

**DANIEL LISBOA**

**PARA A RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS  
REAIS: O *NUMERUS CLAUSUS*, A TIPICIDADE E A  
AUTONOMIA PRIVADA**

**Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Paraná  
como requisito parcial à graduação no curso  
de Direito.**

**Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Jr.**

Curitiba  
2002

## TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL LISBOA

PARA A RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS REAIS: O *NUMERUS  
CLAUSUS*, A TIPICIDADE E A AUTONOMIA PRIVADA

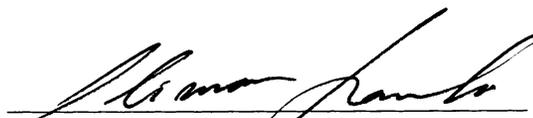
Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção da graduação no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador:



Prof. Dr. Eroulths Cortiano Jr.

Componentes da Banca:



Prof. Dr. Elinar Szaniawski



Prof. Dr. Antonio Alves do Prado Filho

Curitiba  
2002

Dedico esta monografia aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado, incondicionalmente, em todos os momentos da minha vida.

Agradeço ao professor e orientador Eroulths Cortiano Jr., cujas aulas me fizeram despertar para o tema da presente monografia, pelo constante acompanhamento e impecável revisão.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
INTRODUÇÃO.....	1
1. DIREITOS REAIS: PRIMEIRAS LINHAS .....	3
1.1 Teorias.....	3
1.2 Definição .....	4
1.3 Características básicas.....	6
1.4 Sistema .....	7
1.5 Direito de propriedade.....	7
2. NUMERUS CLAUSUS: A IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVOS DIREITOS REAIS .....	9
2.1 Sistema de <i>numerus apertus</i> : a autonomia privada na criação de direitos reais .....	13
2.2 A adoção do sistema de <i>numerus clausus</i> no ordenamento brasileiro .....	16
3. TIPICIDADE E NUMERUS CLAUSUS .....	20
3.1 Tipos abertos: a conclusão para o impasse da impossibilidade de atuação da autonomia privada nos direitos reais.....	22
4. EXEMPLOS.....	29
4.1 Multipropriedade imobiliária.....	29
4.2 <i>Shopping center</i> .....	33
4.3 Convenção condominial.....	35
4.4 Alienação fiduciária.....	37
5. MOLDES PARA A ATUAÇÃO DA VONTADE NOS TIPOS REAIS .....	39
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

## RESUMO

Procura-se discutir os fundamentos da teoria dos direitos reais, analisando-se suas características básicas e seu sistema. Os princípios da tipicidade e *numerus clausus* são estudados em suas raízes históricas, para ao final concluir-se que a manutenção da teoria clássica dos direitos reais, vedando a atuação da autonomia privada em seus modelos (tipos), encontra-se anacrônica, pois estes já não satisfazem a demanda social, distanciando-se cada vez mais da presente conjuntura sócio-econômica, uma vez que esta se apresenta em constante evolução. Verifica-se, em seguida, que entender serem abertos os tipos reais é a solução para a questão, pois, sem romper com o atual sistema, admitir-se-á que a autonomia privada realize as necessárias modificações nos tipos previstos em lei, permitindo constantes adaptações nestes e, dessa forma, um melhor aproveitamento social e econômico dos bens. Exemplos de situações concretas e hoje aceitas pelo ordenamento que não se amoldam perfeitamente à teoria clássica e aos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade são colecionados, demonstrando a necessidade da readequação teórica à realidade atual. Por fim, são estabelecidos limites à atuação da vontade, para impedir que situações indesejáveis, do ponto de vista sócio-econômico, possam ser criadas.

### Palavras-chave

Direitos reais; tipicidade; *numerus clausus*; *numerus apertus*; tipos abertos; autonomia privada; multipropriedade; alienação fiduciária; convenção condominial; *shopping center*.

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tenciona discutir a teoria dos direitos reais e sua adequação às novas formas de exploração dos bens, sobre os quais recai o objeto desse ramo do Direito Civil.

Inicialmente, procura-se desenhar um esboço da teoria clássica dos direitos reais, o sistema vigente e as teorias que buscaram determinar a natureza desses direitos. Em seguida, ousamos encontrar um conceito de direito real, suficientemente amplo para abarcar todas as suas várias espécies. São então pinçadas algumas características desses direitos, com o fim de demonstrar suas qualidades especiais e, dessa forma, sua importância social e econômica. O direito de propriedade é, por fim, abordado mais a fundo, pois servirá de base para a demonstração das mudanças que vêm ocorrendo nessa seara.

O princípio do *numerus clausus* é, na seqüência, introduzido. Discute-se sua origem, natureza, importância e fundamentos para adoção. Diametralmente oposto, o sistema de *numerus apertus* é estudado, com a mesma metodologia adotada para o *numerus clausus*. Num terceiro momento, conclui-se pela adoção, no Direito brasileiro, do sistema de *numerus clausus* para os direitos reais.

Examina-se a seguir o princípio da tipicidade, diferenciando-o do princípio do *numerus clausus* bem como se estabelecendo suas necessárias correlações. Os tipos abertos aparecem, nesse momento, como solução à adequação da teoria dos direitos reais à nova realidade social e econômica que circunda o aproveitamento dos bens. Através dos tipos abertos admitir-se-á a incursão da autonomia privada nos tipos reais, a chave da questão debatida neste trabalho.

Alguns exemplos de figuras modernas que, através da autonomia privada, realizaram transformações no conceito clássico de propriedade, demonstrando a necessidade de adequação da teoria a essa nova realidade são, então, elencados.

A multipropriedade imobiliária, o *shopping center*, a convenção condominial e a alienação fiduciária são rapidamente expostos em suas características básicas para

demonstrar a mitigação do conceito tradicional de propriedade, *iura in re potestas*, através de cláusulas advindas da vontade humana.

Por fim, procura-se estabelecer uma moldura para a atuação da autonomia privada nos tipos abertos de direitos reais, sempre levando em conta a boa-fé objetiva, os interesses sociais, de terceiros, dos próprios titulares desses direitos, e, acima de tudo, os valores existenciais e sociais previstos constitucionalmente.

## 1. DIREITOS REAIS: PRIMEIRAS LINHAS

### 1.1 Teorias

Cumpra necessária a confrontação das duas teorias basilares que se embateram na precisa determinação do que seja direito real, em contraposição aos direitos obrigacionais, a outra espécie do gênero direito patrimonial, quais sejam, a teoria clássica ou realista e a personalista. Além dessas, outras surgiram, de menor importância, que não tiveram repercussão considerável no estudo dessas espécies de direitos.

A teoria realista define o direito real como o poder imediato da pessoa sobre a coisa, exercida *erga omnes*. A *contrario sensu* direito pessoal seria o oposto unicamente a uma pessoa, exigindo, desta, comportamento pré-determinado. O caráter absoluto dos direitos reais se deriva do poder exercido sobre a coisa direta e imediatamente pelo sujeito ativo. A seqüela e a preferência seriam manifestações dessa oponibilidade *erga omnes*.

Fundada nas idéias da impossibilidade de existência de relação jurídica senão entre pessoas e de que a oponibilidade em relação a terceiros é própria de todos os direitos absolutos, e não apenas dos direitos reais, erigiu-se a teoria personalista, sustentando que os direitos reais também se enquadram como relações jurídicas pessoais, assim como os direitos obrigacionais. A distinção estaria no sujeito passivo da relação, que seria indeterminado, gerando uma obrigação passiva universal de respeitar o direito. Quanto aos direitos obrigacionais, o sujeito passivo é pessoa certa e determinada (ou ao menos determinável).

Essa teoria sofreu também severas críticas, num retorno à concepção clássica, dentre as quais a de que tal posicionamento acarretaria a supressão da categoria direitos reais, de que a obrigação de respeitar os direitos alheios não é característica

única dos direitos reais e de que a chamada obrigação passiva universal não é estritamente uma obrigação, e sim uma “regra de conduta”<sup>1</sup>.

Modernamente, procura-se a conciliação entre as teorias. O direito real não tem como única característica a oponibilidade *erga omnes*, bem como não é uma simples relação ente sujeito e coisa. Ele encontra seu sujeito passivo concreto no instante em que é violado, dirigindo-se, antes disso, contra todos de forma geral e contra ninguém de forma particular.

A melhor maneira de diferenciação entre os direitos reais e os obrigacionais (pessoais) seria o modo de seu exercício, segundo o mestre Orlando GOMES na trilha de DE PAGE, ou seja, “a caracterização do direito real será sempre o fato de se exercer diretamente, sem interposição de quem quer que seja, enquanto o direito pessoal supõe necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito”<sup>2</sup>. Outras características como necessária determinação do objeto e tendência a perpetuidade também facilitam a distinção.

## 1.2 Definição

Os direitos reais compreendem-se no nicho das relações entre indivíduos e os bens da vida necessários a eles, sejam estes corpóreos, incorpóreos, fungíveis, infungíveis, etc, desde que tais bens sejam passíveis de apropriação.

Os direitos reais se traduzem numa categoria de direitos subjetivos, como os direitos de crédito, os de personalidade, os potestativos, entre outros. Sua configuração precisa, porém, tem sido debatida a mais de dois séculos.

Para definir seu conteúdo, é importante uma análise gradual de seu conceito, apontado pelo professor ASCENSÃO: “Direitos reais são direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito”<sup>3</sup>.

Os direitos reais recaem indefectivelmente sobre uma coisa, permitindo o uso, gozo e/ou fruição desta por seu titular. A coisa objeto do direito real vincula-se de tal

---

<sup>1</sup> GOMES, O. **Direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 05.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 05.

forma a este que não há ato jurídico ou material capaz de produzir essa separação. Se ocorrer um furto da coisa, e esta passar por vários titulares, pode o proprietário reclamar destes o bem, sem qualquer direito de oposição por parte do pseudotitular, ainda que de boa-fé. Tal característica é chamada pelos doutrinadores portugueses de “inerência do direito à coisa”.

São absolutos porque não dependem de uma prévia relação jurídica para se constituírem, ao contrário dos direitos chamados relativos, que se assentam numa relação jurídica configurada, com sujeitos determinados que se obrigam entre si. Os titulares dos direitos reais garantem seu *status* na própria lei, independente de qualquer relação jurídica prévia. Por isso diz-se serem tais direitos oponíveis *erga omnes*, uma vez que podem valer perante qualquer um.

Lembra ASCENSÃO<sup>4</sup> que uma posição doutrinária recente admite a eficácia externa da obrigação, que também é oponível *erga omnes*. Soluciona-se o problema com a constatação de que essa eficácia externa não obriga terceiros a prestar, apenas os responsabilizam por possíveis interferências ao direito do sujeito ativo, que continua, única e exclusivamente voltado ao sujeito passivo da relação jurídica. O direito real não vincula ninguém em particular, mas basta que surja um obstáculo lícito ou ilícito a seu exercício, para que apareça no cenário jurídico a tutela correspondente.

Tanto isso é verdade que na ação de reivindicação basta que o autor demonstre a propriedade do bem e extraia uma pretensão contra o réu, que lhe retirou o domínio exclusivo atribuído por seu direito. Interessante notar que esta situação de violação não precisa ser necessariamente ilícita. Se o for, além da tutela concedida ao direito real, surgirá o dever de indenizar pelos prejuízos causados por parte do réu.

A preferência é outra diferença básica em relação a direitos obrigacionais. Estes cedem aos direitos reais pré-constituídos que a eles sejam incompatíveis. Dessa forma, se alguém recebe um bem como pagamento de uma dívida deve devolvê-lo se constatado que o devedor não era o verdadeiro titular do bem em tela.

Por fim, cabe ressaltar que os direitos reais são funcionalmente dirigidos para o aproveitamento da coisa de acordo com os interesses do sujeito. Com isso, o

---

<sup>3</sup> ASCENSÃO, J. de O. **Direito civil: reais**. 5. ed. rev. e amp. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 44.

conceito não fica adstrito a critérios meramente formais, uma vez que também se refere a um critério substancial, referente ao uso, gozo ou fruição da coisa por seu titular.

### 1.3 Características básicas

Além das características já pinçadas no momento da definição dos direitos reais, aponta o ilustre professor Orlando GOMES as seguintes características dos direitos reais: “tipicidade, elasticidade, publicidade e especialidade, isto é são criação exclusiva do legislador, admitem a aquisição restitutiva, sua constituição ou transferência devem ser acessíveis ao conhecimento de qualquer interessado e seu objeto há de ser coisa certa e determinada”<sup>5</sup>.

Interessante notar que além das características apontadas pelo professor baiano, os direitos reais ainda apresentam, exclusivamente, a seqüela e a preferência.

A primeira é o direito do titular do direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor. Tal direito se adere ao objeto de maneira integral e completa, como se fosse uma ferida ou uma cicatriz calcada em face, como aponta Silvio RODRIGUES<sup>6</sup>, ou adere à coisa como lepra (*uti lepra cuti*), como arremata de modo intenso Orlando GOMES<sup>7</sup>. Dessa forma, o direito real acompanhará sempre a coisa, seja qual for seu titular.

A preferência, no âmbito dos direitos reais de garantia (espécie de direito real, ao lado dos de gozo ou fruição), consiste no direito de receber o pagamento de uma dívida com o valor de um bem afastando outros credores, ou seja, preferindo seu crédito aos demais.

Outro elemento característico dos direitos reais é a publicidade, presente na quase totalidade dos casos, visto que os direitos reais sobre imóveis só se constituem

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>5</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 06.

<sup>6</sup> RODRIGUES, S. **Direito civil: direito das coisas**, 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p.08.

<sup>7</sup> GOMES, *op. cit.* p. 08.

após a transcrição ou a inscrição no Registro Público Imobiliário dos títulos respectivos, conforme determina o artigo 676 do Código Civil.

Além destes aspectos dos direitos reais, diz-se que os direitos reais somente seriam os enumerados pela lei, de modo taxativo, obedecendo ao sistema *numerus clausus*, conforme tratado a seguir e, com mais profundidade, no capítulo seguinte.

#### **1.4 Sistema**

Dentre os direitos reais vigora o princípio do *numerus clausus*. A sistemática gerada pela adoção desse princípio não pode deixar de ser casuística, como alerta ASCENSÃO<sup>8</sup>, uma vez que os direitos considerados como reais são inseridos empiricamente no Código, de forma descritiva e taxativa, o que contraria de certa forma a vocação de um Código, que deve ser sistemático, científico e generalizante.

Não temos uma parte geral, que atingiria os direitos reais enquanto gênero, para em seguida proceder as distinções necessárias entre os institutos. Em vez disso, o Código cuida dos institutos de forma singularizadora, com eventuais ligações entre eles.

Nessa esteira, entende o ilustre professor lusitano ser necessária uma teoria geral dos direitos reais. Haveria desenhos genéricos dos vários tipos legais, esboços, que ganhariam contornos definitivos quando tratados individualizadamente.

Essa sistemática favoreceria a visualização, e conseqüente, aplicação, de princípios gerais, tão caros ao estudo do direito contemporâneo, e, da mesma forma, não exigiria a clausura dos tipos reais nos moldes atuais.

#### **1.5 Direito de propriedade**

O direito real por excelência é o direito de propriedade. É o direito pelo qual o homem submete as coisas móveis e imóveis à sua vontade. Ele incide sobre a coisa e a ela se vincula.

Seguindo a tradição romana, nosso Código Civil, no art. 524, conceitua o direito de propriedade como o direito de usar, gozar e dispor da coisa de sua propriedade – *ius utendi, fruendi et abutendi re sua* – através da seguinte fórmula: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua”.

São quatro as matizes fundamentais do direito de propriedade. O *ius utendi*, que permite ao titular utilizar a coisa de acordo com sua vontade, o *ius fruendi*, que concede ao sujeito o poder de colher os frutos, naturais ou civis, de seu bem, e também de explorá-lo economicamente aproveitando seus produtos, o *ius abutendi*, que é o direito de dispor da coisa a qualquer título – vender, doar, trocar – ou ainda de consumi-la, alterá-la, transformá-la e até mesmo, destruí-la e, por fim, o *ius possidendi*, que se trata do direito de possuir o bem de sua propriedade, do poder fático sobre ele, condição material para sua utilização econômica (cabem exceções).

O direito de propriedade vem sofrendo, como não poderia deixar de ser, profundas modificações e restrições ao seu exercício. A idéia de função social da propriedade e os novos conceitos de propriedade, alguns dos quais veremos nesse trabalho, vêm a mitigar esses diferentes aspectos do direito em tela, antes entendidos como absolutos e inerentes ao próprio conceito de propriedade.

Não se permite hoje que alguém ateie fogo em seu apartamento, como fez Nero em Roma, que uma propriedade rural fique sem produzir (ou será desapropriada), que o condômino de um prédio realize modificações nas áreas comuns, que um multiproprietário redecore seu imóvel, que o dono de uma loja em *shopping center* permaneça um dia com suas portas fechadas, etc...

Várias dessas barreiras são de ordem pública, outras, porém, decorrem da autonomia privada do proprietário. Mas como se pode limitar um direito real através do uso da autonomia privada? Essa é a questão central da atual preleção.

---

<sup>8</sup> ASCENSÃO, *op. cit.*, p.30.

## 2. *NUMERUS CLAUSUS*: A IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVOS DIREITOS REAIS

A autonomia privada, classicamente, nunca encontrou nos direitos reais espaço de atuação. Isso porque vigora no Brasil, e na maioria dos países europeus, o sistema do *numerus clausus*, que impossibilita a constituição de outros direitos reais que não os previstos em lei.

O princípio dos *numerus clausus* surgiu na antiga Roma, com a idéia de um número limitado de direitos reais, a saber, propriedade, enfiteuse, superfície, algumas servidões (*iter, actus, via e aquaeductus*), e alguns direitos reais de garantia (penhor e hipoteca). As formas de ação, *actiones*, eram também típicas.

Essa orientação foi esquecida durante a Idade Média, que viu nascer uma infinidade de novos direitos reais além dos seis previstos no Direito Romano.

Reinou durante toda a Idade Média, portanto, a liberdade de criação de novos direitos reais, até pela própria formatação fragmentária do poder político da época, extremamente dividido, com porções independentes entre si. Resultado disso foi o aparecimento de uma estrutura complexa, assistemática e confusa de direitos reais, principalmente no âmbito da propriedade, que foi desmembrada. Sobre um mesmo bem recaia o domínio útil, o direto, o quase-domínio, etc. Enquanto um senhor era proprietário da terra, outro o podia ser das árvores, e outro dos animais silvestres, outro ainda das plantações, etc.

Lembram Edmundo GATTI e Jorge H. ALTERINI que “*el derecho feudal dadas las peculiares características vio florecer múltiples derechos reales, em especial sobre los inmuebles, em virtud de la posibilidad que beneficiaba al señor de imponer a sus vasallos las más variadas prestaciones (dinero, especie, servicios personales), que se configuraban como derechos reales*”<sup>9</sup>.

A partir da Revolução Francesa, retomou-se a idéia romana de limitar legalmente os direitos reais, visto que a pluralidade desses direitos atravancava o

---

<sup>9</sup> ZAVALÍA, F. J. L. *Derechos reales*. Tomo 1, Buenos Aires: Zavalía, 1989, p.78.

ideário capitalista, de liberdade individual, econômica, de unidade de mercado e de facilidade de circulação de bens. Introduziu-se o princípio do *numerus clausus*, baseado no receio da reorganização do antigo sistema feudal.

O sistema cerrado serviu como uma luva às necessidades daqueles que detinham o poder político na época, quais sejam, os burgueses. A mentalidade racionalista vigorante no período corroborava com essa idéia, refutando alegações de que a solução seria anti-histórica ao admitir a coerção legal ante o argumento de que esta estaria a impedir outra coerção ainda maior, a do uso da terra.

Após séculos sustentando a nobreza através dos mais diversos tributos, forjou-se, através de uma imposição legal, a liberdade da terra e daquele que a explora. Livre do pagamento das rendas fundiárias, a agricultura pode desenvolver-se, surgindo, num segundo momento, a exploração econômica desta, que antes era unicamente voltada à subsistência.

Vale dizer, o interesse dos revolucionários em propiciar à burguesia uma propriedade simples e laica, livre de interferências dos nobres e da Igreja, capaz de servir como instrumento de crescimento pessoal e de luta, acabou por levar à fixação legal, bem como à redução drástica dos direitos reais. Igualmente, limitaram-se seus conteúdos e duração, como veremos abaixo.

Ou seja, da mesma forma que a legislação napoleônica concedeu a mais ampla liberdade aos sujeitos de direito no campo dos direitos obrigacionais, limitou os direitos reais a um rol pré-determinado.

Em verdade, ambas as posturas foram baseadas em idéias liberais, no intuito de facilitar as atividades comerciais, fornecendo-as a segurança jurídica necessária para que fluíssem intensamente, o que gerava lucro aos burgueses e enfraquecia os nobres.

Apesar de posições contraditórias, ao franquear a máxima liberdade no campo das obrigações e fechar o rol dos direitos reais, os burgueses acabavam por lucrar duplamente. Seu poder aumentava e, ao mesmo tempo, diminuía a influência da nobreza. Daí depreende-se as motivações meramente político-econômicas que levaram à adoção desse sistema, que criou profundas raízes, e sustenta-se até os dias de hoje.

Ressalte-se que não se preocupou o legislador da época com os grupos mais carentes da sociedade, pois conferiu poderes ilimitados aos burgueses e gerou a propriedade absoluta e liberal, hoje sistematicamente atacada por conceitos sociais e democratizantes que levaram à salutar idéia da função social da propriedade.

Atualmente, sem diferir da sua concepção originária, pode-se afirmar que o princípio do *numerus clausus* consiste na necessária criação prévia, por via legislativa, dos direitos reais, sob pena de seu não reconhecimento no mundo jurídico. Vale dizer, esse princípio delimita a validade dos direitos reais, e até mesmo sua existência, ao previsto em lei.

Dessa forma, a lei limita aos particulares a criação de novos direitos reais, permitindo a existência jurídica apenas daqueles nela previstos. Veda, portanto, a utilização pelos indivíduos de figuras ou formas atípicas, bem como de convenções entre os sujeitos para a criação de novas figuras.

Diz-se ser impossível, nos países que adotam esse princípio, tais como Argentina (art. 2502 do Código Civil Argentino<sup>10</sup>), Portugal (art. 1306 do Código Civil Português), França, Japão (§ 175 do Código Civil Japonês), China (art. 757 do Código Civil Chinês) e Brasil (art. 674 do Código Civil Brasileiro)<sup>11</sup>, ver o surgimento de qualquer direito real que não os já previstos na lei.

Sustenta-se a adoção do sistema de *numerus clausus* por diversas razões, dentre as quais destaca ASCENSÃO<sup>12</sup>:

a) não permite a criação de situações inconvenientes para a circulação do bem, impedindo a constituição de vinculações e ônus ocultos, os quais não poderiam ser sequer previstos quando da transferência da titularidade do bem;

Nessa esteira, a adoção de um sistema de *numerus apertus* geraria efeitos perniciosos para a segurança jurídica das relações jurídicas envolvendo direitos reais,

---

<sup>10</sup> Código Civil Argentino, art. 2502: “*Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.*”

<sup>11</sup> FREIRE, R. da C. L. Princípios regentes do direito das coisas. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 141, p. 65-89, 1995, p. 79.

<sup>12</sup> ASCENSÃO, J. de O. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 78.

uma vez que pelas características destes, as convenções particulares que recaíssem sobre o bem poderiam ser opostas perante terceiros.

b) mantém a clareza do sistema, permitindo o correto funcionamento do registro;

De acordo com contido no art. 676 do Código Civil Brasileiro, subordina-se a aquisição do direito real à sua transcrição no registro competente, com exceção dos casos excepcionais, previstos no próprio código. Ora, se os registros públicos são disciplinados por lei especial, a qual aponta quais os atos suscetíveis de inscrição, bem como sua forma, onde o oficial encontrará a permissão para o registro de um direito real novo, constituído pelas partes e sem previsão legal prévia?

c) sua não adoção acarretaria numa ruptura quanto ao princípio da publicidade;

d) os bens imóveis têm crucial importância no desenvolvimento econômico, merecendo uma proteção especial pelo elevado interesse público na sua regulamentação.

Em verdade, a maior fonte da força desse princípio está na eficácia *erga omnes*, característica dos direitos reais não compartilhada pelos direitos obrigacionais (salvo exceção da eficácia externa referida acima).

Essa eficácia, superando-se a idéia da teoria personalista de inviolabilidade do direito real (estabelecendo um dever geral de abstenção), é vista hoje como oponibilidade perante terceiros (o que gera a possibilidade de impor um direito real, que se encontra aderido à coisa, àquele que esta em situações jurídicas ou de fato em relação a ela). Não seria conveniente a possibilidade da imaginação humana criar poderes e faculdades oponíveis a todos, uma vez que essas situações poderiam ser inconvenientes à circulação de bens, o que acarretaria terríveis reflexos sócio-econômicos.

Tal oponibilidade acarretaria, também, a necessidade de um conhecimento prévio desses direitos em todos seus contornos, para que se possa exigir que todos os respeitem. Essa publicidade só pode ser dada através da redução a certos tipos legais preestabelecidos.

## 2.1 Sistema de *numerus apertus*: a autonomia privada na criação de direitos reais

Historicamente, a possibilidade de livre criação de direitos reais já existiu durante a Idade Média (advento do sistema *numerus apertus*), em que a propriedade era dividida em domínio útil (servos, vassalos) e domínio eminente (senhor feudal, suserano).

Essa estrutura assistemática e aberta de direitos reais era resultante da realidade da época na qual o poder político era fragmentado, dividido entre o Império, a Igreja e os senhores feudais. Em vista dessa particularidade política, concebiam-se os desdobramentos da propriedade de modo a criar uma pluralidade de domínios sobre uma mesma coisa, conforme menção acima.

O sistema de *numerus apertus* encontra-se presente na formação dos contratos, vigorando o princípio da liberdade de estruturação do conteúdo, constituindo-se numa consagração da liberdade individual sobre o interesse coletivo; a pedra de toque desse sistema é, consoante a expressão lusitana, o *livre alvedrio* (autonomia privada).

Além de vozes isoladas de juristas brasileiros, tais como Washington de Barros MONTEIRO<sup>13</sup>, há uma corrente doutrinária baseada na orientação da jurisprudência francesa<sup>14</sup> que defende o *numerus apertus* na formação dos direitos reais, fundamentando-se no interesse da espontaneidade social, uma vez que o princípio da tipicidade – que assegura o *numerus clausus* – pode conduzir a um afastamento entre os esquemas legais e a vida prática; a vida é mais célere, mais ágil, posto que tem mais iniciativa que o legislador, havendo vantagem geral em respeitar os produtos dessa espontaneidade social no tocante à exploração dos bens.

Tal ponderação se destina a expor uma realidade diante da qual o legislador não pode dar as costas, visto que seria sua função, em adotando-se o sistema aberto, prever e excluir situações inconvenientes, deletérias, fruto do exercício irregular da

---

<sup>13</sup> MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil: direito das coisas*, 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 11.

<sup>14</sup> PLANIOL, M.; RIPERT, G. *Traité pratique de droit civil français*. Tomo 3, Paris: LGDJ, 1926, p. 44 *apud* RODRIGUES, S. *op. cit.*, p. 08.

autonomia privada. Esta teria demarcados os seus limites, uma vez entendendo-se que sua exclusão não pode ser admitida como meio de evitar dificuldades de previsão do sistema legal.

A corrente representada por Washington de Barros MONTEIRO no Brasil alega, em suma, que o sistema aberto atenderia muito mais às necessidades reais, adaptando-se a uma evolução que não deve ser obstaculizada.

Há autores como SERRANO Y SERRANO<sup>15</sup>, WOLFF e RAISER<sup>16</sup>, entretanto, que utilizam os argumentos de que o sistema *numerus apertus* permitiria a constituição de realidades socialmente inconvenientes e a existência de ônus ou vinculações ocultas, o que tiraria a clareza do sistema, dificultando o funcionamento do registro predial.

Os defensores do *numerus apertus* contrapõem-se a essas críticas apresentando soluções que as tornam insuficientes. Desde que fossem traçados limites ao exercício da autonomia privada e exigida a publicidade de todo o direito real inominado (quanto aos imóveis, sejam os fatos constitutivos dos direitos submetidos à inscrição no registro; no que concerne aos direitos sobre móveis – em que o registro está excluído – tornem-se a tradição e a posse elementos constitutivos de direito), as razões dos opositores cairiam por terra.

Vale dizer, aqueles que sustentam a tese do sistema aberto para os direitos reais acreditam que a clareza do sistema é um elemento que não deve ser superestimado. E é bem verdade que, da análise dos países que adotam o sistema aberto para os direitos reais, não se verifica que seus registros sofram sensivelmente com isso.

Na ordem jurídica portuguesa (a qual adota o sistema de *numerus clausus*), pelo fato de o legislador em parte alguma ter enumerado os direitos reais, essa doutrina (absolutamente minoritária) atesta que a qualificação das situações de direito real fora deixada inteiramente ao intérprete, ou seja, se este encontrar, na figura que analisa,

---

<sup>15</sup> SERRANO Y SERRANO, I. *El Registro de la Propiedad en el Código Suizo. Anales de la Universidad de Valladolid*, n. 18-19, p. 05, enero-junio 1934, apud GONDINHO, A. P. da R. *Direitos reais e a autonomia da vontade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

<sup>16</sup> WOLFF, M.; RAISER, L. *Sachenrecht Tübingen*, J.C.B., Mohr, 1957, s.10, apud ASCENSÃO, A *tipicidade...*, p. 80.

características essenciais da realidade, deverá atribuir a esse direito a qualidade de real, mesmo que o legislador não o tenha declarado, desde que não contravenha à ordem pública e aos bons costumes.

Quanto à estrutura jurídica, o ordenamento espanhol, ao lado dos ordenamentos escandinavos, é um dos poucos sistemas normativos que adota, sem divergências consideráveis em sentido oposto, o *numerus apertus* na criação dos direitos reais.

Apesar da adoção desse sistema não constar expressamente no Código Civil espanhol, a doutrina e a jurisprudência inclinaram-se nesse sentido porque a lei de registros públicos espanhola permite o registro de qualquer direito real. Dessa forma, consagrando-se o princípio da autonomia privada, é hoje assente que novos tipos de direitos reais podem ser criados, respeitadas algumas limitações e com ampla publicidade.

Não se pode dizer que no sistema espanhol a mera vontade acabe por incluir um determinado direito no rol dos reais. O registro das situações jurídicas é indispensável para sua oponibilidade *erga omnes*. Ademais, deve o direito representar uma verdadeira relação de poder direto sobre a coisa.

Da mesma forma que o *nomen iuris* de um contrato não o identifica, a simples atribuição de nomenclatura não gera natureza real a uma determinada relação jurídica. Nesta, como naquele, é o conteúdo, o complexo de poderes dela resultante que caracteriza como real o direito em questão.

Em suma, para o registro de uma nova figura real, e sua conseqüente validade na ordem jurídica espanhola, são exigidos, como delinea o jurista André Pinto da Rocha Osório GONDINHO<sup>17</sup>, de acordo com o Código Civil espanhol, Lei de Hipoteca e jurisprudência da *Dirección General de Registros y Del Notariado*<sup>18</sup> os seguintes requisitos:

---

<sup>17</sup> GONDINHO, *op. cit.*, p. 74-75.

<sup>18</sup> Corte espanhola especializada, cuja competência compreende questões envolvendo registro de direitos reais.

- a) a figura necessita tratar-se de um verdadeiro direito real, ou seja, deve cuidar de um poder direto do homem sobre a coisa. Note-se que essa exigência acaba por aproximar a nova figura dos direitos reais preexistentes;
- b) não pode a figura a ser criada contrariar a ordem pública, que deve ser entendida como o interesse público econômico;
- c) o objeto a ser gravado, bem como o direito real a que se pretende criar, devem ser minuciosamente descritos;
- d) devem ser respeitados os requisitos de forma para o registro, a saber, a escritura pública;
- e) não bastando a vontade criativa, exige-se a presença de uma causa econômica ou social relevante, o que acaba por demandar uma análise jurídica dos interesses das partes que motivam essa criação.

Tais condições acabam por permitir o convívio de forma plena da autonomia privada na criação de direitos reais, impedindo que a realidade social acabe por atropelar formas legais estáticas, que não mais condigam com sua necessidade.

## **2.2 A adoção do sistema de *numerus clausus* no ordenamento brasileiro**

O sistema pátrio, consoante majoritária doutrina, adota o sistema de *numerus clausus*, alegando que o artigo 674 do Código Civil enumera de modo taxativo os direitos reais, ou seja, somente são direitos reais aqueles discriminados no Digesto Civil e os instituídos em outras leis, não se admitindo a criação arbitrária de novos tipos ou a ressurreição de velhas espécies rejeitadas pelo legislador.

Entretanto, em contraposição a esse sistema fechado cuja origem remonta ao período romano, há o sistema aberto, cujas bases foram acima delineadas, acolhido por um pequeno grupo de civilistas, que sustenta ser livre às partes atribuírem realidade a direitos resultantes de convenções entre elas.

Entendem esses juristas não existirem empecilhos de ordem legal que vedem o estabelecimento de outros direitos além dos enunciados no artigo 674 do Código Civil, desde que não se oponham à ordem pública e aos bons costumes.

O civilista Darcy BESSONE<sup>19</sup> menciona juristas como Afonso FRAGA, LACERDA DE ALMEIDA, CARVALHO SANTOS e Philadelpho de AZEVEDO os quais consideram que a lista legal do discutido artigo supracitado é exemplificativa.

Como a pouco citado, outro jurisconsulto de renome, Washington de Barros MONTEIRO<sup>20</sup>, também entende que outros direitos reais podem ser criados pelas próprias partes, desde que não contrariem os princípios de ordem pública, alegando que texto legal algum proíbe, de modo explícito ou implícito, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes.

Analisando-se a jurisprudência brasileira sobre esse tema, GONDINHO aponta duas decisões do Supremo Tribunal Federal que se coadunam com a orientação de um sistema aberto de direitos reais. Assim se posiciona o voto do Ministro Castro Nunes no Agravo de Petição n.º 10.694 de 05.11.1943:

“Conforme acentua Carvalho Santos, citando Lacerda de Almeida, Philadelpho Azevedo, Affonso Fraga e Arnoldo Medeiros, a enumeração do artigo 674 do Código Civil é apenas exemplificativa, não esgotando as variadas figuras dos direitos reais (...). Os elementos históricos confirmam ser meramente enunciativa a disposição do Código Civil. De fato, Clovis Bevilacqua no seu projeto não afastou do direito então vigente (...) Ademais, não podia o legislador ignorar a doutrina já firmada no sentido de admitir a criação de outros direitos reais quando não houvesse disposição expressa na lei proibindo e vedando essa faculdade (...).”<sup>21</sup>

Na mesma linha, apresenta-se como entendimento do Ministro Orosimbo Nonato, relator nos autos do Recurso Extraordinário n.º 7.858 de 05.02.1950:

“Emergem dessas afirmativas numerosas questões, algumas muito sedutoras. Tenho com o embargante que não armaria obstáculo insubordinável à sua pretensão desencontrar-se o direito de que se trata (ocupante de terreno de marinha) entre os direitos reais enumerados no artigo 674. Esse dispositivo nem pode ter a virtualidade de limitar os direitos reais. Desde que estes se delinham com o seu conteúdo específico e a sua fisionomia própria não há que procurar sua menção naquele dispositivo para verificar-lhe a caracterização. Já Lacerda de Almeida observava não haver o Código Civil mencionado as modalidades de todas as figuras variadas dos direitos reais. O caráter real de uma situação prende-se à sua natureza mesma e não ao conceito do legislador. Demonstrou-se que parte, em brilhante página jurídica, Philadelpho Azevedo (...). E o prof. Arnoldo Medeiros da Fonseca trouxe àquela conclusão argumentos terminativos e cabais (...) Mas, a controvérsia relacionada com esses problemas

---

<sup>19</sup> BESSONE, D. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 09.

<sup>20</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>21</sup> GONDINHO, *op. cit.*, p. 31.

elevam-se nos altiplanos da doutrina e qualquer que seja a solução eleita ela não se mostrará contra texto expresso de lei.”<sup>22</sup>

Apesar desses julgados proferidos pela Corte Suprema pátria num passado não muito remoto, as doutrina e jurisprudência hodiernas se mostram pacíficas no tocante ao princípio do *numerus clausus* nos direitos reais. Em verdade, aquela postura jurisprudencial é reflexo de teorias anteriores ao advento do Código Civil brasileiro, que adquiriram alguma força ante a polêmica nascida do artigo 674 do Digesto Civil.

A controvérsia surgida se refere ao fato de que na redação primitiva do supracitado artigo consignava que “*somente se considera reais, além da propriedade*”. Em princípio, entendia-se que a eliminação do advérbio implicava na intenção do legislador afastar o caráter de taxatividade da enumeração.

Entretanto, a aversão a esse posicionamento é quase unânime na doutrina, uma vez que a supressão do advérbio *somente* não significa que outros direitos reais possam ser criados sem lei; o número é clauso, fechado, não pairando dúvidas – esse é o entendimento do ilustre jurista PONTES DE MIRANDA<sup>23</sup>. No julgado de Apelação Cível n.º 8.804 proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, extrai-se a mesma conclusão a que chegou o eminente jurista:

“Não importa que, ao elaborar o Código Civil, a expressão **somente**, limitativa dos direitos reais, que se encontrava no respectivo anteprojeto, fosse suprimida. Nem sempre pelo elemento histórico da formação da lei divisa-se a exata intenção do legislador. É que a lei soe surgir, para a vida do direito, desprovida dos liames que a envolveram em sua formação. Surge não raro, exprimindo uma idéia que vive na tradição do direito, por isso, o elemento histórico de sua formação, repelindo um fator de sua construção, nem sempre indica a solução nova da lei – indicativa de solução de continuidade entre o presente e o passado da vida do Direito. A força de tradição do Direito não se destrói senão por atos inequívocos”.<sup>24</sup>

Esse julgamento expressa a posição preponderante, hoje praticamente unânime no direito brasileiro, cuja orientação vigente se posiciona no sentido pacífico da aplicação do princípio *numerus clausus* dos direitos reais.

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 31-32.

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: propriedade e aquisição da propriedade imobiliária**. Tomo 11, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 59.

<sup>24</sup> GONDINHO, *op. cit.*, p. 35.

Em suma, um direito real, reconhecido como situação jurídica concreta, apenas existirá no sistema jurídico pátrio desde que haja norma legal anterior que faça expressa previsão.

Essa postura é aceita pelo ordenamento brasileiro, entre outras, por questões históricas, ligadas à influência da tradição romana e das codificações germânicas e latinas.

### 3. TIPICIDADE E *NUMERUS CLAUSUS*

O princípio da tipicidade se correlaciona com o *numerus clausus*, podendo dele ser diferenciado, não obstante a grande confusão doutrinária a respeito do tema.

Parte significativa da doutrina, laborando em erro, acaba por identificar os princípios da tipicidade e dos *numerus clausus* como sinônimos. Tal fato se dá pela grande proximidade entre ambos, que convivem, no mundo jurídico, numa relação de comensalismo. Dessa forma, a existência do *numerus clausus* só se justificaria de forma plena na medida em que se utiliza a tipificação dos direitos reais.

Cabe agora a conceituação do princípio da tipicidade, bem como sua diferenciação dos *numerus clausus*.

Ao adotar o princípio do *numerus clausus*, os legisladores tomam para si, com exclusividade, a competência para a criação das categorias de direitos reais. Precisam, via de consequência, indicar a formatação, os modelos, ou tipos, dos direitos cuja adoção é admitida, uma vez que não bastaria a simples nomeação, nem uma determinação genérica desses institutos na lei, para o fechamento do sistema almejado desde a adoção do sistema de *numerus clausus*.

A tipificação seria, nesse contexto, a previsão específica dos modelos permitidos pelo legislador para os direitos reais, especificando um a um, sua regulamentação jurídica, casos de incidência, limites, restrições, *etc*, de forma a delimitar a “configuração dos direitos reais, dado que esta configuração se encontra cogente e imutavelmente, portanto, disposta pelo legislador”<sup>25</sup>. Representa, portanto, “a escolha pela ordem jurídica, dentro de muitas realidades possíveis, daquelas que são consideradas relevantes”<sup>26</sup>.

Os poderes conferidos pela lei ao titular do direito real, graças à tipicidade, não poderiam ser contrariados, subvertidos ou alterados em seu conteúdo estrutural.

---

<sup>25</sup> FREIRE, R. da C. L. Princípios regentes do direito das coisas. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 141, p. 65-89, 1995, p. 80.

<sup>26</sup> ASCENSÃO, A *tipicidade...*, p. 55.

O art. 674 do Código Civil é exemplo de tipificação, trazendo elencados em seu bojo, taxativamente, quais os direitos reais existentes no sistema jurídico brasileiro. Em seguida, o Código traz o conteúdo de cada um desses direitos, limitando-os e formatando-os.

Melhor explicitando: A tipicidade indica e determina taxativamente quais serão os direitos reais, bem como seu conteúdo, sem permitir que possam haver desvios na expressão desses direitos, que são tomados com exclusividade pelo legislador através do princípio do *numerus clausus*. Aquela fixa o conteúdo estrutural do direito real, a forma de seu exercício, e este abraça a lei como única e inexorável fonte dos direitos reais.

A tipificação tem como fim estatuir a regulamentação de determinada figura jurídica. Não é, portanto, exclusividade dos direitos reais, sendo adotada pelos direitos obrigacionais em alguns casos – contratos típicos – e inúmeros outros ramos do Direito, notadamente o penal, que desenvolveu a teoria do tipo no mesmo compasso do seu próprio desenvolvimento. São casos em que, como salienta ASCENSÃO, na esteira de suas idéias sobre a sistematização dos direitos reais já expostas acima:

“A norma não se contentou com previsões ou determinações gerais, com conceitos portanto que abrangessem indiscriminadamente todas as situações. Foi mais longe, modelou tipos: e os tipos determinam-se por referência a um conceito que concretizam. Também o tipo jurídico, como todo tipo, é algo de mais concreto que o conceito. A tipicidade jurídica contrapõe-se, pois, à consagração pela norma de uma figura genérica ou de um conceito, sem quaisquer especificações.”<sup>27</sup>

É, portanto, uma técnica legislativa, e não uma forma inderrogável de sistematização de institutos jurídicos. E também é digna de falhas, como ocorre, por exemplo, com o seqüestro relâmpago, um crime não abarcado pelo sistema típico do direito penal (muito mais desenvolvido que o sistema dos direitos reais), e que, portanto, tem gerado confusões para a sua punição, que deveria ser intermediária entre o roubo e a extorsão mediante seqüestro (figuras cujos tipos penais mais se assemelham à conduta do seqüestro relâmpago).

---

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 56.

### 3.1 Tipos abertos: a conclusão para o impasse da impossibilidade de atuação da autonomia privada nos direitos reais

Como já foi exposto o ordenamento brasileiro adota, segundo a jurisprudência e a doutrina majoritárias, o sistema de *numerus clausus* para os direitos reais.

Ocorre que este sistema acaba por cristalizar tais direitos àqueles prescritos em lei, impedindo que novos formatos, criados pela imaginação dos empreendedores ou mesmo pela necessidade social, estejam adequados ao ordenamento.

Dessa forma, pelo simples fato de não se ajustarem ao que fora estatuído no começo do século passado por nossos legisladores ou em leis subseqüentes, e apesar de não macularem os princípios e ideais basilares do nosso sistema jurídico, essas novas figuras não podem prosperar.

Não há, porém, qualquer sentido nessa proibição, uma vez que de forma nenhuma estas novas figuras têm como função dificultar o comércio ou criar situações socialmente perniciosas, visto que têm como fito o melhor aproveitamento econômico e/ou social dos bens.

Este é, por exemplo, o caso da multipropriedade imobiliária, cujo fim é a popularização da propriedade predial, permitindo que pessoas tenham acesso a bens de raiz, notadamente para lazer, sem arcar com os altos custos de sua manutenção. É claro que as grandes incorporadoras obtêm alta lucratividade com tais empreendimentos, não se tratando de um instituto meramente socializante.

Diante desta constatação, o sistema aberto pode, a princípio, parecer a solução para a criação de institutos mais adequados a realidade social, mas na verdade não é assim, haja vista o exemplo espanhol, país em que se adota o sistema de *numerus apertus*.

Na Espanha, apesar da possibilidade de livre criação de direitos reais, nos moldes acima detalhados, estes não proliferam. Não há criações verdadeiramente originais que tragam soluções completas às necessidades sociais.

Na verdade, apesar da abertura do sistema, como bem descreve GONDINHO, não aparecem novos institutos de natureza real, “quer seja pelas dificuldades de

criação de tipos reais absolutamente novos, quer seja pelo contentamento que vínculos meramente obrigacionais transmitem aos interessados, na grande maioria das vezes”<sup>28</sup>. O que ocorre é a simples modificação dos contornos dos tipos pré-existentes no ordenamento jurídico, sem grandes inovações.

Dessa forma, adotando esse sistema, o ordenamento espanhol arca com todos os prejuízos advindos de um sistema aberto, como certa insegurança jurídica e dificuldade no registro público, tendo em contrapartida a possibilidade da influência da autonomia privada na criação de direitos reais.

Sem embargo, a atuação da autonomia privada permite o necessário dinamismo nas relações de direito real, fazendo com que estas sejam conformadas às necessidades atuais, e que esta conformação seja novamente alterada num segundo momento, num movimento contínuo em busca do melhor aproveitamento sócio-econômico dos bens, estes fundamentais à plena satisfação da dignidade humana.

A doutrina, porém, acena uma solução a estes entraves. Adotando-se o sistema de *numerus clausus*, é possível permitir certa variabilidade aos institutos previstos em lei (tipos), considerando-os tipos abertos.

Ensina GONDINHO que “o legislador procura encerrar, na descrição do tipo (estatuto), todos os elementos relevantes para a produção do almejado efeito prático, mas não precisa encerrar nela tudo o que é passível de ser descrito”<sup>29</sup>. Quando o legislador permite inserções no tipo, tratar-se-á de um tipo aberto, caso em que se pode agregar elementos diversos dos que já estejam nele presentes, desde que respeitados os limites já fixados. O tipo aberto tem suas fronteiras imprecisas, dada a variabilidade das suas características, exigindo complementação em alguns casos. O tipo fechado, ao contrário, não admite qualquer interferência externa, bastando-se por si mesmo.

O caráter aberto do tipo não é incompatível com a vigência de um sistema de *numerus clausus*. Este exige que se respeitem as formas estabelecidas em lei, mas não exclui que, nos quadros de uma forma legal, moldem-se alguns elementos juridicamente relevantes que não pertencem ao tipo, adequando-se certas vicissitudes do caso concreto.

---

<sup>28</sup> GONDINHO, *op. cit.*, p. 80-81.

Grande parte da doutrina entende serem os direitos reais tipos fechados, o que impede qualquer atuação da autonomia privada, mas alguns juristas, como Gustavo TEPEDINO<sup>30</sup> e ASCENSÃO<sup>31</sup>, ao contrário, afirmam que se tratam os direitos reais de tipos abertos, aos quais pode ser dada certa variabilidade, desde que, como já referido, mantidas as linhas mestras.

Esse posicionamento traz várias conseqüências principalmente no trato de figuras não previstas em lei, como a multipropriedade imobiliária, por exemplo, permitindo sua adequação ao ordenamento, sem a necessidade de uma lei especial que a qualifique como direito real, tal como foi sugerido por Orlando GOMES ao estudar a multipropriedade:

"... a natureza jurídica da multipropriedade continua obscura. A igual distância da propriedade e do usufruto seria um direito real atípico, e portanto uma espécie que não pode existir em face do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais.

Sem natureza definida e sem lei específica, no Brasil a multipropriedade reclama atenção especial dos juristas."<sup>32</sup>

Não coadunamos, porém, com o ensinamento do mestre baiano. Ora, a multipropriedade é hoje uma realidade no Brasil, apesar de incipiente, e conta com grande prestígio em vários países do mundo, como França e Estados Unidos. Entender ser atípico o direito resulta em qualificar como ilegal sua transcrição no Registro de Imóveis, o que resultaria *ipso facto* num grave problema envolvendo todos os negócios jurídicos cujos objetos foram compra e venda de multipropriedades no Brasil, ou em qualquer outro país que não tenha lei específica sobre o assunto e adote o princípio do *numerus clausus* para os direitos reais. Tais negócios teriam de ser anulados, ou ao menos, não gerariam os efeitos pretendidos quando de sua caracterização como direito real, o que desvirtuaria a figura, perdendo esta sua razão de ser.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>30</sup> TEPEDINO, G. **Multipropriedade Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 83.

<sup>31</sup> ASCENSÃO. **A tipicidade...**, p. 42.

<sup>32</sup> GOMES, Orlando. A multipropriedade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 18, s.d., *apud* PUGLIESE, R. *Time sharing, flat service, apart hotel, shopping center*, condomínios e loteamentos fechados: expressões modernas do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 733, p. 733-762, 1996, p.742.

Nessa linha, não cremos ser necessária a criação de lei específica para cada novo tipo proprietário que venha a surgir, como pretende Orlando GOMES, pois outra postura pode ser adotada, conciliadora quanto aos efeitos que essas novas figuras já possam ter gerado na esfera jurídica daqueles diretamente envolvidos e até de terceiros, e que também poderá resolver diversos outros problemas que venham a surgir pela sua não previsão legal.

Esta solução é, como já falado, a consideração dos tipos dos direitos reais como abertos, admitindo, como já tem sido feito para a multipropriedade através das previsões legais para a propriedade ordinária e o condomínio<sup>33</sup>, algumas inserções nesses tipos para adequá-los à atualidade.

Dessa forma, permite-se que as figuras estabelecidas de forma exclusivas pelo legislador (*numerus clausus*), com seus conteúdos delineados em lei (tipicidade), tenham certa variabilidade, permitindo a salutar atuação da autonomia privada para constituir tipos reais mais adequados às necessidades sociais, sem renunciar ao sistema vigente.

A admissão da autonomia privada não é um princípio absoluto, mas ela não pode ser descartada apenas para evitar eventuais dificuldades para registro, falta de clareza ao sistema, ônus ou vinculações ocultas como teimam em repetir os defensores dos tipos reais fechados. Como bem lembra ASCENSÃO, “não estamos já no início do século XIX; conhece-se bem as situações que se não aceitam”<sup>34</sup>.

O banimento da atuação da autonomia privada no campo dos direitos reais, como já visto, teve fundamentos históricos, para reforçar o poder da burguesia em detrimento dos nobres, que assentavam seu poder no domínio da terra. Esse domínio era dividido em útil e eminente, e, detendo este, os nobres estabeleciam obrigações e restrições a seus servos e vassallos.

Para romper com tal sistema feudal de dominação, a partir da Revolução Francesa passou-se a adotar a clausura no sistema de direitos reais, limitando-se a

---

<sup>33</sup> Não se pretende aqui concluir que a equiparação da multipropriedade ao condomínio seja o melhor caminho para a inserção da figura em tela no ordenamento jurídico, mas apenas e tão somente demonstrar a possibilidade do uso de tipos de direitos reais já estabelecidos para, com as devidas modificações, regularem novas formatações de direitos que devem ser considerados reais, por sua própria natureza jurídica.

<sup>34</sup> ASCENSÃO. *A tipicidade...*, p. 79.

autonomia privada, o que não deixa de ser um paradoxo, uma vez que um dos ideários máximos norteadores da revolução foi justamente a liberdade.

Não se verifica na atualidade, por conseguinte, razão que leve a impedir-se a atuação da autonomia privada na modelação dos direitos reais, muito pelo contrário.

A legislação deve caminhar no sentido de sistematizar as proibições a essa intervenção, uma vez que há problemas muito menores em excluir formas inconvenientes do que em acompanhar lado a lado a evolução social com construções legislativas que satisfaçam plenamente a demanda social de diferentes direitos reais.

Nessa esteira, em vez de impedir a atuação da vontade nos tipos reais, proceder-se-ia a proibição de eventuais criações prejudiciais, como uma servidão pessoal, por exemplo.

E nem se fale que os tipos abertos tratam-se de solução assistemática para a intervenção da vontade nos direitos reais. Diversos ramos do Direito os utilizam com grande sucesso, inclusive a ciência penalista, notabilizada por sua ferrenha, e absolutamente necessária, legalidade.

O fundamento maior para a aceitação da autonomia privada como meio de adequação dos tipos reais vem da lição do insigne Professor Luiz Edson FACHIN, que afirma que “o estatuto jurídico dos direitos reais anda rente à realidade sócio-econômica que o cerca, e revela elementos essenciais dos valores nela consagrados que repercutem no ordenamento jurídico”<sup>35</sup>.

Ora, o dinamismo em nossa realidade sócio-econômica é patente. A todo momento novas idéias estão surgindo, novos valores, novos empreendimentos, novas formas de exploração dos bens.

Por mais que o legislador procure criar novos tipos, ou transportar para a lei figuras criadas espontaneamente pela sociedade, novas fórmulas virão, exigindo uma contínua e célere produção legislativa concernente ao tema, o que, como sabemos, acaba sendo impraticável.

Cabe aqui lembrar a sempre atual observação de LAFFAYETTE sobre a questão:

"As pessoas pouco familiarizadas com os estudos jurídicos acreditam que o Direito Civil, preso à letra dos textos, não é capaz de progresso senão por via de reformas legislativas.

Este modo de ver é incorreto.

Certo, os textos não podem ser alterados senão por via de decretos do Poder Legislativo, mas a formação científica do direito caminha perpetuamente, não obstante a imobilidade da lei.

O direito objetivo, isto é, os textos, as fontes, encerram os princípios reguladores; esses princípios, porém, entregues à lógica dos jurisconsultos e à casuística da prática, desabrocham de conseqüências, tomam os mais largos desenvolvimentos e recebem aplicações surpreendentes."<sup>36</sup>

É o que vem ocorrendo com algumas das novas expressões do direito de propriedade no Brasil, que "se sustentam juridicamente na legislação condominial que regula essas espécies condominiais especiais, a despeito da difusão ampla e dos trinta anos que se passaram da sua promulgação. Não há lei própria e adequada à existência de novos condomínios que surgem, quer no tempo e espaço, quer nos loteamentos fechados ou nas galerias e *flats*. Vale a lei vigente, que foi elaborada para outro fim"<sup>37</sup>.

Em outras palavras, sem legislação específica sobre o assunto, e ante a proliferação de novas figuras, acabam sendo usados os tipos legais preexistentes para que se possa respeitar o princípio do *numerus clausus*. Ou seja, flexibiliza-se o tipo para adequar ao ordenamento as novas formas de direitos sobre bens, para que possam ser qualificados como reais, como efetivamente devem sê-lo.

Sobre o tema conclui Roberto J. PUGLIESE que:

"... o aperfeiçoamento das instituições decorrentes do direito de propriedade, advindas com a modernidade dos tempos atuais, está se realizando através da doutrina e dos arestos, enquanto que o direito positivo, nessa parte, anacrônico e paupérrimo, paira adormecido e inerte, ignorando a evolução cultural, sociológica, econômica e real que há boa data exige igual comportamento do acompanhamento e evolução jurídica"<sup>38</sup>.

Com a devida vênia, equivoca-se o doutrinador em sua conclusão, embora perfeitas suas premissas.

---

<sup>35</sup> FACHIN, L. E. O estatuto civil da clausura real. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 721, p. 49-51, 1996, p. 49.

<sup>36</sup> PEREIRA, L. R. *Direito das Coisas*. Ed. Hist. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, *apud* PUGLIESE, *op. cit.*, p. 738.

<sup>37</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p. 739.

<sup>38</sup> *Ibid*, p. 739.

Realmente a doutrina e a jurisprudência têm realizado o necessário aprimoramento nos tipos legais de direitos reais. Também correta a constatação de que o direito positivo atual sobre a matéria encontra-se insensível ante a evolução sócio-econômica pela qual estamos passando.

Mas a solução para o problema constatado não é criação legislativa como sugere o conspícuo doutrinador, uma vez que esta já provou ser incapaz de andar lado a lado com a evolução social e econômica no que se refere ao aproveitamento dos bens. Como já referido, a pedra de toque para que não se verifique mais o anacronismo na legislação concernente a direitos reais é a atuação da autonomia da vontade na modelação dos tipos.

Nesse passo, é impossível pretender estejam os direitos reais fixados de forma absoluta no texto legal e, ao mesmo tempo, acompanhando as modificações na sociedade. Apenas a intervenção da própria sociedade, através da autonomia privada, é capaz de manter impregnados nos direitos reais os valores que, naquele instante, são os mais caros a ela. E isso só se conseguirá através de uma elaboração doutrinária no sentido de permitir a atuação da vontade nos tipos reais, considerando-os tipos abertos.

## 4. EXEMPLOS

Nesse momento, cumpre necessário o descortinamento de algumas figuras correntes em nosso ordenamento jurídico que demonstram como a autonomia privada vem atuando, dentro dos limites estabelecidos nos tipos, na criação de novas formulações de direitos reais, de forma a adequá-los às exigências contemporâneas.

As figuras a serem descritas não são realmente novas, e já carecem de um estudo mais aprofundado há muito tempo. Uma vez que algumas delas como a multipropriedade e o *shopping center* ainda não receberam a devida atenção do legislador, criando tipos legais que os abarquem, essa coleção também comprova que não se pode esperar que a lei venha a regular todos esses novos direitos através da técnica da tipificação, sendo, nesse passo, premente a atuação da vontade modelando tipos preexistentes para que essas novas figuras não acabem por se quedarem em descompasso com o ordenamento jurídico.

### 4.1 Multipropriedade imobiliária

É uma figura relativamente nova, remonta a 1965, na França. É usada geralmente na exploração de imóveis de veraneio, os quais não são usados durante todo o ano, mas só durante as férias de seus proprietários. Através da multipropriedade, o imóvel não fica fechado durante o período que normalmente não seria usado, pois outros multiproprietários o estarão aproveitando o ano todo.

TEPEDINO conceitua o *time sharing*, como também é chamada a multipropriedade, como “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<sup>39</sup>. É, portanto, um direito de propriedade dividido em frações temporais destinadas cada uma a um dos multiproprietários.

A multipropriedade apresenta algumas espécies, quais sejam:

a) multipropriedade societária: Nessa modalidade, é criada uma sociedade anônima da qual os multiproprietários são acionistas preferenciais, e os gestores do empreendimento, acionistas ordinários. Essa sociedade, por sua vez, compra imóveis para que seus acionistas preferenciais os utilizem, de acordo com suas quotas, por um período determinado durante o ano de forma cíclica. Clara é a natureza pessoal do sócio-multiproprietário;

b) multipropriedade imobiliária: O indivíduo é proprietário de uma espécie de condomínio especial ou ordinário, podendo utilizar o bem apenas por determinado prazo e com algumas restrições contratuais;

c) multipropriedade hoteleira: Esta modalidade não se trata de multipropriedade em sentido estrito, mas a prática a consagrou como tal. O multiproprietário usufrui seu imóvel (apartamento, *flat* ou chalé geralmente) por um período e durante o resto do ano esse imóvel é explorado como se um hotel. É comum nos contratos desse tipo que parte do lucro obtido seja repassado ao multiproprietário, principalmente se não utilizar sua quota anual.

Em Portugal já encontramos no ordenamento jurídico (Decreto-Lei nº 355/81) uma figura a estas assemelhada, o direito de habitação periódico, que é um direito real sobre a coisa alheia, limitado, cujo titular tem apenas alguns direitos proprietários, dentre os quais habitar o imóvel por um certo tempo (uma semana), de maneira perpétua e cíclica. Nessa modalidade, o empreendedor é dono do imóvel, alienando o direito de uso deste por um período predeterminado dividido ao longo dos anos.

Dentre as modalidades de multipropriedade, interessa-nos, no presente estudo a imobiliária.

A multipropriedade imobiliária foi inserida no Brasil a partir dos anos 80, mas com pouca repercussão até hoje. Ela se dá através de dois contratos de aquisição, o

---

<sup>39</sup> TEPEDINO, *op. cit.* p. 01.

primeiro, para promover a venda do imóvel em frações ideais<sup>40</sup> de um imóvel que funciona como hotel, num sistema de compropriedade do imóvel como um todo. O segundo trata-se de um regulamento, na forma contratual, que estabelece a forma de uso das unidades, deveres e direitos de cada multiproprietário e da administração do empreendimento.

Esse segundo contrato, limitador dos direitos proprietários, é de grande importância, pois estabelece regras de uso para um bem sobre o qual, numa análise mais profunda, não deixa de recair um verdadeiro direito de propriedade. Numa concepção clássica desse direito, seu titular teria, da forma definida pelos romanos, e já delineada acima, o *ius fruendi, utendi et abutendi*. Mas, ante a interferência do contrato, tal fato não ocorre.

Apesar de proprietário, não pode este usar o bem da forma que melhor lhe aprouver. A destinação do imóvel deve ser sempre turística<sup>41</sup>, não é possível a realização de alterações nas fachadas nem no interior do apartamento. Sofre controle prévio e posterior a sua saída em relação ao estado do mobiliário do imóvel e fica sujeito a multa no caso de danificação daquele. Determina-se hora e data para entrada e saída do apartamento. Alguns contratos também limitam o número de ocupantes por unidade. O multiproprietário impossibilitado está, até, de realizar benfeitorias. Nem se fale do *ius destruendi*, que é nenhum. Renuncia-se ao direito de preferência que têm os condôminos na compra de outras unidades, o mesmo se dá a outros direitos de fruição que dependam de atividade ininterrupta e prolongada<sup>42</sup>.

Determinados contratos impedem também o uso do bem como direito real de garantia.

Por fim, o contrato dá plenos poderes de gestão do imóvel ao administrador do complexo.

Vale dizer, o multiproprietário tem um poder sobre a coisa que nasce restrito, e pode restringir-se ainda mais no regulamento estabelecido para o regular

---

<sup>40</sup> Cada uma correspondendo a 1/52 de um apartamento, para que cada adquirente usufrua uma semana por ano.

<sup>41</sup> Ou qualquer que seja a destinação prevista no contrato, apesar da turística ser de longe a mais comum.

<sup>42</sup> Tais como direito de superfície e enfiteuse.

funcionamento da multipropriedade. Também se nota limitações de uso do bem, que será periódico, em rodízio e sem continuidade.

De pronto, refuta-se qualquer tentativa de negar sua natureza real, vez que:

“O vínculo jurídico que se instaura adere imediatamente ao bem imóvel sobre o qual incide, servindo o contrato, embora imprescindível, unicamente para definir o objeto do direito e disciplinar a relação entre os multiproprietários, e entre estes e a empresa promotora, à qual é delegada a função de gerir o imóvel. Entretanto, a recíproca limitação (espaço-temporal) de poderes não é fator de intermediação, senão de mera coordenação e demarcação de esferas jurídicas, não retirando, pois, a natureza real do direito do multiproprietário, com prevalência *erga omnes*”<sup>43</sup>.

Nessa linha, como ensina o insigne mestre TEPEDINO<sup>44</sup>, a doutrina tentou qualificá-lo como diversos direitos reais distintos, pois não se esqueça a natureza típica e *numerus clausus* desses direitos, que não podem ser criados ao livre arbítrio dos indivíduos. Usufruto, uso, habitação e condomínio ordinário com pacto de indivisão foram hipóteses facilmente refutadas para o enquadramento do instituto. Em seguida, tentou-se defini-lo como uma propriedade temporária, propriedade cíclica, propriedade típica, com conteúdo limitado por certa utilidade temporal da *res*, propriedade dividida e condomínio *pro diviso*.

Daí depreende-se a intrincada natureza jurídica desse instituto.

Não é objetivo desse trabalho a definição da verdadeira natureza jurídica da multipropriedade<sup>45</sup>, mas apenas demonstrar como a autonomia privada atua diretamente sobre o direito real do multiproprietário.

Como visto, apesar de proprietário do bem, este não pode atuar em relação à sua *res* nos moldes classicamente previstos pelo direito desde Roma.

Mesmo típico e *numerus clausus* esse direito real permite profundas modificações no seu exercício, pois impede que atue o proprietário de forma absoluta sobre seu bem através de cláusulas contratuais que limitam e condicionam o uso, gozo

<sup>43</sup> TEPEDINO, *op. cit.*, p. 59.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 68-81.

<sup>45</sup> Analisando profundamente a questão em sua obra *Multipropriedade Imobiliária*, entendeu TEPEDINO que no Brasil pode-se atribuir a natureza de condomínio ordinário às chamadas multipropriedades quando estas se tratarem de apartamentos, e de condomínio *pro diviso* quando a propriedade for horizontal.

e fruição do imóvel, além de não respeitar a exclusividade em seu viés temporal, uma das características classicamente atribuídas aos direitos reais.

Percebe-se assim que a tipicidade, considerada por muitos como fechada, concede certa liberdade à atuação da autonomia privada, que age de modo intenso quando se fala em multipropriedade.

#### **4.2 *Shopping center***

O mundo moderno sofreu, nos últimos anos, uma notável urbanização em face da contínua industrialização. Cada vez mais pessoas buscam os grandes centros, que oferecem maiores opções em todas as áreas de atuação humana.

O Brasil não fugiu à regra. Aqui, os índices de concentração urbana são comparáveis aos dos países desenvolvidos, tanto que “São Paulo atualmente constitui a segunda maior região metropolitana do planeta. Rio, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Fortaleza são cidades com mais de um milhão de habitantes”<sup>46</sup>.

O *shopping center* é reflexo disso. Foi a forma encontrada por empresários para atender inúmeros anseios da população, que necessitava de lugar onde pudesse encontrar os mais variados produtos, com acesso fácil, segurança contínua, estacionamento, que oferecesse opções de lazer e poder de escolha, privilegiando a agilidade nas compras, o conforto e a segurança dos consumidores.

Trata-se de empreendimento de grande vulto. Um centro comercial planejado, composto de lojas de diferentes ramos de comércio, submetidas a uma administração centralizada.

Essas lojas na maioria das vezes são objetos de locação, mas não raros há *shopping centers* cujas lojas são de propriedade do comerciante, e. g. *Shopping Ibirapuera* em São Paulo.

---

<sup>46</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p. 735.

A essa monografia, a última hipótese é a de maior interesse, pois se demonstrará como essa propriedade é atingida pelos vários contratos que circundam o instituto chamado *shopping center*.

Primeiramente, regula o *shopping center* uma convenção, com as mesmas características de uma convenção condominial no caso das unidades não pertencerem ao empreendedor, mas aos lojistas. Somam-se a ela um regimento interno e um estatuto<sup>47</sup>.

Tais instrumentos, criados exclusivamente através da autonomia privada dos integrantes do *shopping* (leia-se lojistas, administradora e o empreendedor que construiu o espaço) tolhem violentamente o direito de propriedade em sua acepção clássica.

O jurista Darcy BESSONE, em lúcida análise sobre o tema, afirma que:

“...no tocante ao *shopping center* (...) faltam prescrições legais.

A lacuna da lei deixa o empreendedor inteiramente livre para a elaboração irrestrita de normas jurídicas (...).

O empreendedor, como visto, não é coarctado por quaisquer ordenamentos superiores. Está livre para, ele mesmo, fazer o seu direito. Fá-lo, em um primeiro passo, através da "escritura de normas gerais", que é seguida por cinco outros instrumentos, a saber: a) regimento interno; b) estatutos das associações dos lojistas; c) instruções gerais para elaboração dos projetos de instalações; d) instruções gerais para a execução das instalações comerciais; e) contrato de locação. (...).

Os seis instrumentos, menos o contrato de locação, são de caráter geral, sem qualquer individualização ou especificação.”<sup>48</sup>

O lojista, embora proprietário do bem, deve seguir parâmetros quanto à decoração da loja, cores de fachada, disposição de vitrine e de produtos, número de vendedores, excelência no atendimento, padrão de qualidade dos produtos, ramo do negócio (para evitar competição entre lojas próximas, obedecendo a um critério denominado *tenant mix*), datas e prazos para promoções, entrada de funcionários apenas portando identificação, horários predeterminados para abertura e fechamento da loja, limpeza, arrumação da vitrine e entrega de mercadorias, entre outros diversos.

Vale aqui, novamente, os ensinamentos de Darcy BESSONE:

---

<sup>47</sup> Ressalte-se que essa regulamentação varia de empreendimento para empreendimento.

<sup>48</sup> BESSONE, D. O "Shopping" na lei do inquilinato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, p. 152-170, 1992, p. 158.

“...a idéia predominante nas relações entre o empreendedor e os lojistas é a da atividade comum organizada, que não pode prescindir dos serviços internos. Todo o arranjo externo e interno do *shopping* faz-se em função de um objetivo que não é suscetível de pulverização. Tudo é armado para funcionar em conjunto e harmonicamente. O lojista não goza de autonomia. Não se lhe assegura a liberdade de escolher o ramo de comércio que lhe apraza. Ele não pode decidir sobre o horário de funcionamento de seu próprio estabelecimento. Sujeita-se a uma certa disciplina interna. Veda-se-lhe comerciar mercadorias inferiores como as de segunda mão e os salvados de incêndio. Deve o conjunto uma certa performance, pois, de outro modo prejudicaria o bom conceito do *shopping*, em prejuízo até dos demais lojistas. A idéia de atividade comum pressupõe a de organização. Aí está um certo poder de polícia a cargo do empreendedor.”<sup>49</sup>

Vemos novamente mitigado o conceito clássico da propriedade, direito real, e, por conseqüência, típico e *numerus clausus*, ante um conjunto de regras estipuladas por acordo de vontades que limitam de forma drástica o uso, gozo e fruição desse direito.

#### 4.3 Convenção condominial

Os mesmos fenômenos sociais que geraram os *shopping centers* – duas guerras mundiais, êxodo rural, formação de megalópoles, explosão demográfica, aumento da violência – também ocasionaram um acentuado crescimento do uso de uma técnica de construção de habitações denominada condomínio. Esta, por sua vez, acabou por criar um novo instituto jurídico, em que o proprietário de um apartamento é titular de um direito complexo, propriedade exclusiva de uma área e compropriedade de outra.

"Pelo ordenamento vigente, o condomínio trata-se da primeira anomalia ao tradicional direito de propriedade entre tantas que atualmente se apresentam"<sup>50</sup>, uma vez que ele viola a exclusividade própria dos direitos reais, admitindo a convivência de vários titulares desses direitos reais sobre a mesma coisa concomitantemente. Note-se que o direito de propriedade tradicional acaba por ficar alijado de uma de suas características.

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 159.

A solução para o impasse, ante o princípio do *numerus clausus* vigente para os direitos reais, foi a criação da lei 6591/64 para o condomínio horizontal e da lei 4591/64 para condomínio em prédios.

Assim leciona João Batista LOPES sobre o tema: “A propriedade horizontal não se confunde com qualquer dos institutos jurídicos tradicionais (condomínio geral, sociedade, comunhão de bens, etc.). Estamos diante de um novo instituto jurídico, um novo direito real, resultado da combinação de direitos reais preexistentes.”<sup>51</sup>

No caso dos condomínios, atuou o legislador criando uma lei especial para regular esse novo direito real, mas foram necessários anos de espera, recheados de conflitos, para que a lei viesse a resolver a questão.

Mesmo assim, notamos a atuação da vontade no tipo, uma vez que para possibilitar uma convivência pacífica e harmoniosa entre os diversos moradores de uma edificação destinada ao condomínio horizontal, impõe-se a criação de um estatuto a regular o exercício dessas diversas propriedades que o compõem.

Essa norma interna, que rege a vida do edifício e resolve suas mais diversas questões, tanto envolvendo condôminos como também terceiros, é a convenção condominial, com eminente caráter normativo, estatutário, eis que alcança não só seus signatários, como faria um contrato, como também terceiros que ingressem no universo do condomínio. Também sob seu império encontram-se os locatários dos imóveis, posteriores adquirentes das unidades que não participaram de sua elaboração, entre outros.

O conteúdo da convenção abarca a discriminação das partes de propriedade exclusiva e as de condomínio, a forma de uso das áreas comuns, modo de escolha do síndico e suas atribuições, forma de rateio dos custos de manutenção, quorum para votações...

Mas não pára por aí. Há convenções, que aliadas a regimentos internos, determinam número de visitantes por apartamento (notadamente em condomínios de veraneio), horas de silêncio, possibilidade ou não de propriedade de animais, hora de funcionamento (em prédios comerciais, impossibilitando a entrada de terceiros após

---

<sup>50</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p.738.

essa), estilo das portas dos apartamentos, uso dos elevadores (social e de serviço), e outras tantas.

São interferências diretas ao direito de propriedade tradicional, criadas pela autonomia privada dos participantes do condomínio, ainda que muitas vezes acatada tacitamente, com a simples entrada no prédio.

Novamente vemos que a tipicidade dos direitos reais é aberta, permitindo a conformação desses direitos à necessidade social. Aqui, o direito de propriedade tem seu *ius utendi* tolhido para permitir a convivência em condomínio.

#### **4.4 Alienação fiduciária**

O exemplo é importante porque mostra a interferência da autonomia privada na propriedade de bens móveis, ao contrário dos anteriores, que tratam de bens imóveis.

A alienação fiduciária é fruto de um grande problema das financeiras, que, com o advento da industrialização e a necessidade de vultosas vendas para escoar a produção, não contavam com um instrumento eficaz de proteção ao crédito.

Necessitava-se de um instituto de fácil concessão, mas que fornecesse efetiva e real garantia ao credor, ao mesmo tempo em que não desapossasse o devedor, com o que lhe assegurava o uso e gozo da coisa, proporcionando-lhe usufruí-la para deleite, e principalmente, para obter os recursos necessário ao pagamento de seu débito.

A resposta veio inspirada no direito norte-americano, a alienação fiduciária em garantia, que foi introduzida em nosso direito como um instituto excepcional, destinado a permitir o crédito ao consumidor. Logo de início sofreu restrições quanto à sua utilização, restrito às financeiras para fornecimento de recursos aos compradores de bens duráveis, especialmente automóveis e eletrodomésticos.

Diminuiu, com isso, o risco da concessão de crédito, pois se abriu a possibilidade de reintegração de posse do bem pelo banco, mediante simples e rápida

---

<sup>51</sup> LOPES, J. B. *Condomínio*. 6. ed. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.71.

busca e apreensão. Com essa técnica financeira permitiu-se a um grande número de pessoas o acesso a bens que elas, anteriormente, não teriam condições financeiras de adquirir.

Através dela, não se cumpre necessário o desapossamento da coisa, ou seja, ao devedor reserva-se a posse direta, e ao credor a indireta face à propriedade resolúvel que lhe é concedida. Essa propriedade, ademais, o protege em face do outros credores que impossibilitados estão de satisfazerem seus créditos através do bem alienado.

“A alienação fiduciária é efetivamente espécie do gênero negócio fiduciário. O devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno *ipso jure* do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida. E o credor investe-se temporariamente no domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, sob condição resolutiva”<sup>52</sup>.

Encerra o instituto, portanto dois elementos: um real, que é a transferência da propriedade da coisa, que fica com o financiador até a quitação total da dívida, e outro obrigacional, que se refere ao compromisso de adimplir o financiamento.

Dessa forma a propriedade (ainda que resolúvel) é da entidade financeira. O particular, por seu turno, mantém-se com a posse direta, por força contratual, do bem.

*Sui generis* a propriedade da financeira, vez que relativizado seu *ius possidendi*. E, se isso não bastasse, o banco priva-se do gozo e do uso do bem alienado em fidúcia.

É evidente que tais características são da própria característica do instituto, voltado à garantia de crédito, mas de qualquer forma podemos ver, mais uma vez, a atuação da autonomia privada modelando os direitos reais, mais especificamente, a propriedade.

---

<sup>52</sup> RESTIFFE NETO, P.; RESTIFFE, P. S. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p.313.

## 5. MOLDES PARA A ATUAÇÃO DA VONTADE NOS TIPOS REAIS

Uma vez demonstrada a atuação da autonomia privada na seara da realidade, o que, apesar das características da tipicidade e *numerus clausus*, está perfeitamente de acordo com a teoria dos direitos reais, uma vez admitida a abertura de sua tipicidade, importa estabelecer parâmetros para essa atuação, de forma a impedir o desvirtuamento dos direitos reais e a criação de direitos absolutamente atípicos, e, com isso, acabar por violar o ordenamento jurídico e seus princípios.

Como critérios de atuação, importa inicialmente, como ensina GONDINHO<sup>53</sup>, lembrar que o princípio do *numerus clausus* impede a criação de figuras atípicas. Além daquelas previstas em lei, nenhuma figura de direito real pode existir no sistema jurídico.

Essas formas previstas, como já extensamente repisado, admitem modificações desde que respeitados interesses coletivos, de terceiros e, inclusive, dos titulares do direito real, conforme magistralmente lecionado por ASCENSÃO<sup>54</sup>. Não se esqueça, porém, que não se podem alterar os elementos que pertencem à própria definição do tipo de cada direito real.

Observar-se-ão normas de interesse coletivo para excluir formas de aproveitamento dos direitos reais socialmente nocivas e atentatórias à ordem pública e aos bons costumes.

Os interesses de terceiros devem ser respeitados para evitar problemas a futuros adquirentes do bem, ou mesmo a qualquer terceiro que possa vir a relacionar-se com a *res*.

Importante ainda o interesse dos próprios intervenientes, dos titulares do direito real, para evitar exploração dos economicamente mais fracos ou dos inexperientes, uma vez que se já há essa preocupação na esfera do direito obrigacional, como vemos pela crescente importância de ramos do direito protetivos dos hipossuficientes, tal como ocorre com o direito do consumidor, e figuras como a boa-

---

<sup>53</sup> GONDINHO, *op. cit.*, p.136-141.

<sup>54</sup> ASCENSÃO. *A tipicidade...*, p. 329-330.

fé objetiva, com maior razão deve aparecer nos “negócios jurídicos de natureza real”, ou seja, no campo de atuação da autonomia privada nos tipos abertos dos direitos reais.

Qualquer desrespeito a tais interesses levará à nulidade da cláusula que o realizar.

Ademais, devem recair nessa modelação os princípios constitucionais que tutelam valores sociais e existenciais. A função social da propriedade, nesse contexto, assume especial proeminência, pois, somente respeitando-a, uma alteração por força da vontade num tipo real terá alçada constitucional.

Vemos aqui mais uma faceta da constitucionalização do direito civil, fenômeno aceito como de extrema valia por todos os estudiosos, uma vez que torna o direito civil, tão marcado pelo seu teor patrimonialista, mais condizente com valores existenciais maiores, como a dignidade da pessoa humana.

Enfim, a nossa Lei Maior, permitindo a readequação, modernização e potencialização das atividades econômicas ligadas à exploração da propriedade, estabelece os limites de atuação da vontade em face dos direitos reais no respeito aos seus princípios maiores, notadamente a função social da propriedade.

Permitimo-nos, por fim, afirmar que a boa-fé objetiva pode em muito contribuir com a definição desses chamados “limites”.

A boa-fé objetiva pode ser entendida como um dever de lisura, um modelo de conduta social, baseado no que faria um homem reto, dotado da devida probidade, honestidade e lealdade, que respeita “os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”<sup>55</sup>.

Vale dizer, ela é uma norma de proteção voltada para sistemas abertos, pois permite o controle de qualquer tipo de criação individual uma vez que estabelece “outros deveres que não os expressos na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal”<sup>56</sup>. Ou seja, sua generalidade faz com que ela se constitua num

---

<sup>55</sup> MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 393.

“modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social”<sup>57</sup>.

Hoje largamente utilizada pela jurisprudência na interpretação de contratos como cláusula geral, a boa-fé objetiva está intimamente ligada à autonomia privada, uma vez que, como dito, impede a exploração de uma parte mais desavisada ou mais fraca economicamente por outra, com maior experiência ou numa situação de vantagem.

Ora, se buscamos limites à atuação da vontade na seara da realidade, não há motivos que impeçam sejam importadas do direito obrigacional teorias que venham a contribuir para a solução do problema aqui exposto.

Sua colaboração se daria no momento da interpretação dos novos direitos reais, já formatados à realidade social, impedindo que situações de exploração, tanto de terceiros, haja vista a eficácia *erga omnes* dos direitos reais, quanto daqueles diretamente envolvidos na relação jurídica real, sejam verificadas, ante a imposição dessa regra geral de conduta.

Da mesma forma que hoje soe ocorrer no âmbito das obrigações, a boa-fé objetiva forneceria mais um baluarte para que situações contrárias ao interesse social não se verificassem com a atuação da vontade nos tipos reais.

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 382.

## CONCLUSÃO

A apropriação sobre bens, móveis ou imóveis, sempre foi algo de extrema importância para a humanidade.

As maiores guerras de que já ouvimos falar tiveram origem em disputas territoriais, cobiça por tesouros, enfim, conquistas. E o que é conquista, senão apropriação de um bem?

Mas não só nessa seara. As grandes disputas intelectuais também versaram sobre o tema. Tanto doutrinas marxistas quanto capitalistas sempre tiveram a propriedade no centro das discussões. Não se esqueça que por cinquenta anos o mundo se viu ameaçado pela total aniquilação, em decorrência de sua divisão em dois pólos, Estados Unidos da América numa ponta e URSS em outra, fabricando armas de destruição em massa para impor seu modo de ver a propriedade ao resto do planeta.

Em outras palavras, os direitos reais, e notadamente a propriedade, sempre exerceram um papel de tamanha proeminência na história social humana que seria pleonástico dele aqui cuidar.

Ocorre que essa sociedade, sempre valorizando a propriedade e demais direitos reais, como não podia deixar de ser, vem sofrendo profundas e constantes modificações.

Com a revolução industrial, e mais intensamente após as duas Grandes Guerras, quando a influência norte-americana acentuou-se sobre a América Latina, transformações inéditas vêm sendo notadas no objeto dos direitos reais, a *res*. Surgiram condomínios e loteamentos fechados, *flats*, apart hotéis, *shopping centers* e *time sharing*, e na outra banda, favelas, palafitas, invasões e cortiços.

Tamanhas novidades não podem ser abarcadas por um ramo tão antigo do Direito, quais sejam, os direitos reais, sem uma reorganização de seu sistema.

O legislador de 1916 não poderia ter previsto as transformações pelas quais passamos, as novas situações criadas, enfim, a realidade atual.

Como poderia ele saber que hoje, nas grandes favelas, constrói-se um barraco sobre a laje de outro, pouco abaixo deste? E como regularia esse “direito real de laje”, ou “de teto”?

E como antecipar que times de futebol, como fez o São Paulo Futebol Clube no Cícero Pompeu de Toledo, de sua propriedade, venderiam cadeiras cativas a particulares<sup>58</sup>. Não se pode negar que se trata de verdadeira transmissão de propriedade, pois pode o comprador usufruir de seu assento em qualquer evento realizado no estádio, com exclusividade. Muito menos que não seja a cadeira um bem imóvel, o que, em teoria, exigiria escritura pública e registro no cartório da circunscrição imobiliária para a transmissão. Essas negociações vêm, porém, sendo feitas via contrato particular, considerando os assentos como se bens móveis fossem.

Enfim, o ritmo das mudanças sociais, do aprimoramento da tecnologia da construção civil, do crescimento industrial, da criação de formas de auferir lucros através da exploração de bens imóveis, superou em muito as evoluções havidas no campo dos direitos reais. Estes, ultraconservadores, exigem uma ampla renovação para se adequarem à nova realidade.

É assente, todavia, que nosso sistema de direitos reais, e da grande maioria dos países do mundo ocidental, é pautado pelos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade, uma decorrência da eficácia *erga omnes* desses direitos. Entende-se que não seria lícito a criação de vínculos dessa natureza pela mera atuação da vontade. Além disso, poderiam ser criados direitos reais perniciosos à circulação dos bens, o que iria de encontro à sua função sócio-econômica.

Dessa forma, não podem ser livremente criados novos direitos reais que venham a atender essa demanda, a não ser via legislativa, cuja demora acaba por torná-la inócua. A princípio, nesse sistema, a autonomia privada estaria proibida de interferir no problema e adequar os tipos à realidade.

Um julgamento apressado resolveria a questão simplesmente retirando o entrave que impede a livre criação de direitos reais. Estaríamos diante de um sistema de *numerus apertus*, como na Espanha.

---

<sup>58</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p. 758.

No entanto, esse sistema, como já visto, traz em seu bojo alguns graves defeitos, como menor segurança jurídica, possibilidade de criação de ônus ocultos, dificuldade de registro, etc.

Estes, todavia, não são irremediáveis, bastando a ampla publicidade, a prévia fixação dos direitos reais não admitidos e a aplicação de princípios constitucionais para resolvê-los.

Na verdade, a maior razão para a não adoção desse sistema é que a experiência espanhola mostra que não há efetivamente a criação de novas e inéditas figuras. Existem apenas modificações pontuais nos direitos reais preexistentes, sem grandes novidades.

Estabelecidas essas premissas, uma nova solução acena, sem quedar-se necessário fugir da concepção tradicional que levou a adoção de um sistema fechado de direitos reais e, da mesma forma, sem ir de encontro àqueles que acreditam serem intransponíveis tais princípios.

Essa solução é a constatação da tipicidade aberta dos direitos reais. Através dos tipos abertos, a autonomia privada pode adequá-los à realidade, sempre respeitando interesses coletivos, de terceiros, dos titulares do direito real, a boa-fé objetiva e, principalmente, os princípios constitucionais que tutelam valores sociais e existenciais. Ademais, essa atuação deve levar em conta que a tipicidade, ainda que aberta, não admite um afastamento das características essenciais do próprio instituto, previstas no tipo legal.

E nem se fale que os avanços sociais poderiam ser acompanhados pelos legisladores, que criariam novos tipos fechados de acordo com a demanda. Posicionamento nesse sentido levaria a um anacronismo patente e a uma absurda conformação da realidade à norma, inaceitável, todavia, sob pena de transformarmos o ordenamento jurídico em freio para o desenvolvimento sócio-econômico, o que seria diametralmente oposto às funções a que o Direito se propõe.

O Direito existe para atuar e resolver casos concretos de conflito. Deve, por conseguinte, seguir lado a lado ao contexto social, sob pena de perder seu objeto. A inadequação do Direito à realidade tem como consequência a insatisfação social, o

aumento de conflitos, a marginalização de parcelas da sociedade e a proliferação de situações irregulares.

A manutenção do atual sistema de direitos reais seria ignorar as modificações pelas quais a sociedade vem passando, em seu contínuo desenvolver. Estar-se-ia dissociando a conjuntura sócio-econômica e o Direito, fato social e norma, o que, como já referido, só poderá criar situações deveras nocivas.

A intervenção da autonomia privada, modelando tipos abertos, é, nesse contexto, a fórmula encontrada para adequar as novas situações do cotidiano à teoria dos direitos reais, sem exigir grande esforço legislativo, apenas reinterpretação de conceitos importantes, mas geralmente esquecidos pela doutrina tradicional, que se acostumou a repetir serem os direitos reais *numerus clausus* e típicos, sem, no entanto, refletir sobre os fundamentos, e principalmente, as conseqüências da adoção cega desses princípios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, J. C. M. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva, 1973.
- AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARRONE, R. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRUDA, J. S.; LOBO, C. A. da S. **Shopping Center**: aspectos jurídicos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- ASCENSÃO, J. de O. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.
- \_\_\_\_\_. **Direito civil**: reais. 5. ed. rev. e amp. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- BESSONE, D. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. O "Shopping" na lei do inquilinato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 152-170, 1992.
- CAMBLER, E A. **Incorporação imobiliária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CHATEAUBRIAND FILHO, H. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 745, p. 41-47, 1997.
- CORRÊA, L. F. Comistão dos direitos reais e obrigacionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 744, p. 713-728, 1997.
- FACHIN, L. E. O estatuto civil da clausura real. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 721, p. 49-51, 1996.
- FREIRE, R. da C. L. Princípios regentes do direito das coisas. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 141, p. 65-89, 1995.
- GARCIA, A. R. **La tipicidad en los derechos reales**. Madrid: Montecorvo, 1994.
- GATTI, E.; ALTERINI, J. H. **El derecho real**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, s.d.
- GOMES, O. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

- \_\_\_\_\_. **Direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONDINHO, A. P. da R. **Direitos reais e a autonomia da vontade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LIMA, F. H. V. de. Aspectos Teóricos da Multipropriedade no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 658, p.28-42, 1990.
- LOPES, J. B. **Condomínio**. 6. ed. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LOS MOZOS, J. L. **Estudio sobre los derechos de los bienes**. Madrid: Montecorvo, 1991.
- MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil: direito das coisas**, 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MOREIRA, A.; FRAGA, C. **Direitos reais: segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-1971**. Coimbra: Livraria Almedina, s.d.
- PEREIRA, C. M. da S. **Condomínio e incorporação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil: introdução ao direito constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco, 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PINTO, D. S. R.. **Shopping Center: uma nova era empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PINTO, R. W. R.; OLIVEIRA, F. A. A. de. **Shopping Center: questões jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: propriedade e aquisição da propriedade imobiliária**. Tomo 11, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.
- PUGLIESE, R. *Time sharing, flat service, apart hotel, shopping center*, condomínios e loteamentos fechados: expressões modernas do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 733, p. 733-762, 1996.

RESTIFFE NETO, P.; RESTIFFE, P. S. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito das coisas**, 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOARES, D. M. **Condomínios de fato: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, G. A Multipropriedade: aspectos jurídicos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 294, p. 97-110, 1986.

\_\_\_\_\_. **Multipropriedade Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAVALÍA, F. J. L. **Derechos reales**. Tomo 1, Buenos Aires: Zavalía, 1989.