutralização do imprevisto e do imprevisível, seu formalismo e sua pretensão de controle de toda irrupção fática – BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Barcelona: Trotta, 1996, trad. Jesús Ernesto García Rodríguez, p. 31.

[58] Especificamente quanto ao regime fundiário: “La toma de la Bastilla tuvo en el interior del país una resonancia inmensa; una verdadera jacquerie estalla los campesinos corren a los castillos, destruyen los archivos, los registros, llegando hasta a incendiar los propios castillos y hasta a asesinar sus dueños. La Asamblea se aterrorizó porque veía que la fuerza pública era insuficiente a reprimir los desórdenes. En la sesión del cuatro de agosto, que se prolongó hasta la noche, los representantes de las clases, de las corporaciones y de las ciudades privilegiadas, vinieron a presentar la renuncia de sus privilegios o la de sus comitentes. Numerosos decretos fueron dictados para ejecutar esta resolución y la distinción que tenía que hacerse entre los derechos abolidos sin indemnización y de los derechos que podían ser objeto de retracto (…) De esa manera desapareció en algunas horas un régimen inmobiliario que había necesitado tantos siglos para construirse.” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances**. Habana: Cultural, tomo III, 1946, trad. Mario Diaz Cruz, p. 12). Os mesmos autores, entretanto, têm o cuidado de salientar que a Revolução não operou perda de propriedade, mas sim o fim dos gravames e ônus (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Tratado, cit., p. 13).

[59] BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 70. Para um desenvolvimento cuidadoso deste evolver histórico, ver BARCELONA, Pietro. Diritto privato e società moderna, cit., p. 70-83.

Além disso, a Revolução, os Códigos liberais e mesmo o advento da pandectística não completaram de todo o câmbio de paradigma.

Esta conclusão assume especial revelância em matéria de propriedade, uma vez que a superação do modelo feudal por seu congênere moderno (e consequentemente do moderno pelo contemporâneo, como se tem também observado[60]) é processo lento e custoso, feito todo de sucessivas infiltrações da doutrina nova no bloco teórico velho.

O arquétipo vindouro coexiste com o anterior na experiência jurídica e isso só se pode compreender por meio da já mencionada constatação de Grossi segundo a qual o intéprete se depara com verdadeiras mentalidades proprietárias, estados culturais de compreensão do fenômeno jurídico que não se apagam com facilidade.[61]

3.2 O REGIME MODERNO DE TITULARIDADE E A HIPERTROFIA PROPRIETÁRIA

Ciente portanto o analista que este modelo moderno de titularidade sobre os bens não circulou sem influência de seu antecessor feudal ou de seu sucessor contemporâneo, pode partir para tentar caracterizá-lo. E neste ponto verá que qualquer tentativa de reduzi-lo a categorias mais amplas é frustrada: o direito das

---

[60] Neste sentido é conclusão de Eroulths Cortiano Júnior sobre a superação do discurso proprietário moderno (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, cit., 260-261).

[61] "São enraizamentos lentos a extinguir-se que nada têm a ver com um problema de continuidade: em uma seqüela de experiências descontínuas há estagnações, imobilidades; o velho continua a proceder quase por inércia em nível de mentalidade – história imóvel dizíamos – mesmo que o clima histórico não esteja mais em condições de nutrir aqueles valores jurídicos, inapelavelmente condenados à morte. Isso explica, como já reconhecemos, porque o completamente ´moderno´ da propriedade se concretize somente no tardio século dezenove, quando a experiência histórica e jurídica da idade média já parece há alguns séculos uma experiência transcorrida: porque somente então a cultura jurídica tem as forças conscientes e inconscientes para livrar-se de uma mentalidade mesmo já sepultada." (GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador, cit., p. 41-42)

coisas moderno é, em essência, o retomar da propriedade individual. Qualquer outra situação jurídica real é eclipsada pela força jurídica que o conceito de propriedade adquire no contexto liberal clássico.

Com o anacronismo dos *dominia* medievais, a propriedade moderna resgata a tradição romana de individualismo. Não é, com certeza, a volta ao conceito romano de *proprietas*, mas é indiscutível que o apelo à tradição romanística tem importante papel neste contexto,[62] sobretudo quando se pensa na pandectística e na extração romana de suas categorias lógico-conceituais.

Se a propriedade moderna é um instituto novo criado a partir da experiência romana, é possível e desejável salientar suas vicissitudes essenciais.[63]

A doutrina tem salientado três características centrais: individualismo, abstração, absolutismo.

O individualismo é um dos nortes do sistema liberal. Superando as restrições feudais, os interesses do indivíduo se tornavam prioritários na tutela do ordenamento jurídico.[64]

O pensamento moderno é, nestes termos, centrado na pretensão de libertação da propriedade de todas as intervenções medievais que lhe tiravam a natureza individual[65] e lhe atribuíam senso "coletivizado", por força da coexistência de titularidades distintas sobre o mesmo bem.

---

[62] Cf. RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. 2 ed. Bologna: Il Mulino, p. 79-81.

[63] Vale salientar que esta análise é válida para o pensamento jurídico ocidental, em específico quanto à tradição romano-germânica do civil law. Outras experiências jurídicas mostraram-se bem distintas, como a do sistema soviético, por exemplo. Para uma análise de direito comparado sobre a dogmática da propriedade em modelos socialistas e capitalistas, ver VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 545-630.

[64] Cf. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, cit., p. 92-96.

[65] HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. **Vértice**, Coimbra, n. 340, 1972, pp. 19. O indivíduo moderno, entretanto, nunca é concretizado, é uma permanente abstração construída a priori pela ordem jurídica – neste sentido, BARCELLONA, Pietro. El individualismo propietario, cit., p. 42-45.

Quanto à abstração, esta retrata a clara ruptura com a multiplicidade de modelos proprietários típica da era medieval.

A abstração conceitual que se reflete na tipificação apenas dos poderes proprietários vai descortinar um direito adaptável a todo e qualquer bem ou titular, sem alteração de conteúdo.[66]

Não há a mutabilidade da propriedade feudal. Toda e qualquer propriedade se subordina ao mesmo tratamento jurídico, e por isso avulta a radical simplicidade do conceito moderno, o que explica sua longevidade.[67]

Por fim, o absolutismo da propriedade decorre do radicalismo da liberdade proprietária moderna, que encontra limites extremamente laxos no sistema jurídico. Este busca garanti-la, não regulá-la.

O direito de propriedade é pensado como se fora um direito de personalidade, e a liberdade do indivíduo se assegura pela não imposição de limites que afetem a sua estrutura.[68]

Daí a a afirmação de que “se dejaba intencionalmente sin regular el modo en que se podía o se debía ejercer este dominio material”, pois “había que evitar la sensación de que el propietario tenía que usar la cosa ateniendose a unas reglas determinadas,o incluso que estuviera en absoluto obligado a hacer uso dela”.[69]

Vale dizer que esta transformação doutrinária que leva das propriedades desdobradas medievais à propriedade moderna não é estranha e pode ser aplicada à específica experiência jurídica brasileira, que partiu da estruturação sesmarial para

---

[66] Vide a exposição de CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, cit., p. 110-114.

[67] “A quem nos perguntasse qual seu traço característico, não invocaríamos nem a idéia de potestas plena nem a de ius excludendi; ao contrário, proclamaríamos alto e forte que, enquanto o medieval da propriedade consistia na organização da sua complexidade e na valorização de sua natureza composta, já o moderno da propriedade está todo no descobrimento de sua simplicidade.” (GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador, cit., p. 67)

[68] FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989, p. 118.

[69] HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987, trad. Gonzalo Hernandez, p. 118.

alcançar a propriedade moderna devidamente estruturada no Código Civil de 1916, em um sistema que talvez tenha sido apenas mais lento em seu medievalismo tardio e sua modernidade renitente.[70]

Torna-se fácil compreender porque um conceito de propriedade estruturado nestes termos reduziu a claro ostracismo as demais situações reais.

A hipertrofia proprietária estrangulou as distintas titularidades possíveis e fechou-se em um modelo sem abertura a outras formas de uso dos bens: ou se é proprietário ou se está relevado à posição de terceiro sem uso do bem ou com uso meramente contratual.

A promoção da propriedade enquanto valor essencial do direito patrimonial se torna o objetivo principal do direito civil, e titularidades diversas desta retratam apenas a imperfeição do alcance deste objetivo, para não dizer um verdadeiro retorno à fragmentação do paradigma medieval de apropriação.

A propriedade se torna o mais importante dos direitos subjetivos, um direito inerente à pessoa humana e que assim realiza as idéias de liberdade e igualdade[71] que constituíam o norte axiológico do direito privado.

Em síntese, "a propriedade perfeita torna-se a regra e a imperfeita a excepção."[72]

Nestes termos, não há um sistema de direito das coisas que possa ser reduzido a uma teoria – há o instituto da propriedade, bastante em si mesmo, com reminescências indesejáveis do velho regime de desmembramento dominial, que

[70] Vide VARELA, Laura Becker. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71-120 e 195-234. Também vale a consulta a BORGES, Marcos Afonso. Escorço histórico das terras particulares. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, jul./set. 2004, p. 176-197.
[71] FIGUEIRA, Eliseu. Renovação do sistema de direito privado, cit., p. 115.
[72] HESPANHA, Antonio Manoel. Prática social, ideologia e direito, cit., p. 20.

parecem sobreviver apenas enquanto aguardam seu definitivo extermínio da ordem jurídica.

CAPÍTULO 4 - CONSOLIDAÇÃO E CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO DAS COISAS

A ligeira reconstrução histórica ora empreendida demonstra que a inexistência de uma teoria geral do direito das coisas é um fenômeno consolidado na teoria do direito privado.

O direito romano foi naturalmente avesso à estruturação teórica, e o tratamento jurídico medieval, em sua irredutibilidade a esquemas fixos, também não se prestava a esta tarefa. A modernidade, entretanto, que legou a organização da teoria geral das obrigações e mesmo da parte geral do direito civil mostrou-se avessa a repetir tal processo com o direito das coisas por causa do papel concedido à propriedade.

Com efeito, a hipertrofia da propriedade, com sua colocação no centro do sistema e a marginalização das demais situações reais que acarreta, fez com que não houvesse, na doutrina tradicional, a preocupação de organizar uma teoria da relação real que abordasse todos os pontos da matéria e pudesse ser aplicada, de modo uniforme, a todos os tipos e à posse.

Somente a posição exacerbada e centralizadora da propriedade justifica que o estudo do direito das coisas se faça diretamente com o exame da posse e dos direitos reais, sem a detida análise preliminar do arcabouço comum a todos. Tais questões são, via de regra, tratadas superficial e apressadamente,[73] ou são examinadas com foco na propriedade, como se esta exaurisse o objeto do direito

[73] Roberto de Ruggiero, por exemplo, salta diretamente da classificação dos bens para o estudo da propriedade (RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1958, trad. Ary dos Santos, p. 368).

das coisas; além disso, são muito raramente abordadas em sede de trabalhos monográficos específicos.

Identificar os efeitos nocivos de tal postura doutrinária não requer uma digressão muito complexa. Um exemplo dos mais imediatos pode ser encontrado na dificuldade de enquadramento do usucapião de direitos reais limitados, uma vez que o usucapião sempre foi tratado pela doutrina tradicional como uma forma de aquisição da propriedade, e não de direitos reais em geral,[74] o que reflete, ademais, a própria visão tão estreita quanto tradicional da posse como exteriorização da propriedade.[75]

Percebe-se assim que, antes mesmo de transferir a discussão para o direito contemporâneo, a obtenção de uma teoria das relações reais se revela uma necessidade concreta de tal ramo da dogmática civilística.

Se operarmos o salto temporal, entretanto, se verá que a teoria geral do direito das coisas se mostra ainda mais necessária atualmente, no seio do direito contemporâneo.

De fato, a propriedade hoje não ocupa mais uma posição tão proeminente quanto a de outrora. Aparecem as rupturas do discurso proprietário[76], e novas relações reais assumem destacada importância e ensejam profundo debate jurídico,

---

[74] Esta compreensão resta clara nos conceitos do instituto formulados por Beviláqua (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1941, p. 168) e Lafayette Rodrigues Pereira (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 165 e 169). Observe-se que uma corrente importante chegou a sustentar a impossibilidade de usucapião, no sistema do Código Civil de 1916, de direitos diversos do domínio e das servidões aparentes, únicos previstos no texto legal (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XVIII, 1957, p. 76-77), o que importaria, por exemplo, considerar insuscetíveis de aquisição por posse prolongada a enfiteuse e o usufruto, posição não acolhida pela jurisprudência e claramente decorrente da ausência de inserção do usucapião em um contexto de teoria geral do direito das coisas.

[75] Por todos, confira-se J. W. Hedemann (HEDEMANN, J. W. **Tratado de Derecho Civil**: derechos reales. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, vol. II, 1955, trad. Jose Luis Dies Pastor e Manuel Gonzáles Enriquez, 1955, p. 53-54).

[76] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso proprietário e suas rupturas, cit., p. 137-192.

como a multipropriedade imobiliária, o direito de superfície, os shopping centers, cemitérios privados, condomínios de fato, *etc*.[77].

A posse não-titulada passa a exercer um papel de grande importância e a reclamar um tratamento jurídico próprio e adequado.[78]

Além disso, não se pode desconsiderar que ganha força a diversificação do próprio conceito de propriedade, com novas formas proprietárias exigindo uma disciplina adequada, que recusa o discurso proprietário tradicional, demandando uma revisão do mesmo para adequar-se às suas necessidades[79].

Estas mudanças causam perplexidades e dissenso doutrinário, porque espelham, como dito, rupturas em um discurso que, na essência, ainda resiste.

O civilista experimenta grande dificuldade ao trabalhar com os novos institutos do direito das coisas, e isto se deve em razão da ausência de sistematização de uma teoria geral que possa servir de apoio para o estudo específico de cada um destes temas, partindo de uma base comum que se aplique a todos. Na falta de tal suporte, os resultados colhidos terminam por ser casuísticos, quando não contraditórios entre si.

Retoma-se, neste particular, a constatação de Wieacker,[80] para o qual "a elaboração e a apresentação metódicas e sistemáticas destes novos valores num sistema dogmático equilibrado constitui porventura a tarefa mais urgente da ciência privatista dos nossos dias."

---

[77] TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006, p. 144; SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 71.

[78] FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 13.

[79] Vide RESCIGNO, Pietro. Diritto privato futuro. In PERLINGIERI, Pietro (org). **Il diritto privato futuro**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 40.

[80] WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, cit., p. 720-721.

A pretensão de descrever a teoria do direito das coisas exige, entretanto, que se parta dos temas clássicos antes de ingressar nos problemas contemporâneos nela implicados. É o que a seguir se procurará fazer.

PARTE II:

O ASPECTO ESTRUTURAL DA TEORIA DO DIREITO DAS COISAS:

SISTEMATIZAÇÃO DAS BASES CLÁSSICAS

CAPÍTULO 5 - POSIÇÕES JURÍDICAS REAIS

5.1 DIREITO REAL

A análise clássica do direito das coisas não tem seu foco na relação jurídica real. Sua noção nuclear é a de direito real, ajustada perfeitamente ao molde da propriedade,[81] e por isso a posição jurídica real por excelência é que corresponde ao direito subjetivo real.

Em que pese a pertinência de reunir os direitos patrimoniais sob a ótica de uma tutela comum, fundada no tratamento constitucional da atividade econômica e distinta da conferida aos interesses existenciais,[82] direitos de crédito e direitos reais persistem categorias distintas, cujo perfil estrutural não foi de todo unificado.

Assim como direitos de família e direitos de personalidade se diferenciam no seio do direito existencial, a exposição das peculiaridades do direito real permanece necessária na teoria do direito privado.

O direito real é, antes de tudo, um direito subjetivo, o direito subjetivo por excelência. De acordo com a doutrina clássica, por subjetivo se entenda que é um

---

[81] Essa vinculação do direito real à propriedade é tão forte que, na literatura clássica nacional, se chegou a inverter a ordem entre continente e conteúdo: "É no direito de propriedade que havêmos de achar os direitos reais." (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. 3 ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, tomo I, 1876, p. LXVII). De fato, o direito subjetivo real é a tal ponto identificado com a propriedade que a análise de um direito como o usufruto, por exemplo, gera dificuldades por deixar mais exposta a sua inserção em uma estrutura relacional.

[82] A menção a uma "classe dei diritti patrimoniali" já se vê em Pacifici-Mazzoni (PACIFICI-MAZZONI, Emidio. **Istitutizoni di diritto civile italiano**. 3 ed. Firenze: Eugenio e Filippo Cammelli, vol. III, 1884, p. 1). Em termos mais contemporâneos, vale a consulta, entre tantos outros, a: DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1983, p. 41-44; PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, cit., p. 892-893; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, trad. Maria Cristina De Cicco, p. 201-202; SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, passim, e, especificamente, p. 98.

direito caracterizado por pertinência e poder.[83] Sob uma concepção mais atual, uma posição de vantagem atribuída a uma determinada pessoa, posição esta cuja extensão e efeitos só pode ser analisada à luz de cada categoria ou tipo, afastando-se o alto grau de abstração da definição geral.[84]

Em análise simples, pode-se resumir a leitura recorrente do tema da seguinte forma: o direito real é aquele que afeta diretamente uma coisa, permitindo a seu titular usá-la de forma mais ou menos ampla,[85] extraindo do bem sua utilidade econômica,[86] independentemente da cooperação de terceiros.[87]

Em essência, um direito que se exerce de forma direta sobre um bem, descrito como absoluto porque o dever de respeitá-lo não se vincula com exclusividade a um indivíduo.[88]

Esses dois pontos (exercício imediato e absolutismo) vêm sendo salientados pela doutrina como os mais relevantes para a distinção entre direitos reais e de crédito.[89]

A idéia de exercício imediato não é romana, deve-se às construções dos glosadores e dos comentaristas.[90] Dela decorre a concepção de que, ao contrário dos direitos pessoais, que se satisfazem mediatamente por meio de uma conduta do

---

[83] Essa é a síntese de Jean Dabin, que prefere usar o termo domínio em lugar de poder, embora os considere sinônimos neste contexto. Desnecessário dizer que o uso de domínio em lugar de poder, em um trabalho sobre direitos reais é fonte fácil de equívocos. Confira-se DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, trad. Francisco Javier Osset, p. 100-116.

[84] RUSSO, Ennio. Il concetto di diritto soggetivo. **Rivista di diritto civile**: supplemento anuale di studi e ricerche. Padova: CEDAM, 2008, p. 18. Nesta ordem de raciocínio, segue atual a explanação de Pontes de Miranda sobre o direito subjetivo como sendo "a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo V 1974, p. 226).

[85] DABIN, Jean. El derecho subjetivo, cit., p. 220.

[86] TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1979, p. 111.

[87] BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto privato italiano**. Torino: UTET, 1974, p. 200.

[88] MACKELDEY, F. **Manuel de droit romain**. 3 ed. Bruxelles: Société Typographique Belge, 1846, trad. J. Beving, p. 125.

[89] Assim, por exemplo, CARBONI, Michele. **Il possesso ed i diritti reali in generale**. Torino: Fratelli Boca, 1916, p. 3-4.

[90] COMPORTI, Marco. Profili attuali del diritto reale. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. Vol 23, set./nov. 1979, p. 23.

sujeito passivo, no direito real essa cooperação é substituída pelo agir direto de seu titular.[91]

A construção do absolutismo, por seu turno, é bastante antiga e não se circunscreve exclusivamente aos direitos reais.

Teixeira de Freitas, por exemplo, já distinguia os direitos que considerava absolutos – liberdade, segurança, propriedade – dos direitos pessoais, que têm natureza relativa.[92]

Neste contexto, absolutos são todos os direitos que se fazem oponíveis *erga omnes*, opondo-se aos direitos relativos, que só podem ser exercidos contra pessoas determinadas. Toda a coletividade está vinculada a respeitar o direito absoluto alheio, surgindo o chamado sujeito passivo universal.[93]

Dizer-se que o direito real é absoluto significa portanto recorrer a esta idéia de oponibilidade a todos,[94] mas como dito nem todos os direitos absolutos são reais,[95]

---

[91] "O exercício do direito real por seu titular independe, por completo, da cooperação de terceiros. Enquanto a realização do direito pessoal pressupõe, em caráter essencial, ato ou omissão do devedor no sentido de adimplir sua obrigação, o titular do direito real o exerce por suas próprias forças, diretamente sobre a coisa, sem que dependa da atuação de ninguém (terceiro) em cumprimento de uma prestação, positiva ou negativa, necessária ao exercício do direito." (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, primeira parte. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 204). No mesmo sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo V, cit., p. 249; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo XVIII, p. 5; GATTI, Edmundo. **Derechos reales**: teoría general. Buenos Aires: Lajouane, 2006, p. 25; GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. **El derecho real**: elementos para una teoría general. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 34-35.

[92] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, cit., p. LXVIII.

[93] Por todos, confira-se PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Tratado practico de derecho civil frances, cit., pp. 44-45; KORKOUNOV, N. M. **Cours de théorie générale de droit**.Paris: V. Giard e E. Brière, 1903, trad. M. J. Tchernoff, p. 219.

[94] Neste sentido: "A relação jurídica de direito real irradia direito que se dirige a sujeitos passivos totais. Por isso, gera pretensão exigível de qualquer um (alter), não apenas de A ou B, determinadamente, de abster-se de violar o direito real. Os correspectivos dever e obrigação de abstenção vinculam a todos, não somente aos vizinhos ou a certas pessoas. Têm, portanto, caráter de direito absoluto, nunca de direito relativo." (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., p. 203).

[95] Vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XVIII, cit., p. 5.

pois entre eles pode-se elencar o direito de personalidade[96] ou as relações decorrentes do domicílio,[97] entre outras.

Salientar esse sentido técnico da expressão direito absoluto é de central importância, para evitar confusão com a idéia de absolutismo proprietário que é típica do direito civil liberal clássico.

Como visto anteriormente,[98] na perspectiva moderna, a propriedade constitui o direito de usar da coisa com mínimas restrições estatais, o que restou consagrado no conhecido texto do artigo 544 do Código Civil Francês, que se reporta ao "direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta."

Essa concepção de liberdade proprietária quase desprovida de controles externos é, à toda evidência, incompatível com o direito contemporâneo, e a doutrina do século XX cedo se apercebeu da impossibilidade de um direito real cujo exercício não comportasse compressões e exigências por parte do ordenamento.[99]

A teoria do sujeito passivo universal, chamada personalista, é considerada como uma evolução em relação à teoria realista, que enxergaria na faculdade de uso imediato do bem uma artificial relação entre pessoa e coisa[100] – deste embate,

---

[96] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995, p. 616-617.
[97] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1977, p. 253.
[98] Tópico 3.2, da primeira parte deste trabalho.
[99] "Deste modo, se bem podemos afirmar que a propriedade é o mais completo dos direitos reais, é inexato dizer, como o art. 544, que tal direito é absoluto." (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Tratado practico de derecho civil frances, cit., p. 204, tradução livre)
[100] "O meio de que se valem os juristas por fixar a divergência entre direitos reais e pessoais, alegando não haver nos primeiros o sujeito passivo, não tem cabida, nem exação doutrinária, pois que esses direitos possuem por igual um titular, um objeto e um sujeito passivo, em cuja largueza e vastidão de conceito é força conceder: diferem apenas em que o direito pessoal possui o sujeito passivo obrigado a materializar o objeto, isto é, dar-lho diretamente refletido na coisa, e o direito real, ao revés, já o possui materializado." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **À margem do direito**: ensaio de psicologia jurídica. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 60)

com a prevalência da corrente personalista, teríamos a concepção moderna de direito real.[101]

Quando se busca descrever o conceito de direito real da modernidade, aquele que lança as bases com as quais até hoje a doutrina majoritária e a prática forense operam, é indispensável ter em conta que o direito brasileiro cedo alcançou a precisão técnica máxima na sua exposição.

Isso decorre da obra de Teixeira de Freitas, que como bem observou Pontes de Miranda, avançou em muitos anos o direito civil e fez constar do Esboço o que bem depois apareceria nas Codificações posteriores, como o BGB e o Código Civil Suíço.[102]

Todos os critérios para a distinção entre direitos de crédito e reais da doutrina clássica estão acertada e conscientemente descritos por Teixeira, o que se verifica sem dificuldades.

Já no princípio do Esboço, em nota ao art. 317 (que traça a definição de coisa), vê-se a análise precisa de que os direitos pessoais “só mediatamente tendem aos objetos corpóreos”, fixando a distinção entre o exercício direto da realidade e o direito à conduta de prestar que constitui o direito pessoal.[103]

No art. 867, define o direito pessoal e logo em seguida (art. 868) fixa que não há obrigação que corresponda a direitos reais. No comentário a esse artigo, aprofunda a separação entre as espécies: “A obrigação, que se pode considerar como correspondente aos direitos reais, é geral e negativa, não é o objeto imediato

---

[101] Para uma cuidadosa articulação das teorias realista e personalista, inclusive com exposição das correntes ecléticas e minoritárias e de sua construção autoral, ver GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoria general, cit., pp. 49-75. Para uma refutação precisa da possibilidade de relação entre pessoa e coisa, confira-se MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, p. 175-176.

[102] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, p. 112.

[103] FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esbôço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça,1952, vol. I, p. 186.

destes direitos, cuja existência é independente do cumprimento de qualquer obrigação."[104]

Antes mesmo do Esboço, o notável marco doutrinário que é a Introdução à Consolidação das Leis Civis já delimitava esses conceitos centrais com máxima clareza, distinguindo direitos absolutos e relativos e salientando o exercício imediato e contra todos do direito real.[105]

Vê-se, pois, que se a fonte essencial para o exame da noção clássica de direito real reside na obra de Pontes de Miranda, que aqui será a referência fundamental para a sua exposição, é certo que o trabalho pontiano partiu de uma bem assentada base teórica que foi traçada por Teixeira de Freitas. É a confluência da obra dos dois que transporta a construção do direito real moderno para a experiência jurídica brasileira, e o próprio Pontes assinalou essa importante linha de continuidade com muita clareza.[106]

É certo, contudo, que a análise atual do direito real não se pode circunscrever a proclamar a vitória dos personalistas sobre os realistas e encerrar o debate no estado da arte que revelava ao tempo dos civilistas liberais.[107]

---

[104] FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esbôço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça,1952, vol. II, p. 344.

[105] "A condição distinctiva dos direitos absolutos é que a sua correspondente obrigação affecta a massa inteira das personalidades, com que o agente do direito possa estar em contacto. A qualidade propria dos direitos relativos, ao inverso, é recahir sua peculiar obrigação sobre pessoas certas e determinadas. (...) O direito real se exerce, quando se usa da cousa, quando se percebem os fructos della, quando della se dispõe de um ou de outro modo. O caracter distinctivo do direito real é não havêr em seu exercicio, do agente para a cousa, algum intermediario individualmente passivo. (...) Os direitos reaes não podião sêr taes, dando pôder exclusivo sobre cousas, senão fossem *adversus omnes*, se todos não se abstivessem de impel-os, se n´este intuito não fossem absolutos." (FREITAS, Agusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, *cit.*, p. LXIV, XCII, CI)

[106] Vide, nesse sentido, o Prefácio ao Tratado de direito privado: "É Ele, e não apenas nós (o civilista do século XIX e o autor desta obra), que planeja e executa. Somos apenas os instrumentos da sua avançada na dimensão do tempo, a serviço da ordem jurídica e da ciência, na América e no mundo." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo I, cit., p. XXII-XXIII)

[107] Neste sentido: "Nell´ambito dei nuovi metodi d´indagine giuridica in chiave storicistica e realistica mi è sembrato che una revisione delle concezioni tradizionali relative al diritto reale, relative cioè ad una materia cosi ricca di soggestioni ideologiche, politiche, sociali, economiche, fosse oportuna nela misura in cui, attraverso una moderna riconsiderazione dell´arduo tema, fosse possibile pervenire a conclusioni che potessero soddisfare la sensibilità del giurista dei nostri tempi e le nuove esigenze dell´ordinamento giuridico." (COMPORTI, Marco. Profili attuali del diritto reale, cit., p. 22-23).

Autores recentes têm buscado novas formas de visualizar o direito real, rediscutindo as bases clássicas da distinção entre situações[108] reais e de crédito e propondo contribuições renovadoras,[109] superando o debate velho entre personalismo e realismo.[110]

Os direitos reais precisam ser reconstruídos sob um prisma de acesso aos bens,[111] e não mais de exclusão, o que implica renovação de sua disciplina jurídico-

---

[108] Alguns autores têm preferido a expressão situação jurídica real à de direito real. Neste sentido: "Deve ser preferida a expressão situação jurídica subjetiva à de direito subjetivo" (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais, cit., p. 137). Na doutrina civilista italiana de uma forma geral o termo situação aparece como substituto tanto de direito quanto de dever – este é o sentido empregado por IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del diritto privato**. Padova: CEDAM, 1990, p. 47-48. Neste trabalho se utilizará situação jurídica real como sinônimo de direito real, enquanto terminologia equivalente, sem pretensão de superioridade de uma sobre a outra. Atente-se, contudo, que Marcos Bernardes de Mello distingue a situação jurídica em sentido lato, como toda e qualquer conseqüência de fato jurídico, da situação em sentido estrito, que abrange efeitos em apenas uma esfera jurídica – efeitos não relacionais ou em que não há sujeição na esfera passiva (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., p. 80). Esse sentido lato é mesmo descrito em BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, tomo I, 2003,trad. R. R. Gama, p. 17. A descrição de Bernardes de Mello para a situação *stricto sensu* não coincide exatamente com a de Torquato Castro, para quem a situação jurídica é "a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados sobre certo objeto" (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50). Para o citado professor, há situações jurídicas uniposicionais – entre as quais estão as situações jurídicas reais – e as situações relacionais, entre as quais as situações de crédito ou obrigacionais (CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica, cit., p. 74-75 e 77-79).

[109] Um cuidadoso inventário de algumas contribuições atuais à teoria dos direitos reais pode ser encontrado em BURDESE, Alberto. Il problema del diritto reale nell´ultima dottrina. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, anno XXVI, n. 3, mar./jun. 1980, p. 210-233.

[110][110] Após analisar as teorias realista e personalista e concluir que também a segunda tem suas imperfeições teóricas e não pode ser integralmente subscrita hoje, Manuel Henrique Mesquita sintetiza sua teoria do direito real como direito de soberania: "Quando impõe, para protecção de qualquer ius in re, o dever geral de abstenção, a ordem não visa relacionar o titular do direito real com as demais pessoas. Visa precisamente o contrário: criar uma situação de total separação ou afastamento. O direito real proporciona ao respectivo titular uma esfera ou área reservada e afasta ou exclui dessa área, através do dever geral de abstenção, todas as outras pessoas. A ordem jurídica como que diz ao titular do ius in re que a coisa é colocada à sua disposição ou lhe fica directamente afectada, no todo ou em parte, e, do mesmo passo, como conseqüência disso, adstringe os demais sujeitos a não interferir em tal relação de afectação, a manterem-se afastados dela." (MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ónus reais**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 71). Já Gaston Morin vislumbra, em sentido contrário, a decadência da noção de soberania, que seria desde Roma o fundamento do império no direito público e do domínio no direito privado, neste segundo em decorrência sobretudo da prevalência da pessoa sobre os bens como valor central do sistema (MORIN, Gaston. Évolution contemporaine du droit de proprieté. **Le droit privé français au milieu du XX siècle**: études offertes à Georges Ripert. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1950, tomo I, p. 15-16).

[111] A questão do acesso à propriedade será tratada com mais vagar no tópico 2.4 da parte III deste trabalho.

positiva.[112] Mesmo as situações de crédito não podem mais ser vistas com a rígida separação anterior, uma vez que a tutela externa do crédito lança novos desafios à sua interpretação[113] e já houve quem sustentasse a um tanto radical idéia de uma "propriedade de créditos", com correspondente dever de abstenção contra todos.[114]

Não é necessário e talvez nem seja possível chegar aos extremos da mutação por vezes proposta pela doutrina. As fronteiras entre direito real e pessoal, se estão esmaecidas, ainda se mantêm,[115] na medida em que o sistema de direitos patrimoniais se organiza sob a distinta forma das titularidades em geral e dos créditos, que atendem a diferentes necessidades dos sujeitos e têm atributos distintos em seu perfil técnico.[116]

---

[112]SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais, cit., p. 92; RODOTÀ, Stefano. Il terribile diritto, cit., p. 39; SILVA, Roberta Mauro e. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, p. 37-59; CARVALHO, Eusébio. Direito à propriedade: do discurso à realidade. **Revista síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, a. IV, n. 24, jul./ago. 2003, p. 22-23.

[113]SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais, cit., pp. 84-88. Ver LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, p. 537; CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 5, vol. 20, out./dez. 2004, p. 129-149.

[114] Essa é a tese de GINOSSAR, S. Droit réel, propriété et creance, cit., passim, e, especialmente, pp. 37-86; do mesmo autor confira-se GINOSSAR, S. Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris: Sirey, a. 61, jan./mar. 1962, n.1, p. 573-589.

[115] Marco Comporti rechaça expressamente a citada teoria da proprietè des creances de Ginossar: "La tesi, che può inquadrarsi nel cennato processo di svalutazione della distinzione tra diritto reale e dirito di credito, non sembra peraltro giustificabile storicamente perché tale processo non sembra essere ancora pervenuto ad uma totale parificazione delle due categorie, ché anzi, come si cercherà di approfondire, il diritto reale è uma categoria giuridica che, anche se ha perduto la sua forza ideologica ricollegata al segno del potere, ha una sua utilità, in quanto individua certe situazioni dotate, a differenza dei diritti personali, di particolare efficacia verso i terzi, peri l c.d. diritto di seguito." (COMPORTI, Marco. **Contributo allo studio del diritto reale**. Milano: Giuffrè, 1977, p. 131). Também se podem colher críticas à "propriedade de créditos" em ROTONDI, Mario. **Instituciones de derecho privado**. Barcelona: Editorial Labor, 1955, trad. F. F. Villavicencio, p. 213-214.

[116] Após analisar as diversas posições jurídicas reais, passaremos ao estudo das características específicas do direito real: inerência, ambulatoriedade, seqüela, preferência, especialidade e publicidade.

A estrutura dos direitos reais, entretanto, deve ser relida à luz de sua função, e esta deve ser buscada na fonte constitucional, que indica os valores legitimadores da atividade econômica.[117]

Ocorre entretanto que a noção de direito real tem limites. A perspectiva contemporânea de uma tutela funcional das situações reais adequada ao tratamento dos direitos patrimonais a partir do projeto constitucional só pode ser compreendida e alcançada em uma análise relacional, superando o estudo exclusivo da atribuição de poderes e passando ao exame dos deveres e da interação entre o titular e os terceiros não-proprietários.

Urge, portanto, estudar a relação jurídica real com foco em suas necessidades atuais, e isso se fará na parte III deste trabalho, após o exame das demais posições jurídicas reais.

5.2 PRETENSÃO

A ênfase no exercício imediato do direito real sobre o bem pode mascarar a constatação necessária de que de tais direitos decorrem pretensões. A fenomenologia da juridicização não pode ser adequadamente compreendida se não passar pelos aspectos de sua exigibilidade (pretensão) e impositividade (ação de

[117] "Ed è próprio Il superamento storico del liberalismo ottocentesco e dei formalismo giuridico che segna la crisi della concezione personalistica del diritto reale che, nella mera considerazione del rapporto intersoggetivo, veniva a togliere rilievo al valore fondamentale del contenuto della situazione. Infatti, all´epoca attuale Il diritto non può essere più concepito come un sistema di limiti alle sfere giuridiche individuali o come un sistema di imperativi posti dalla volontà dello Stato a difesa di tali sfere di libertà; in un rinovato ordine di valori, ed alla luce dei principi costituzionali di eguaglianza, di sicurezza e dignità sociale, di solidarietà e di utilità sociale, il diritto viene adesso concepito como fattore istituzionale della vita economica e sociale, cioè come strumento di promozione e di impulso della personalità individuale e di realizzazione di più equi rapporti sociali, per la tutela, non più formale, ma sostanziale, della dignità e dello svilupo dell´uomo, nell´ambito delle comunita (Bobbio). I cultori del diritto sono in genere impegnati nell´approfondimento del contenuto, del significato teleologico, del valore del regolamento; nell´esame degli effettivi interessi in giuoco e della loro tutela concreta; nella individuazione delle esigenze espresse storicamente dal corpo sociale, ed addirittura nella ricerca di fondamenti extralegislativi di valutazione." (COMPORTI, Marco. Profili atttuali del diritto reale, cit., p. 25)

direito material). Aqui compete, portanto, analisar as especificidades da pretensão na específica categoria eficacial da relação jurídica real.

Da incidência da regra jurídica nasce o fato jurídico;[118] em decorrência deste, já no plano da eficácia, surgem os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, situações de acionado, exceções e situações de exceptuado.[119]

A pretensão consiste na "posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa."[120]

Diz respeito ao grau de exigibilidade do direito, que, enquanto não é dotado de pretensão, resta inexigível, *in potentia*.[121]

Daí dizer-se que:

> Pretensão é, pois, a *tensão* para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O *pre-* está aí por "diante de si". O direito é dentro de si-mesmo, tem extensão e intensidade; a *pretensão* lança-se. (...) Atividade potencial para frente, faculdade de exigir; portanto, algo *mais*.[122]

O simples fato de serem os direitos reais absolutos não lhes retira a exigibilidade por pretensão.[123] Mesmo os direitos com sujeito passivo universal irradiam pretensões e só são exigíveis por tê-las.[124]

---

[118] Sobre a tipologia dos fatos jurídicos, confira-se MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Campinas: Bookseller, tomo II, 2000, pp. 221-566; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15 ed. São Paulo: Saraiva, p. 133-266.

[119] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit., pp. 96-97. Sobre a fenomenologia da juridicização, vale a consulta à precisa descrição de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo I, cit., p. 3-132.

[120] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo V, cit., p. 451.

[121] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., p. 185.

[122] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo V, cit., p. 452.

[123] "Há as pretensões reais que são dirigidas erga omnes, embora, para se exercerem, tenham de ir contra alguém a quem toca, no momento, tolerar a exigência; e as pretensões pessoais que consistem em se exigir de alguém que dê algo, ou não dê, ou faça, ou não faça, ou tolere, ou não tolere." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo XIV, p. 3). Larenz observa que há pretensões decorrentes de relações familiares, hereditárias e reais, não somente obrigacionais. Entre as reais arrola a de reivindicação, a de defesa da propriedade, as do usufrutuário, as do credor pignoratício (LARENZ, Karl. **Derecho civil**: teoria general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, trad. Macias-Picaeva, p. 313-314).

[124] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, tomo I, 1998, p. 65; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo V, cit., pp. 452-453. Nem mesmo no campo dos direitos formativos (ou potestativos) pode-se dizer que não há

As pretensões de direito das coisas são pretensões reais, exercendo-se *erga omnes*.[125] O que se exige é a abstenção, a tolerância ao exercício do direito real por parte de todos os terceiros.[126]

Daí a necessidade de se identificar com máxima clareza que uma coisa é a pretensão real, consistente na exigência de não perturbação do direito real, e outra é a pretensão decorrente do crédito que decorra da eventual violação.[127] Pense-se, por exemplo, na pretensão indenizatória que se exerce contra aquele que indevidamente invade a esfera jurídica do titular e se utiliza do bem sem autorização, causando-lhe dano. Esta pretensão já não será exercida contra todos, mas apenas contra o agente causador do dano, irradiando-se do direito de crédito correspondente à indenização.

O exercício da pretensão se dá pela exigência da prestação, diretamente frente ao obrigado ou por via judicial. Nas pretensões reais, tudo se passa como nas demais, só que o será exigido do obrigado é a abstenção, a não violação do conteúdo do direito real.[128]

5.3 AÇÃO E EXCEÇÃO

Se há pretensão e essa pretensão é desatendida, tem-se a ação, no sentido de ação de direito material. Trata-se aqui do princípio da acionabilidade das

---

pretensão. Nos autores que afirmam em sentido contrário, há "confusão entre desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e inexistência de pretensão: o sujeito passivo tem de abster-se de impedir ou de dificultar o direito formativo." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. Tratado das ações, tomo I, cit., p. 66).

[125] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo V cit., p. 454-455; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo I, p. 72-73.

[126] TUHR, Andreas Von. **Derecho civil**: teoria general del derecho civil aleman. Buenos Aires: Depalma, vol. I, 1946, trad. Tito Ravà, p. 308.

[127] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo V, cit., p. 456.

[128] Neste sentido confira-se MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, tomo VI, 2000, p. 126-129.

pretensões, afastado apenas em situações excepcionais, como em certas hipóteses de direitos mutilados.[129]

A ação "constitui o grau de impositividade do direito",[130] ou, se se preferir uma imagem mais contundente, é "inflamação do direito ou da pretensão."[131]

Se a relação jurídica contivesse, a seu lado ativo, apenas direito e pretensão, teria uma vantagem atribuída a um indivíduo e a faculdade conferida a este indivíduo de exigir a satisfação voluntária de seu interesse, mas se ressentiria da impossibilidade de impor esta satisfação, que só se obtém no momento do exercício da ação.

Neste contexto, tem-se que a ação de direito material é o "poder jurídico conferido ao titular de um direito subjetivo, após a ocorrência do fato jurídico, de impor a sua satisfação, ainda que contra a vontade do sujeito passivo."[132]

Por clareza deve salientar-se que esta posição jurídica subjetiva em nada coincide com a chamada "ação" de direito processual,[133] ou remédio jurídico processual da terminologia pontiana.[134]

---

[129] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo I, cit., p. 123.
[130] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da incidência, cit., p. 185.
[131] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo V, cit., p. 482.
[132] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodium, 2008, p. 110.
[133] É comum entre os processualistas a descrição da ação como o direito subjetivo autônomo, porque independente do direito subjetivo, e abstrato, porque desvinculado do direito material (vide por exemplo CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, vol. I, 2003, trad. Douglas Dias Ferreira, p. 216, embora este afirme que o pedido de um provimento jurisdicional por meio da ação lhe traz uma nota de concretude). Por tal razão a doutrina do processo civil costuma criticar a ação de direito material como um anacronismo, um conceito da pandectística incompatível com o direito contemporâneo. Neste sentido, confira-se: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectos, vol. I, 2003, p. 135; FAZZALARI, Elio.Instituições de direito processual. Campinas: Bookseller, 2006, trad. Elaine Nassif, p. 502. Mesmo no processo civil, entretanto, há autores que se rebelam contra esta tentativa de ignorar uma das etapas da eficácia jurídica no plano material – assim por exemplo, SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109-110.
[134] "A confusão vai mais longe porque, no direito público, se fala de direito de ação (Klagrecht) como de direito subjetivo à tutela jurídica, a que corresponde a pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ´ação´. Ora, deduzindo-se in iudicium, há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não direito à pretensão, nem direito à ação. Direito de ação seria o direito de ´ação´, direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ´ação´." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. Tratado das ações, tomo I, cit., p. 129.

O remédio jurídico processual, “ação” de direito processual, é “instrumento posto pelo direito formal a serviço de determinadas pessoas, a fim de suscitar, com o uso dele, a prestação da tutela jurisdicional do Estado.”[135]

Logo, a análise da ação em sentido próprio, devidamente apartada da confusão terminológica processualista, é fundamental do plano do direito material e, especificamente quanto ao objeto de estudo aqui tratado, para a a compreensão das posições jurídicas reais.

No plano dos direitos reais, essa impositividade inerente ao conceito de ação só se visualiza com a observação de que a pretensão real é por natureza de abstenção. Logo, “enquanto o direito de propriedade, os outros direitos reais e outros direitos com sujeitos passivos totais vêm sendo atendidos pela não ingerência de outrem (=continuidade da omissão ou continuidade dos atos, que eles exigiam), não há ação.”[136] A ação nasce da violação da pretensão real, donde virá a sua “inflamação” e conseqüente possibilidade de exercício, que se fará em via de regra em juízo e quando possível fora dele, nos casos em que admitida a autotutela.[137]

Por fim, tem-se ainda as exceções, como posições jurídicas não essenciais mas que podem integrar a relação jurídica real.

---

[135] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material, cit., p. 151.

[136] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo I, cit., p. 128.

[137] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. Tratado das ações, tomo I, cit., p. 78-79. “De um modo geral, por força da vedação genérica de utilização da justiça de mão-própria, a ação é exercida através da ´ação´ processual, no âmbito judicial. Isso não basta, contudo, para considerá-la como uma categoria vinculada exclusivamente ao processo. Há diversas situações em que a ação (direito material) surge como decorrência da incidência de normas de direito material e nesse plano mesmo se realiza, independentemente de sua alegação em juízo. Do fato jurídico surge o direito subjetivo juntamente com os poderes que o qualificam (pretensão e ação) e a própria ordem jurídica autoriza o respectivo titular , em exercício de autotutela, a buscar, por si mesmo, a sua realização. No direito civil têm-se os exemplos do desforço imediato da posse (Código Civil, art. 1210, §1º), da legítima defesa (Código Civil, art. 188, I), do direito e ação do proprietário de cortar os ramos de árvores que ultrapassem o limite vertical do prédio vizinho (Código Civil, art. 1283). No direito administrativo tem-se a auto-executoriedade dos atos administrativos em geral. No direito penal tem-se o ato em estado de necessidade (Código Penal, art. 24). Em todos esses casos, e também em outros aqui não enumerados, a ação material surge, é exercida e realizada independentemente de qualquer intervenção judicial.” NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material, cit., pp. 110-111.

A exceção se opõe ao direito, ação ou pretensão de outro sujeito, encobrindo seus efeitos e suspendendo a eficácia do direito, ação ou pretensão contra o qual é exercida,[138] classificando-se como contradireito, de efeito negativo.[139]

Não se confundindo com as exceções processuais, atua no plano do direito material[140] e somente nele pode ser adequadamente compreendida.

Além disso, por se tratar de instituto de direito material, acontece com a exceção o mesmo fenômeno contemplado em relação à ação e que não raro induz o intérprete a erro: o seu exercício, embora comumente feito por via judicial, pode se fazer fora do processo, extrajudicialmente.[141]

Dentro ou fora do processo, o exercício é necessário para que a exceção venha a produzir o efeito de encobrir a eficácia do direito, pretensão ou ação contra o qual se dirige.[142]

Reitere-se que também nas relações reais pode haver exceções, e uma das que mais se apresentam em relações de direito das coisas é a de retenção, presente em inúmeras hipóteses.

5.4 OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

Embora a obrigação *propter rem* constitua uma categoria própria, distinta do direito real, é importante traçar brevemente seu conteúdo por sua vinculação com o direito das coisas e pela importância que exerce em conflitos envolvendo titularidades.

---

[138] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, p. 186.
[139] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo VI, cit., p. 32-33.
[140] Por todos, TUHR, Andreas Von. Derecho civil, cit., p. 357.
[141] Neste sentido, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material, cit., p. 143.
[142] "As exceções tem que ser exercidas. Não porque estejam incluídas no rol do que se há de alegar em juízo, e sim porque falta, para a eficácia, que o titular do ius exceptionis o exerça." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, cit., p. 130).

O tema em questão, no entanto, é de acordo com o aviso da doutrina um dos mais complexos, em que reina verdadeira anarquia terminológica, conceitual, interpretativa:[143] há nele tantas teorias quanto autores.[144]

É consenso que, da titularidade de um direito real, surgem deveres que não integram seu conteúdo, sendo-lhe acessórios e não reais. Portadoras de características distintas dos deveres de crédito ordinários, estas obrigações são consideradas reais, *propter rem*, *ob rem*, *in rem scriptae* ou *in rem cohaerens*. Seriam "obrigações de conteúdo positivo que que, em decorrência do estatuto de um direito real, impendem sobre o respectivo titular."[145]

O dissenso se instala forte já a partir de sua natureza jurídica. Milena Donato Oliva[146] inventaria as diversas posições da doutrina, observando que, para uns, trata-se de direito real; para outros, de direito de crédito; para terceiros, de uma situação jurídica híbrida, intermediária entre a obrigação propriamente dita e o direito real, figura *sui generis*.

Evitados os excessos de explanar como situação a meio caminho entre realidade e pessoalidade e da inadequação de considerar obrigações *propter rem* como direitos reais propriamente ditos, parece correto observar que se trata de verdadeiros direitos de crédito que, por nascidos em decorrência de uma titularidade

---

[143] ZAVALÍA, Fernando J. López. **Derechos reales**. Buenos Aires: Zavalia, tomo I, 1989, p. 93.
[144] GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoria general, cit., p. 115.
[145] OLIVA, Milena Donato. A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 26, abr./jun. 2006, p. 74. Oliveira Ascensão prefere dizer que "situação jurídica propter rem será portanto aquela cujo sujeito ou sujeitos são determinados através da titularidade de um direito real; a transmissão desse direito real acarreta a sua transmissão, e a renúncia ao direito real acarreta a sua extinção." ASCENSÃO, José de Oliveira. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1962, p. 65. Observe-se que no direito de vizinhança podem-se colher exemplos claros de obrigações propter rem (vide DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, p. 249-250), que a doutrina clássica considerava "servidões legais" (VEIGA JÚNIOR, Dídimo Agapito da. **As servidões reaes**: estudo de direito civil. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1887, p. 142-166 e 217-296).
[146] OLIVA, Milena Donato. A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal, cit., p. 76.

real, apresentam características não encontradas na generalidade das obrigações, mas que permanecem, em essência, obrigacionais.[147]

Como principais características da obrigação *propter rem*,[148] que a estremam das situações de crédito comuns, pode-se salientar, em síntese apertada: (a) a obrigação *propter rem* decorre do estatuto de um determinado direito real; (b) compreendem apenas deveres positivos, de dar ou fazer;[149] (c) subordinam-se aos princípios de taxatividade e tipicidade que regem os direitos reais.[150] Além disso, estariam sujeitas à transmissão de titularidade no momento em que transmitido o direito a que se vinculam como deveres acessórios[151] e poderiam se extinguir por renúncia ao direito real em decorrência do qual se originam.[152]

Vale referir que a obrigação *propter rem* não se confunde com figuras aparentemente próximas como as obrigações com eficácia real[153] e os ônus reais.[154]

---

[147] Neste sentido confira-se, entre outros, ZAVALÍA, Fernando J. López de. Derechos reales, cit., p. 104; MESQUITA, Manuel Henrique. Obrigações reais e ónus reais, cit., p. 27.

[148] Para a enumeração a seguir, consulte-se MESQUITA, Manuel Henrique. Obrigações reais e ónus reais, cit., p. 265-298.

[149] Alguns autores procuram estender a categoria a deveres negativos – cf. OLIVA, Milena Donato. A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal, cit., p. 74.

[150] Esta submissão, no entanto, deve ser entendida com as ressalvas que hoje se fazem aos princípios em questão no campo do direito das coisas e que serão melhor desenvolvidas na terceira parte deste trabalho. Quanto à tipicidade e taxatividade das obrigações propter rem, confira-se: ARAÚJO, Bárbara Almeida de. As obrigações propter rem. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **Obrigações:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 115-120; TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006, p. 275-304.

[151] ASCENSÃO, José de Oliveira. As relações jurídicas reais, cit., p. 431-451. No direito brasileiro a regra é a de que, com a transmissão da titularidade sobre o bem, transmite-se a titularidade da obrigação propter rem para o futuro, mas os débitos constituídos anteriormente permanecem sob responsabilidade do devedor originário (OLIVA, Milena Donato. A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal, cit., p. 80).

[152] ASCENSÃO, José de Oliveira. As relações jurídicas reais, cit., pp. 483-547. Esta renúncia é feita em benefício do credor, como observado pela doutrina (por todos, veja-se MESQUITA, Manuel Henrique. Obrigações reais e ónus reais, cit., p. 362).

[153] Aquelas que o legislador, mediante preenchimento de certos pressupostos, dota de eficácia contra terceiros, como o direito do locatário em contrato de locação registrado e com cláusula de vigência (OLIVA, Milena Donato. A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal, cit., p. 83).

[154] Deveres de prestação que incumbem ao titular de um direito sobre um bem, mas que têm regime diferenciado, uma vez que há vinculação do dever à coisa, a chamada responsabilidade intra rem, ao passo que na obrigação propter rem a vinculação se dá na determinação do sujeito passivo e a responsabilidade incide sobre todo o patrimônio do obrigado, sem esta especial preferência que é inerente ao ônus real. Veja-se FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 4 ed.

CAPÍTULO 6 - PLENITUDE E LIMITAÇÃO

6.1 PODERES DO DOMÍNIO E CONTEÚDO DOS DIREITOS REAIS

Para que se compreenda a distinção entre o domínio[155] e os demais direitos reais, chamados limitados, é fundamental revisitar o exame que a doutrina faz dos poderes ou faculdades a ele inerentes, a partir dos quais se forma o conteúdo dos demais direitos sobre a coisa.

Teixeira de Freitas introduz a questão com clareza:

> O dominio é a somma de todos os direitos possiveis, que pertencem ao proprietario sobre sua cousa, quaes os da posse, uso, gôzo e livre disposição. Os outros direitos reaes são parcellas daquela somma, são os proprios direitos constitutivos do dominio; são podêres, que sobre a cousa attribuem-se á outras pessôas.[156]

Lisboa: Quid Juris, 2005, pp. 183-184. Na detalhada explanação de Mesquita: "a)No caso dos ónus reais, se for transmitido o direito de propriedade a que estão ligados, a res sobre que este direito continua a responder pelas prestações vencidas, de onde se segue que o credor, com vista a obter o pagamento, poderá executar aquela res e, se houver responsabilidade pessoal do devedor das prestações, o patrimônio deste (cumulativa ou subsidiariamente, conforme for o regime legal). É muito diferente o regime das obrigações propter rem. (...) Trata-se, porém, de uma responsabilidade meramente pessoal [na obrigação propter rem] (...) não beneficiando o credor de qualquer direito de preferência sobre a res. b)O titular ativo de um ónus real dispõe, em caso de execução, relativamente aos demais credores do executado, de um direito de preferência sobre a coisa onerada, quer se trate de prestações vencidas após a aquisição desta pelo executado, quer de prestações anteriores. Este direito de preferência não existe nas obrigações propter rem." (MESQUITA, Manoel Henrique. Obrigações reais e ónus reais, cit., p. 420-421)

[155] É necessário observar que nem sempre propriedade e domínio são utilizados com o mesmo significado. No sentido mais amplo, propriedade é sinônimo de patrimônio; em sentido estritíssimo, é o domínio, o mais amplo direito real que se pode ter sobre um bem (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 37; sobre o uso da propriedade no mais amplo sentido no texto constitucional, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a emenda n. I, de 1969. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 398). Em idêntico sentido, a lição de Lafayette Rodrigues Pereira: "O direito de propriedade, em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimônio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário. Mas, ordinariamente, o direito de propriedade é tomado em sentido mais restrito, como compreendendo tão-somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas. Nesta acepção se lhe dá mais geralmente o nome de domínio (...)" (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 77-78).

[156] FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, cit., p. LXXX. Uma síntese elegante e concisa da enumeração clássica dos poderes do domínio pode ser consultada em MACKELDEY, F. Manuel de droit romain, cit., p. 149.

No poder de uso se contém, tradicionalmente, a faculdade de utilizar a coisa da maneira mais absoluta, embora se ressalve a possibilidade de vedações legais as mais variadas.[157]

Pelo poder de gozo ou fruição, pode o titular do direito real extrair do mesmo seus frutos e produtos.[158]

O poder de dispor, a seu turno, implica o poder de alienar ou gravar a coisa e de modificação de sua substância.[159]

Mais recentemente, alguns autores têm afirmado que os poderes do domínio não se esgotam nesta enumeração tríplice, uma vez que devem compreender todos os poderes que se pode exercer sobre um bem.[160]

Se disse que esses poderes compõem o domínio, enchem-no em seu conteúdo. Quando se tem a constituição de direitos limitados, eles surgem a partir destes poderes do domínio, por força da restrição que o titular deste se impõe ao constituir o novo direito real.

Neste ponto cabe distinguir entre restrição e limitação. A limitação diminui o conteúdo do domínio, ao contrário da restrição, que o atinge em seu exercício – se se constitui direito de habitação, por exemplo, se restringe o domínio do constituinte,

---

[157] PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Tratado practico de derecho civil frances, cit., pp. 203-204. Sobre essas restrições, confira-se TRIMARCHI, Piero. Istituzioni di diritto privato, cit., p. 528.

[158] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 62.

[159] "(...) o direito de dispor da coisa, o ius abutendi, em sua materialidade (transformar a coisa para cultivo, reconstrução, ou readaptação; demolir, soterrar, desnaturar, destruir), ou em sua juridicidade (imediata – alienação, ou gravação,ou limitação de poder; ou mediata – renúncia, derrelicção)" – MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 62. Acerca dos limites ao poder de dispor, pode-se consultar TRIMARCHI, Piero. Istituzioni di diritto privato, cit., p. 528-529.

[160] ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 111. A esse respeito confira-se a crítica de Messineo: "Por tanto, una enumeración de tales poderes, desde el momento en que no podría dejar de ser incompleta, no presenta utilidad práctica. Es más práctico decir lo que el propietario no puede hacer de la cosa, que esforzarse en decir lo que puede hacer de ella." MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Buenos Aires: EJEA, tomo III, 1979, trad. Santiago Sentis Melendo, p. 258.

mas se a lei estipula um direito de vizinhança ou uma imposição administrativa, haverá limitação em sentido próprio.[161]

A constituição de direitos reais limitados não é, portanto, limitação do domínio, mas sim restrição. Ela se faz por meio de detração de elementos do *dominium*, retirando ao titular deste a faculdade de exercício dos poderes correspondentes ao conteúdo do direito real que se constitui, mantendo a possibilidade de exercício dos demais.[162]

A constituição de usufruto, por exemplo, faz-se mediante a detração dos poderes de uso e gozo que virão a se articular no conteúdo do direito deferido ao usufrutuário,[163] e enquanto esse direito persistir, o proprietário não poderá exercitar os elementos destacados.

A propriedade, que de regra se presume plena,[164] fica assim restringida pelo usufruto, e os direitos coexistirão enquanto não houver consolidação.

Vale ressaltar que só se pode constituir direito restringente a partir do conteúdo de que se dispõe – se os poderes já foram objeto de detração, não se

---

[161] "Quando se faz direito real limitado, não se limita o conteúdo do direito de propriedade, porque o domínio é o direito sobre todo o conteúdo embora esse se restrinja, quanto ao exercício, pelo fato de se constituir direito real limitado. O conteúdo do domínio é usus, fructus e abusus, ainda que se haja constituído enfiteuse, usufruto, uso ou habitação. (...) Nem usufruto, nem uso, nem habitação, nem servidão, e até, mesmo, enfiteuse limita, isto é, diminui o conteúdo do direito de propriedade: só o restringem no tocante ao exercício. (...) Restrição a conteúdo é restrição a exercício, porque não se dá a cisão, o corte no conteúdo; somente ocorre a determinação de linha que corresponde à restrição. Muito diferente é o que acontece quando a lei limita o conteúdo, quando o conteúdo diminui; era c, e passou a ser c menos 1." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XVIII, cit., p. 8).

[162] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XVIII, cit., p. 15-17.

[163] O usufruto tem sido, a propósito, objeto de uso renovado a partir de novas operações negociais, afastando o seu caráter tradicionalmente assistencial – confira-se, a respeito, MARCHI, Eduardo C. Silveira. Venda de imóveis com reserva de usufruto e o regime das reparações ordinárias e extraordinárias – o novo mercado da nua-propriedade imobiliária. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 9, vol. 34, abr./jun. 2008, p. 3-42.

[164] Artigo 1.231 do Código Civil. Vide AZEVEDO, Philadelpho. **Destinação do imóvel**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 66-68.

pode constituir novo direito com o mesmo conteúdo enquanto o anterior não vier a se extinguir.[165]

Essa criação dos direitos limitados a partir do domínio por meio de restrição, no entanto, exige do sistema jurídico um necessário elemento indutor de ordem, que permite seu funcionamento regular. Trata-se do princípio da elasticidade potencial do domínio.

6.2 O PRINCÍPIO DA ELASTICIDADE POTENCIAL DO DOMÍNIO

A faculdade de constituir direitos reais limitados, como vimos, opera restrição do domínio.

Esta restrição não pode, contudo, ser imutável. Se o fosse, implicaria em verdadeira limitação por fonte não legal,[166] operando um corte inafastável no conteúdo do domínio.

Por isso, sempre que o direito restringente se extingue, o domínio volta a ser pleno e o seu titular retoma o exercício dos elementos que destacou.[167]

Esta operação se faz de forma automática, por incidência do princípio da elasticidade (ou expansividade) potencial do domínio, que rege todas as situações de constituição de direitos reais limitados.

Constituído um direito de uso, por exemplo, as faculdades de uso e gozo (parcial, nos termos do art. 1.412 do Código Civil) são destacadas para integrar o

---

[165] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XVIII, cit., p. 15; GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoria general, cit., pp. 248-249. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de fracionamento em graus quando o direito real assim permitir, como na hipoteca e na enfiteuse. Pontes de Miranda considera o tratamento da subenfiteuse no Código Civil de 1916 um "recuo de tantos séculos", discrepante até das idéias dos juristas portugueses do século XVI (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello e Cia., 1928, p. 223).

[166] "A limitação somente pode ser por lei" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XVIII, cit., p. 8).

[167] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 60.

complexo de poderes do titular do direito limitado, restando o proprietário anterior com a nua-propriedade.

No momento em que o direito de uso se extinguir, a nua-propriedade se elastece e volta a encher-se toda do conteúdo do domínio, que passa a ser, novamente, *uti*, *frui*, *abutere*, como originariamente. Extinto o direito limitado, será de logo restabelecida a titularidade dominical,[168] sistemática que atende a consideráveis necessidades práticas.

O sistema depende, como se vê, intrinsecamente do princípio da elasticidade potencial do domínio, sendo por meio dele que se opera a consolidação e a retomada de conteúdo após a extinção dos direitos limitados.

A finalidade do princípio em questão, em última análise, é essencialmente a de impedir que os poderes destacados entrem em situação de vacância após a extinção do direito limitado, o que violaria o interesse social e não se reverteria em benefício de quem quer que fosse.[169]

---

[168] Vide a explanação de Andrea Torrente: "Essa assicura al proprietario una serie di poteri e presenta una caratteristica fondamentale: la elasticità. Può avvenire, cioè, che, per effetto della costituzione di diritt reali limitati sulla cosa di cui io ho la proprietà, il contenuto del mio diritto venga ad essere limitato, o, come anche si dice, compresso, alla stessa guisa di una mola elastica su cui venga posto un peso. Se, per esempio, viene costituito un usufrutto sulla cosa di cui sono proprietario, io non posso trarre utilità dalla cosa nè percepire i frutti: il potere di godimento spetta all´usufruttuario. Ciò nonostante, io resto propietario della cosa (con espressione tecnico-giuridica si dice che ho la nuda proprietà, he sono nudo propietario: nudo, perchè privato di godimento). In questa ipotesi il mio diritto di propietà non è estinto, ma esso si trova nella situazione della molla elastica di cui si parlava: appena è tolto il peso e, cioè, l´usufrutto è estinto, la proprietà reprende automáticamente l´ampiezza primitiva: cessato l´usufrutto, senza que vi sia bisogno di altro, io riacquisito la propietà piena della cosa e posso di nuovo trarre da essa tutte le utilità." (TORRENTE, Andrea. **Manuale di diritto privato**. 7 ed. Milano: Giuffrè, 1968, p. 287-288)

[169] GAMBARO, Antonio. La propietà. Milano: Giuffrè, 1990, p. 105.

CAPÍTULO 7 - CARACTERÍSTICAS DO DIREITO REAL

7.1 INERÊNCIA, AMBULATORIEDADE E SEQÜELA

No estudo das características que especificam a categoria dos direitos reais e mantém ainda justificável a distinção entre situações reais e de crédito, cabe iniciar pela análise dos muitas vezes confundidos atributos de inerência, ambulatoriedade e seqüela.[170]

A inerência já foi descrita como a mais viva expressão da realidade.[171]

Em sua decorrência, há uma "íntima ligação do direito à coisa",[172] vez que o direito real "queda como adherido a la cosa."[173]

Trata-se, portanto, da característica que faz o direito real incorporar-se de forma inseparável ao bem que constitui seu objeto.

Como conseqüência imediata da inerência, tem-se que o direito real grava a coisa onde quer que se encontre e sob o poder de quem quer que se encontre, atributo denominado de ambulatoriedade.[174]

E porque a coisa remanesce gravada com o direito qualquer que seja o seu destino, o titular pode perseguí-la por força do chamado direito de seqüela,[175] que representa a "propriedade de seguir o seu objecto por toda a parte."[176]

---

[170] Para Gustavo Tepedino, todas as características dos direitos reais são apontadas pela doutrina de forma acrítica e confusa (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações jurídicas reais, cit., p. 140.

[171] BARASSI, Lodovico. **Diritti reali e possesso**. Milano: Giuffrè, vol. I, 1952, p. 40.

[172] FERNANDES, Luis A. Carvalho. Lições de direitos reais, cit., p. 60.

[173] GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoría general, cit., p. 83.

[174] "A ambulatoriedade decorre diretamente da aderência do vínculo à coisa. Afirma-se que o dever jurídico correspondente ao direito real caminha com a relação jurídica e é, por isso mesmo, ambulante ou ambulatório." (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações jurídicas reais, cit., p. 141).

[175] "Il diritto di seguito, come manifestazione dell´opponibilità, è evidentemente una conseguenza dell´inerenza del diritto sulla cosa: il diritto segue la cosa perché è giuridicamente unito ad essa in modo inscindibile." (COMPORTI, Marco. Diritti reale in generale, *cit.*, p. 90).

[176] BEVILAQUA, Clovis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1941, p. 303.

Observa-se na doutrina que a seqüela representa o caráter dinâmico da inerência, assegurando o exercício imediato sobre o bem nos moldes do direito titularizado.[177]

Esta conclusão é relevante porque expõe a inexistência de um modelo único de *jus persequendi*. Cada direito real projeta seus efeitos sob forma de seqüela de maneira particularizada, a depender de seu específico conteúdo e de sua forma de exercício, o que não a exclui, vale dizer, como característica geral imanente aos direitos reais.

No direito de propriedade, por exemplo, a seqüela se manifesta na possibilidade de exercitar o domínio contra qualquer terceiro que detenha ou possua a coisa, enquanto que nos direitos limitados ela ganha mais visibilidade na faculdade de exercício contra o terceiro adquirente do bem.[178]

Por outro lado, Guillermo Allende observa que a seqüela é mais intensa nos direitos reais sobre imóveis que naqueles incidentes sobre móveis, e as exemplificações poderiam se estender.[179]

Neste contexto, o atributo em questão é uma das características do direito real mais referidas na prática jurisprudencial, tanto no direito brasileiro[180] quanto na

---

[177] "Neste sentido a seqüela é a manifestação dinâmica da inerência dos direitos reais e por isso são múltiplas as suas manifestações, de algum modo ligadas ao particular conteúdo de cada uma das suas modalidades. Dito por outras palavras, a seqüela assegura ao titular do direito a actuação sobre a coisa que se mostre adequada à realização, através dela, do seu interesse, sundo as faculdades que integram o conteúdo do seu direito." (FERNANDES, Luis A. Carvalho. Lições de direitos reais, cit., p. 66).

[178] COMPORTI, Marco. Contributo allo studio del diritto reale, cit., p. 160-161.

[179] ALLENDE, Guillermo. **Panorama de derechos reales**. Buenos Aires: La Ley, 1967, p. 303-312.

[180] Por exemplo: "ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS. CESSÃO DE OBRIGAÇÕES E DIREITOS. "CONTRATO DE GAVETA". TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MUTUANTE. LEI Nº 10.150, DE 2000 (ART. 20). (...) 8. Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais. 9. Deveras, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, porquanto função da seqüela. O titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, podendo excuti-lo mesmo que tenha sido

experiência comparada.[181]

Vale ressaltar, porém que a seqüela não é e nem poderia ser absolutamente inafastável.

Há hipóteses em que o direito de perseguir a coisa se vê obstado por uma posição jurídica tutelada adquirida por terceiro, como no caso de aquisição *a non domino* por terceiro de boa fé, entre outros.[182]

Apesar de alguns autores terem tentado diminuir a importância da seqüela como elemento qualificador dos direitos reais, ela permanece como um dos mais importantes pontos de distinção entre os regimes de crédito e titularidade no direito contemporâneo.[183]

7.2 PREFERÊNCIA

O direito de preferência estabelece, no campo dos direitos reais, uma relação de exclusão baseada na prioridade temporal, refletida no brocardo *prior in tempore potior in jure*.[184]

Junto a esta dimensão temporal, diz-se que a preferência tem um significado espacial, refletido na prioridade que o direito real tem sobre os direitos de crédito com os quais eventualmente entre em disputa.[185]

---

transferido para o patrimônio de outrem distinto da pessoa do devedor. (...)" (STJ, 1ª Turma, AGRG RESP 838.127/DF, rel. Min. Luiz Fux, pub. DJ 30/03/09)

[181] No direito italiano, por exemplo, vale referir o interessante precedente em que se assegurou o direito de garantia sobre bem confiscado por aplicação de leis especiais de combate à máfia, fazendo prevalecer a seqüela sobre a sanção de direito público: "la confisca non determina l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sul bene confiscato a favore dei terzi, che possono far accertare in sede esecutiva il proprio diritto a condizione che si tratti di soggetti in buona fede i quali abbiano trascritto il proprio titolo prima del sequestro" (Corte di Cassazione, Cass. nn. 16.227/03 – no mesmo sentido, Cass. nn. 12.317/05, 13.413/05 e 22.179/05)

[182] FERNANDES, Luis A. de Carvalho. Lições de direitos reais, cit., p. 67-68.

[183] COMPORTI, Marco. **Diritti reali in generale**. Milano: Giuffrè, 1980, p. 92-95.

[184] ALLENDE, Guillermo. Panorama de derechos reales, cit., p. 316.

[185] Neste sentido, TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações jurídicas reais, cit., p. 142.

Como exemplo da preferência no aspecto temporal, pode-se apontar o registro da hipoteca de primeiro grau, que por registrada primeiro prevalecerá quanto às posteriores; no que toca à preferência espacial, vale referir o conhecido exemplo da prevalência da hipoteca sobre os créditos desprovidos de garantia real.

Carvalho Fernandes[186] observa, no entanto, que não se há de falar em preferência (que ele prefere denominar prevalência) quando se tratar de possível conflito entre direitos reais e de crédito. Neste caso a superioridade do direito real se impõe, pois se há um vínculo real constituído sobre a coisa ele irá prevalecer sobre o eventual direito pessoal. Preferência há, em termos corretos, nos direitos de garantia, para estabelecer que o direito de primeiro grau se sobrepõe ao de segundo, e nos direitos de gozo, para tutelar aquele que foi registrado com anterioridade.

Nesta ordem de idéias, a teoria da preferência espacial termina por perder o sentido e merecer afastamento.

7.3 ESPECIALIDADE

No que se refere à especialidade, esta consagra a necessidade de que o direito real tenha objeto determinado, inadmitindo-se a incidência de situação real sobre coisa incerta, como ocorre no campo dos direitos de crédito.[187]

Daí o dever de individualizar precisamente o bem sobre o qual o direito irá incidir, como requisito *sine qua non* da titularidade. Por isso a identificação precisa é pressuposto do registro, e nos casos de hipoteca legal, se deverá proceder à especificação dos bens sobre os quais o direito de garantia incidirá.

---

[186] FERNANDES, Luis A. de Carvalho. Lições de direitos reais, cit., p. 72-73.
[187] TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações jurídicas reais, cit., p. 142.

7.4 PUBLICIDADE

A exigência de publicidade é essencial para a teoria dos direitos reais. Considera-se que ela radica na legitimidade da oponibilidade *erga omnes*, uma vez que os terceiros indeterminados só podem estar vinculados a respeitar direitos que tenham a oportunidade de conhecer.[188]

Daí dizer a doutrina, com razão, que há "un stretto collegamento tra la pubblicità e l´opponibilità."[189]

A publicidade, que é portanto característica essencial dos direitos reais, é atendida de forma distinta quando se trata de móveis ou de imóveis. Naqueles, usa-se a tradição; nestes, o registro, e a maior parte das discussões sobre a matéria diz respeito às questões que cercam o direito registral e suas regras.

O registro vem de uma assentada tradição medieval germânica,[190] que exigia formas solenes para a transmissão de direitos sobre imóveis, depois evoluídas para a imprescindibilidade da inscrição nos livros públicos.[191]

É preciso distinguir dois sistemas registrais distintos. Pelo primeiro, o registro apenas torna oponível contra terceiros o direito real que já se transmitiu pelo contrato; pelo segundo, o registro é condição necessária à transmissão do direito sobre o bem. Este é o tratamento da matéria no direito brasileiro, que não conhece aquisição translativa da propriedade sem registro.[192]

Neste ponto, portanto, convém adotar a maior cautela quanto à análise de autores estrangeiros que trabalham com realidades normativas distintas, evitando

---

[188] Por todos confira-se ALLENDE, Guillermo. Panorama de derechos reales, cit., p. 219.
[189] COMPORTI, Marco. Diritti reali in generale, cit., p. 102.
[190] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 255.
[191] "Ha le sue radici moto lontano nell´antico diritto germanico: che peri l trasferimento degli imobili esigeva forme speciali e solenni. E cioè prima l´investitura; poi la consegna davanti al giudice. Solo la dichiarazione del giudice trascritta nei registri attribuiva un diritto reale immobiliare. Col tempo rimane solo la registrazione nei libri publici." (BARASSI, Lodovico. Diritti reali e possesso, vol. I, cit., p. 452).
[192] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, p. 249.

que o intérprete adote soluções que não são compatíveis com o ordenamento nacional.[193]

É que no direito brasileiro tem-se que atender a que o registro gera presunção de propriedade, suscetível de impugnação por terceiros que provem a existência de irregularidade que macule o assentamento registral.[194] Daí estar o registro sujeito, por regra geral, a invalidade e cancelamento.[195]

Tem-se ainda entre nós, no entanto, o registro especial pelo sistema Torrens, que, mediante adoção de um procedimento especialmente rigoroso, dota o imóvel rural de presunção *juris et de jure* de propriedade (L. 6.015/73, arts. 277-288), o que inviabiliza contestações acerca da titulação do proprietário.[196]

Em regra geral é correto descrever o registro como "fatto giuridico formale, destinato ad aggiungersi ad altri fatti giuridici (fra cui l´atto di acquisito), al fine di completare una fattispecie atributiva di efetti irrevocabili."[197]

No direito brasileiro, contudo, por influência da teoria registral alemã, respeitável parcela da doutrina tem reconhecido a existência do chamado acordo de

---

[193] Por exemplo: "Ma quello che importa rilevare, da un punto di vista comparativo, è che nel sistema della trascricizione della publicità è richiesta non già, come è nel sistema tavolare, per costituire o per trasferire un diritto reale ma solo per rendere opponibile ai terzi um diritto reale di l´acquirente è già titolare" (BARASSI, Lodovico. Diritti reale e possesso, vol. I, cit., p. 459). Para a comparação dos sistemas diversos de registro imobiliário, confira-se: CARRIL, Nelson J. López. **Publicidad de los derechos reales**. Buenos Aires: Depalma, 1965, pp. 11-62; para a análise do modelo brasileiro, veja-se DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997; por fim, para um estudo sobre os sistemas registrais europeus contemporâneos, é útil compulsar PEIRÓ, Nicolas Nogueiroles. La evolución de los sistemas registrales en Europa. **Revista de direito imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 29, n. 61, jul./dez. 2006, p. 221-250.

[194] "Do registro resulta presumir-se que é dono do bem imóvel aquele que no registro figura como adquirente e que fora dono, antes de cada registro posterior, aquele que fora, pelo registro, adquirente. (...) O que vai contra a presunção do art. 859 tem de afirmar e provar que o direito não existia, nem se constituiu com o registro; ou que o direito cancelado sobreviveu ao cancelamento." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 290 e 287)

[195] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 320-322 e 458-466.

[196] Diz-se a princípio porque a doutrina registra três hipóteses em que se admite excetuar o princípio da intangibilidade do registro Torrens: (a) fraude na matrícula; (b) erro na delimitação do imóvel; (c) invalidação por duplicidade de registro (DINIZ, Maria Helena. Sistemas de registros de imóveis, cit., p. 444-445).

[197] COMPORTI, Marco. Diritti reali in generali, cit., p. 99.

transmissão, presente em toda transmissão negocial de propriedade imobiliária e distinto do negócio causal que o precede.

O acordo de transmissão representa o consentimento bilateral para a inscrição no registro de imóveis.[198] Por ele se cria "a vinculação, pela coincidência das vontades, a respeito de modificação de direito, que é, aí, transmissão da propriedade imobiliária."[199]

Não há registro, portanto, apenas com o negócio jurídico causal, pois a transmissão do direito real não decorre do negócio de direito obrigacional, seja ele venda e compra, permuta, doação, etc., uma vez que há abstração da causa.[200]

A transmissão de propriedade só virá com o negócio de direito das coisas, o acordo abstrato de transmissão que, levado ao registro[201] para atender à necessária característica de publicidade do direito real, produzirá a eficácia de atribuir ao adquirente o direito de que se despojou o alienante.[202]

O tratamento da matéria no direito brasileiro é, como dito, radicalmente diferente do de outros sistemas jurídicos que sobre ele exerceram marcada

---

[198] HEDEMANN, J. W. Derechos reales, cit., p. 97-98.
[199] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, cit., p. 370.
[200] HEDEMANN, J. W. Derechos reales, vol. II, cit., p. 162.
[201] Sobre a atividade de controle dos pressupostos do ato pelo registrador consulte-se MELLO, Henrique Ferraz de. Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis. In NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). Função do direito privado no atual momento histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 327-349.
[202] "São juri-reais os negócios jurídicos de direito das coisas. Como observa Pontes de Miranda, não convém à Ciência a definição, muito comum na doutrina, dos negócios juri-reais como aqueles pelos quais se criam, modificam ou transferem direitos reais, porque se inclui, no conceito, dado que diz respeito à sua eficácia, não à sua existência. Na verdade, não é essencial para caracterizar o negócio juri-real o seu efeito real, no sentido de eficácia que crie, modifique ou transfira direito real. Basta que do negócio resulte direito formativo de direito real para que se tenha negócio jurídico juri-real. Exemplos típicos de negócios jurídicos juri-reais são os acordos de transmissão. (...) O acordo de transmissão da propriedade imóvel, por exemplo, não produz no direito brasileiro, por si só, o efeito real de transferir o domínio, o que somente ocorre com sua inscrição no registro de imóveis. Gera, no entanto, desde logo, o direito a levar o acordo de transmissão a registro, que constitui o direito formativo gerador de direito real típico do acordo." (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit., p. 217)

influência em outras áreas, como o italiano, o francês e o português, nos quais o contrato de venda e compra opera por si só o efeito translativo do domínio.[203]

Esta divergência conduz o intérprete a refletir acerca da necessidade de manutenção do acentuado formalismo germânico que marca o tema da transmissão do domínio no ordenamento nacional.

A possibilidade de atribuição de efeito transmissivo ao contrato, como tem sustentado Paulo Lôbo, pode ser um instrumento relevante de simplificação do procedimento, que contribuiria notavelmente para a regularização imobiliária e permitiria uma maior eficiência no acesso à propriedade.

Essa mudança, entretanto, exigiria o enfrentamento de uma cultura consolidada,[204] bem como de algumas dificuldades advindas de sua implementação.[205]

---

[203] Paulo Lôbo ressalta a complexidade do modelo brasileiro e salienta a "profunda diferença" quando posto em comparação com o sistema português (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, vol. 6, p. 2003, p. 16). Para aprofundar o estudo do direito português neste particular, com específica comparação com os direitos espanhol e ingês, consulte-se CRISTAS, Assunção *et alii*. **Transmissão da propriedade e contrato**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 23-132.

[204] Teixeira de Freitas, por exemplo, se referia ao "mau princípio da transferência do domínio só por efeito dos contratos" (FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis, cit., p. LV).

[205] Como por exemplo o fato de que os países do Mercosul acompanham o modelo nacional – neste sentido, LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Código Civil, vol. 6, cit., p. 18; do mesmo autor, LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57. Outra questão relevante diz respeito à diminuição da segurança jurídica da operação, que poderia ser solucionada pela adoção de um cadastro nacional que registrasse as operações de compra e venda de imóveis. Se o contrato puder produzir desde já o efeito da transmissão, o registro passa a ter eficácia declarativa, e com isso será possível que o indivíduo indicado no registro de imóveis não mais seja o titular do domínio. Esse cadastro nacional supriria a necessidade de consulta ágil às transações já realizadas.

CAPÍTULO 8 - EXERCÍCIO DOS DIREITOS REAIS

8.1 EXERCÍCIO DOS DIREITOS REAIS

A doutrina, via de regra, se ocupa da oponibilidade dos direitos reais quando analisa o seu conceito, para delimitar a distinção entre situações de crédito e situações reais e explanar a idéia de sujeito passivo universal. Mais raramente, no entanto, estuda o tema do exercício dos direitos reais e suas peculiaridades, o que se tentará fazer a seguir.[206]

Já foi visto que o direito real, uma vez constituído, permite que o indivíduo pratique os atos de satisfação de seus interesses diretamente sobre o bem, sem que seja necessária a intervenção de uma conduta de terceiros para viabilizar esta satisfação, e ademais implica um dever geral de abstenção. Mas ao sair da possibilidade para o exercício concreto, é preciso considerar que a efetividade do direito real se dá por meio do instituto da posse.[207]

O estudo do exercício do direito real passa, portanto, pela teoria da posse e sua compreensão. Entretanto, a posse não exaure o seu objeto no exercício dos direitos reais, e há efeitos de direito real que não passam pela posse. Então há que se precisar que: (a) há posse sem direito; (b) há direito sem posse e pretensão à posse; (c) há exercício de direito real mediante posse; (d) há exercício de direito real que independe de posse.

---

[206] Marco Comporti aponta que, na doutrina clássica, o exercício dos direitos reais era posto em segundo plano, pois importava mais analisar a sua estrutura, sua dimensão estática. Atualmente, ganha relevo o estudo da dinâmica do direito real, que inclusive condiciona o próprio conceito de cada direito (COMPORTI, Marco. Diritti reali in generale, cit., p. 133-135).

[207] "L´esercizio del diritto, o meglio la condizione giuridica che ne deriva, ha, come s´intende, importanza in quanto questo esercizio vi è, ossia in quanto si há per esso l´immagine, la esteriorità di um diritto: tale esteriorità, costituita per sè in stato indipendente, è il possesso." (CARBONI, Michele. Il possesso ed il diritti reali in generali, cit., p. 95)

Sendo a posse[208] um fato,[209] consistente na faculdade de exercício de poderes inerentes ao direito real, nada obsta que se tenha a figura do possuidor sem direito real.

A posse é o estado de fato de quem se acha na possibilidade de exercer poder sobre a coisa,[210] que só ingressa no mundo jurídico após a ocorrência de algum outro elemento de fato previsto no suporte fático de regra jurídica sobre posse.[211]

---

[208] Talvez seja a posse o mais complexo dos institutos de direito privado. As raízes da teoria possessória estão no direito romano, mas o produto final de seu desenvolvimento, de que se serve o jurista de hoje, resultam de um amálgama entre as contributos romano, germânico e canônico (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo X, 1955, p. 18). Esses elementos históricos heterogêneos, mesclados pelas vicissitudes do direito privado na tradição romano-germânica, foram fortemente expostos à necessidade de disciplinar interesses sociais até então desconhecidos, e a teoria contemporânea da posse se vê à voltas com sistemas positivos que nem sempre a conseguem retratar fielmente, de onde se conclui que não é possível construir uma teoria estritamente lógica e fechada, infensa a exceções (ALVES, José Carlos Moreira. **Posse.** Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1999, p. 2-4). O percurso evolutivo do instituto, da *possessio* romana à *gewere*, da *possessio juris* dos canonistas aos debates entre Savigny e Jhering, até os Códigos modernos e contemporâneos, sem esquecer-se do direito luso-brasileiro, é descrito com incomparável riqueza de detalhes e senso crítico por ALVES, José Carlos Moreira. Posse, tomo I, *cit.*, p. 6-371. Vale consultar ainda MOCHOLI, Miguel Moreno. **El precario**. Barcelona: Bosch, 1951, p. 21-260.

[209] Vide, entre tantos outros, VILLEGAS, Rafael Rojina. **Derecho civil mexicano**. 3 ed. Mexico: Antigua Libraria Robredo, tomo III, vol. II, 1954, p. 189. Com uma posição eclética, CORDEIRO, António Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas atuais. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 163-164. Embora a concepção da posse como fato seja hoje prevalecente, subsistem os divergentes que a vêem como direito (por todos, ver JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 92 e segs). Moreira Alves sustenta de forma extensa e minudente que a posse não seria fato ou direito, mas sim um instituto jurídico *sui generis*, jurídico ainda que "imperfeitamente acabado" (ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**. Rio de Janeiro: Forense, tomo II, 1999, p. 96-126). A matéria possessória, saliente-se, é vincada por uma grande série de divergências doutrinárias e de correntes minoritárias, como a da posse de direitos pessoais que Ruy Barbosa trouxe do direito canônico (BARBOSA, Ruy. **Posse de direitos pessoais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 24) e que levou Pontes de Miranda a afirmar que "uma das confusões mais graves, e ninguém errou mais a esse respeito do que Rui Barbosa, foi a de se falar de posse de direitos reais e posse de direitos pessoais." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo X, *cit.*, p. 81). A própria persistência acrítica, fora de um método histórico consistente, da discussão entre a teoria objetiva de Von Jhering e a teoria subjetiva de Savigny bem mostra como na matéria se mantém algumas polêmicas de esvaziada importância – "Así, por ejemplo, es clásico el referirse a las encontradas opiniones de Savigny e de Ihering... Bien está el hacerlo, y no vacilaremos em seguir el ejemplo de quienes se ajustam a ese proceder, pero con esta reserva: que una cosa es tenerlos presentes, y otra muy distinta es el someterse a cualquiera de ellos, en una suerte de vasallaje intelectual, reduciendo la exposición a una recensión de sus obras, y olvidando que ellos escribieron sobre el Derecho Romano, es decir, sobre un sistema que ofrece profundas diferencias con relación al nuestro." (ZAVALÍA, Fernando J. López de. Derechos reales, cit., p. 280)

[210] Por si próprio ou por meio de terceiro detentor. Vide a análise crítica de LIKILLIMBA, Guy-Auguste. La possession corpore alieno. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris: Dalloz, n. 1, jan./mar.. 2005, p. 1-46.

[211] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo X, cit., p. 7 e 13.

Em termos mais específicos:

> O que mais importa saber-se é que o direito contemporâneo (à frente, e melhor que todos os outros sistemas jurídicos, o sistema jurídico brasileiro) chegou à caracterização da posse como fato jurídico puro, como acontecimento do mundo fáctico, que somente penetra no mundo jurídico quando algum ato jurídico ou alguma investida na esfera de ação de outrem suscita a tutela jurídica da posse. Daí poder-se dizer que a posse entra no mundo jurídico, como fato jurídico *stricto sensu*, quando objeto de algum ato jurídico ou quando ofendido o *status quo*, indispensável à paz social. A posse, só por si, não se juridiciza; a posse não é mais do que um dos elementos do fato jurídico *stricto sensu* (posse+ato jurídico, ou posse+ofensa à ordem social. (...) Hoje, tanto possui o proprietário, ou quem exerce o poder fáctico *ad instar* do poder contido no domínio sem ser dono, inclusive o ladrão, quanto o usufrutuário, o usuário, o credor pignoratício e os que têm poder fáctico *ad instar* de tais figuras do direito das coisas, e o locatário, o depositário e outros que exercem o poder em virtude de direito das obrigações ou das sucessões, ou quem *ad instar* deles, o exerce, sem ter a situação jurídica que a eles corresponderia.[212]

Nesta hipótese portanto de posse sem direito-base, a tutela jurídica deferida à posse não tem vinculação com qualquer direito subjetivo, e hoje a doutrina se apercebe da necessidade tutelar a posse por seu próprio mérito, sem necessária vinculação com qualquer direito real.[213]

O indivíduo que se põe na situação de poder exercer algum dos poderes inerentes ao domínio se faz possuidor (Código Civil, art. 1.196), e esta relação se instaura de forma totalmente fática. Se existe o direito subjacente, a posse é o exercício no mundo dos fatos protegido por aquele direito; se o direito inexiste, a posse ainda é exercício fático de direito real, exercício tutelado simplesmente por ser posse, e esta tutela, como dito, tende a ser maximizada pela valorização da posse funcionalizada mesmo quando há conflito com a propriedade, como mais à frente se irá discutir (ver parte III, 2.4).

---

[212] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo X, cit., p. 17-18.

[213] FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, *cit.*, p. 13; BARASSI, Lodovico. **Diritti reali e possesso**. Milano: Giuffrè, vol. II, 1952, p. 19; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno de sua função social. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 311-318.

Em outras circunstâncias, como dito, embora haja o direito, não há posse. Existindo a pretensão à entrega da posse, que não há apenas nas situações de posse indireta, mas também enquando se pode reivindicar o bem[214] (e neste ponto é preciso atenção à questão da prescrição, tratada em 4.2.3, abaixo) ou pleitear imissão (ação que continua a existir no sistema brasileiro, inobstante o silência da nova legislação em 1973),[215] o sujeito ativo do direito exigirá judicialmente a posse e passará, se tiver sucesso, à condição de possuidor titulado.

Coincidindo direito e posse, o titular poderá exercer todas as posições de possuidor, e mais as que não tiverem ligação com a posse, mas apenas com o direito.

Nesse ponto deve-se salientar ser possível que direitos reais se exerçam inteiramente sem reclamar a noção de posse, como por exemplo a hipoteca.[216] E que decorram do direito real pretensões diversas que são exercitáveis pelo titular não possuidor, como as pretensões a demarcação, confessória, negatória, entre outras.[217]

Atente-se, no entanto, a que sobre o exercício dos direitos reais incidem regras que o restringem no conteúdo e no tempo. É o que se verá a seguir, com o alerta de que não cabe aqui a discussão sobre função social dos direitos reais, que não é fator restringente, é elemento interno que integra a própria natureza do direito real e que só pode visualizar no contexto de sua incidência sobre o todo da relação jurídica real, o que se verá na Parte III deste trabalho.

---

[214] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo X, p. 105-106.
[215] SILVA, Ovídio Baptista da. **Ação de imissão de posse**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108.
[216] ALLENDE, Guillermo. Panorama de derechos reales, cit., p. 199.
[217] Vide, por exemplo, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XIV, *cit.*, p. 3-82.

8.2 FATORES RESTRIGENTES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS REAIS

8.2.1 **Abuso de direito**

Dos fatores que restringem o exercício de direitos reais, o primeiro e mais destacado pela doutrina é certamente o do abuso de direito, o que se explica inclusive pela sua previsão expressa na legislação civil.

Com base no art. 187[218] do Código Civil, o abuso de direito tem sido descrito na doutrina brasileira como uma espécie de ato ilícito que se exerce sob aparente proteção de um direito existente e regularmente constituído.[219]

Apesar de consagrada pelo uso e por isso mantida na linguagem jurídica cotidiana, a rigor a expressão "exercício abusivo de direito" deve ser considerada inadequada. Observa a doutrina que, se há abuso, não há mais exercício de direito, e, se há exercício de direito, não há abuso.[220]

Além disso, não apenas os direitos em sentido estrito, mas todas as posições jurídicas podem ser objeto de abuso, de modo a ser mais adequado falar-se em "exercício inadmissível de posições jurídicas"[221]

Este exercício inadmissível constitui uma disfuncionalidade jurídica, uma disfunção entre a atuação juridicamente consentida e a ação efetivamente praticamente pelo agente, que ultrapassa o âmbito desta permissão.[222]

---

[218] "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

[219] Vide, por exemplo, JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodium, p. 138. Para um exame crítico do abuso de direito na jurisprudência brasileira, consulte-se PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso de direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 326-385.

[220] Por todos confira-se ROTONDI, Mario. Instituciones de derecho privado, cit., p. 98.

[221] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 879.

[222] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil, cit., p. 880-882.

À luz do art. 187 do Código Civil, pode-se identificar como parâmetro essencial para o abuso o princípio da boa-fé em sentido objetivo,[223] cuja violação faz com que o titular do direito exceda o âmbito normal do seu exercício e passe a ter sua conduta reprimida pelo sistema.

Apesar do texto do art. 187, a sanção do comportamento abusivo não depende de culpa, e nem precisa do enquadramento do ato como ilícito, pois o abuso de direito constitui, em si, uma categoria autônoma, inconfundível com o ilícito em sentido estrito e irredutível ao *status* de ato lícito propriamente dito.[224]

A previsão do 187 já seria suficiente para regrar a matéria em toda a sua repercussão no direito civil, e a tarefa do intérprete seria apenas a de problematizar sua aplicação às posições jurídicas sobre os bens. No que toca ao abuso de direitos reais, no entanto, tem-se regra específica de direito das coisas, a contida no art. 1.228, §2º, do Código Civil Brasileiro. E neste ponto novos problemas se alevantam.

Isso se dá porque o art. 1.228 foi ainda mais conservador que o 187, ao disciplinar o abuso de direito real sob ótica claramente subjetivista.[225] Diante da redação do texto legal, houve quem entendesse que o 187 teria sua aplicação

---

[223] A descrição do abuso como uma conduta de exercício de direito em choque com a boa-fé é já tradicional na doutrina civilista. Pode-se vê-la, por exemplo, em Ludwig Ennecerus, quando afirma que a boa-fé proíbe que se cometa abusos com pretensões jurídicas formal ou aparentemente fundadas (ENNECERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. In ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 2 ed. Barcelona: Bosch, tomo II, vol. I, 1979, trad. Blás Perez e José Alguer, p. 19.) Evidentemente, em matéria de direitos reais, a boa-fé deve incidir juntamente com o princípio da função social. Não há nisto incompatibilidades, pois a expectativa legítima da outra parte é conformada e moldada pelas exigências concretas da função social, que se irá abordar mais à frente.

[224] Veja-se CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 371-374; CARDOSO, Vladmir Mucury. O abuso de direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89-91; em sentido contrário, LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 2002, p. 75-76.

[225] "Art. 1228. (...) § 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem." A doutrina subjetivista exige a intenção de causar o prejuízo pelo exercício irregular do direito – "il dolo dell´agente, il fine di nuocere ad altri" (CARBONI, Michele. Il possesso ed il diritti reali in generale, cit., p. 99).

afastada e que só se poderia considerar abusivo o ato praticado com intencionalidade.[226]

Tem-se, no entanto, afastado essa leitura literal, para determinar que na aplicação do art. 1.228 não se pode exigir a intencionalidade, sob pena de criar uma contradição no sistema, dentro do qual precisam conviver o art. 1228 e o art. 187 de forma harmônica.[227]

O exercício de qualquer posição jurídica real tem, portanto, de se circunscrever ao campo de atuação que lhe é demarcado pelo sistema jurídico. A conduta que, à luz das exigências da função social da propriedade, viola a boa-fé e se faz abusiva não pode ser mantida e obrigará o titular do direito a sofrer as sanções de inibição da prática, remoção dos eventuais efeitos e reparação de dano.

Vista a questão nestes termos,[228] é possível extrair da proibição de abuso soluções práticas da maior relevância, conforme demonstram a jurisprudência nacional[229] e estrangeira.[230]

---

[226] "A nosso ver adotou-se, neste particular, a teoria subjetivista, porque a sanção se impõe sempre que presente o ânimo de prejudicar. É bem verdade, que no campo do ato ilícito, o diploma civil inclinou-se para a concepção objetivista, uma vez que, no art. 187, entende que comete ato ilícito o titular de um direito que, no seu exercício, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Isso não significa, contudo, que não possa, em razão de uma situação particular, adotar outro critério." VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVI, 2004, p. 45.

[227] Neste sentido, entre outros, MAZZEI, Rodrigo. Abuso do direito: contradição entre o §2º do art. 1228 e o art. 187 do Código Civil. In BARROSO, Lucas Abreu (org). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 354-355.

[228] Uma visão mais conservadora do abuso de direitos reais pode ser colhida em GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoria general, cit., p. 274-283.

[229] Por exemplo: "VIZINHANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE OBRA. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DA PROPRIEDADE PODE SER FEITA INDIVIDUALMENTE POR QUALQUER CONDÔMINO. MÉRITO. FECHAMENTO PELO RÉU DE UMA ABERTURA DE 70CM² ENTRE OS IMÓVEIS DAS PARTES. RESIDÊNCIA DO RÉU DISTANTE DA ABERTURA. ABERTURA PREEXISTENTE À OCUPAÇÃO PELO RÉU DO IMÓVEL LINDEIRO AO DO AUTOR. AUSÊNCIA DE QUALQUER INCÔMODO. O FECHAMENTO DA ABERTURA CONSISTIU EM ABUSO DE DIREITO. ART. 187 DO NCCB. DEVER DE DESFAZER O FECHAMENTO, SOB PENA DA EXECUÇÃO DOS GASTOS SUPORTADOS PELO AUTOR PARA TANTO." (TJRS, 2ª Turma Recursal Cível, proc. nº 71001722651, rel. des. Maria José Schmitt Sant´Anna, pub. 15/09/08)

[230] "I) - Tendo o Autor contraído um empréstimo bancário, conjuntamente com o seu filho e nora, na qualidade de usufrutuário de um imóvel, sendo o filho dono da raiz, por mor da doação que lhe fizeram os pais, e sendo tal empréstimo destinado a fazer obras no prédio doado com reserva de usufruto, consentindo o usufrutuário que a família constituída pelo seu filho vivesse com ele, criou neles a legítima expectativa que todos colheriam vantagens da realização de obras que

8.2.2 **Prescrição**

No campo do direito das coisas também há aplicabilidade do instituto da prescrição,[231] o que impõe importante restrição ao exercício das posições jurídicas reais encontráveis na relação jurídica de direito real.

A prescrição não atua na esfera do direito, mas sim na da pretensão e da ação de direito material. Trata-se de ato-fato caducificante, pois a sua oponibilidade surge apenas da inação do titular da pretensão ou da ação, que não exerce a posição jurídica no prazo que a lei fixa para tanto, não sendo relevante se há ou não vontade a determinar a essa inação.[232]

Fala-se em oponibilidade porque, da consumação do prazo prescricional, o que surge é a exceção de prescrição, que uma vez exercida pelo seu titular (o sujeito passivo da pretensão, ação ou ambas), encobrirá a eficácia da pretensão ou ação de direito material contra a qual se dirige.[233]

---

beneficiariam, imediatamente, os usufrutuários, enquanto vivos, e o dono da raiz, no futuro, enquanto titular dos direitos de uso e fruição inerentes ao estatuto jurídico de dono do imóvel (extinto o usufruto). II) – Este procedimento é comum e sociologicamente um dado da nossa convivência social que exprime solidariedade familiar, pelo que, razoavelmente, incute confiança e estabilidade que não podem ser traídas por vicissitudes que, aparentando fundamento nas relações familiares, – o filho saiu do lar conjugal – são censuráveis se não encontram aí uma justificação séria, recta e plausível, compaginável com o agir com lealdade, mas antes, motivação espúria. III) – Desconsiderando o Autor, [ao intentar a acção de revindicação, insinuando que pretende o imóvel para o arrendar], que, quer o seu filho, quer a Ré, fizeram obras no imóvel que será do filho (quando o usufruto se extinguir) caso não seja revogada a doação, e que, na unidade predial distinta, construída pela Ré e marido, vive a Ré, agora sozinha, com os seus filhos (netos do Autor), não dispondo ela de quaisquer réditos, sendo os filhos estudantes; privá-la do local onde reside, sem fundamento sério, solidamente justificado por actuação consonante com o fim social e económico do direito exercido, exprime abuso do direito, na modalidade de venire contra factum proprium, evidenciando clara violação do princípio da confiança. IV) – Neste circunstancialismo a pretensão do Autor deve ser paralisada por exprimir conduta que o Direito e boa-fé reprovam." (Supremo Tribunal da Justiça de Portugal, processo 08A3673, rel. Fonseca Ramos, julg. 18/12/08)

[231] A prescrição é inerente às pretensões patrimoniais, razão pela qual a lei limita seu exercício no tempo. Há quem diga, no entanto, que os direitos patrimonais são naturalmente imprescritíveis, e só são atingidos pela prescrição por uma opção de política legislativa (LAMARCHE, Thierry. L´imprescritibilité et le droit des biens. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris:Dalloz, n. 3, jul./set. 2004, p. 422).

[232] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit., p. 141-142.

[233] "No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua exceção ou ação. (...) Quando se diz que ´prescreveu o direito´, emprega-se elipse

Já foi visto neste trabalho que, na estrutura da relação jurídica real, há não apenas direito real e dever de abstenção contra todos, mas também pretensões, ações, exceções. Estas pretensões e ações decorrentes do direito real podem ser colhidas pela prescrição,[234] de modo que a partir da exigibilidade da pretensão[235] se deve observar a fluência do prazo prescricional e seu eventual advento e pronúncia afetará a situação jurídica subjetiva real quanto à sua exigibilidade.

Desta observação se conclui que não é possível aceitar a tese dos que, apoiados na perpetuidade da propriedade, viram na reivindicatória uma "ação imprescritível", imune de todo à passagem do tempo e à inação de seu titular.[236] Toda pretensão à reivindicação prescreve, e na ausência de prazo específico fixado no Código Civil, aplica-se-lhe o prazo residual de dez anos do art. 205 do Código Civil.

Ao tratar da prescritibilidade de pretensões e ações reais, é preciso que se tenha o cuidado de dissociar realidades distintas e confundidas pela utilização de

---

reprovável, pois em verdade se quis dizer que ´o direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam.´" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo VI, cit., p. 135 e 138). Vale ressalvar que a necessidade de exercício da exceção de prescrição foi afetada, no direito brasileiro, pela edição da Lei 11.280/06, que permite ao juiz reconhecê-la ex officio quando encontrar decorrido o prazo. A respeito, permita-se remeter a ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como a Lei 11.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, jan./mar. 2006, p. 280-296.

[234] Sobre a prescritibilidade de pretensões reais, confira-se LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general, cit., p. 319.

[235] Nesse ponto merece críticas a dicção do Código Civil, ao grafar no art. 189 que "Violado o direito, nasce para titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206." Suas imperfeições são salientadas com clareza por Marcos Bernardes de Mello: O Legislador Civil de 2002 quando, imiscuindo-se, indevidamente, em matéria científica, adotou a norma do art. 189 (...) cometeu duas graves incorreções, a saber (i) A primeira, consiste na afirmativa de que a pretensão nasce como conseqüência da violação do direito. Nada mais equivocado. A pretensão é tão-somente fase de exigibilidade do direito, de modo que surge sempre que o direito subjetivo pode ser exigido. A ação é que nasce como conseqüência de violação, mas não do direito, e sim da pretensão (sobre isso vide nosso Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte, § 37, 1). (ii) A segunda diz respeito à afirmação de que a prescrição tem caráter extintivo. Como mostramos acima, a prescrição não extingue coisa alguma, apenas encobre a eficácia da pretensão (=exigibilidade do direito) e da ação (=impositividade do direito), o que resulta claro da circunstância de que, se não for alegada oportunamente, não mais o poderá ser, perdendo toda a sua eficácia." (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência, cit., p. 141).

[236] Por exemplo, ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 471.

terminologia equívoca, que são o usucapião e a prescrição. Ao falar em "prescrição aquisitiva" para designar o usucapião,[237] a doutrina clássica fez com que os institutos fossem equiparados, o que em nosso sistema não tem procedência.[238]

Apartando-se prescrição e usucapião se vê que não há vínculo entre os prazos de um e de outra, que não necessariamente coincidem.[239] Isso significa que a prescrição pode encobrir a eficácia de uma pretensão real, persistindo o direito inexigível, sem que surja a correspondente titularidade jurídica do *alter* violador da pretensão, que só passará a possuidor titulado no momento exato em que alcançar a aquisição por usucapião.[240]

8.2.3 ***Suppressio***

Além da prescrição, é preciso observar que o exercício de posições reais pode ser obstaculado por superveniência de *suppressio* (ou *Verwirkung*, na terminologia alemã original).

O instituto conhecido como *suppressio* implica a impossibilidade de exercício de direitos por força da reiterada inação do seu titular, em descumprimento do

---

[237] Confira-se, por exemplo, LEVITÁN, José. **Prescripción adquisitiva de dominio**. 3 ed. Buenos Aires: ASTREA, 1990, p. 38.

[238] "O Código Civil brasileiro de modo algum autoriza a se pensar em prescrição aquisitiva (...) As adjetivações ´aquisitiva´, liberatória ou extintiva são absolutamente estranhas ao direito brasileiro." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo VI, cit., p. 135).

[239] Podem acidentalmente coincidir, como no caso do usucapião ordinário do art. 1.242; podem diferir e o prazo decenal da prescrição da prescrição consumar-se antes, como no caso do usucapião extraordinário do art. 1.238; podem, ainda, diferir e o prazo do usucapião consumar-se antes, como na hipótese de usucapião qüinqüenal do art. 1240.

[240] Neste sentido é a lição de Vilson Rodrigues Alves, contrapondo o prazo de dez anos da reivindicatória ao de quinze do usucapião extraordinário "A prescrição, enquanto encobrimento da eficácia da pretensão, não é conceito coextensivo ao de extinção do direito, de que essa pretensão nasça, por sua aquisição por outrem, pela usucapião a prazo longo. Por isso o prazo daquela não é coextensivo ao dessa. A titularidade do direito persiste, porque não-decurso o prazo do usucapião, embora inacionável a pretensão pelo decurso do prazo da prescrição. Se antes dos quinze, mas depois dos dez anos, o titular do direito de domínio exerça a pretensão à reivindicação, poderá o possuidor alegar a praescriptio." (ALVES, Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo Código Civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2004, p.246-247)

princípio da boa-fé, que tutela a posição do sujeito passivo levado a crer na continuidade desta inação.[241]

Esta parece ser a justificativa mais relevante da *suppressio*, a tutela da confiança gerada pela inação e protegida por incidência da boa-fé objetiva,[242] e que por vezes implica também em *surrectio* (ou *Erwirkung*), a criação de um direito por força da extinção daquele atingido pela supressão.[243]

Não se trata de renúncia tácita, como tentou fazer ver certa doutrina,[244] mas sim de uma forma de controle do exercício de posições jurídicas, que sanciona a violação da boa-fé pela omissão reiterada.

Para caracterizar a *suppressio*, é preciso que haja a ausência reiterada de exercício do direito e a confiança criada na parte adversa, não se cogitando de culpa ou de intenção expressa de quebra da confiança.[245]

Posta brevemente nestes termos a questão da *suppressio*, cumpre analisar seu papel na teoria do direito das coisas. E releva observar que não impedimento à sua aplicação neste campo do direito privado.

De fato, tem-se observado que a *suppressio* não tem aplicação exclusiva no direito das obrigações. Conforme Menezes Cordeiro, "tendencialmente, pode

---

[241] "Diz-se suppressio a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé." (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil, cit., p. 797)

[242] "L´esigenza pratica a cui tale dottrina risponde è individuabile in poche parole. Si tratta di impedire che, dopo aver con l´inerzia mostrato inequivocabilmente l´intenzione di non esercitare un proprio diritto o di non reagite alla sua violazione, non si renda possibile una tardia insorgenza, quando si sono create e consolidate, rese possibili da questa inerzia, situación che la buona fede esige di proteggere. Decisiva, in altre parole, è l´esigenza di tutelare a scapito dell´interesse del titolare del diritto, l´interesse sociale della certezza dei rapporti giuridici e, più specificamernte, l´affidamento dei terzi che l´ambiguo comportamento (positivo o negativo) del titolare del diritto potrebbe pregiudicare." RANIERI, Filippo. **Rinuncia tacita e Verwirkung**: tutela dell´affidamento e decadenza da un diritto. Padova: CEDAM, 1971, p. 53. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 209.

[243] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil, cit., p. 821.

[244] RANIERI, Filippo. Rinuncia tacita e Verwirkung, cit., p. 82-86.

[245] MARTINS, Guilherme Magalhães. A suppressio e suas implicações. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 8, vol. 32, out./dez. 2007, p. 144-146.

afirmar-se que todos os direitos subjectivos lhe estão sujeitos – salvo raras excepções."[246]

Se se quiser buscar um fundamento mais amplo, a doutrina tem afirmado que não há motivo para excluir o princípio da boa-fé objetiva do campo dos direitos reais, [247] o que permite a discussão acerca da supressão de direitos.

O problema não parece ser, portanto, o de estabelecer que pretensões e direitos subjetivos reais podem ser atingidos pela *suppressio*, mas sim o de analisar se é possível aplicá-la mesmo nos casos em que há previsão legal de prazo prescricional.

Neste particular, é acertada a ponderação de Anderson Schreiber, para o qual a existência de prescrição atrelada ao exercício do direito não afasta de todo a possibilidade de vê-lo fulminado por *suppressio*, desde que se some, à inatividade por prazo inferior ao prescricional, a existência de circunstâncias que autorizem concluir pela consolidação de um estado de confiança que seria violado pelo exercício posterior do direito.[248]

A partir destas conclusões, não é difícil encontrar campo de aplicação para a *suppressio* em matéria de direitos reais. Um caso que pode ser utilizado para ilustrar a questão é o do conhecido julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou improcedente ação reivindicatória proposta contra ocupantes que viviam em uma favela construída no imóvel reivindicando.[249] Se não há reconhecimento da

---

[246] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil, cit., p. 810.
[247] GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoria general, cit., p. 286. Embora muitos autores tenham-na estudado sob a ótica exclusiva das obrigações. Vide, por exemplo, JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**: étude comparative des droits français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.
[248] SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório, cit., p. 192-193.
[249] "Ação reivindicatória. Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade.

prescrição da pretensão reivindicatória ou do usucapião, o fundamento técnico para negar a reivindicação é sem dúvida a *suppressio*.

Outra decisão relevante é a comentada por Guilherme Martins em que o Superior Tribunal de Justiça, em processo relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, reconheceu *suppressio* em desfavor de condôminos que tentavam impedir o uso de parte comum já consolidado no tempo.[250]

Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito." (TJSP, 8ª Câmara Cível, proc. nº 21272614, rel. des. José Osório, julg. 16/12/94)

[250] MARTINS, Guilherme Magalhães. A suppressio e suas implicações, cit., p. 148.

PARTE III:

O ASPECTO FUNCIONAL DA TEORIA DO DIREITO DAS COISAS: OS FUNDAMENTOS CONTEMPORÂNEOS

CAPÍTULO 9 - FLEXIBILIZAÇÃO DA TIPICIDADE REAL

9.1 TIPICIDADE E TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS: O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA CLÁSSICA

Os princípios de tipicidade e taxatividade dos direitos reais constituem um dos eixos norteadores do sistema clássico de direito das coisas na experiência jurídica brasileira.[251]

Nas exposições sobre direitos reais, os tratadistas invariavelmente iniciam com a proclamação de sua vigência[252] e de sua imprescindibilidade.[253] Eventuais soluções técnicas que minimizem sua rigidez normalmente são descritas como um risco à própria dicotomia entre direitos reais e pessoais, geradoras de dificuldades insuplantáveis,[254] e os autores clássicos que se dispuseram a afrontar o dogma da clausura dos direitos reais formam um grupo reduzido, que não obteve sucesso em suas proposições.[255]

---

[251] É importante observar que, diversamente do modelo brasileiro, há sistemas jurídicos bem mais liberais quanto ao estabelecimento de novos direitos reais ou a modificação da estrutura de direitos existentes. A grande referência de abertura, no direito comparado, é o ordenamento jurídico espanhol (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65-81). Ascensão faz uma breve recapitulação de diversos sistemas estrangeiros quanto a este ponto (ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 69-73).

[252] "Os direitos reaes são estabelecidos por lei. São figuras de typo fixo." (BEVILAQUA, Clovis. Direito das coisas, vol. I, cit., p. 306).

[253] "A Legislação Civil, que bem comprehendêr as necessidades economicas da época em que vivemos, deve designar taxativamente os direitos reaes, e declarar que não admitte outros. Deve sêr parca em concedê-los, deve expô-los á grande luz da publicidade; não se deixando porém dominar por alguma idéia exclusiva, não recusando protecção aos variados interesses da sociedade." (FREITAS, Augusto Teixeira de. Op. cit., p. CCXII).

[254] Ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XI, cit., p. 90.

[255] Confira-se, por exemplo, SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. IX, 1988, p. 15-16; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, vol. III, 1994, p. 12

Gustavo Tepedino observa que a doutrina brasileira sobre a matéria tem abordado o número fechado dos direitos reais de forma acrítica,[256] como uma matéria antiga e superada, e ignorando o debate travado pelos autores estrangeiros.[257]

Assistindo-lhe razão, como de fato assiste, cabe então proceder a uma rápida investigação acerca das origens da interdição dos direitos reais à autonomia privada, para que se compreenda as razões que estão por trás de sua consolidação no sistema brasileiro, essenciais para o exame das perspectivas mais atuais que interessam particularmente a este trabalho.

Nos autores que analisaram os fundamentos do número fechado de direitos reais, é comum a explanação segundo a qual o princípio da taxatividade, embora presente no direito romano,[258] esteve ausente no direito medieval.[259]

O princípio do *numerus clausus* retornaria então com a Revolução Francesa, e seria uma forma de pôr fim ao anárquico modelo fundiário cheio de vínculos atípicos do velho regime, constituindo um verdadeiro "principio rivoluzionario" da nova ordem jurídica.[260]

---

[256] Inclusive porque toma taxatividade (ou numerus clausus) em sentido idêntico ao de tipicidade, o que se verá não corresponder à melhor compreensão da matéria.
[257] TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações jurídicas reais, cit., p. 143.
[258] Vide NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. 2 ed. Padova: CEDAM, 1988, p. 36.
[259] Pode-se remeter ao estudo de CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº ano 86, nº 745, nov. 1997, p. 42.
[260] MORELLO, Umberto. **Multiproprietà e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 7; CHATEUBRIAND FILHO, Hindenburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais, cit., p. 42; ASCENSÃO, José de Oliveira. A tipicidade dos direitos reais, cit., pp. 73-74. Marco Comporti sintetiza bem a questão: "Il permanere del regime feudale, per quanto concerne l´aspetto economico della moltiplicazione dei diritti sulle cose, e la multiforme varietà degli statuti esistenti, appariva senza dubbio al legislatore rivoluzionario come um ostacolo insopportabile alla libertà dell´individuo ed alla libera circolazione dei beni e come una sopravvivenza di privilegi legati alla suddivisione della società in classi." (COMPORTI, Marco. Diritti reali in generale, cit., p. 209).

Alessandro Natucci, no entanto, aponta que os direitos reais no sistema medieval obedeciam a seu modo a um regime de direitos reais pré-definidos, vigente em cada localidade de acordo com seu direito costumeiro.[261]

Evidente que, diante da inexistência do monopólio legislativo estatal moderno, não se poderia ter um rol definido de direitos reais aplicável a uma base territorial mais ampla, mas o modelo medieval não pode, conforme sua análise, ser remetido a um sistema de total atipicidade.

Daí a conclusão de que o sentido mais profundo da taxatividade dos direitos reais não se encontra na repulsa ao antigo regime, mas sim no receio trazido pela oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais e a possibilidade de vincular toda a coletividade a respeitar uma situação real excêntrica, incomum ou desconhecida.[262]

Em essência, portanto, a proscrição da autonomia da vontade do campo do direito das coisas atende a um imperativo de segurança jurídica.

Entretanto, o direito contemporâneo, como é de conhecimento corrente, assiste hoje à ruptura das antigas amarras voltadas à segurança, pois a efetividade tende a prevalecer para a tutela de interesses novos deixados à margem do sistema clássico. E a revisão da tipicidade real reitera essa necessidade, como se verá.

9.2 FLEXIBILIZAÇÃO DA TIPICIDADE REAL

No direito contemporâneo, o dogma da clausura dos direitos reais não pode mais ser tomado como absoluto. Situações novas de utilização de bens têm sido

[261] NATUCCI, Alessandro. La tipicità dei diritti reali, cit., p. 37-42.
[262] GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Direitos reais e autonomia da vontade, cit., p. 44; NATUCCI, Alessandro. La tipicità dei diritti reali, cit., p. 154. Gambaro, no entanto, prefere identificar três distintos fundamentos para o número fechado dos direitos reais. O fundamento ideológico seria a negação do regime feudal; o fundamento dogmático, o problema da oponibilidade erga omnes; por fim, o fundamento técnico, oriundo da necessidade de se estruturar a publicidade imobiliária sob critérios padronizados (GAMBARO, Antonio. La proprietà, cit., p. 67-68).

utilizadas pelo operador econômico sem pudor para com os modelos jurídicos pré-estabelecidos, e o intérprete precisa enquadrá-las no direito das coisas, sob pena de negar a tutela jurídica adequada a toda uma série de indivíduos envolvidos nestas relações.[263]

Diante do quadro concreto atual, a doutrina chegou a afirmar que a clássica leitura de que alguns setores do direito privado admitem a autonomia privada e outros não não passa de manifestação de "folclore jurídico."[264]

O estudo da penetração da autonomia privada no tipo dos direitos reais exige que se distinga claramente tipicidade e taxatividade, ao contrário dos autores clássicos, que de ordinário tratam os princípios como sinônimos.[265]

O princípio do *numerus clausus* estabelece um monopólio legislativo para a criação de direitos reais, só se admitindo os direitos sobre as coisas estabelecidos na lei,[266] enquanto que o princípio da tipicidade exige que ao adotar uma das figuras

---

[263] "De outra parte, na experiência brasileira, a despeito do silêncio doutrinário a respeito do assunto, foram-se elaborando, no âmbito dos tipos taxativamente previstos pelo legislador, negócios jurídicos que provocam profunda evolução dos direitos reais, passando-se ao largo da discussão acerca da vigência do princípio do numerus clausus. Não se pode negar, nesta direção, que as servidões prediais e as grandes incorporações imobiliárias constituíram-se numa espécie de tipos abertos, cujo conteúdo foi sendo fixado, não sem grande ousadia, pelo operador econômico, delineando-se um quadro riquíssimo de servidões rurais, condomínios com dimensões fabulosas, empreendimentos de shopping centers, multipropriedades imobiliárias e condomínios de fato, utilização de espaços em cemitérios, tudo isso sem que houvesse uma previsão legal específica." (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais, cit., p. 144). No tópico 1.3 se exemplificará a aplicabilidade da tipicidade real no direito contemporâneo com atenção à multipropriedade imobiliária e ao direito de superfície.

[264] MORELLO, Umberto. Multiproprietà e autonomia privata, cit., p. 4.

[265] Por exemplo, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. VI, 1964, pp.32-33. Alessandro Natucci, no entanto, considera a distinção artificial e desnecessária (NATUCCI, Alessandro. La tipicità dei diritti reali, cit., p. 154).

[266] Isso não significa que a previsão legal transforme em direito real uma figura jurídica que não atenda a todos os seus requisitos, já discutidos no tópico 1.1 da parte II. Por exemplo, Marcos Bernardes de Mello demonstra que o chamado direito real do promissário comprador não passa de uma obrigação com eficácia real, pois o exercício do direito de adjudicação pressupõe um inadimplemento que só pode ser praticado pelo promitente vendedor (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., p. 205). Apreendido o postulado de que a previsão legal errônea não gera realidade onde esta é estranha, não se pode contudo concordar com a tese, decorrente da criatividade de Carnelutti, de que a hipoteca não seria direito real e sim um instituto de direito processual, espécie de antecipação de penhora ("o conceito de penhor e hipoteca como direitos reais, materiais, é um expediente inventado quando a ciência não havia descoberto ainda a categoria das relações processuais" – CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Books, vol. I, 2000, trad. Adrián Sotero, p. 433). Alguns processualistas brasileiros

típicas previstas se respeite a sua estruturação legal.[267]

De forma mais detalhada,

> podemos dizer que o princípio do *numerus clausus* se refere à impossibilidade de criação, pela autonomia da vontade, de outras categorias de direitos reais que não as estabelecidas em lei, ou, ainda, que os direitos reais não podem resultar de uma convenção entre sujeitos jurídicos. Por outro lado, o princípio da tipicidade dos direitos reais significa, em síntese apertada, que o estabelecimento destes direitos não pode contrariar o conteúdo estrutural dos poderes conferidos, pelo ordenamento, ao titular da situação jurídica de direito real.[268]

Essa distinção é a chave para compreender como o sistema brasileiro pode recepcionar uma tipicidade flexível.

Com efeito, o que se pretende não é adotar as novas figuras por meio de quebra do *numerus clausus*. Este princípio se mantém incólume, e não há que se falar em direitos atípicos criados pelo auto-regramento dos particulares.

A inserção no sistema de direitos como a multipropriedade, por exemplo, se permite por meio da compreensão de que em cada tipo há um conteúdo essencial,

---

a defendem até hoje. Por todos, estranhamente sem a elegância habitual, pode-se citar a opinião de Cândido Dinamarco: "A ciência já evoluiu suficientemente, contudo, para que se possam afastar com segurança certas tradicionais colocações sincretistas, como a natureza substancial da hipoteca, instituto nitidamente pertencente à teoria da responsabilidade e que continua disciplinado nos códigos civis e não nos de processo (...) A importância do tema exige algum esclarecimento sobre a natureza jurídico-processual da hipoteca. Ela visa exclusivamente a assegurar a futura penhora do bem, mediante o predicado da seqüela, de modo que eventual alienação não prejudique o credor. Isso a caracteriza como um autêntico reforço, quanto ao bem hipotecado, da responsabilidade que incide de modo geral sobre o patrimônio do obrigado (...). Não é legítima a cisão da doutrina, com civilistas fazendo uma afirmação e processualistas divergindo. A verdade só pode ser uma e aqui não se trata de diversidade, de perspectivas igualmente legítimas. O erro deriva da má-vontade em reconhecer a autonomia do direito processual, proclamada há mais de um século e que, no entanto, os pandectistas mais arraigados insistem em ignorar." (DINAMARCO, Cândido. **Execução civil**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 261-263). Negar a existência da hipoteca como direito real é se recusar a enxergar o direito incidente diretamente sobre o bem e oponível erga omnes, apenas para satisfazer a necessidade de transportar institutos materiais para o campo do processo, como se este ramo do direito dependesse disso para justificar sua existência. Citando especificamente o trabalho de Carnelutti, Pontes de Miranda vaticina que os que seguem tal doutrina "apagam, por pendor à novidade, a relação jurídica de direito material, para somente verem, o que é erro agravado, o que se passa no plano processual." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, tomo XVIII, cit., p. 6).

[267] TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 82; COMPORTI, Marco. Diritti reali in generale, cit., p. 217-218.

[268] GONDINHO, André Osório Pinto da Rocha. Direitos reais e autonomia da vontade, cit., p. 16.

que o identifica e deve necessariamente estar presente, e conteúdo acessório, facultativo, o que fornece um espaço para a intervenção da autonomia privada.

Todo modelo típico opera, de regra, com essa possibilidade. O que se exige para a configuração de um tipo é a confluência dos elementos que definem a sua imagem global, sendo possível que haja variações que não descaracterizem o seu enquadramento.[269]

Desde que as situações reais aparentemente atípicas possam ser enquadradas na estrutura de um direito real existente no sistema, ainda que com modificação deste conteúdo acessório por acordo das partes,[270] preserva-se o princípio da taxatividade e se atende à necessidade de oferecer a tutela jurídica conforme o caso concreto, sem repelir a operação jurídica pretendida por puro formalismo que, em sua essência, se destina a proteger um anseio por segurança jurídica que hoje não faz sentido, já que estes modelos de aproveitamento de bens são utilizados livremente na prática jurídica cotidiana sem prejuízo para o interesse social.

Esta atuação da vontade no tipo do direito real precisa, no entanto, se submeter a parâmetros de controle. Sob hipótese alguma pode se considerar que o indivíduo tem liberdade irrestrita para modificar livremente o conteúdo de um direito

---

[269] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, trad. José Lamego, p. 666. Arruda Alvim entende, no entanto, que "só existem, os direitos reais, como tais, se a situação enquadrar-se rigorosamente na regra de direito – subsumindo-se aos respectivos elementos definitórios – que os prevê." (ALVIM, Arruda. Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização. In ALVIM, Angélica Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto. **Atualidades de direito civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 178).

[270] "Conforme observado anteriormente, ao lado das regras imperativas, que definem a existência e o conteúdo de cada tipo real, coexistem preceitos dispositivos, atribuídos à autonomia privada, que permitem moldar o interesse dos titulares à situação jurídica real pretendida. Assim, se é inegável que a constituição de um novo direito real sobre coisa alheia, ou de uma forma proprietária com características exóticas, depende do legislador, que, por sua vez, deve ater-se aos limites de utilidade social definidos pela Constituição, certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para esta atuação." (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações jurídicas reais, cit., pp. 144-145). Confira-se, a respeito, a lição de ASCENSÃO, José de Oliveira. A tipicidade dos direitos reais, cit., p. 304.

real, e neste sentido toda intervenção em conteúdo acessório da estrutura real deve ser avaliada à luz de um exame minucioso.[271]

Troque-se a referência a número fechado por tipicidade e a lição de Morello é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro:

> In primo luogo, il principio del numero chiuso dei diritti reali, converrà ribadirlo ancora una volta, viene riaffermato (e non ridotto ad una pura etichetta) ma come una semplice clausola generale da aplicare in modo flessibile (distinguendo cioè da caso a caso) e da concretizzare com riferimento alle ragioni di ordine pubblico economico che ne sono alla base.[272]

Essa análise de conformação com o ordenamento da intervenção da autonomia privada na tipicidade real[273] deve ser feita em duas etapas, como já se teve oportunidade de afirmar anteriormente.[274]

Na fase primária de controle, é preciso observar se a figura jurídica real proposta se adequa a um tipo pré-existente no ordenamento jurídico e se respeita a sua estrutura básica. Caso o conteúdo essencial do tipo não esteja presente ou tenha sido indevidamente alterado, o que se tem é a tentativa de constituir um direito

---

[271] "(...) certo é que o ordenamento permite o estabelecimento de situações jurídicas com eficácia real, que traduzem normativa convencional, tendo de se sujeitar a um controle de legitimidade sob pena de se estipularem verdadeiros direitos reais atípicos à margem do sistema, sob o manto de denominações tradicionais, que atingem consumidores incautos, mediante contratos-padrão. (...) O controle de legalidade não pode limitar-se, por isso mesmo, ao princípio do numerus clausus (no sentido de impedir o surgimento de situações reais) e tampouco à legislação ordinária, devendo abranger a tutela constitucional da iniciativa privada e da propriedade, de modo que a atividade econômica se submeta aos princípios constitucionais, fazendo incidir, nas relações privadas, no âmbito das quais se inserem as relações de multipropriedade, os valores existenciais e sociais situados no vértice do ordenamento." (TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, cit., p. 85). No mesmo sentido, GONDINHO, André Osório Pinto da Rocha. Direitos reais e autonomia da vontade, cit., p. 151-152.

[272] MORELLO, Umberto. Multiproprietà e autonomia privata, cit., pp. 133-134.

[273] Em sentido semelhante ao defendido neste trabalho e com específica referência ao direito de superfície, confira-se GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 5, vol. 20, out./dez. 2004, p. 104-105.

[274] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. **Direito de superfície e sua formatação contratual**: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais. 2005. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Santos Albuquerque, p. 120-124.

real propriamente atípico, e a sanção é a de inexistência do direito real desejado pelos particulares, ressalvando-se a persistência de eventuais efeitos obrigacionais.

Na fase secundária, o que se tem é uma análise de merecimento de tutela, ou seja, se a modificação do conteúdo acessório de um direito real aceito pelo sistema é válida ou não.

Neste ponto será necessário cotejar a estrutura proposta para o direito real com os fundamentos legais e constitucionais da matéria, em especial no que toca ao princípio da função social da propriedade.

Somente quando o direito que se quer constituir for admissível sob a ótica dos dois parâmetros de controle é que se poderá alcançar a eficácia geradora da relação jurídica real pretendida.

Para exemplificar o funcionamento concreto desta operação, se examinará a seguir, sucintamente, dois direitos reais que dependem intrinsecamente da flexibilização do princípio da tipicidade, a multipropriedade imobiliária e o direito de superfície.

9.3 ALGUNS EXEMPLOS CONCRETOS

9.3.1 **Multipropriedade imobiliária**

Um dos mais significativos exemplos da nova compreensão da tipicidade dos direitos reais no Brasil é o da multipropriedade imobiliária, também chamada *time sharing* ou, no modelo português, direito real de habitação periódica.

O instituto em questão foi desenvolvido no mercado imobiliário como uma forma de viabilizar a custo mais baixo a aquisição de um segundo imóvel para

finalidades de turismo e lazer, datando os primeiros empreendimentos neste sentido dos anos 60, simultaneamente na Europa e nos Estados Unidos.[275]

Por meio dele, se permite que o sujeito adquira a propriedade compartilhada de um imóvel com direito a uso exclusivo durante um determinado período de tempo, normalmente uma ou mais semanas por ano.[276] Ao invés da divisão condominial tradicional, que é feita por critério espacial, tem-se aqui uma divisão temporal.[277]

Embora se conheça uma espécie de multipropriedade societária,[278] em que os multiproprietários são sócios detentores de ações ou cotas de uma sociedade empresária que detém a titularidade do imóvel, prevalece na doutrina brasileira a multipropriedade imobiliária, com estrutura de direito real, e é nessa forma que o instituto interessa a esta exposição.

Como direito real propriamente dito, a multipropriedade é obtida por intervenção da autonomia privada no tipo do condomínio edilício. Ao invés de individualizar os direitos dos condôminos sobre partes autônomas por meio de divisão espacial, faz-se a divisão temporal, estipulando o uso turnário (para lançar

---

[275] LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A multipropriedade imobiliária (aspectos doutrinários e registrários). **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 8, vol. 32, out./dez. 2007, p. 76-77.

[276] Vide TASSONI, Giorgia. Multiproprietà. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, ano XXXI, nº 4, 1988, p. 478 e segs.; OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. **Multipropriedade e timesharing**: aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 1; TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, cit., pp. 1-3; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A multipropriedade imobiliária hoteleira e o direito internacional privado. **Unijus**. Uberaba, vol. 9, n. 10, 2006, p. 131-142.

[277] Mais detalhadamente: "Com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua. (...) Através da multipropriedade imobiliária, diversos proprietários repartem o aproveitamento econômico de certo imóvel em turnos intercorrentes, geralmente semanas anuais, destinando-os discriminadamente a cada um dos titulares, com exclusividade e em caráter perpétuo, de tal sorte que a cada multiproprietário corresponda o direito de aproveitamento econômico de uma fração espaço-temporal, incidente sobre determinada unidade imobiliária em período certo do ano, sem o concurso dos demais." (TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, cit., p. 1 e 3).

[278] LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A multipropriedade imobiliária, cit., pp. 81-83; MORELLO, Umberto. Multiproprietà e autonomia privata, cit., p. 138-143.

mão da recorrente expressão italiana) por determinadas semanas anuais e delimitando, na convenção condominial, as regras que regerão o uso do imóvel na forma acordada.[279]

O tipo do condomínio edilício, tendo em conta o seu tratamento legal, mostra-se perfeitamente capaz de absorver a multipropriedade como uma modalidade válida e capaz de ser disciplinada sem implicar a adoção de um direito real atípico, como se vê.

A popularização da multipropriedade imobiliária[280] demonstra que a flexibilização da tipicidade real se instala definitivamente na teoria do direito das coisas, tornando-se um dado indispensável para a compreensão de figuras reais efetivamente presentes na prática cotidiana.

---

[279] TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, cit., pp. 106-110; no mesmo sentido e abordando os pormenores da viabilidade registral do negócio, confira-se LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A multipropriedade imobiliária, cit., pp. 105-109. Na doutrina italiana encontra-se posicionamento mais radical, que não atribui a mesma importância ao enquadramento em tipo pré-existente, o que não se deve considerar viável no sistema brasileiro, sob pena de ruptura com o princípio do numerus clausus, algo a que a nova concepção da tipicidade real não pretende e nem pode chegar. Confira-se: "La definizione della multiproprietà come una forma di comunione; o come una forma di proprietà temporanea; o come un diritto reale atípico (con i conseguenti problemi di identificare gli elementi struturali, non derogabili della comunione o di stabilire i tratti communi alla categoria generale ´proprietà temporanea´) diviene una fatica inutile, in questa prospettiva. (...) L´inquadramento è agevole, se diamo una nozione di proprietà non fondata su un nucleo minimo garantito ma consistente in un sistema di aspettative legittime e consolidate di sfruttamento e disposizione; se diamo una definizione di diritto reale ´funzionale´, non fondata su una contapposizione netta tra ´proprietà´ e altri ´diritti reali.´" (MORELLO, Umberto. Multiproprietà e autonomia privata, cit., p. 135-136).

[280] Viegas de Lima observa que hoje há estimados 6,7 milhões de multiproprietários no mundo e que o uso deste direito real segue em expansão (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A multipropriedade imobiliária, cit., p. 78). No Brasil, embora inexista uma massificação da multipropriedade, os exemplos aumentam significativamente. Forte indicativo desta tendência é o aparecimento de decisões de tribunais brasileiros tratando a respeito da matéria. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, há uma série de precedentes, vários comentados por Cláudia Lima Marques, que ressalta a importante questão da aplicabilidade do direito do consumidor aos contratos de incorporação imobiliária em regime multiproprietário (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-387 e 716-724).

9.3.2 **Direito de superfície**

O direito de superfície, embora esteja expressamente regulado na legislação brasileira e não possa ser considerado uma figura jurídica real recente, também enseja importante debate acerca de seu enquadramento no princípio da tipicidade dos direitos reais.[281]

Isto ocorre porque o direito de superfície, a despeito da lacônica incursão legal em sua ossatura típica,[282] pode ser estruturado sob múltiplas formas.

Como já apontado em trabalho anterior,[283] ao qual se remete o leitor, observa-se que a superfície pode ser instituída sobre construção ou plantação já existente (por cisão) ou para construção ou plantação futura (superfície *ad plantandum* ou *ad aedificandum*); em relação ao solo, sub-solo ou espaço aéreo (direito de sobreelevação); gratuita e onerosa, com pagamento em parcela única ou

---

[281] O direito de superfície no Brasil está regrado pela Lei 10.257/01 e pelo Código Civil de 2002. Uma pesquisa histórica a seu respeito pode ser buscada em LONG, George. Superficies. In SMITH, William. **A dictionary of greek and roman antiquities**. London: Jonh Murray, 1875, p. 1078-1079; TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**. Madrid: Edersa, vol. I, 1967, trad. Luis Martinez-Calcenada, p. 491 e segs.; BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto privato romano**. 4 ed. Torino: UTET, 2000, p. 377 e segs.; GIACOBBE, Giovanni. La superficie. In CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi (dir). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 2003, p.16; SALIS, Lino. **La proprietà superficiaria**. Padova: Cedam, 1936, p. 6-39; LIMA, Frederico Henriques Viegas de. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15-188; TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11-52; BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. **La superfície**. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 5-36. Quanto ao direito francês, consulte-se JOSSERRAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 2 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, vol. I, 1932, p. 944-945. Para o direito alemão, pode-se consultar WOLFF, Martin. Derecho de cosas. In ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 3 ed. Barcelona: Bosch, tomo III, vol. II, 1971, trad. Blas Pérez, p. 1-13; HEDEMANN, J. W. Derechos reales, cit., p. 308-314. No direito italiano, pode-se consultar MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial, cit., p. 419-436; SALIS, Lino. La superficie. In VASSALI, Filipo (dir). **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, vol. IV, t. III, 1949. Para o direito português, por fim, veja-se SOUSA, Rabindranath Capelo de; PITÃO, José António de França. **Código Civil e legislação complementar**. Coimbra: Almedina, 1978, p. 462-483.

[282] No Código Civil se diz apenas: "Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis." O Estatuto da Cidade é mais genérico: "Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis."

[283] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. Direito de superfície e sua formatação contratual, cit..

diferido no tempo sob forma de cânon; a tempo determinado ou indeterminado;[284] com objeto urbano e agrário; e, além de todas estas questões gerais, pode-se planejar a futura edificação ou plantação sob qualquer forma e admitindo os acordos mais variados acerca da utilização do imóvel e as mais diversas obrigações acessórias, estruturadas sob a natureza *propter rem*.

Essa modelação do conteúdo concreto da superfície é feita por meio de seu contrato constitutivo (em que pese a viabilidade de se fazê-lo por testamento, em que o negócio *mortis causa* tem idêntica liberdade para traçar-lhe os contornos, e por usucapião,[285] em que esta liberdade está ausente).

Do texto legal se extrai apenas uma moldura geral do tipo da superfície, que só existir concretamente ao ter o seu conteúdo preenchido por meio da autonomia privada, que optará por um modelo específico de superfície em que todos os aspectos acima terão de ser efetivamente definidos.

Percebe-se sem dificuldades, portanto, que a leitura tradicional da tipicidade dos direitos reais inviabilizaria inteiramente a existência do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito real em questão talvez seja, neste sentido, o que mais energicamente impulsiona o intérprete para um debate crítico acerca da flexibilização da tipicidade real.

Afinal, diante de seu tratamento positivo, só duas opções restam: (a) ou se chega à conclusão de que o direito de superfície foi insuficientemente regulado no Código e no Estatuto da Cidade, e por isso não pode ser utilizado sem que a lei seja reformada e se estabeleçam parâmetros pré-definidos para sua aplicação; ou (b) se

---

[284] No regime do Código Civil a superfície sem termo definido é proibida expressamente (art. 1.369).

[285] Para a fundamentação jurídica da possibilidade de aquisição do direito de superfície por usucapião, confira-se: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. Notas introdutórias sobre superfície e usucapião. **Revista de direito imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 29, n. 60, jan./jun. 2006, p 11-29.

admite que a constituição contratual com estabelecimento de conteúdo a partir da manipulação dos elementos não-essenciais do tipo é possível, e aí o que resta é determinar os mecanismos técnicos de controle para tal atuação do auto-regramento da vontade. É por esta solução (b) que se opta neste trabalho, à luz da releitura da tipicidade dos direitos reais aqui proposta.

CAPÍTULO 10 - DESPATRIMONIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES REAIS: A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS REAIS

10.1 FUNÇÃO SOCIAL E DESPATRIMONIALIZAÇÃO

A função social é princípio aplicável a todo o campo do direito das coisas,[286] atingindo não só a propriedade mas todas as situações jurídicas reais e, como veremos, a própria posse.

O estudo de sua incidência e efeitos é central para a compreensão da relação jurídica real sob uma perspectiva funcional. Apreender sua aplicação exige, no entanto, que se observe a sua inserção no contexto da despatrimonialização do direito civil contemporâneo, pois a funcionalização dos institutos de direito privado é intimamente ligada à despatrimonialização.[287]

A despatrimonialização ou repersonalização exprime uma relevante transição metodológica do direito privado. O valor primordial do direito civil clássico liberal é o patrimônio, por meio do qual se realiza o invidívuo; no direito contemporâneo, a pessoa humana é reposta como o norte axiológico do ordenamento civilista, que se direciona à sua promoção prioritária, pondo-se o elemento patrimonial em segundo plano.[288]

---

[286] FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, vol. XV, p. 30. Vide TALAVERA, Glauber Moreno. A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia. In VIANA, Ruy Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 277-324.

[287] A correlação entre os fenômenos aparece em MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 110-111.

[288] Consulte-se, a respeito, LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

Vê-se que “a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista.”[289]

Evidentemente não se trata de expurgar de todo o dado patrimonial das relações jurídicas, o que não é possível, mas sim de subordinar o econômico ao existencial, fazendo com que o patrimônio se volte à realização da pessoa humana, ao invés de obscurecer a sua tutela.[290]

Neste sentido a função social é um fator despatrimonializante, porque ao funcionalizar o direito real se busca alcançar, como se verá adiante, a tutela preferencial da pessoa. Este é o primeiro pressuposto necessário para o estudo do referido princípio.

10.2 A MULTIPLICIDADE ESTATUTÁRIA COMO PRESSUPOSTO DA FUNÇÃO SOCIAL

O segundo pressuposto a ser considerado para o exame da função social é o que diz respeito à multiplicidade de estatutos reais no sistema de direito das coisas contemporâneo.

Como visto na primeira parte deste trabalho, a noção de propriedade experimentou, ao longo de seu desenvolvimento, um movimento nitidamente pendular. Da propriedade unitária do direito romano justinianeu, passou-se às

[289] FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

[290] “Com isso não se projeta a expulsão e a ´redução´ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ´humilhar´ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, cit., p. 33).

propriedades do direito medieval, seguindo-se a construção da propriedade abstrata e unificada da modernidade.

Utilizando a conhecida expressão da civilística italiana, caminhou-se da propriedade às propriedades, e novamente das propriedades à propriedade.

No direito contemporâneo, no entanto, a singularidade proprietária cede lugar ao renascimento da pluralidade.

Fala-se em uma crise da noção unitária da propriedade,[291] uma segunda crise da noção unitária de propriedade que evidentemente nada tem que ver com a anterior.

Não há, como se percebe sem dificuldade, um novo sistema econômico a impor uma reabertura do esquema proprietário, como quando do advento do feudalismo, mas sim a percepção de que a abstração da propriedade moderna não corresponde mais à realidade.[292]

Na medida em que o sistema jurídico recepciona a existência de diversos modelos proprietários, enfatizando as suas características distintas e percebendo que não guardam precisa correspondência entre si, fica clara a impossibilidade de manter-se uma tutela jurídica unificada,[293] o que conduz à revisão do método moderno de tratamento da propriedade.

Estes estatutos proprietários se especificam a partir do distinto tratamento jurídico emprestado pelo ordenamento à propriedade móvel e imóvel, urbana e

---

[291] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, cit., p. 160.

[292] "L´ipotesi della pluralità dei regimi, in altri termini, avrebbe avuto senz´altro l´effetto di spazzar via un concetto (il concetto astratto di proprietà come situazione che non tolera limiti) e una metodologia (quella formalística che lavorava sulla nozione unitaria di proprietà) ritenuti ormai superati dalla necessità di un´indagine realistica sui nuovi dati normativi e sugli interessi implicati dalle varie categorie di beni." (BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**.Napoli: Jovene, s/d, p. 183)

[293] TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316-317; GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade). In RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002, 246-247.

agrária,[294] de bens públicos e privados, de produção e de consumo, essenciais e não essenciais,[295] *et coetera*.

Nesse ponto, é preciso pôr em relevo que o tratamento jurídico privilegiado que se empresta aos bens corpóreos e sobretudo aos imóveis não faz sentido diantem da realidade econômica atual.

Hoje é necessário que o ordenamento se volte também aos móveis e aos bens incorpóreos, enfrentando diretamente o problema do atendimento à sua função social.[296]

O direito civil clássico sempre priorizou o bem imóvel como destinatário de proteção especial, o que resta evidente do exame, por exemplo, das formalidades de transmissão.

Na atualidade, porém, inúmeros bens móveis alcançam acentuado valor (basta pensar no exemplo um tanto simplório de um helicóptero) e a propriedade chamada intelectual move a economia com suas patentes e privilégios de invenção, tendo não raro valor inestimável.

Esses bens precisam ser objeto de atenção do jurista e já suscitam há algum tempo debates cruciais acerca de sua função social, de que é exemplo a discussão brasileira acerca da quebra de patentes de medicamentos.

---

[294] BARCELLONA, Pietro. Formazione e sviluppo del diritto privato moderno, cit., p. 203. Sobre as peculiaridades do estatuto proprietário urbanístico, confira-se CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?**: análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53-126; FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição de 1988. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun. 2001, p. 36-48; BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada e direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 97-190.

[295] A essencialidade tem sido indicada como um importante elemento a ser considerado na teoria dos bens, com relevantes impactos no regime contratual que os envolva. A este respeito, consulte-se NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 380 e segs.

[296] Vide, a respeito, TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 6, n. 6, jun. 2006, p. 110.

Deve-se considerar a propriedade, portanto, na dimensão concreta de sua variação, para que se possa buscar no sistema o tratamento jurídico a ela aplicável. Isso importa examinar o elemento objetivo do direito sob a ótica qualitativa e quantitativa, e também seu elemento subjetivo,[297] de modo que o sujeito titular do direito também é importante para a definição de sua concreta proteção pelo ordenamento.

O direito contemporâneo exige, portanto, que o intérprete absorva a necessidade do sistema de direito das coisas de operar com o dado da multiplicidade estatutária.[298] Todos os direitos reais, e não apenas a propriedade, como pode dar a entender a leitura mesmo da doutrina mais atual, estão sujeitos a variação de tutela jurídica em conformidade com sua diversidade objetiva e subjetiva.

Isso, evidentemente, terá impactos de grande efeito no que toca à função social dos direitos reais, que não poderá ser buscada em uma fórmula abstrata, tendo ao contrário de se especificar na concretude do estatuto real examinado, que determinará as exigências para a funcionalização.

---

[297] PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, cit., pp. 925-927. Barcellona observa que a teoria da pluralidade de estatutos proprietários constitui um terreno irrenunciável para o estudioso de hoje, mas alerta que, a seu ver, a superação do princípio proprietário moderno pode ser buscada na análise das zonas de conflito que refutam a lógica proprietária (BARCELLONA, Pietro. Formazione e sviluppo del diritto privato moderno, cit., p. 205).

[298] "É forçoso evitar a tentativa de reduzir qualquer regime de titularidade e apropriação dos bens, quanto mais se plurissubjetivo, ao paradigma da propriedade solitária." (MATTIETTO, Leonardo. Função social e diversificação do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. A. VI, n. 6, jun. 2005, p. 164.

10.3 INCIDÊNCIA E EFEITOS DA FUNÇÃO SOCIAL

O debate sobre a função social da propriedade[299] sempre se mostrou polêmico. Criticada pelos conservadores, a função social encontrou oposição ferrenha também entre os autores de esquerda, para os quais não passaria de uma mistificação voltada a relegitimar o direito de propriedade burguês em um quadro social.[300]

Apesar das críticas, consagrado na Constituição Federal de 1988, o princípio em questão é um dos fundamentos mais caros ao sistema contemporâneo de direito das coisas, e tem sido desenvolvido com cuidado pela doutrina e pela jurisprudência.[301]

Já se disse que o poder conferido ao titular de um direito real pelo ordenamento é variável, e depende de um conjunto de fatores econômicos, sociais, políticos.[302] No ordenamento brasileiro, este critério de atribuição de poderes é necessariamente remetido à idéia de função social.

---

[299] Sempre que se utilizar a expressão "função social da propriedade", em homenagem ao uso comum, considere-se subentendido que a referência é compreensiva da função social dos direitos reais de uma forma geral.

[300] Ver GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e Costituzione**. 2 ed. Bologna: Zanichelli, 1988, p. 152. No mesmo sentido: "Vindo de diversos pontos de vista., as críticas são sempre pesadas. Resumindo, grosso modo, as principais entre elas, pode-se dizer que a função social da propriedade é atacada, à ´direita´, por tocar no sagrado direito de propriedade, e, à ´esquerda´, por fingir tocar no sagrado direito de propriedade." (MELO, Tarso de. **Direito e ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade. São Paulo: Expressão Cultural, 2009, p. 67)

[301] Confira-se: RENNER, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica**: un contributo alla critica del diritto civile. Bologna: Il Mulino, 1981, trad. Cornelia Mittendorfer, pp. 65-166.Vide ainda RODOTÀ, Stefano. Il terribile diritto, cit., p. 223-272; BARCELLONA, Pietro. Diritto privato e società moderna. Napoli: Jovene, 1996, p. 299-318.

[302] TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução, cit., p. 136.

Para alguns autores, a função social consistiria em uma limitação ao conteúdo do direito real, colocando-se fora dele, como um verdadeiro elemento externo posto pela legislação.[303]

Parece, no entanto, assistir razão aos que inserem a função social no perfil interno do direito real, sendo-lhe inerente e indissociável.[304]

A função social não deve ser compreendida como um fator externo de limitação do direito, mas um elemento interno que o modela e lhe imprime as diretrizes propriamente funcionais de aplicação.

Aplicável como norma principiológica a todo o campo dos direitos reais, como já dito, não há mais sentido em discutir se a função social incide apenas em relação aos direitos exercidos sobre bens de produção ou de substancial interesse público. Todos os bens jurídicos são vinculados à observação de sua função social,[305] o que remete essencialmente a uma idéia de uso racional, adequado e produtivo dos bens jurídicos, de acordo com os parâmetros traçados pela normativa principiológica a partir da Constituição.

Observe-se que, neste particular, os arts. 182 e 186 da Constituição traçam uma pauta mínima para o cumprimento da função social, que não se deve considerar exaustiva ou auto-suficiente. Como princípio, a função social exige densificação no caso concreto, e só a partir do exame cauteloso do estatuto real é que se poderá preencher o seu conteúdo.

---

[303] Neste sentido, ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, vol. XI, tomo I, 2009, p. 20.

[304] PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 164; TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 6, n. 6, jun. 2006, p. 106; FRANÇA, Vladimir Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 14; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 419.

[305] TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 320; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, cit., p. 427 e 429.

Naturalmente, alguns valores são recorrentes em matéria de função social, como a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais e dos interesses existenciais sobre os puramente econômicos[306].

Outros serão extraídos diretamente da própria Constituição Federal, que para além dos arts. 182 e 186 aponta, em diversos momentos, para um tratamento constitucional da propriedade que deverá ser levado em conta na análise de sua função social.

Pense-se, por exemplo, na previsão constitucional de proteção do meio ambiente e suas repercussões no exercício das titularidades, já que não se pode considerar efetivamente funcionalizada a propriedade cujo exercício importa descumprimento das normas ambientais.[307]

Por outro lado, a disciplina constitucional da ordem econômica, que conjuga a livre iniciativa com a função social da propriedade, tem levado a doutrina a estender a aplicação do princípio da função social à empresa, cujo poder de controle se subordina à intervenção estatal e deve ser funcionalizado em prol dos valores que se ligam ao interesse social.[308]

Quando trata de empresas de comunicação, a Constituição determina uma série de critérios específicos, atendendo às peculiaridades de tal tipo de propriedade e suas exigências de funcionalização (CF, arts. 220-224).

Outro ponto importante diz respeito às limitações de direito público, que decorrem do texto constitucional e são especificadas na legislação.

---

[306] Consulte-se, por exemplo, GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, cit., p. 413

[307] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 125. Consulte-se ainda TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo III, 2009, p. 175-200.

[308] Entre outros, pode-se consultar LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. **Empresa e função social**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 152-157.

Estas limitações dizem respeito à função social porque promovem o intervencionismo na propriedade privada em atenção a algum interesse público específico e tutelado pelo ordenamento.

Neste campo pode-se citar, entre outros, a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, o tombamento, a desapropriação e os instrumentos do Estatuto da Cidade, tais como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o IPTU progressivo, etc.[309]

Por fim, mas não menos importante, ainda é preciso analisar que a teoria dos direitos reais, por intensamente vinculada à teoria dos bens, não pode ignorar a importância da garantia do patrimônio mínimo.

Trata-se da teoria, já consolidada no direito civil brasileiro, segundo a qual o ordenamento deve providenciar meios para assegurar "a tutela do patrimônio (na unidade ou na universalidade) afetado à indispensabilidade do viver digno e submetido a um determinado titular."[310]

Esta previsão, que decorre da primazia da proteção da pessoa humana sobre os interesses patrimoniais, é concretizada por uma série de institutos do sistema, como o bem de família, a invalidade da doação sem reservas, as impenhorabilidades em geral. E ao restringir a liberdade proprietária (inclusive a do credor) em benefício da pessoa, promove o princípio da função social, redefinindo os limites das titularidades de ambos os envolvidos na relação jurídica de crédito.

Mesmo com todos esses pontos de reflexão, Insista-se entretanto que não se pode traçar um perfil *a priori* da função social, renunciando à sua determinação

---

[309] Cf. ARIMATÉA, José Rodrigues. **O direito de propriedade**: limitações e restrições públicas. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p. 65-149.

[310] FACHIN, Luz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, *cit.*, p. 198. Veja-se ainda CORREIA JÚNIOR, José Barros. Patrimônio mínimo: bens para além das famílias. In ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodium, 2010, p. 91-116.

concreta. Nesta matéria sobressalta uma importante atuação criativa da jurisprudência[311], apesar da dificuldade notória de se obter consensos na retórica proprietária.[312]

Neste sentido são naturalmente variáveis as exigências que a função social dita para cada estatuto proprietário, levando em consideração os seus elementos, a sua destinação e as suas características. Por isso a função social de um bem de consumo não essencial, por exemplo, é bem distinta da função social de um prédio urbano em que funcione um hospital; não seria tecnicamente correto, no entanto, afirmar que tal bem de consumo não está subordinado à incidência do princípio em questão.

A previsão da função social no art. 5º da Constituição, logo em seguida à garantia da propriedade privada, não pode ser considerada aleatória. Ao vincular as disposições, quis o constituinte que a garantia da propriedade estivesse condicionada ao atendimento de sua função social. Neste sentido, é protegida pelo ordenamento jurídico a propriedade que cumpre com sua função social, ao passo que carece de tutela jurídica plena aquela que estiver em desconformidade com o princípio em exame.[313]

Deve ser salientado que a incidência da função social implica a consideração atenta dos interesses não-proprietários, dos terceiros envolvidos com a situação jurídica real.[314]

---

[311] BARCELLONA, Pietro. Diritto privato e società moderna, cit., p. 304.

[312] (MATTEI, Ugo. Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato. **Rivista critica del diritto privato**. Napoli, Jovene, a. XV, vol. 1, mar. 1997, p. 37.

[313] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, cit., p. 229; TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, cit., p. 328; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, cit., p. 420; MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 193; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade, cit., p. 184.

[314] "Importante o proprietário, mais importante o não proprietário: na situação jurídica proprietária funcionalizada o direito dos outros está presente, principalmente no que se refere ao estatuto de acesso aos bens. (...) Isso vale dizer que o não proprietário não é mais apenas o sujeito passivo

A posição dos terceiros passa a assumir contornos decisivos de natureza ativa e passiva, cuja adequada compreensão requer o estudo detido da relação jurídica real como relação complexa, que se procederá abaixo.

É importante ressaltar que a Convenção Européia de Direitos Humanos (Roma, 4 de novembro de 1950), modificada pelo Protocolo de 20 de março de 1952, tratou da propriedade como direito fundamental.

Sua abordagem liberal gerou preocupação na doutrina italiana, com autores sustentando a diferença de tratamento conferida pela Constituição da Itália e a normativa européia, que garante o direito de propriedade e impede sua privação fora da hipótese de utilidade pública, nos casos previstos em lei interna. O choque traria uma incompatibilidade severa (a ponto de se falar em propriedade italiana e propriedade européia como entidades distintas e em certa medida opostas) que acabaria por se resolver em adoção de uma perspectiva mais conservadora para o direito italiano.[315]

Essa leitura parece radical, embora embasada. O próprio Marco Comporti, que alardeou o risco representado pela aparente antinomia salienta que para alguns autores a autonomia dos sistemas internos segue preservada.[316]

---

universal, titular de um dever genérico de abstenção, mas se insere em uma situação jurídica subjetiva complexa. Tem o direito a exigir de quem proprietário é o cumprimento da função social da propriedade, e tem direito a que lhe sejam dadas condições materiais de aceder à propriedade." (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade, cit., p. 152-154).

[315] "In ogni caso, dovrebbe profilarsi un processo di depotenziamento dell´art. 42 Cost., in modo da evitare il persistere del conflito sopra delineato. Cosi, l´art. 42 Cost. potrebbe, tenuto conto di sopravvenuti ostacoli alla sua attuazione, essere allora considerato non più quale norma precettiva di diretta applicazione , ma come norma di carattere meramente programmatico e di indirizzo per l´azione del futuro legislatore, il quale pottrebe essere chiamato a regolare l´uso dei beni nei ´limiti imposti dall´interesse generale´, come prevede l´art. 17 della Carta di Nizza, limitazioni che, però, non potrebbero comportare riduzioni o compressioni incisive ed importanti del contenuto del diritto di proprietà, come invece è stato possibile in precedenza attraverso iil principio della funzione sociale di cui all´art. 42, comma 2º, Cost." (COMPORTI, Marco. La proprietà europea e la proprietà italiana. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, a. LIV, n. 2, mar./abr. 2008, p. 206). Vide ainda DEBRUCHE, Anne-Françoise. Property in the archipelagos of human rights: comparative thougts on judicial exploration in Europe and Canada. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, p. 105-142..

[316] COMPORTI, Marco. La proprietà europea e la proprietà italiana, cit., p. 233.

O que parece interessante, no entanto, é observar que, embora o direito brasileiro tenha recepcionado o tratamento da função social da propriedade, em boa parte a partir do modelo italiano, a mudança de regramento da matéria na Europa em nada influencia o modelo nacional já consolidado.

A experiência jurídica nacional, neste ponto, está perfeitamente adaptada às necessidades do direito brasileiro contemporâneo e demonstra potencial para uma crescente consolidação e aumento de efetividade, conforme a construção da função social, da forma acima delineada, vai sendo absorvida com mais naturalidade na prática.[317]

10.4 FUNÇÃO SOCIAL E ACESSO À PROPRIEDADE

Como já observado, a renovação do direito das coisas por aplicação do princípio da função social implica um verdadeiro estatuto de acesso aos bens,[318] de

[317] Vide, por exemplo, o recente julgado a seguir: "PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO PROCEDENTE COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DA MEDIDA. CASO CONCRETO EM QUE O TITULAR DO IMÓVEL É DEVEDOR CONFESSO DO PODER PÚBLICO, TENDO ENCETADO NEGOCIAÇÃO COM A MUNICIPALIDADE, TENDENTE A DAÇÃO EM PAGAMENTO DO IMÓVEL COMO FORMA DE EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO FISCAL. ACORDO AUTORIZADO POR LEI MUNICIPAL QUE NÃO SE MATERIALIZOU POR OBSTÁCULO IMPOSTO PELO CREDOR HIPOTECÁRIO (BANCO DO BRASIL). IMÓVEL QUE VEIO A SER INCLUÍDO EM POLÍTICA PÚBLICA DE ASSENTAMENTO DE PESSOAS CARENTES, TENDO O MUNICÍPIO, INCLUSIVE, EMITIDO DIVERSAS CONCESSÕES DE USO. SITUAÇÃO ATUAL QUE RETRATA O ASSENTAMENTO DE CERCA DE 50 FAMÍLIAS NO LOCAL. DECRETO MUNICIPAL QUE DECLAROU O IMÓVEL COMO DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO. SITUAÇÃO QUE REVELA A IMPOSSIBILIDADE DE SE CONCEDER A TUTELA ESPECÍFICA REQUERIDA PELA PARTE. NÃO SE TRATANDO DE LEGITIMAR A TEORIA DA OCUPAÇÃO, COMO SE A COISA NÃO TIVESSE DONO, MAS DE FAZER PREVALECER O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, TENDO PRESENTE O DISPOSTO NO ART. 1228, § § 3° E 4° DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL DA LEI A INDICAR QUE, NESTA SITUAÇÃO, OS PODERES ASSEGURADOS AO PROPRIETÁRIO CEDEM ANTE OUTROS DIREITOS MAIS PREPONDERANTES E VITAIS, COMO O DIREITO À MORADIA E À DIGNIDADE DE VIDA. SUSPENSÃO DA REINTEGRAÇÃO QUE VAI MANTIDA, SINALIZANDO-SE PARA A EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO PELA PERDA DO SEU OBJETO EM FACE DO EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO NA COISA, CONVERTENDO-SE A OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS. AGRAVO DESPROVIDO." (TJRS, 20ª Câmara Cível, AI Nº 70029765658, rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, pub. 03/12/09)

[318] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, *cit.*, p. 152.

modo a que o sistema desenvolva instrumentos para promover a inclusão dos terceiros não-proprietários.

Neste caminho, não é vazia de significado a inclusão, no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, do direito à moradia como direito social. A consagração constitucional do direito à moradia significa o reconhecimento, além do direito de propriedade, de um direito à propriedade, que deve ser concretizado pelo Poder Público.

O direito de moradia, neste contexto, compreende o direito a ter uma habitação adequada, com segurança, infra-estrutura de serviços públicos e espaço adequado para o indivíduo e sua família.[319]

Prevalece o entendimento que a previsão constitucional do direito de moradia não irradia pretensão direta contra o Estado para a obtenção de imóvel.[320]

Apesar desta restrição, que se funda no princípio da reserva do possível, a aplicação da norma constitucional em questão tem importantes desdobramentos para a problemática do acesso aos bens.

Como se tem observado, toda norma que dispuser de forma a restringir o direito de moradia ou a dificultar o acesso a ela será inconstitucional, por colidir com o *caput* do art. 6º.[321]

Ademais, embora não surja o direito subjetivo de cada indivíduo desabrigado a exigir uma residência do Estado, este terá de atuar positivamente nos sentido de editar normas que efetivem a previsão constitucional e de promover, com a máxima

---

[319] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 332.
[320] Entre outros, BONIZZATO, Luigi. Propriedade urbana privada e direitos sociais, *cit.*, p. 153; NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008, p. 218.
[321] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação, *cit.*, p. 125.

produtividade possível, políticas e programas habitacionais e de assentamento que a viabilizem.[322]

A concretização vem, inclusive, através de uma legislação protetiva que abarque a tutela do inquilino em relações locatícias, a regulamentação adequada dos condomínios e incorporações, parcelamento do solo, impenhorabilidades em geral e do bem de família e acesso ao financiamento da moradia por meio de mútuo imobiliário.[323]

10.5 CONFLITO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE E A EXCEÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL

Cabe, por fim, assinalar uma questão sensível acerca da função social dos direitos reais: como deve proceder o intérprete quando deparar-se com o conflito entre posse e direito real?

Em não raras situações, o exercício concreto da titularidade sobre o bem por meio da posse é efetuado por indivíduo distinto daquele que detém a titularidade formalmente, do proprietário ou titular de direito real limitado.

Essa situação se torna mais dramática quando a posse se consolida e se estende no tempo, afastando a idéia de mero esbulho.

Na doutrina clássica, por mais protraída no tempo que seja a utilização do imóvel pelo possuidor, desde que aquele que demanda tenha o cuidado de optar pela defesa de sua posição por meio de demanda petitória;[324] desde que o seu

---

[322] NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito fundamental à moradia, *cit.*, p. 219.
[323] GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.
[324] Porque se optar pela via possessória estará fadado a perder a demanda, inclusive tendo em consideração que o Código Civil de 2002 optou por impedir expressamente a exceção de domínio em discussão de posse (art. 1.210, §2º).

direito a reivindicar o bem não tenha se tornado inexigível por prescrição; e, mais importante, que não se tenha consumado o usucapião em benefício do possuidor, o conflito se resolverá em benefício do titular do direito real.

No sistema atual, é correto dizer que, se o titular do direito atende à função social e se vê impossibilitado de execer seus poderes sobre a coisa pelo estabelecimento de posse de terceiro contra a sua vontade, seu direito a reaver o bem será devidamente tutelado.

Partindo do já mencionado pressuposto de que a função social condiciona a garantia constitucional da propriedade o sujeito que atende ao princípio em questão merece a tutela jurídica plena, ao passo que o que o descumpre será sancionado com a ablação desta proteção.[325]

Quando o conflito se dá, portanto, entre a posse funcionalizada e o direito real disfuncional, deve-se entender que existe uma verdadeira exceção de descumprimento da função social em benefício do possuidor, que ao opô-la encobrirá a eficácia de qualquer pretensão de legítima defesa, reintegração ou reivindicação que lhe seja dirigida pelo titular do direito.[326]

---

[325] Vale a consulta a TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro, *cit.*, p. 102 e 105.

[326] "O proprietário de bem imóvel, urbano ou rural, que não cumpre sua função social, perde a proteção do sistema. Afasta-se assim a tutela possessória do desforço imediato e da via interdital e a tutela reivindicatória, ambas por força do encobrimento da eficácia do direito de propriedade causado pela posse funcionalizada exercida por outrem sobre o objeto de sua titularidade. (...) A manutenção, pelo possuidor, de posse autônoma com função social sobre imóvel alheio encobre a eficácia do direito de reivindicar/reintegrar do titular, por força da natureza de exceção de direito material originária da posse funcionalizada, conferindo assim segurança ao possuidor de natureza diversa daquela conferida atualmente." (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um conflito em torno de sua função social, cit., p. 436-437) Ressalte-se que Arruda Alvim é contrário a este entendimento (ALVIM, Arruda. Comentários ao Código Civil Brasileiro, cit., p. 17).

10.6 A TEORIA DE RICARDO ARONNE: ANÁLISE CRÍTICA

Na literatura nacional contemporânea, visando alcançar um melhor cumprimento da função social, foi desenvolvida uma proposta original de superação da teoria tradicional da relação jurídica real. Trata-se da tese do Prof. Dr. Ricardo Aronne, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que se procurará sintetizar, em seus aspectos centrais, nas linhas que se seguem, para depois examiná-la sob uma perspectiva crítica e assim verificar se pode ser adequada ao sistema e se atende às suas necessidades.

Aronne parte da idéia de que as teorias realista e personalista são incongruentes cada uma a seu modo, não solucionando os problemas trazidos ao intérprete com o manejo dos direitos reais.[327]

A evolução doutrinária, a seu ver, consiste em operar uma espécie de junção entre as teorias dos realistas e dos personalistas. Para tanto, sua premissa essencial é a distinção conceitual entre domínio e titularidades,[328] categoria na qual se insere a propriedade. Na posição específica em que um indivíduo detém o direito mais amplo sobre o bem, portanto, coexistem propriedade e domínio, com sentidos não apenas distintos entre si, mas sobretudo distintos daqueles que lhe costuma atribuir a doutrina.[329]

---

[327] ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, cit., p. 33.

[328] O conceito de titularidade não é criação de Ricardo Aronne, mas as conseqüências que ele extrai de seu manejo são sem dúvida originais. Entre outros, pode-se encontrar a referência à problemática das titularidades em PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, *cit.*, p. 715-725; FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil, *cit.*, p. 155-157. Confira-se ainda CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Ensino jurídico e titularidades: o lugar do professor. In TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 352-355.

[329] Conquanto ainda carente de mais desdobramento e explanação, esta é a teoria central defendida em ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, cit., passim; ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, passim.

Sua concepção de domínio é tipicamente realista. Para ele, o domínio não tem sujeito passivo, consistindo na junção de todos os direitos[330] que se podem exercer diretamente sobre uma coisa.[331] Abraçando sem pudores o legado realista, a visão de Aronne sobre o domínio implica, portanto, em concebê-lo como uma simples relação entre pessoa e coisa.

O conceito de propriedade, descrito como complementar ao de domínio, se aparta entretanto do realismo e vai se identificar com a tradição personalista.

Aronne descreve a propriedade como uma forma de titularidade. Nela a relação se estabelece entre pessoas e não com diretamente com a coisa que é objeto do direito, e por isso diz o autor que a propriedade (todas as titularidades, de modo geral) instrumentaliza o domínio.[332]

Os direitos reais limitados são constituídos por desmembramento do domínio, a partir dos poderes (ou "direitos", na terminologia do professor) que o compõem. De tal sorte que, enquanto o domínio é instrumentalizado pela propriedade, os direitos reais menores constituídos a partir de compressão do conteúdo do domínio são instrumentalizados por outras titularidades, como o usufruto, o uso, a habitação, a servidão, o direito de superfície, e tantos quantos instituir o ordenamento.[333]

Ocorre que, e esta é talvez a mais original contribuição da obra, domínio e titularidades não compartilham a mesma natureza jurídica.

Em conformidade com a exposição de Ricardo Aronne, o domínio e todos os seus desdobramentos são, propriamente, direitos reais. A propriedade e as demais titularidades não o são, pois são relações intersubjetivas pertencentes ao campo dos

---

[330] A opção terminológica é pouco feliz. Parece melhor fazer referência ao termo "poderes", utilizado neste trabalho em seguimento à terminologia pontiana, ou mesmo a expressão "faculdades" do domínio.
[331] ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, cit., p. 89, 111 e 115.
[332] ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, cit., p. 165.
[333] ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados, cit., p. 137 e 186.

direitos obrigacionais, uma vez que o dever de abstenção teria natureza obrigacional.[334]

O domínio ou seus poderes destacados para a constituição de direitos limitados se exercem diretamente sobre a coisa, ao passo que a propriedade ou as demais titularidades se exerce *erga omnes*, contra todos os terceiros.[335]

Concretizando-se a construção descrita no plano, por exemplo, do usufruto, o que se tem é que os "direitos" de usar e gozar serão exercidos diretamente sobre o bem, têm natureza de direito real e não dispõem de sujeito passivo. O usufruto em si, como titularidade que é, tem natureza obrigacional e se compõe de deveres negativos e positivos impostos a toda a coletividade.

Com este caráter obrigacional, as titularidades são intersubjetivas, dinâmicas e relativas, enquanto o domínio e os desdobramentos dominiais são absolutos, reais e dispensam a abstenção de terceiros.[336]

Fica clara, portanto, a associação entre as teorias realista e personalista promovida pela tese de Aronne, que se faz com acréscimos originais como a cisão entre as esferas coexistentes e o caráter obrigacional das titularidades.

Para o autor citado, a perspectiva teórica desenvolvida permite atender às necessidades decorrentes da repersonalização do direito civil, servindo diretamente à função social dos direitos reais, por valorizar a dinâmica intersubjetiva do exercício dos direitos sobre os bens.[337]

---

[334] ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, cit., pp. 88, 94 e 101; ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados, cit., p. 129-130 e 188-189.
[335] ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados, cit., p. 199.
[336] ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados, cit., p. 177.
[337] ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, cit., p. 2.

Para ele, a divisão entre as esferas real e obrigacional diretamente interligadas é essencial e não pode ser afastada,[338] pois é o elemento central para viabilizar esta funcionalização.

A teoria aqui sumariamente exposta tem conseqüências interessantes, justamente por enfatizar o aspecto relacional e por procurar desenvolver os deveres impostos a terceiros em decorrência dos direitos reais, para além do elementar dever de abstenção.

Nada obstante, não deve ser adotada, por apresentar consideráveis dificuldades técnicas.[339]

Com efeito, não é factível a pretendida cisão entre os planos real e obrigacional na mesma situação jurídica.

Ao se examinar a propriedade, o usufruto, o direito de superfície, o que se tem é uma figura jurídica unitária. Em sua descrição, seus elementos estruturais e funcionais podem constituir um todo complexo (e de fato constituem, como mais à frente se assinalará) mas não se bipartem em dois direitos distintos, como leva a entender a proposta teórica em questão.

Além disso, não é razoável inserir conteúdo obrigacional na relação jurídica real.

Como foi observado anteriormente neste trabalho, direitos reais e e crédito se aproximam consideravelmente no direito contemporâneo, diluindo as velhas fronteiras. Esta proximidade não foi capaz, como igualmente demonstrado, de

[338] ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio, cit., p. 132.
[339] Em que pese tido repercussão e sido inclusive adotada por outros autores, como GARBI, Carlos Alberto. **Relação jurídica de direito real e usufruto**. São Paulo: Método, 2008, p. 54-59.

apagar a categoria eficacial correspondente aos direitos reais, que atende a necessidades próprias e mantém-se no sistema com suas vicissitudes próprias.[340]

Persistindo a distinção com todo o seu peso ideológico, semântico, prático, não há como caracterizar a propriedade ou uma servidão como um direito de crédito, ainda que mantendo em apartado o conteúdo de realidade. Nem Ginossar, em sua criativa iconoclastia, ousou tanto.

[340] Não se trata aqui de uma apologia ingênua à figura do direito real no sistema do direito privado e a uma sua suposta imutabilidade ou insuperabilidade, mas sim de verificar que, refletindo uma construção histórica sedimentada, ela atualmente segue servindo a finalidades específicas que o direito de crédito não atende suficientemente bem, e enquanto serví-las deve ser mantida. Daí dizer-se que "la figura del diritto reale, svalutata nella sua forma ideologica e nel suo valore ontologico, sembra ridursi adesso ad un dato meramente relativo, ad un termine convenzionale com cui si individua un particolare tipo di disciplina giuridica, previsto per uno stabile ancoraggio di certe situazioni alla cosa, con sicura efficacia nel tempo e valida opponibilità ai terzi." (COMPORTI, Marco. Diritti reali in generale, cit., p. 69-70).

CAPÍTULO 11 - A RELAÇÃO JURÍDICA REAL COMPLEXA

11.1 A RELAÇÃO JURÍDICA REAL

Conforme já afirmado neste trabalho, a noção de direito real tem limitações evidentes, por concentrar-se apenas na posição jurídica ativa. A rigor, não é possível pensar-se em função social dos direitos reais sem que se tenha em mente a relação jurídica real como um todo, com suas posições ativas e passivas e sua dinâmica própria.

Nada obstante, a doutrina, e particularmente a nacional, tem explorado pouco a relação jurídica[341] no campo do direito das coisas. Não é difícil concluir que este distanciamento tem origem na teoria realista e, mesmo depois, com o maior prestígio do personalismo, se explica pelo exercício direto do direito real sobre o bem, que pode mascarar a perspectiva relacional.

Pode-se confirmar estas observações sem muita dificuldade. Autores clássicos[342] e contemporâneos[343] têm feito exposições sobre o direito das coisas focando a figura do direito real, sem muita preocupação com a fixação do conceito necessário de relação jurídica real, que só aparece *en passant* quando da menção à oponibilidade *erga omnes* e à contenda entre personalistas e realistas.

Em um significativamente menor grupo de autores, no entanto, a relação jurídica real é destacada e vista como um tema relevante de direito das coisas, com

---

[341] Sobre a relação jurídica em termos gerais, confira-se MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., p. 170-223; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no direito privado. In FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 3-19.

[342] Ver, por exemplo, BEVILAQUA, Clovis. Direito das coisas, vol. I, cit., p. 301-306.

[343] Pode-se se exemplificar com GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. 7 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 185-186; GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge. El derecho real: elementos para una teoría general, cit., p. 33-88. Diversamente em GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoría general, cit., p. 88-89.

o adequado exame de seus elementos constitutivos e de sua aplicabilidade concreta.[344]

Mesmo nestes autores, porém, é forçoso observar que a inserção do direito real em uma perspectiva relacional parece estar deslocada, em um contexto típico do direito civil liberal, sem fornecer o suporte necessário para as necessidades do direito contemporâneo.

Isso acontece porque a descrição que se faz da relação jurídica real tende a contemplar apenas o dever de abstenção. Do lado ativo, descreve-se o sujeito detentor do direito real, com suas específicas prerrogativas, e, do lado passivo, a coletividade sujeita a respeitar tal direito, e nada mais.

Pode-se sintetizar esta posição da doutrina da seguinte forma:

> No directo pessoal, o sujeito passivo é determinado e individual. No directo real, o sujeito passivo é indeterminado e geral. No direito pessoal, o dever a cargo do sujeito passivo pode constituir um fato positivo, ou seja, pode consistir em uma ação (obrigações de dar e de fazer), ou pode ser um fato negativo, ou seja, pode consistir em uma inação, omissão ou abstenção (obrigações de não fazer). No direito real,o dever a cargo do sujeito passivo não pode ser senão negativo, ou seja, apenas poderá consistir em uma inação, omissão ou abstenção.[345]

Essa leitura, embora não seja incorreta, é certamente restritiva.

A partir da exigência de funcionalização das situações jurídicas reais, é preciso que a teoria da relação real contemple com maior precisão os deveres impostos ao sujeito ativo e a efetiva posição que os terceiros nela tomam, enquanto

---

[344] Vide, por exemplo, a cuidadosa exposição de MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., p. 199-205.

[345] GATTI, Edmundo. Derechos reales: teoría general, cit., p. 88, tradução livre. No mesmo sentido: “A relação jurídica de direito real irradia direito que se dirige a sujeitos passivos totais. Por isso, gera pretensão exigível de qualquer um (alter), não apenas de A ou B, determinadamente, de abster-se de violar o direito real. Os correspectivos dever e obrigação de abstenção vinculam a todos, não somente aos vizinhos ou a certas pessoas. Têm, portanto, sempre caráter de direito absoluto, nunca de direito relativo.” (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, cit., p. 203).

ocupantes de um pólo passivo que não é mais mero componente da oponibilidade *erga omnes*.

Como visto anteriormente, a função social gera deveres ao proprietário e também atribui direitos aos não-proprietários.

Com apoio nesta perspectiva, é preciso adaptar a relação jurídica real para abranger as posições jurídicas que decorrem da funcionalização, e que não eram objeto de consideração da doutrina.[346] Para isso, há que se precisar a mutação por ela sofrida, o que demandará uma atitude crítica por parte do intérprete, a operar uma renovação da teoria anteriormente estabilizada.

11.2 PROPOSTA PARA UMA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA REAL COMO RELAÇÃO COMPLEXA

Aquele que se debruça sobre a intrincada matéria dos direito das coisas tem o dever inexorável de articular coerentemente uma análise da relação jurídica real que (a) se justifique no campo dos direitos reais, sem recorrer a figuras externas, (b) apresente a relação jurídica real como um todo orgânico, sem partições, e, por fim, (c) atenda satisfatoriamente às necessidades contemporâneas que se impõem ao sistema.

Já está assentado que a teoria da relação geral com a qual se trabalha comumente hoje (e este alerta se aplica apenas aos autores que têm o cuidado de examinar diretamente essa perspectiva relacional, porque em muitos ela está oculta

[346] "A flexibilidade das categorias jurídicas é a condição de sua adaptação à evolução social. Incessantemente, surgem situações novas, relações jurídicas novas, bens novos, técnicas novas, etc. O direito deve integrá-los na ordem jurídica existente graças às instituições estabelecidas, às vezes corrigindo-as ou completando-as." BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, trad. Maria Ermantina Galvão, p. 274-275.

ou meramente subentendida) não se mostra capaz de atender aos reclamos do sistema.

Isso ocorre porque, devido à ausência de uma teoria geral do direito das coisas, temas da maior relevância para este campo do direito privado foram relegados a um segundo plano, o que fez com que a doutrina se mantivesse presa ao estado da arte típico da modernidade.

De fato, a compreensão da relação real à luz da teoria personalista, com o sujeito passivo detentor de um direito sobre um bem e a coletividade vinculada meramente ao dever absoluto de se abster de violá-lo representa uma evolução que exprime a transição do conceito antigo (apenas um poder diretamente exercido sobre a coisa) para o conceito moderno.

O problema é que, apesar de todas as mudanças sociais e propriamente jurídicas experimentadas desde a pandectística, este conceito moderno nunca foi superado pela construção de uma teoria contemporânea, que pudesse se inserir no sistema sem anacronismos e oferecer soluções mais adequadas para os problemas atuais.

Observe-se contudo que, na outra quadra do direito civil patrimonial, esta transição se completou plenamente e há algum tempo.

Não foi fortuitamente que a teoria da relação jurídica obrigacional abandonou a sua formulação moderna e assumiu a forma contemporânea de obrigação como processo ou como relação complexa. Isto ocorreu porque, neste campo, ao contrário do direito das coisas, a estruturação de uma teoria geral é um fenômeno consolidado e o intérprete se vê forçado e habituado a refletir os temas fundamentais, que não podem ser relegados a um segundo plano e têm de acompanhar a evolução natural da matéria.

O trajeto da relação obrigacional simples para a relação obrigacional complexa é bem conhecido, mas é útil relembrá-lo brevemente.[347]

A teoria moderna da relação de crédito a descrevia como uma relação de mão única, em que o credor titulariza todo o conteúdo ativo e poderia reclamar do devedor uma conduta positiva ou negativa, sendo este o centro de imputação de todo o conteúdo passivo.[348]

A teoria contemporânea procura organizar a relação obrigacional como um todo complexo, em que não há apenas o dever de prestar e o correspondente direito de exigir, mas toda uma série de posições ativas e passivas em feixe.[349]

A obrigação complexa é vista como um processo, uma soma de direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situações de acionado, exceções e situações de exceptuado, estruturando-se uma relação de cooperação entre credor e devedor voltada para atingir uma finalidade específica, que é o adimplemento.[350]

O desenvolvimento da relação real é dinâmico e variável, consistindo em uma sucessão de atos que não é pré-determinada, mas sim decorrente das necessidades

---

[347] Uma reflexão sobre o marco de sua adoção no direito brasileiro pode ser lida em XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In FACHIN. Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, 2008, p. 299-322.

[348] Daí a descrição da relação obrigacional como "relação transitoria de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma cousa, em regra, economicamente apreciavel, em proveito de alguem que, por acto nosso ou de alguem comnosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão." (BEVILAQUA, Clovis. **Direito das obrigações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 14)

[349] O "vínculo obrigacional abriga no seu seio não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade complexa." (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, cit., p. 586). Para uma ampla exposição da estrutura e da função da obrigação contemporânea consulte-se, do mesmo autor, CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. I, 1999, pp. 9-388. Sobre as posições em feixe reunidas no todo da obrigação, consulte-se MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XXII, 1958, p. 13.

[350] SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 8-12.

que só se concretizam à luz das circunstâncias de cada relação obrigacional específica.[351]

Essa concretização do processo obrigacional depende diretamente da idéia de boa-fé objetiva e dos deveres laterais[352] que dela decorrem.[353]

Os deveres laterais têm autonomia do dever de prestação e servem para fundamentar as exigências impostas às partes envolvidas na relação obrigacional, que não decorrem diretamente do dever básico de prestação e conduzem a uma obtenção mais precisa da finalidade do adimplemento adequado.[354]

Pois bem, o direito das coisas, até pela proximidade que tem com o direito das obrigações no seio do direito civil patrimonial, tem de descrever trajetória semelhante à do estabelecimento da relação jurídica de crédito na contemporaneidade. E para a construção de uma noção contemporânea da relação

---

[351] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62-66.

[352] Também chamados anexos, acessórios ou instrumentais. Dever lateral parece ser uma expressão mais precisa, pois os referidos deveres estão a latere do dever principal de prestação, com ele não se confundindo em sua autonomia. Vale ressaltar que Paulo Lôbo tem defendido, para além dos deveres laterais ou anexos, os deveres gerais de conduta (de boa-fé objetiva, de realização da função social, de equivalência material, de equidade, de informar), que transcendem este caráter secundário e assumem papel preponderante na teoria da relação obrigacional. Neste sentido: "Todavia, a evolução do direito fez despontar deveres de conduta que se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter ´caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento´, referido por Larenz, que tanta influência exerceu e exerce na civilística brasileira. Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implicam a dos outros." (LÔBO, Paulo. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (orgs). **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, vol. IV, 2005, p. 76).

[353] Acerca dos deveres laterais, consulte-se SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo, cit., pp. 111-114; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato, cit., p. 73; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil, cit., p. 594

[354] "Como foi dito, eles decorrem de fontes normativas e fáticas diversas, possuem suas eficácias independentemente da nulidade dos negócios subjacentes, podem subjetivar-se tanto na pessoa do devedor como na do credor e não se ligam à espécie de relação obrigacional ou ao tipo de contrato. Além disso, os deveres laterais são tidos genericamente como impossíveis de conhecimento prévio, do que se deflui não portarem, de regra, pretensão primária." (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato, cit., p. 90).

jurídica real, não deve surpreender que o fenômeno da relação jurídica obrigacional complexa seja uma referência efetiva e traga aportes teóricos consideravelmente relevantes.

O que se deve buscar, para fundamentar uma teoria da relação real contemporânea, é o seu próprio enquadramento como relação complexa. Esta complexidade decorre não da incidência do princípio da boa-fé, como no campo das relações de crédito,[355] mas sim da função social da propriedade, que empresta à relação real um caráter dinâmico que não se pode enquadrar devidamente na relação descrita pelos juristas da modernidade.

A teoria da relação real complexa, estruturada sob a ótica da boa-fé, demanda três precisões fundamentais: (a) a relação real é una; (b) na relação coexistem posições passivas e ativas em ambos os seus pólos; (c) a relação real tem caráter mutável e dinâmico que se imprime a todo o seu desenvolvimento.

A unicidade da relação real pode parecer evidente, mas não é. A doutrina italiana, por exemplo, tem descrito o direito real como portador de um elemento interno e externo, o primeiro representando a possibilidade de uso direto da coisa e o segundo a oponibilidade do direito contra terceiros.[356] Se nesta doutrina a bipartição ainda serve a um direito real em essência unitário, não o fragmentando de todo, a tendência é radicalizada na teoria de Ricardo Aronne, que não apenas aparta o domínio ou seus "direitos" constitutivos das titularidades como ainda lhes atribui natureza jurídica distinta.

---

[355] Embora, como já se salientou, a boa-fé objetiva não seja estranha ao direito das coisas.

[356] "E cioè l´elemento interno. La signoria del titolare sulla cosa anzitutto è l´elemento più visibile e appariscente. In secondo luogo esso è la polpa, la sostanza, la ragione d´essere del diritto reale. È la sua ragione d´essere anche, e soprattutto, dal punto di vista sociale. (…) Costituiscono in somma la sostanza economica de diritto reale, non la sostanza giuridica. (…) E passiamo ora all´elemento esteriore, che è dal solo punto di vista giuridico formale – come abbiamo visto – l´elemento che determina l´assolutezza." (BARASSI, Lodovico. Diritti reali e possesso, vol. I, cit., p. 28 e 34) Confira-se ainda ZAVALÍA, Fernando J. López de. Derechos reales, tomo I, cit., p. 34-43; TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006, p. 158.

Além disso, as posições jurídicas ativas e passivas decorrentes da função social podem induzir o intérprete a uma equivocada conclusão de que a relação real está de fato fragmentada.

Assim como na teoria da relação de crédito contemporânea, a complexidade da relação real não deve ser tomada como sinal de quebra de unidade, mas sim de reforço. Todas as posições jurídicas contidas no seio da relação real estão integradas em um todo orgânico, voltado à utilização do bem em conformidade com sua função social, de acordo com os objetivos traçados pelo sistema.

Este todo orgânico se compõe, como dito, de posições passivas e ativas que transcendem a clássica descrição do direito real e do dever de abstenção. Decorrem da funcionalização da relação real deveres para o titular do direito e direitos para os terceiros não-titulares.[357]

As posições passivas impostas ao titular do direito real implicam verdadeiros deveres contidos no seio da relação jurídica real, na medida que impõem condutas a serem praticadas no sentido de satisfazer a função social.[358]

Ocorre que, numa perspectiva relacional adequadamente descrita, estes deveres não estão isolados. Isso implica considerar a posição dos terceiros, que antes eram vistos em posição de mera abstenção,[359] passam a ser compreendidos

---

[357] Em sentido próximo ao defendido neste trabalho, com específica referência ao direito de propriedade, confira-se a opinião de Francisco Loureiro: "O conceito contemporâneo de propriedade é o de relação jurídica complexa, que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros. Há centros de interesse proprietários e não-proprietários, geradores de direitos e deveres a ambas as categorias." (LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188)

[358] Tepedino refere-se a "um feixe de deveres dirigidos ao cumprimento da função social da propriedade." (TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, cit., p. 312.

[359] Neste sentido é a exposição de ALVIM, Arruda. Comentários ao Código Civil, vol. XI, tomo I, cit., p.163-166.

como participantes em um contexto de cooperação[360] e, hoje se pode afirmar, detém verdadeiras posições ativas e podem exigir condutas concretas do titular.[361]

Para raciocinar concretamente estas posições ativas franqueadas ao terceiro, basta pensar na possibilidade de que este venha a exigir a cessação do exercício abusivo que viola a função social, de modo a que o titular seja forçado a adequar sua conduta aos ditames da funcionalização.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se encontra um exemplo interessante. Um município interiorano constituiu servidão de aqueduto para levar água potável à população. O proprietário de um dos imóveis atingidos pela passagem da tubulação pleiteou a mudança do traçado, que, embora assegurada pelo Código Civil, foi considerada contrária à função social da propriedade, pelo fato de interromper o fornecimento de água para os moradores locais, o que subordinaria o interesse coletivo ao individual.[362]

Embora no caso concreto a discussão judicial tenha se dado entre o município e o proprietário do prédio serviente, é correto dizer que qualquer dos terceiros prejudicados, assim como o Ministério Público na defesa dos interesses transindividuais, poderia exigir a remoção da conduta violadora da função social.

---

[360] LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa, cit., p. 47.
[361] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, cit., p.153-154.
[362] "AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDÃO DE AQUEDUTO. SISTEMA DE ABASTECIMENTO. REVOGAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PARALISAÇÃO DA OBRA. Constituição de servidão de aqueduto pelo Município de Tio Hugo para implantação de sistema de abastecimento de água potável para população de 3.000 pessoas com recursos advindos do Ministério da Integração Nacional. Pretensão de um dos proprietários atingidos pela obra de alteração do traçado da servidão de aqueduto. Prevalência do interesse público sobre o particular do proprietário de imóvel rural, mesmo considerando que a alteração do traçado desoneraria do gravame a sua propriedade. Caso concreto em que já houve a instalação da servidão de aqueduto na propriedade da parte agravada, não sendo admissível colocar em risco o abastecimento de água de toda a população local em época de notória escassez de recursos hídricos para averiguar a consistência de suas alegações de possibilidade de mudança do traçado da servidão de aqueduto. Eventual excesso por parte da autoridade administrativa a ser considerado no momento da fixação da indenização. Resguardo da função social da propriedade. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO." (TJRS, 3ª CC, AI 70023741697, rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 12/06/08)

Isso demonstra a inserção de conteúdo ativo titularizado por terceiros na relação real.

Outro exemplo palpável e já tratado neste trabalho reside na oponibilidade da exceção de descumprimento da função social, impedindo o titular de reivindicar, vindicar ou reclamar proteção possessória.

A oponibilidade de exceções de direito material por terceiros não-proprietários seria impensável em um contexto de relação jurídica real composta exclusivamente por dever de abstenção.

Entretanto, constitui posição cada vez mais sedimentada na doutrina a de que o proprietário que não atende a função social não pode obter a tutela jurídica de seu direito. Se existe um direito a, por exemplo, reivindicar, e o exercício desse direito é obstado pela alegação de que a função social não foi respeitada, tal alegação só pode ser compreendida como exercício de exceção. Se há exceções franqueadas a terceiros, confirma-se novamente a existência de posições jurídicas para além do dever de abster-se.

Vale salientar que a jurisprudência começa a absorver, ainda que lentamente, a idéia de exceção de descumprimento da função social e, por conseqüência, da relação real como relação complexa.

Um precedente interessante pela clareza com que manejou o conceito em questão foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que decidiu que possuidores de boa-fé que cumprem a função social têm proteção “em seu grau máximo”, devendo ser julgada improcedente a demanda proposta pelo proprietário para reaver o bem.[363]

---

[363] “EMBARGOS INFRINGENTES. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRINCIPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. DESTINAÇÃO SOCIAL À PROPRIEDADE. BOA FÉ DOS POSSUIDORES. PROTEÇÃO DA POSSE EM SEU GRAU MÁXIMO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

Por fim, não se poderia deixar de observar o caráter dinâmico da relação jurídica real contemporânea.

É possível afirmar, em tese, que o sujeito ativo tem, além de direitos, deveres. É também possível afirmar que em tese os terceiros expostos à relação jurídica real terão posições ativas a exercer face ao titular. Mas não é possível determinar *ex ante*, com exatidão, quais serão esses deveres.

Com efeito, à semelhança do que se passa na relação de crédito contemporânea com os deveres laterais, as posições ativas e passivas decorrentes do princípio da função social são variáveis a depender do estatuto proprietário envolvido e das circunstâncias igualmente cambiáveis que envolvem os terceiros e o tipo de utilização emprestado ao bem.

Por isso estas posições só se podem individualizar frente à concreta situação real, em um determinado recorte temporal. O mesmo direito sobre o mesmo bem pode vir a funcionalizado de formas distintas ao longo do tempo, e os interesses dos não-titulares pode igualmente reclamar necessidades diferenciadas em momentos distintos.[364]

O imóvel pode, inicialmente, ter tido destinação residencial e depois ter sido utilizado para atividades empresariais, o que trará deveres distintos em decorrência da necessidade de funcionalizar de forma distinta o uso do bem. Pode ter sido ocupado por um hospital e hoje abrigar um centro comercial, e sem dúvida isso modificará os parâmetros para atendimento do princípio, pois a titularidade da instituição médica envolve outros interesses da coletividade.[365]

PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. REFORMA DO ACÓRDÃO." (TJRJ, 12ª Câmara Cível, EI 2009.005.00173, rel. Des. Lúcia Miguel S. Lima, julg. 20/10/09)

[364] Desnecessário dizer, a esta altura da exposição, que o caráter dinâmico da relação jurídica real em nada colide com o princípio da tipicidade dos direitos reais.

[365] Pode-se recordar a conhecida decisão do Superior Tribunal de Justiça que impôs a sociedade empresarial proprietária de hospital privado o dever de tolerar que médico não integrante de seus

Por outro lado, o adensamento populacional, a mudança das condições climáticas ou do grau de produtividade do solo, a reestruturação do plano diretor, muitos fatores contribuem para a variação das condições, com impactos nos variados direitos e deveres envolvidos.

Aqui é preciso ter em conta que a relação real é distinta da obrigacional. Nesta há um desenvolvimento (um processo, se se quiser referir a imagem clássica) voltado para o adimplemento e a conseqüente extinção, mesmo subsistindo deveres pós-contratuais. Naquela, a tendência é para a continuidade da relação, que não é instrinsecamente voltada à extinção, mas sim à manutenção.

Assim, deve-se compreender que esta funcionalidade dinâmica calcada no surgimento de posições ativas e passivas em ambos os pólos da relação tende à continuidade, pois se se trata de relação real tendencialmente perpétua, como a propriedade, enquanto estiver funcionalizada persistirá a sua plena tutela por parte do ordenamento jurídico e estas posições assumirão novo conteúdo conforme as necessidades de manutenção da relação jurídica real.

---

quadros efetuasse atendimento de urgência em suas instalações, com fundamento no princípio da função social: “MEDICO. DIREITO DE INTERNAR E ASSISTIR SEUS PACIENTES. COD. DE ETICA MEDICA APROVADO PELA RESOLUÇÃO CFM N. 1.246/88, ART. 25. DIREITO DE PROPRIEDADE. COD. CIVIL, ART. 524. DECISÃO QUE RECONHECEU O DIREITO DO MEDICO, CONSUBSTANCIADO NA RESOLUÇÃO, DE "INTERNAR E ASSISTIR SEUS PACIENTES EM HOSPITAIS PRIVADOS COM OU SEM CARATER FILANTROPICO, AINDA QUE NÃO FAÇA PARTE DO SEU CORPO CLINICO, RESPEITADOS AS NORMAS TECNICAS DA INSTITUIÇÃO", NÃO OFENDEU O DIREITO DE PROPRIEDADE, ESTABELECIDO O ART. 524 DO COD. CIVIL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, OU DIREITO DO PROPRIETARIO SUJEITO A LIMITAÇÕES. CONSTITUIÇÃO, ART. 5. - XXIII. 2. E LIVRE O EXERCICIO DE QUAL TRABALHO. A SAUDE E DIREITO DE TODOS. CONSTITUIÇÃO ARTS. 5. - XIII E 196. 3. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.” (STJ, 3ª Turma, RESP 27.039/SP, rel. Min. Nilson Naves, pub. DJ 07/02/94) O julgado foi comentado por TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro, *cit.*, p. 107.

CONCLUSÕES

O estudo aqui desenvolvido mostra que o direito das coisas tem muito a ganhar com o exame detido de seus fundamentos, que podem satisfatória e positivamente ser organizados sob a forma de uma teoria geral.

Muitos dos problemas hoje apresentados por este campo do direito privado decorrem, como visto, da carência de uma construção teórica aplicável a todas as situações jurídicas reais e à posse.

Impõe-se, portanto, superar a retórica da hipertrofia proprietária e superar as esparsas contribuições em matéria de direitos limitados, o que se faz por meio da percepção de que a propriedade não é a meta do sistema e convive com outras formas de apropriação de bens sem hierarquização, precedência ou prioridade de tutela.

É viável a pretensão de integração do direito das coisas e de construção de uma dogmática mais inclusiva, que supere a fixação na propriedade e absorva todas as titularidades de forma coerente e adequada.

Para isso, os aspectos estrutural e funcional da teoria do direito das coisas devem ser desenvolvidos e estudados em suas particularidades, traçando-se um panorama o mais possível homogêneo de sua organização.

Neste contexto, há que se salientar a superação das construções clássicas da tipicidade e da própria relação jurídica real. Estes institutos de secular desenvolvimento ganham uma feição renovada à luz do princípio da função social da propriedade e suas conseqüências concretas, e não podem mais ser vislumbrados sob uma perspectiva teórica que não atende aos problemas hoje postos ao intérprete.

De uma forma geral, pode-se sintetizar as conclusões obtidas nos pontos que se seguem:

I) O direito das coisas em Roma, refletindo o caráter essencialmente prático do direito romano, não permite a redução de suas categorias a uma teoria geral. A propriedade unificada e exclusiva do direito justinianeu marca a mais significativa herança da experiência jurídica romana para o direito das coisas.

II) O direito medieval, em sua multiplicidade de titularidades e vínculos, igualmente não pode ser reduzido a um perfil generalizante. A multiplicidade estatutária, no entanto, constitui importante legado para o direito contemporâneo, que a reciclará a seu modo.

III) No direito civil moderno, sobretudo a partir da pandectística, constrói-se uma teoria geral das obrigações (e mesmo uma teoria geral do direito civil). Esse processo de sistematização das categorias gerais não chegou ao direito das coisas por força da hipertrofia da propriedade, que, resgatando o modelo uno e exclusivo do direito romano tardio, passa a ocupar um papel central e auto-suficiente no sistema de direito das coisas, dificultando qualquer construção teórica que pudesse enquadrá-la em uma teoria ampla e suscetível de abranger os demais direitos reais.

IV) A mentalidade proprietária moderna avançou sobre o direito contemporâneo e com isso pouco se fez pela teoria do direito das coisas, em especial na experiência brasileira. Esta persistência de um sistema focado no discurso proprietário tradicional dificulta a funcionalização das situações reais limitadas, a inserção de novos direitos reais no sistema e a formulação de respostas para problemas novos que não encontrem solução pré-moldada na estrutura velha da propriedade. A organização de uma teoria do direito das coisas tem potencial para superar boa parte das dificuldades do sistema.

V) Assumida a tarefa de delinear uma teoria do direito das coisas, deve-se examinar em primeiro plano o seu aspecto estrutural, composto por temas clássicos como as distintas posições jurídicas reais, as características e o exercício dos direitos reais. Desta análise se verifica que os direitos reais, apesar de sua aproximação com os direitos de crédito no seio do direito civil patrimonial ainda constituem uma categoria própria, que continua a se justificar do ponto de vista teórico e prático e atende a necessidades específicas que o modelo obrigacional não pode satisfazer.

VI) Em seguida, é necessário dissecar o elemento funcional dos direitos reais, essencial a uma análise contemporânea da teoria do direito das coisas. Este só se pode apreender adequadamente sob uma perspectiva relacional, de modo a compreender todas as posições reais inter-relacionadas e seu funcionamento concreto.

VII) O princípio da tipicidade dos direitos reais deve ser repensado, considerando-se que, apesar da manutenção do número fechado de direitos reais e de seu monopólio legislativo, cada tipo real detém elementos essenciais e elementos não-essenciais. Na abertura destes segundos, há um amplo espaço onde penetra o auto-regramento privado, que poderá inserir e modificar conteúdo, fazendo com que a categoria direito real possa ser utilizada para satisfazer e solucionar interesses e problemas novos, sem abandonar os aspectos que a tornam atrativa para preencher necessidades econômicas concretas, em especial o exercício imediato sobre o bem e a oponibilidade *erga omnes*. A falta de desenvolvimento de uma teoria geral do direito das coisas claramente contribui para o fechamento da tipicidade real, enquanto que a sua estruturação permite articular os meios para flexibilizá-la.

VIII) O princípio da função social se aplica a todo o campo do direito das coisas, condicionando o próprio conteúdo de cada situação real e seu exercício. Por meio dele se persegue a despatrimonialização no direito das coisas e se viabiliza o atendimento aos valores do sistema, com especial importância do respeito aos interesses de terceiros não-titulares.

IX) O desatendimento das exigências da função social, delimitadas de acordo com o específico estatuto real, gera uma exceção de

descumprimento, que encobre a eficácia das pretensões de reivindicação, vindicação, reintegração, manutenção ou quaisquer outras que se dirijam do direito real ou da posse contra terceiros.

X) A relação jurídica real contemporânea é um organismo complexo porém unificado, em que coexistem posições jurídicas ativas e passivas em ambos os pólos relacionais, sem que se exclua o direito real sobre a coisa e o dever de abstenção, mas sem que se limite o seu conteúdo a estes. Essas posições jurídicas são determinadas por incidência do princípio da função social e são essencialmente mutáveis, variando conforme variem os terceiros envolvidos e as circunstâncias concretas que tocam o bem e sua utilização.

Esta última conclusão merece ser aprofundada.

A teoria clássica da relação jurídica real, em que pese a importância de sua construção e o peso da contribuição teórica de gerações de juristas, sem a qual as discussões que hoje se travam no direito das coisas estariam impossibilitadas, não fornece o instrumental necessário para descrever por completo o fenômeno das relações reais na contemporaneidade.

A concepção de uma relação jurídica real entre pessoas, afastando-se a insuficiente concepção de poder imediato do realismo foi um avanço respeitável e que não pode ter sua importância diminuída, mas é preciso que a doutrina opere a transição do modelo teórico moderno para o contemporâneo.

Carente de uma teoria geral, o direito das coisas evoluiu consideravelmente no que concerne à aplicação do princípio da função social. Entretanto, a teoria da relação real não acompanhou esta evolução.

Os efeitos que a doutrina mais atual e a própria jurisprudência vêm extraindo da funcionalização dos direitos reais não se conformam à estrutura tradicional da relação jurídica real. Verifica-se uma contradição consistente em afirmar que a função social gera deveres para o titular e posições ativas para terceiros não-proprietários e, ao mesmo tempo, manter a análise da relação real atributiva de um direito imediato sobre um bem secundado apenas por um dever geral de abstenção, sem mais conseqüências eficaciais.

A reelaboração da teoria da relação real atende, portanto, à necessidade de ajustá-la à incidência do princípio da função social como hoje é concebida, de modo a alcançar uma justificação técnica coerente para esses efeitos e eliminar o aparente choque existente no sistema.

Ao buscar identificar os fundamentos dessa teoria renovada, no entanto, o pesquisador se depara com a necessidade de que a relação real se justifique no campo da realidade.

Tentativas recentes como a de Ricardo Aronne, que enxerga na dimensão relacional do direito real uma natureza obrigacional, ou mais antigas, como a de Ginossar, que tratava da “propriedade de créditos”, acabam por importar uma negação da distinção entre relações reais e de crédito.

Embora seja correto observar que o direito patrimonial tem fundamentos em comum, que radicam sobretudo no projeto constitucional para a atividade econômica e em sua distinção das relações existenciais, a dicotomia direito real/direito obrigacional ainda sobrevive no direito privado.

Em que pese a aproximação das duas figuras, não há unificação. O direito real como categoria eficacial continua a se justificar como portador de características próprias, que atendem a necessidades concretas que o direito de crédito não pode suprir, e vice-versa.

Por isso dizer-se que é no campo da realidade que esse processo de atualização deve ocorrer, e isso se dá por meio da visualização de uma relação jurídica propriamente real estruturada de forma complexa, transportando para o campo dos direitos reais a evolução obtida com a teoria da obrigação como processo.

Abraçando esta referência, de resto bastante conhecida e hoje muito familiar àqueles que operam com o direito privado, torna-se possível descrever a relação real como uma soma de posições jurídicas em que tanto o titular quanto os terceiros detém posições ativas e passivas.

Não há quebra de unidade, na medida em que a relação se desenvolve una, gerando direitos e deveres (e pretensões, obrigações, ações, exceções...) voltados para o resultado essencial, que é a utilização racional e produtiva de um bem, com respeito aos interesses postos em contato com esta utilização. Da mesma forma, não há fuga do campo da realidade, pois não se recorre a justificativas obrigacionais para o conteúdo da relação real.

Perceba-se que os elementos descritos pela teoria clássica não são subtraídos. O titular continua tendo um direito a ser exercido diretamente sobre o bem, e os terceiros permanecem com o dever de respeitar esse exercício. Com a incidência do princípio da função social, no entanto, a esse direito do titular se juntam os deveres decorrentes da funcionalização, e ao dever de abstenção, os direitos que surgem da proteção dos interesses não-proprietários.

Esse feixe de posições jurídicas é variável no sentido de que há direitos e deveres que não surgem imediatamente, mas sim de acordo com as circunstâncias que envolvem o uso do bem, e é mutável por que ao longo do tempo sofrerá as variações impostas pelo câmbio das circunstâncias.

A função social impõe ao titular do direito real condutas que são determinadas em concreto, a partir do específico estatuto real envolvido, do exercício que se pretenda realizar e dos interesses coletivos e de terceiros em geral envolvidos. Logo, a natureza dinâmica e mutável da relação jurídica real é necessária para compreender esse desenvolvimento, que ganha características próprias quando se leva em consideração que, ao contrário da relação obrigacional, que tende à extinção, as relações reais perduram no tempo e com isso têm maior possibilidade de virem a se renovar.

A proposta de readequação da teoria da relação real como relação complexa, nos termos em que é aqui desenvolvida, tem ainda o importante efeito de trazer para o direito das coisas o resultado de uma atualização da relação jurídica que, fora dos seus domínios, já vem se operando há considerável tempo.

De fato, a teoria tradicional da relação jurídica, notável obra da pandectística, só se mantém intocada no campo dos direitos reais.

Fora dele, as exigências contemporâneas se fizeram sentir, exigindo atualizações. Além da relação obrigacional complexa, que remodela completamente a noção clássica de obrigação, poderia-se relembrar as transformações que conduziram às relações difusas e coletivas, permitindo o surgimento de ramos inteiros do direito que não se adequavam ao modelo clássico individual, como o direito do consumidor e o direito ambiental. Mesmo o direito de personalidade, visto

sob a perspectiva monista de um direito geral, não pode se enquadrar perfeitamente nos esquemas tradicionais.

Se o direito das coisas ainda permanece resistente à renovação da teoria da relação jurídica, essa resistência só se pode atribuir à ausência da teoria geral e à conseqüente resistência em pensar tal setor do direito privado para além do modelo proprietário clássico.

Com estas conclusões, crê-se demonstrada a viabilidade e a utilidade da sistematização de uma teoria geral do direito das coisas.

Esta opção teórica tem nasceudouro, como se vê, na persecução de objetivos de considerável e comprovada relevância para tal sub-ramo do direito privado, que não pode continuar enclausurado em uma perspectiva claramente anacrônica. É de se esperar que o debate aqui enunciado possa frutificar em resultados que permitam, como pretendido, um sistema de direito das coisas mais coerente, mais inclusivo e mais apto a responder às necessidades e exigências do tempo presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A multipropriedade imobiliária hoteleira e o direito internacional privado. **Unijus**. Uberaba, vol. 9, n. 10, 2006.

_____. **Direito de superfície e sua formatação contratual**: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais. 2005. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Santos Albuquerque.

_____. Notas introdutórias sobre superfície e usucapião. **Revista de direito imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 29, n. 60, jan./jun. 2006.

_____. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como a Lei 11.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, jan./mar. 2006.

ALLENDE, Guillermo. **Panorama de derechos reales**. Buenos Aires: La Ley, 1967.

ALPA, Guido. **Istituzioni di diritto privato**: problemi. Torino; UTET, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse.** Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1999.

_____. **Posse**. Rio de Janeiro: Forense, tomo II, 1999.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Da prescrição e da decadência no novo Código Civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2004.

ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, vol. XI, tomo I, 2009.

_____. Princípios gerais do direito das coisas: tentativa de sistematização. In ALVIM, Angélica Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto. **Atualidades de direito civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. As obrigações propter rem. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **As obrigações na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARIMATÉA, José Rodrigues. **O direito de propriedade**: limitações e restrições públicas. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

ARNAUTOGLOU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**. São Paulo: Odysseus, 2003, trad. Ordep Trindade Serra e Rosiléa Pizarro Carnelós

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

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. A tipicidade dos direitos reais. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

_____. **As relações jurídicas reais**. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1962.

AZEVEDO, Philadelpho. **Destinação do imóvel**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1957.

BAPTISTA, Silvio Neves. A evolução conceitual do direito civil. **Ensaios de direito civil**. São Paulo: Método, 2006.

BARASSI, Lodovico. **Diritti reali e possesso**. Milano: Giuffrè, vol. I, 1952.

_____. **Diritti reali e possesso**. Milano: Giuffrè, vol. II, 1952.

BARBOSA, Ruy. **Posse de direitos pessoais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. **La superficie**. Milano: Giuffrè, 2004.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996

_____. **El individualismo propietario**. Barcelona: Trotta, 1996, trad. Jesús Ernesto García Rodríguez.

_____. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**.Napoli: Jovene, s/d.

BART, Jean. **Histoire du droit privé**: de la chute de l´empire romain au XIX siècle. Paris: Montchrestien, 1998.

BAUER, Wilhelm. **Introducción al estudio de la historia**. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1952, trad. L.G. de Valdeavellano.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, trad. Maria Ermantina Galvão.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, tomo I, 2003,trad. R. R. Gama.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1941.

_____. **Direito das obrigações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada e direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2007.

BORGES, Marcos Afonso. Escorço histórico das terras particulares. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, jul./set. 2004, pp. 176-197.

BURDESE, Alberto. Il problema del diritto reale nell´ultima dottrina. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, anno XXVI, n. 3, mar./jun. 1980.

_____. **Manuale di diritto privato italiano**. Torino: UTET, 1974.

_____. **Manuale di diritto privato romano**. 4 ed. Torino: UTET, 2000

BUSSI, Emilio. **La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune**. Padova: Cedam, 1937.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, vol. I, trad. Douglas Dias Ferreira, 2003.

CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. **Direito romano**. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol. II, 1914.

CARBONI, Michele. **Il possesso ed i diritti reali in generale**. Torino: Fratelli Boca, 1916.

CARBONIER, Jean. **Droit civil**. 2 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1959.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?**: análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 5, vol. 20, out./dez. 2004, pp. 129-149.

CARDOSO, Vladmir Mucury. O abuso de direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Books, vol. I, 2000, trad. Adrián Sotero.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARRIL, Nelson J. López. **Publicidad de los derechos reales**. Buenos Aires: Depalma, 1965.

CARVALHO, Eusébio. Direito à propriedade: do discurso à realidade. **Revista síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, a. IV, n. 24, jul./ago. 2003, pp. 22-23.

CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº ano 86, nº 745, nov. 1997.

COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado**. Belo Horizonte: Líder, 2004, trad. Henrique de Carvalho.

COMPORTI, Marco. **Contributo allo studio del diritto reale**. Milano: Giuffrè, 1977.

_____. **Diritti reali in generale**. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 92-95.

_____. La proprietà europea e la proprietà italiana. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, a. LIV, n. 2, mar./abr. 2008.

_____. Profili attuali del diritto reale. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**. Vol 23, set./nov. 1979.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **A posse**: perspectivas dogmáticas atuais. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. I, 1999.

CORREIA JÚNIOR, José Barros. Patrimônio mínimo: bens para além das famílias. In ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodium, 2010.

CORTIANO JR., Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, v. 45, 1999.

_____. Ensino jurídico e titularidades: o lugar do professor. In TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **The ancient city**: a study on the religions, laws and institutions of Greece and Rome. Kitchener: Batoche Books, 2001, trad. Willard Small.

CRISTAS, Assunção *et alii*. **Transmissão da propriedade e contrato**. Lisboa: Almedina, 2001.

DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, trad. Francisco Javier Osset.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1972.

DE LOS MOZOS, Jose Luis. **Derecho civil**: metodo, sistemas y categorias juridicas. Madrid: Civitas, 1988.

DEBRUCHE, Anne-Françoise. Property in the archipelagos of human rights: comparative thougts on judicial exploration in Europe and Canada. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1983.

DINAMARCO, Cândido. **Execução civil**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ENNECERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. In ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 2 ed. Barcelona: Bosch, tomo II, vol. I, 1979.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

_____. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, vol. XV, p. 30.

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

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, trad. Elaine Nassif.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direitos reais**. 4 ed. Lisboa: Quid Juris, 2005.

FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição de 1988. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun. 2001.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.

FRANÇA, Vladimir Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esbôço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça,1952, vol. I.

_____. **Código Civil**: esbôço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça,1952, vol. II.

_____. **Consolidação das Leis Civis**. 3 ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, tomo I, 1876, p. LXVII

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e Costituzione**. 2 ed. Bologna: Zanichelli, 1988.

GAMBARO, Antonio. **La propietà**. Milano: Giuffrè, 1990.

GARBI, Carlos Alberto. **Relação jurídica de direito real e usufruto**. São Paulo: Método, 2008.

GARCÍA, César Rascon; GONZÁLES, José Maria. **Ley de las XII tablas**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2003.

GATTI, Edmundo. **Derechos reales**: teoría general. Buenos Aires: Lajouane, 2006.

_____; ALTERINI, Jorge H. **El derecho real**: elementos para una teoría general. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. 7 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

GIACOBBE, Giovanni. La superficie. In CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi (dir). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 2003.

GIBBON, Edward. **The decline and fall of the Roman Empire**. New York: The Modern Library, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, trad. António Hespanha e Macaísta Malheiros.

GINOSSAR, S. **Droit réel, propriété et creance**: élaboration d´un système rationnel des droits patrimoniaux. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1960.

_____. Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris: Sirey, a. 61, jan./mar. 1962, n.1, pp. 573-589.

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 5, vol. 20, out./dez. 2004.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade). In RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

GROSSI, Paolo. **A propriedade e as propriedades na oficina do historiador**. História da propriedade e outros ensaios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca.

_____. **La propiedad y las propiedades**: un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992, trad. Angel M. López y López.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987, trad. Gonzalo Hernandez.

HEDEMANN, J. W. **Tratado de Derecho Civil**: derechos reales. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, vol. II, 1955, trad. Jose Luis Dies Pastor e Manuel Gonzáles Enriquez, 1955.

HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. **Vértice**, Coimbra, n. 340, 1972

IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del diritto privato**. Padova: CEDAM, 1990.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**: étude comparative des droits français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. São Paulo: Saraiva, 1986.

JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodium, 2006.

JOSSERRAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 2 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, vol. I, 1932

JUSTINIANO. **Institutas do imperador Justiniano**. Bauru: Edipro, 2001, trad. Edson Bini.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle, p. 138.

KORKOUNOV, N. M. **Cours de théorie générale de droit**.Paris: V. Giard e E. Brière, 1903, trad. M. J. Tchernoff.

KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico**: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 2 ed. Chicago: University of Chicago, 1972.

LAMARCHE, Thierry. L´imprescritibilité et le droit des biens. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris:Dalloz, n. 3, jul./set. 2004.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: teoria general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, trad. Macias-Picaeva.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. **Empresa e função social**. Curitiba: Juruá, 2008.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 2002.

LEVITÁN, José. **Prescripción adquisitiva de dominio**. 3 ed. Buenos Aires: ASTREA, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectos, vol. I, 2003.

LIKILLIMBA, Guy-Auguste. La possession corpore alieno. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris:Dalloz, n. 1, jan./mar.. 2005.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A multipropriedade imobiliária (aspectos doutrinários e registrários). **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 8, vol. 32, out./dez. 2007.

_____. **O direito de superfície como instrumento de planificação urbana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, vol. 6, p. 2003.

_____. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (orgs). **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, vol. IV, 2005.

_____. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005

LONG, George. Superficies. In SMITH, William. **A dictionary of greek and roman antiquities**. London: Jonh Murray, 1875.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. VI, 1964.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, trad. Vera Maria Jacob de Fradera.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACKELDEY, F. **Manuel de droit romain**. 3 ed. Bruxelles: Société Typographique Belge, 1846, trad. J. Beving.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. Venda de imóveis com reserva de usufruto e o regime das reparações ordinárias e extraordinárias – o novo mercado da nua-propriedade

imobiliária. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 9, vol. 34, abr./jun. 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos de história do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 192.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A suppressio e suas implicações. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, a. 8, vol. 32, out./dez. 2007.

MATTEI, Ugo. Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato. **Rivista critica del diritto privato**. Napoli, Jovene, a. XV, vol. 1, mar. 1997.

MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005.

_____. Função social e diversificação do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. A. VI, n. 6, jun. 2005.

MAZZEI, Rodrigo. Abuso do direito: contradição entre o §2º do art. 1228 e o art. 187 do Código Civil. In BARROSO, Lucas Abreu (org). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972

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

MELLO, Henrique Ferraz de. Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis. In NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, primeira parte. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Tarso de. **Direito e ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade. São Paulo: Expressão Cultural, 2009.

MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ónus reais**. Coimbra: Almedina, 2000.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Buenos Aires: EJEA, tomo III, 1979, trad. Santiago Sentis Melendo.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **À margem do direito**: ensaio de psicologia jurídica. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**: com a emenda n. I, de 1969. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello e Cia., 1928.

_____. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, tomo I, 1998.

_____. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1977, p. XV.

_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2001, tomo XI.

_____. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XVIII, 1957.

_____. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo V, 1974.

_____. **Tratado de direito privado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomo XVIII.

_____. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1977.

_____. **Tratado de direito privado**. 2 ed. Campinas: Bookseller, tomo II, 2000.

_____. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo XIV.

_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, tomo VI, 2000.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo X, 1955.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo XXII, 1958.

MOCHOLI, Miguel Moreno. **El precario**. Barcelona: Bosch, 1951.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, vol. III, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 779, 2000.

MORELLO, Umberto. **Multiproprietà e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1984

MORIN, Gaston. Évolution contemporaine du droit de proprieté. **Le droit privé français au milieu du XX siècle**: études offertes à Georges Ripert. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. 2 ed. Padova: CEDAM, 1988.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no direito privado. In FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOAILLES, Luis M. Valiente. **Derechos reales y privilegios**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.

NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e sistema do direito privado romano**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodium, 2008.

OLIVA, Milena Donato. A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 26, abr./jun. 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. **Multipropriedade e timesharing**: aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. **Istitutizoni di diritto civile italiano**. 3 ed. Firenze: Eugenio e Filippo Cammelli, vol. III, 1884.

PEINADO, Frederico Lara; GONZÁLES, Frederico Lara. **Los primeros Códigos de la humanidad**. Madrid: Tecnos, 2001.

PEIRÓ, Nicolas Nogueiroles. La evolución de los sistemas registrales en Europa. **Revista de direito imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 29, n. 61, jul./dez. 2006

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas: propriedade. In LACERDA, Paulo. **Manual do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, 2007, p. 1).

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, trad. Maria Cristina de Cicco.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, trad. Maria Cristina De Cicco.

PETIT, Eugène. **Tratado elementar de direito romano**. Campinas: Russell, 2003, trad. José Luis Custódio Porto.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso de direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances**. Habana: Cultural, tomo III, 1946, trad. Mario Diaz Cruz.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PUGLIATTI, Salvatore. Giustizia e diritto nella giurisprudenza romana. **Diritto civile**: metodo, teoria, pratica: saggi. Milano; Giuffrè, 1951.

RANIERI, Filippo. **Rinuncia tacita e Verwirkung**: tutela dell´affidamento e decadenza da un diritto. Padova: CEDAM, 1971.

RENNER, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica**: un contributo alla critica del diritto civile. Bologna: Il Mulino, 1981.

RESCIGNO, Pietro. Diritto privato futuro. In PERLINGIERI, Pietro (org). **Il diritto privato futuro**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1990.

ROTONDI, Mario. **Instituciones de derecho privado**. Barcelona: Editorial Labor, 1955, trad. F. F. Villavicencio.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1958, trad. Ary dos Santos, p. 368.

RUSSO, Ennio. Il concetto di diritto soggetivo. **Rivista di diritto civile**: supplemento anuale di studi e ricerche. Padova: CEDAM, 2008.

SALIS, Lino. **La proprietà superficiaria**. Padova: Cedam, 1936.

_____. La superficie. In VASSALI, Filipo (dir). **Trattato di diritto civile italiano**. Torino: UTET, vol. IV, t. III, 1949.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. IX, 1988.

SAVATIER, Renè. **Las metamorphoses économiques et sociales du droit privé d´aujourd´hui**. Paris: Dalloz.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Barcelona: Bosch, 1960, trad. José Santa Cruz.

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I, s/d.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Ação de imissão de posse**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de processo civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Roberta Mauro e. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, 2008..

_____. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOUSA, Rabindranath Capelo de; PITÃO, José António de França. **Código Civil e legislação complementar**. Coimbra: Almedina.

_____. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia. In VIANA, Ruy Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TASSONI, Giorgia. Multiproprietà. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, ano XXXI, nº 4, 1988.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo III, 2009.

_____. Autonomia privada e obrigações reais. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004,

_____. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006.

_____; Schreiber, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 6, n. 6, jun. 2006.

TORRENTE, Andrea. **Manuale di diritto privato**. 7 ed. Milano: Giuffrè, 1968.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno de sua função social. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**. Madrid: Edersa, vol. I, 1967, trad. Luis Martinez-Calcenada.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1979.

TUHR, Andreas Von. **Derecho civil**: teoria general del derecho civil aleman. Buenos Aires: Depalma, vol. I, 1946, trad. Tito Ravà.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In MARTINS-COSTA, Judith (org). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

VEIGA JÚNIOR, Dídimo Agapito da. **As servidões reaes**: estudo de direito civil. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1887.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVI, 2004.

VIEIRA, Jair Lot (org). **Código de Hamurabi – Código de Manu – Lei das XII Tábuas**. 2 ed. Bauru: Edipro, 2002.

VILLEGAS, Rafael Rojina. **Derecho civil mexicano**. 3 ed. Mexico: Antigua Libraria Robredo, tomo III, vol. II, 1954.

WEBER, Max. **História agrária romana**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, trad. António Manoel Botelho Hespanha, 2004.

WILHELM, Walter. **Metodologia giuridica nel secolo XIX**. Milano: Giuffrè, 1974, trad. P. L. Lucchini.

WOLFF, Martin. Derecho de cosas. In ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 3 ed. Barcelona: Bosch, tomo III, vol. II, 1971, trad. Blas Pérez.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In FACHIN. Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, 2008.

ZAVALÍA, Fernando J. López. **Derechos reales**. Buenos Aires: Zavalia, tomo I, 1989.

ZIMMERMANN, Reinhard. Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, a. XLVII, n. 6, nov./dez. 2001.