

**UMBERTO PAULINI**

**CRISE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DA PROPRIEDADE:  
REVISÃO DOS CONCEITOS GERAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS  
REAIS (*NUMERUS CLAUSUS*, TIPICIDADE, SITUAÇÃO JURÍDICA  
E FUNÇÃO SOCIAL)**

**CURITIBA,  
2008**

**UMBERTO PAULINI**

**CRISE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DA PROPRIEDADE:  
REVISÃO DOS CONCEITOS GERAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS  
REAIS (*NUMERUS CLAUSUS*, TIPICIDADE, SITUAÇÃO JURÍDICA  
E FUNÇÃO SOCIAL)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

**CURITIBA,  
2008**

## TERMO DE APROVAÇÃO

UMBERTO PAULINI

### **CRISE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DA PROPRIEDADE: REVISÃO DOS CONCEITOS GERAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS REAIS (*NUMERUS CLAUSUS*, TIPICIDADE, SITUAÇÃO JURÍDICA E FUNÇÃO SOCIAL)**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, de de 2008

*Pelo amor, carinho e companheirismo dedico  
esta dissertação a Raquel Brodsky Rodrigues.*

## AGRADECIMENTOS

Um trabalho intelectual, embora exija muito do seu autor, jamais seria realizado sem o auxílio da família, dos amigos, dos colaboradores, dos professores, enfim, de tantas pessoas que de alguma forma contribuíram para o presente estudo.

Sou devedor, em primeiro lugar, da minha família, dentro da qual nunca experimentei qualquer falta de amor ou compreensão. Ao meu pai, Dino Umberto Paulini, e a minha mãe, Maria Leonor Fanini Paulini, agradeço principalmente pela paciência com que suportaram a minha ausência durante as várias horas de estudo. Da mesma forma, homenageio os meus três irmãos, Giovani Paulini, Isabella Paulini e Eleonora Paulini, que compartilharam tanto os momentos felizes como aqueles mais angustiantes da minha vida. Deixo também a lembrança à minha avó, Annizia Jacomel Fanini, e ao meu falecido avô, Constantino Fanini, certamente os maiores responsáveis pelas minhas escolhas profissionais.

Ao meu orientador, professor Eroulths Cortiano Junior, agradeço pelo estímulo, dedicação e amizade que, para além do seu vasto conhecimento jurídico, foram determinantes na orientação. Não poderia deixar de mencionar os meus sempre professores Luiz Edson Fachin e Manoel Caetano Ferreira Filho, cujas lições de Direito e de vida constituem minha referência desde os tempos da graduação.

Sou grato ao Ministério Público do Estado do Paraná, entidade que me abriu as portas para vida profissional e na qual tive contato com pessoas valorosas. Faço menção especial à Dra. Terezinha de Jesus de Souza Signorini que me transmitiu as primeiras noções de prática jurídica para, mais tarde, tornar-se fonte de diálogo no âmbito acadêmico e, atualmente, representar uma amiga a quem recorro nos momentos de alegria e de tristeza.

Devo, ainda, fazer alusão à Advocacia-Geral da União, instituição da qual sou membro, pela seriedade na realização dos concursos públicos. Com orgulho falo aos meus colegas que faço parte do maior escritório de advocacia do Brasil.

Agradeço a todos os meus amigos, cuja nomeação seria indelicada, pois certamente acabaria traído pela minha memória, encerrando involuntariamente por esquecer algum importante colega.

Por derradeiro, sou eternamente grato a Raquel Brodsky Rodrigues que participou do trabalho de pesquisa, oferecendo sugestões, indicações bibliográficas e, ao final, dispondo-se a auxiliar na revisão ortográfica do estudo. Nosso vínculo transcende todos os sentimentos que tento, porém não consigo, colocar no papel. Mulher inteligente e de raciocínio rápido (algumas rotações à minha frente) que com sua beleza e brilho na alma faz-me acordar sempre feliz. Muito obrigado pela ajuda na pesquisa. Muito obrigado por ter ingressado na minha vida. Muito obrigado pelo amor que você me dá.

*“Juízes ou advogados precisam viver o seu tempo. E, para bem vivê-lo, devem esforçar-se por compreendê-lo, a fim de se premunirem contra a tortura do anacronismo, tão mal quanto a do isolamento.”*

*Orlando Gomes*

## RESUMO

A Modernidade, ao separar com uma navalha fatos concretos e conceitos abstratos, permitiu a formação de uma falsa imagem do fenômeno jurídico, absolutamente descomprometida com o homem concreto e suas relações. Assim, o Direito Civil tradicional foi estruturado em torno de uma dicotomia que extrema os direitos reais e os direitos obrigacionais. Os primeiros são representantes de um ordenamento estático, em flagrante contraposição aos segundos, marcados essencialmente pela dinamicidade. Sem embargo, por um imperativo de aceleração da vida contemporânea, essa malfadada classificação entra em crise. A seara dos direitos reais revela-se um campo aberto à constante renovação, submetida a uma extraordinária mobilidade e permeabilidade, fruto da própria função que exerce na ordenação do tráfego jurídico. O papel da propriedade dentro da sociedade também é repensado, entendendo-se o patrimônio não mais como um valor em si, mas como um instrumento essencial para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, o simples posicionamento do sujeito em relação ao bem pode lhe atribuir garantias e obrigações. Em meio a toda essa discussão, muitas são as demandas por respostas. E o estudo de algumas categorias centrais da seara dos direitos reais emerge como alternativa capaz de oferecer soluções adequadas. Primeiramente, com o afastamento do *numerus clausus*, permite-se a criação de novos direitos reais por meio da autonomia privada. Em segundo lugar, a correta compreensão do conceito de tipicidade leva a formação de um “sistema móvel”, aberto e causal, que mantém uma porta de acesso à realidade, admitindo uma variabilidade em relação aos elementos do tipo. Num terceiro momento, a idéia de situação jurídica é capaz de delimitar, a partir do posicionamento do sujeito em relação ao bem, o leque de deveres que incidem sobre o proprietário. Isso confere relevo, em quatro lugar, a função do bem no caso concreto, de maneira que o proprietário pode estar adstrito, por exemplo, ao cumprimento de normas que protegem a relação harmônica entre o homem e a natureza.

**Palavras-chave:** estrutura; função; direitos reais; *numerus clausus*; tipicidade; situação jurídica; função social.

## ABSTRACT

The Modernity, by separating with a razor concrete facts and abstract concepts, allowed the formation of a false image of the legal phenomenon, absolutely discompromised with the concrete man and its relations. Thus, the traditional Civil Law was structuralized around a dichotomy that extremes the property rights and the obligational rights. The first ones are representative of a static order, in instant contraposition to the seconds, marked essentially for the dynamism. However, for an imperative of acceleration of the contemporary life, this classification enters in crisis. The area of the property rights discloses itself to an open field in constant renewal, submitted to an extraordinary mobility and permeability, result of the proper function that exerts in the ordinance of the legal traffic. The paper of the property inside the society is also rethought, understanding the patrimony not more as a value in itself, but as an essential instrument for the concretion of the principle of the human person dignity. In this perspective, the simple positioning of the person in the relation with the good can attribute guarantees and obligations. In way to all this quarrel, many are the demands for answers. And the study of some central categories in the field of the property rights emerges as an alternative capable to offer adequate solutions. First, the removal of the *numerus clausus* allows the creation of new property rights by the private autonomy. In second place, the correct understanding of the typification concept leads to the formation of a "mobile-system", opened and causal, that keeps a door of access to the reality, admitting a variability in relation to the elements of the type. At the third moment, the idea of legal situation is capable to delimit, by the positioning of the person in relation to the good, the fan of duties that fall on the proprietor. This demarcates, in fourth place, the function of the good in the concrete case, thus the proprietor can be attached, for example, to the fulfilment of norms that protect the harmonic relation between man and nature.

**Keywords:** structure; function; property rights; *numerus clausus*; typification; legal situation; social function.

## SUMÁRIO

PALAVRAS INTRODUTÓRIAS.....	01
<b>CAPÍTULO PRIMEIRO – ALICERCES E ESTRUTURA DA EDIFICAÇÃO: REFLEXÕES ACERCA DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DESSA OBRA.....</b>	<b>05</b>
<b>SEÇÃO I – NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE PRINCÍPIO E     SISTEMA.....</b>	<b>05</b>
SUBSEÇÃO I – IMPORTÂNCIA E TRATAMENTO ADEQUADO DOS PRINCÍPIOS PARA INTEGRAÇÃO AXIOLÓGICA DO SISTEMA JURÍDICO.....	08
SUBSEÇÃO II – SISTEMA ABERTO E FECHADO.....	13
A – TEORIA SISTÊMICA FUNCIONALISTA (NORMATIVAMENTE FECHADA) EM NICKLAS LUHMAN.....	14
B – SISTEMA AXIOLOGICAMENTE ABERTO EM CLAUS-WILHELM CANARIS.....	18
<b>SEÇÃO II – SISTEMA DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>22</b>
SUBSEÇÃO I – SISTEMA CODIFICADO.....	24
SUBSEÇÃO II – PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	27
SUBSEÇÃO III – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	31
SUBSEÇÃO IV – REPERSONALIZAÇÃO.....	37
<b>SEÇÃO III – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES     PATRIMONIAIS.....</b>	<b>42</b>
SUBSEÇÃO I – APROXIMAÇÃO ESTRUTURAL DAS SITUAÇÕES PATRIMONIAIS.....	43
SUBSEÇÃO II – FUNCIONALIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES PATRIMONIAIS, EM ESPECIAL DOS DIREITOS REAIS.....	49
<b>CAPÍTULO SEGUNDO – CONSIDERAÇÕES RELATIVAS À HISTORICIDADE, CONTORNOS AQUIRIDOS NO DIREITO COMPARADO E RECEPÇÃO (OU NÃO) DO NUMERUS CLAUSUS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>58</b>
<b>SEÇÃO I – DELINEANDO O ALCANCE DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO DA     TAXATIVIDADE.....</b>	<b>58</b>
SUBSEÇÃO I – DISTINÇÃO PRELIMINAR: DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DOS PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE E DO <i>NUMERUS         CLAUSUS</i> .....	59
SUBSEÇÃO II – RELAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE.....	63
<b>SEÇÃO II – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA     TAXATIVIDADE.....</b>	<b>69</b>
SUBSEÇÃO I – EXPERIÊNCIA ROMANA.....	70
SUBSEÇÃO II – PERSPECTIVA FEUDAL.....	72
SUBSEÇÃO III – REVOLUÇÃO FRANCESA E MODERNIDADE.....	75
<b>SEÇÃO III – BREVISSIMA PASSAGEM PELO DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>80</b>
SUBSEÇÃO I – INGLATERRA.....	81

SUBSEÇÃO II – ALEMANHA.....	82
SUBSEÇÃO III – FRANÇA.....	84
SUBSEÇÃO IV – ESPANHA.....	86
SEÇÃO VI – APRECIÇÃO CRÍTICA DO ESTATUTO DA CLAUSURA REAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	89
SUBSEÇÃO I – DEVER GERAL DE ABSTENÇÃO, Oponibilidade <i>ERGA OMNES</i> E VINCULAÇÕES OCULTAS.....	90
SUBSEÇÃO II – CORRETO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA REGISTRAL.....	93
SUBSEÇÃO III – ORDEM PÚBLICA.....	95
SUBSEÇÃO IV – MOTIVOS PELOS QUAIS NÃO SE SUSTENTA A VIGÊNCIA DO <i>NUMERUS CLAUSUS</i> .....	97
CAPÍTULO TERCEIRO – TIPOLOGIA DOS DIREITOS REAIS E SUA RELAÇÃO COM A AUTONOMIA PRIVADA.....	103
SEÇÃO I – FORMAÇÃO DO PENSAMENTO TIPOLÓGICO: A CONTRIBUIÇÃO DE KARL LARENZ.....	103
SEÇÃO II – PRINCIPIANDO A CARACTERIZAÇÃO DA TIPOLOGIA REAL: ABERTURA E FECHAMENTO DO TIPO.....	108
SUBSEÇÃO I – DISTINÇÃO ENTRE TIPOS ABERTOS E FECHADOS.....	109
SUBSEÇÃO II – SITUAÇÕES JURÍDICAS REAIS COMO TIPOS ABERTOS.....	112
A – DISPOSIÇÃO SOBRE O CONTEÚDO DAS SERVIDÕES.....	113
B – OBRIGAÇÕES <i>PROPTER REM, OB REM</i> OU <i>IN REM</i> <i>SCRIPTAE</i> .....	117
C – SHOPPING CENTER.....	120
SEÇÃO III – DESLOCAMENTO DA PROBLEMÁTICA PARA A NOÇÃO DE TIPICIDADE CAUSAL.....	123
SUBSEÇÃO I – COMPREENSÃO TRADICIONAL DA TIPOLOGIA DOS DIREITOS REAIS.....	124
SUBSEÇÃO II – TIPICIDADE CAUSAL.....	126
SEÇÃO IV – CONTROLE DA INTERVENÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO REAL POR MEIO DAS CLÁUSULAS GERAIS.....	130
SUBSEÇÃO I – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	133
SUBSEÇÃO II – ABUSO DO DIREITO.....	136
SUBSEÇÃO III – BOA-FÉ OBJETIVA.....	140
CAPÍTULO QUARTO – REFLEXÕES DIRECIONADAS À COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE COMO SITUAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA.....	144
SEÇÃO I – PRELIMINARES: DIREITO SUBJETIVO E RELAÇÃO JURÍDICA.....	145
SUBSEÇÃO I – DIREITO SUBJETIVO.....	145
SUBSEÇÃO II – RELAÇÃO JURÍDICA.....	152
SEÇÃO II – SITUAÇÃO JURÍDICA.....	157
SUBSEÇÃO I – INVENTÁRIO SIMPLES DOS AUTORES QUE TRABALHAM A NOÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA.....	158

SUBSEÇÃO II – ESTRUTURA E ITER FORMACIONAL DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS.....	164
SEÇÃO III – PROPRIEDADE COMO SITUAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA..	169
CAPÍTULO QUINTO – ESTRUTURA DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA RELACIONADA A NORMAS PROTETORAS DA NATUREZA: DIMENSÃO AMBIENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	177
SEÇÃO I – FORÇA NORMATIVA E AMPLITUDE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	177
SUBSEÇÃO I – PODER SANCIONATÓRIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	179
SUBSEÇÃO II – ARMADILHA DA PRODUTIVIDADE.....	183
SEÇÃO II – CONCEITOS BÁSICOS PARA A COMPREENSÃO DOS ASPECTOS AMBIENTAIS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	187
SUBSEÇÃO I – PARADIGMAS ANTROPOCÊNTRICO E BIOCÊNTRICO.....	187
SUBSEÇÃO II – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	193
SEÇÃO III – OPERACIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....	197
SUBSEÇÃO I – MEIO AMBIENTE COMO BEM DE USO COMUM DO POVO.....	198
SUBSEÇÃO II – PRINCIPIOLOGIA AMBIENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	201
SUBSEÇÃO III – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E RESERVA LEGAL.....	206
SÍNTESE CONCLUSIVA.....	210
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	215

## PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

Midas era rei da Frígia e filho de Górdio, um pobre camponês que foi escolhido pelo povo para ser rei em obediência à profecia do oráculo segundo a qual o futuro rei chegaria numa carroça. Todavia, a origem humilde de Górdio não foi capaz de refrear a ganância do seu filho. Em troca de um favor prestado a Dionísio, os deuses ofereceram a Midas a possibilidade da satisfação de qualquer um dos seus desejos. Midas então desejou que tudo aquilo que tocasse virasse ouro. Seu desejo, contudo, transformou-se em maldição. Aos poucos o rei verificou que não podia mais se alimentar, bem como as partes do seu corpo em que tocara haviam se transformado em ouro. Consternado com essa aflição sem precedente, Midas lutou para livrar-se daquele poder: detestava o dom que tanto cobiçara. A morte por inanição, porém, parecia aguardá-lo.

Ao longo da história, o mito do rei Midas foi considerado um símbolo da ambição humana por riqueza e poder econômico. O tormento decorrente da escolha feita em vida é acompanhado pelo ódio com relação aos poderes recém-adquiridos; a maldição é o castigo destinado àqueles que, sem pensar nas conseqüências dos seus atos, praticam a violência contra si mesmos, colocando, ao final, sua própria existência em risco. E, considerando que a atualidade é marcada pelo profundo questionamento com relação a categorias tradicionais como “verdade”, “Estado” e “sujeito”, o mito do rei Midas pode oferecer uma importante contribuição para os debates dessa ordem. Nesse sentido, concentrando grande atenção por parte dos pensadores, impossível não destacar a discussão que se trava em torno do instituto jurídico da “propriedade”.

Por um lado, a doutrina marxista encarregou-se de demonstrar que a propriedade privada está no centro das desigualdades sociais, dividindo a população em duas classes: aqueles que detêm os meios de produção e aqueles que nada têm a oferecer senão sua força de trabalho e, por isso mesmo, são objeto de exploração<sup>1</sup>. No campo jurídico, autores como Pietro BARCELLONA apontam para a formação de um princípio proprietário, cuja ascensão colaborou

para construir um ordenamento patrimonialista e individualista<sup>2</sup>. Por outro lado, os questionamentos não se limitam ao plano jusfilosófico. Princípios tradicionalmente utilizados para explicar a estrutura do direito de propriedade, como o “dever geral de abstenção”, são objeto de fortes críticas. Afirma-se, em síntese, que também nas relações obrigacionais há um dever geral de não interferência, bem como, ao lado da obrigação negativa de respeito à propriedade alheia, existem uma série de obrigações positivas que se inserem no conteúdo do direito real e têm, como sujeito passivo, o proprietário<sup>3</sup>.

Todas essas preocupações passaram a ocupar lugar central nas reflexões jurídicas ocorridas nas últimas décadas. Tal qual o rei Midas, o direito de propriedade, na sua configuração tradicional, estava fadado à autodestruição. Iniciou-se, com isso, um processo de constitucionalização das situações patrimoniais. Nessa esteira, o Direito Civil não mais entende o patrimônio como um valor em si mesmo, mas como uma dimensão essencial para a realização da pessoa. Essa tendência é acompanhada pela redução das fronteiras entre os direitos reais e os direitos obrigacionais, bem como pela atribuição de uma função social à propriedade, compreendida como um instrumento a serviço da vida. Estrutura e função da propriedade são repensadas, impondo-se uma nova leitura dos conceitos essenciais em matéria de direitos reais.

Sem embargo, a pretensão positivista de encerrar em um Código sem lacunas todo direito de uma sociedade levou à consolidação de uma prática de ensino voltada a simples descrição dos institutos jurídicos tal qual receberam tratamento legal<sup>4</sup>. E o ensino do direito de propriedade não constitui uma exceção<sup>5</sup>. A grande maioria dos manuais de Direito Civil não apresenta qualquer reflexão sobre os conceitos de *numerus clausus*, tipicidade, situação jurídica e

---

<sup>1</sup> MARX, Karl. A evolução da propriedade. In.: FERNANDES, Florestan (org.). **K. Marx e F. Engels: história**. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1989, p. 337-363.

<sup>2</sup> BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

<sup>3</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 180.

<sup>4</sup> MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**, 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 18.

<sup>5</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214.

função social. Apesar das relevantes implicações teóricas e práticas que o estudo dos temas poderia apresentar, a regra geral é o silêncio.

Estrutura e função da propriedade continuam intocadas. Anuncia-se uma “dupla crise dos direitos reais” – denominação adotada em homenagem ao professor José Lamartine CORRÊA DE OLIVEIRA<sup>6</sup> – que ainda não foi alvo de estudos pela doutrina brasileira. Categorias fundamentais em matéria de propriedade permanecem fazendo parte, como diria Paolo GROSSI, daquele nó de certezas axiomáticas que se sedimentou no intelecto do jurista moderno, tornando absoluto o que é relativo e discutível<sup>7</sup>. Todavia, o operador do direito comprometido com as aspirações do seu tempo sente-se no dever de advertir que um nó como esse pode e deve ser desfeito.

Assim, na falta de trabalhos específicos sobre o tema, a presente dissertação se reveste de uma relevância especial. Objetivando suprir essa lacuna, o estudo em questão foi redigido com o intuito de propiciar ao leitor uma nova visão de alguns importantes conceitos da seara dos direitos reais, mais especificamente, taxatividade, tipicidade, situação jurídica e função social. Acredita-se que, a partir da sua reformulação, é possível explicar uma vasta realidade emergente que altera a maneira pela qual se relacionam direitos obrigacionais e direitos reais, exigindo também o repensar do papel que a propriedade exerce dentro da sociedade.

No tocante à metodologia, cumpre apenas advertir que a obra é dividida em cinco capítulos. O primeiro capítulo trata das categorias fundamentais para o posterior desenvolvimento da dissertação, como, por exemplo, princípio, sistema, sistema de direito civil-constitucional, constitucionalização das situações patrimoniais etc. Dando prosseguimento ao estudo, o segundo capítulo foi elaborado com a finalidade de estabelecer uma distinção entre os princípios da tipicidade e da taxatividade, discorrendo-se, em seguida, sobre a evolução

---

<sup>6</sup> Idéia inspirada na obra “A dupla crise da pessoa jurídica”. Ver: CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

<sup>7</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 12.

histórica do *numerus clausus*, os seus contornos no direito comparado e a sua recepção (ou não) no ordenamento pátrio.

Em um terceiro momento, preocupa-se principalmente com a análise do conteúdo do princípio da tipicidade dos direitos reais. Partindo da premissa de que o campo dos direitos reais é caracterizado por uma tipologia aberta – não estritamente legal, mas, sobretudo, causal –, apresenta-se um rol exemplificativo de situações que permitem visualizar uma variação no conteúdo da situação proprietária, bem como os possíveis mecanismos de controle da intervenção da autonomia privada na modelação dos direitos reais.

No quarto capítulo, descortina-se a idéia de que não apenas a vontade dos sujeitos de direito gera vínculos para o proprietário. O simples posicionamento da pessoa em relação ao bem pode delimitar uma série de obrigações, o que é operacionalizado pela noção de situação jurídica. A propriedade, portanto, deve ser compreendida como uma situação jurídica complexa, pois isso permite uma melhor visualização da função atribuída ao bem no caso concreto. O quinto capítulo, por derradeiro, consiste numa aplicação desse raciocínio às situações jurídicas que incidem sobre imóveis protegidos por normas ambientais, caso em que o vínculo de titularidade será redesenhado sobre bases que permitam o cumprimento da função socioambiental da propriedade.

Deixa-se em aberto, evidentemente, a pesquisa sobre outros inúmeros enfoques que a temática poderia apresentar, uma vez que a presente dissertação não possui a pretensão de esgotar a problemática atinente ao assunto recorrido. Tal tarefa transcenderia em muito os objetivos desse simples estudo jurídico.

**CAPÍTULO PRIMEIRO – ALICERCES E ESTRUTURA DA EDIFICAÇÃO: REFLEXÕES ACERCA  
DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DESSA OBRA**

Pode-se, sem exagero algum, afirmar que a investigação realizada nesse trabalho pressupõe o estudo de fenômenos que modificaram a atual compreensão do Direito Civil. Seja em função da sua importância basilar, seja em razão da usual ausência, por parte da maioria dos juristas, da concessão da atenção devida a tais alterações, afigura-se como imprescindível a redação de um capítulo preliminar com vistas a esclarecer quais são os traços marcantes do Direito contemporâneo e como eles influenciam o Direito Civil. Assim, primeiramente, optou-se por examinar os conceitos “princípio” e “sistema”, enfatizando a abertura do ordenamento jurídico e sua hierarquização axiológica. A seguir, é analisada a formação do sistema de direito civil-constitucional, com foco nos fenômenos da publicização, constitucionalização e repersonalização do Direito Civil. Por derradeiro, estudar-se-á a constitucionalização das situações patrimoniais como fator capaz de modificar sua estrutura e função.

**Seção I – Necessária delimitação do conceito de princípio e sistema**

Como é elementar, o estudo das categorias princípio e sistema fornecem a base para a compreensão dialógica do Direito Civil contemporâneo. Logo, na medida em que essa dissertação se propõe a debater os princípios estruturantes dos direitos reais, sob a ótica do sistema jurídico em que eles estão inseridos (sistema de direito civil-constitucional), mostra-se oportuno dedicar essas linhas iniciais ao significado das palavras princípio e sistema jurídico.

Etimologicamente, o termo princípio (do latim *principium*, *principii*) encerra a idéia de início, origem, causa, gênese, daí porque se segue a máxima segundo a qual não se faz possível a elaboração de qualquer ciência sem o apontamento de seus princípios diretores<sup>8</sup>. Aliás, os elementos que gravitam em

---

<sup>8</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. de Alfredo Bosi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 792.

torno de um determinado sistema de direito<sup>9</sup> organizam-se ao redor de princípios jurídicos, razão pela qual parte da doutrina ressalta a possibilidade de compreender a categoria princípio como referência de organização e finalidade de um conjunto de elementos<sup>10</sup>.

Nesse sentido, afirma-se que o sistema jurídico representa “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”<sup>11</sup>. Dois componentes fundamentais do pensamento sistêmico emergem dessa definição: (i) a coerência, que traduz um postulado de adequação harmônica do direito em relação a determinados fins, e (ii) a unidade interna, que possibilita a não dispersão do direito numa multiplicidade de valores desconexos, reconduzindo-o a uma ordem de preceitos axiologicamente superiores<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Como aduz Karl LARENZ, o direito também é um sistema: “As normas jurídicas, tal como continuamente referido, não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão multimoda umas com as outras. Assim, por exemplo, as regras de que se compõe o Direito da compra e venda, o Direito locatício e o Direito hipotecário são partes sintonizadas de uma regulação a que subjazem determinados pontos de vista directivos. Por seu lado, tais regulamentações são regulamentações parciais de uma regulação mais ampla – por exemplo, do Direito dos contratos ou do Direito das garantias, e ambas, por sua vez, do Direito Privado. De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. Além disso, como vimos também, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos em grande parte dele, está subordinado a determinadas idéias directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A sua função é de justificar, subordinando-as à idéia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª. ed. Trad: José Lamarego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 621). Todavia, imprescindível atentar para a advertência de Juarez FREITAS ao afirmar que o sistema do direito transcende em muito o conjunto das normas jurídicas: “A interpretação sistemática do Direito tem por objeto o sistema jurídico na sua condição de totalidade axiológica, convindo recordar que, mesmo na tradição romano germânica, o Direito é maior do que o conjunto das normas jurídicas, tanto em significado quanto em extensão. A interpretação sistemática não sucede nem antecede o Direito: é contemporânea dele. Empresta-lhe vida e dinamicidade. O conteúdo jurídico, por força de sua natureza valorativa, transcende o mera e esparsamente positivado” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15).

<sup>10</sup> Segundo o professor José Joaquim Gomes CANOTILHO, os princípios exercem uma função de integração, sendo indispensáveis no processo de criação do direito para o julgamento de casos difíceis que exigem uma hermenêutica específica, assente em uma ponderação de valores. Ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, n.98, ano 25, out/dez. 2000, p. 89.

<sup>11</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de António Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002, p. 77-78.

<sup>12</sup> **Idem**, p. 18-21.

É de se ressaltar, por seu turno, que a doutrina nacional ofereceu suas próprias contribuições para a evolução do pensamento sistemático, especialmente no âmbito do Direito. Sob esse prisma, postulando a superação da racionalidade formal, ainda preponderante no pensamento de muitos autores, Juarez FREITAS conceitua o sistema jurídico como: “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”<sup>13</sup>.

Destaca-se, nesse conceito, a função do direito como sendo a de traduzir coerência valorativa, evitando uma abordagem meramente formal do fenômeno jurídico. A exigência teleológica é, igualmente, conduzida operacionalmente aos valores fundamentais expressos na Lei Maior, fruto do reconhecimento do princípio hierárquico da supremacia ou preeminência da Constituição<sup>14</sup>. Agrega-se, ainda, à compreensão sistemática do direito uma percepção tópica dos princípios jurídicos que devem direcionar o intérprete, diante do caso concreto, à melhor solução possível.

Não obstante, é importante frisar que a categoria sistema transcende em muito a dimensão jurídica, sendo trabalhada, em princípio, na filosofia<sup>15</sup>. Nesse diapasão, em razão do destaque dado à imbricação existente entre as noções de princípio e sistema, merece especial atenção o conceito de conhecimento sistemático formulado por Immanuel KANT:

---

<sup>13</sup> FREITAS, Juarez. **Op.Cit.**, p. 40.

<sup>14</sup> Consoante a lição de José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, o princípio da supremacia ou preeminência da Constituição significa que: “Por um lado, a Constituição não pode ser subordinada a nenhum outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, todas as outras normas hão de conformar-se com ela.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra; Coimbra, 1991, p. 45).

<sup>15</sup> Como adverte Paulo NALIN: “Várias são as possibilidades conceituais, lógicas e filosóficas que se propõe a explicar a idéia de sistema, desde um vislumbrado surgimento de sua concepção nas investigações de ARISTÓTELES, que buscava sistematicamente organizar as ciências existentes, até os Estóicos, apontados como os efetivos idealizadores do pensamento sistemático, ao perseguirem a definição da ordem total cósmica” (NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 52).

Sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas sim um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia. Este é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam, *a priori*, tanto o âmbito diverso, como o lugar respectivo das partes. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras na idéia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes (...) Para se realizar, a idéia tem necessidade de um esquema, e o esquema deve conter, em conformidade com a idéia o esboço do todo e a divisão deste nos seus membros e distingui-los de todos os outros com segurança e segundo princípios<sup>16</sup>.

Por ser fundamental à ordenação das partes feita por um esquema, KANT destaca a importante função dos princípios, qual seja, possibilitar a distinção entre um sistema e outros<sup>17</sup>, entendendo por sistema a unidade de conhecimentos diversos organizados sob a mesma idéia. O princípio é o ponto de unificação sistêmica, em direção ao qual são reconduzidas as partes de maneira harmônica e ordenada.

De fato, não é temerário afirmar que a teoria dos princípios (tal qual o pensamento sistemático) ganhou força no campo do Direito, principalmente nas últimas décadas. Fala-se numa verdadeira revolução principiológica, motivo pelo qual, antes de prosseguir no presente trabalho, impõe-se tecer algumas considerações sobre o papel dos princípios no sistema jurídico.

### **Subseção I – Importância e tratamento adequado dos princípios para integração axiológica do sistema jurídico**

A partir da análise realizada no ponto anterior, é possível afirmar que os princípios têm o relevante papel de fundamento do sistema. A característica de unidade sistêmica repousa na coerência fornecida pelos princípios, o que

---

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 8ª ed. Lisboa: Caloutre, 1997, p. 657-658.

<sup>17</sup> Nesta mesma ótica, Ricardo ARONNE salienta o papel dos princípios no processo de esclarecimento recíproco que forma a unidade material que é, justamente, a unidade sistemática. Ver: ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

possibilita resolver as contradições ínsitas ao mundo jurídico por meio do recurso aos preceitos axiologicamente superiores inscritos na Constituição. Tais princípios estruturantes do ordenamento constitucional são, por sua vez, expressão de uma determinada escolha de valores condicionantes de todo arcabouço do sistema jurídico<sup>18</sup>.

Nesse sentido, Juarez FREITAS faz alusão a um princípio de hierarquização axiológica. Trata-se do “critério ou diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz em uma disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas, estando funcionalmente predisposto a operar como linha mestra de acordo com a qual se deverá guiar o intérprete ao se defrontar com antinomias”<sup>19</sup>. Com efeito, a idéia de um princípio de hierarquização axiológica está atrelada à existência de um preceito fundamental e absolutamente primeiro que – para o sistema jurídico brasileiro, fundado no Texto Republicano de 88 – é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF)<sup>20</sup>.

Os princípios, portanto, são a estrutura do sistema jurídico. E, diante da imperatividade de que são dotados, seria, no mínimo, impróprio negar-lhes a característica da vinculação jurídica. Todavia, esse foi caminho trilhado durante muito tempo pela doutrina e jurisprudência pátria, sob a influência das perspectivas reducionistas apresentadas pelas correntes do positivismo jurídico<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> FREITAS, Juarez. **Op.Cit.**, p. 172.

<sup>19</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>20</sup> De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana assume relevo, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, já que, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, constitui “o ponto de Arquimedes do Estado Constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 77) O constitucionalista, na mesma página, menciona o pensamento de Jorge MIRANDA, para quem a unidade de sentido, de valor e de concordância prática do sistema de direitos fundamentais repousa na dignidade da pessoa humana, concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

<sup>21</sup> Importante salientar que o termo positivismo possui caráter plurívoco que, na esteira do pensamento de Norberto BOBBIO, poder ser compreendido segundo três acepções: (i) como *metodologia* ou forma de aproximar-se do direito ligada à neutralidade; (ii) como *teoria* ou modo de compreender o direito que abrange uma série de teses independentes acerca da natureza da norma, do sistema jurídico e da interpretação; e (iii) como *ideologia*, que supõe um ponto de vista acerca da justiça e da obrigação moral de obediência do direito. (SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. 2ª ed. México D.F.: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 11-14).

(que equiparava as categorias regra e norma) e do jusnaturalismo (que entrevia nos princípios elementos meramente transcendentais).

Assim, é preciso conferir um novo lugar aos princípios na teoria da norma. Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, o abandono da superposição entre os conceitos de norma e regra. É que, no atual estágio do Direito contemporâneo, impossível não reconhecer que o constitucionalismo afetou de maneira profunda algumas das categorias centrais da chamada “Teoria Geral do Direito”. Não mais se discute que a norma constitucional possui uma estrutura peculiar que não se compatibiliza com a teoria tripartida e imperativa das disposições jurídicas defendida pelo positivismo (norma = pressuposto de fato + dever ser + consequência jurídica)<sup>22</sup>. Aliás, a doutrina mais abalizada passou a entender que, em verdade, o vocábulo norma jurídica consagra um gênero, do qual são espécies princípios e regras<sup>23</sup>.

Destarte, tanto regras quanto princípios são normas, pois, como parte do texto constitucional, ambos podem ser formulados a partir das expressões deônticas básicas do obrigatório, permitido e proibido. Vários podem ser os critérios distintivos entre regras e princípios, como, por exemplo, o grau de abstração ou de generalidade da prescrição respectiva. Porém, o critério distintivo mais relevante, conforme Robert ALEXY, diz respeito ao fato de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídico-reais existentes<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Como exemplo dessa forma de compreensão da norma jurídica, tem-se a teoria de Hans KELSEN, “o direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 121).

<sup>23</sup> “Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios - entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45).

<sup>24</sup> ALEXY, **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83. Para Daniel SARMENTO, “os princípios representam as travas-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu grau de abstração. Ademais, os princípios possuem um colorido

Princípios, nessa linha de raciocínio, são mandados de otimização que estão caracterizados pelo traço da possibilidade de cumprimento em diversos graus, dependendo, a medida de seu cumprimento, não só das possibilidades reais, senão também das jurídicas. Em câmbio, as regras são normas jurídicas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida deve-se, então, fazer o que ela exige; nem mais, nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível<sup>25</sup>.

Essa distinção é sobremaneira importante, pois determina como se resolvem os conflitos entre as normas. Quando há regras em conflito, por se tratarem de mandamentos definitivos, a solução se dá de duas formas: ou se introduz uma cláusula de exceção dentro da regra, que elimina o conflito, ou se declara pelo menos uma regra como inválida<sup>26</sup>. Já a colisão de princípios deve ser solucionada de maneira totalmente distinta, requerendo um juízo de peso, no qual terá lugar a ponderação de bens. Considerando as circunstâncias relevantes do caso concreto, dever-se-á decidir pela precedência de um princípio em relação ao outro e, “ao proceder dessa forma, a validade jurídica do princípio preterido não é negada. O princípio não desaparece do ordenamento jurídico”<sup>27</sup>.

É bem verdade que as formulações de ALEXY, catedrático da Universidade Christian-Albrecht, foram alvo de críticas e contribuições. Com perspicácia, já se argumentou que também as regras podem estar sujeitas a um juízo de ponderação<sup>28</sup>. Há, de outra parte, quem sustente que todo princípio

---

axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam” (Sarmiento, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 42).

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.**, p. 87.

<sup>26</sup> **Idem.**, p. 88.

<sup>27</sup> STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 126.

<sup>28</sup> Para Humberto Ávila a ponderação não é método privativo da aplicação de princípios: “[...] embora tentador, e amplamente difundido, esse entendimento merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44). O autor dá como exemplo uma disposição do Código de Ética Médica que estabelece que o médico deve dizer para o paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra disposição que o obriga a usar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Questiona o autor: o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir suas chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente?

possui uma espécie de “núcleo duro”, não suscetível de ponderação, no âmbito do qual recebe aplicação como regra<sup>29</sup>. Por derradeiro, já se levantaram vozes aduzindo que não existe distinção qualitativa entre regras e princípios, sendo essa, no fundo, uma falsa dicotomia<sup>30</sup>.

De qualquer forma, os princípios passaram a ocupar lugar central nas teorizações jurídicas mais recentes, afetando, também, a teoria da interpretação. O modelo da subsunção eminentemente formal não logrou encaixar-se no universo dos princípios. Foi preciso reconhecer que a atividade cognoscente do intérprete incorpora, em maior ou menor medida, critérios de valor referentes ao meio histórico no qual ele está envolvido<sup>31</sup>. Com isso, os princípios deixaram de ser caracterizados como simples elementos de transcendência, buscados na esfera do direito natural, pelo viés jusnaturalista. Ao contrário, seu fundamento precípua foi encontrado no seio da sociedade, onde têm seu lugar como produto histórico.

Sobre o assunto, é preciosa a lição do mestre Carlos Alberto da MOTA PINTO que, ao abordar a questão dos princípios fundamentais de Direito Civil, ressalta seu aspecto histórico e social:

---

<sup>29</sup> É a posição de Ana Paula de BARCELLOS, para quem “não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 253).

<sup>30</sup> A notícia é dada por Jane Reis Gonçalves PEREIRA, ao referir-se ao pensamento de Luís Pietro SANCHIS, que propugna a compreensão segundo a qual “os princípios não são um determinado tipo de norma identificável abstratamente, mas quaisquer normas que venham a assumir posição de fundamentalidade no processo de argumentação jurídica” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição para o estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 109).

<sup>31</sup> A interpretação é também uma atividade ideológica que exige o emprego de critérios de valor, o que, aliás, vem a ressaltar o papel dos princípios, pois estes são, em verdade, “opções valorativas básicas, a estes deve o intérprete recorrer quando extrai o sentido da regra positiva, para, com isso, dar coesão, unidade e imprimir harmonia ao sistema” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001, p. 59). Assevera Eros Roberto GRAU que os princípios, fazendo parte da situação histórica dentro da qual está o juiz envolvido, integram a chamada pré-compreensão: “O compreender é algo existencial, consubstanciando, destarte, experiência. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é algo – um ‘objeto’ – que não pode ser conhecido independentemente de um ‘sujeito’”. Na mesma página, prossegue: “a decisão judicial considera e é determinada pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade,

Quer os princípios conformadores do nosso actual modelo de direito civil, quer as normas que os aceitam e desenvolvem, são elementos válidos numa dada circunstância espacial e temporal. É com esse sentido que expomos e caracterizamos. (...) este quadro de princípios não brotou por espontânea geração no solo da vida social de hoje. Trata-se de um produto histórico, em cuja gestação concorrem opções fundamentais sobre a organização económica e social e mesmo sobre a concepção do homem. Opções, cuja gestação, por sua vez, é determinada pelos dados sociológicos, culturais e históricos que condicionam toda a organização da sociedade em cada momento e em cada lugar<sup>32</sup>.

Como os princípios são opções valorativas básicas de uma sociedade, não precisam estar previstos de forma expressa no ordenamento jurídico. Há vários deles que não se encontram positivados, mas configuram o arcabouço de todo um sistema jurídico, como o princípio federativo, para o Direito Constitucional, ou ainda, para aproximar-se do conteúdo dessa obra, os princípios da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais.

Os princípios trilharam um caminho vitorioso na seara do direito. Alteraram a teoria da norma e da interpretação jurídica, apontaram para o fato de que o direito tem raízes históricas, bem como contribuíram para que o intérprete não mais pudesse esconder-se por trás da falsa máscara da neutralidade. Contudo, ainda que os princípios sejam elementos estruturantes do sistema jurídico, é de se ressaltar que nem toda teoria sistêmica concedeu-lhes papel adequado. Por isso mesmo, convém adentrar as compreensões sistêmicas do fenômeno jurídico para, de maneira concomitante, valorá-las criticamente.

## **Subseção II – Sistema aberto e fechado**

Dois são os autores que, recentemente, formularam concepções sistêmicas do direito: Niklas LUHMANN e Claus-Wilhelm CANARIS. Suas idéias receberam grande difusão, exercendo, a partir de então, inegável influência sobre a Teoria do Direito. Sem embargo, esse dois pensadores demarcam campos

---

por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga, por instâncias de ordem política, etc.” (GRAU, Eros Roberto. **Op. Cit.**, p. 37).

teóricos distintos. Em que pese ambos tenham profunda relevância para a discussão do tema em apreço, partem de premissas opostas, que merecem ser estudadas, a fim de que se examine sua compatibilidade com a principiologia axiológica que propõe o presente estudo.

### **A - Teoria sistêmica funcionalista (normativamente fechada) em Nicklas LUHMANN**

Niklas LUHMANN foi um importante sociólogo alemão<sup>33</sup>, sendo atualmente considerado, juntamente com Jürgen HABERMAS, um dos teóricos germânicos de maior influência no mundo. Como professor de sociologia da Universidade de Bielefeld, LUHMANN desenvolveu uma teoria sistêmica funcionalista, especialmente sob a influência do pensamento sociológico de Talcott PARSONS e da filosofia naturalista dos biólogos chilenos Humberto MATURANA e Francisco VARELA.

Ao iniciar suas teorizações, LUHMANN identifica um déficit no arsenal metodológico do sociológico contemporâneo. A partir disso, constrói uma estrutura de pensamento marcada pela originalidade<sup>34</sup>. O sociólogo alemão parte da linguagem: o elemento central da sua teoria é a comunicação. O sistema social é um sistema de comunicação e a comunicação no interior do sistema opera selecionando apenas uma quantidade limitada de informação disponível no

---

<sup>32</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 82.

<sup>33</sup> LUHMANN nasceu em 8 de dezembro de 1927, no distrito de Lüneburg, na Alemanha. Estudou Direito na Universidade de Freiburg, entre 1946 e 1949, quando começou sua carreira na Administração Pública. Em 1961, foi para Harvard estudar sociologia com Talcott PARSONS, o sociólogo mais famoso do mundo à época. Frequentava a mesma classe de LUHMANN outro jovem alemão, Jürgen HABERMAS, com quem LUHMANN, em 1971, publicaria um livro em conjunto (*Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*). Em 1968/1969 ocupou o posto de palestrante na cadeira originalmente de Theodor ADORNO na Universidade de Frankfurt, sendo, então, indicado como professor de sociologia na recém-fundada Universidade de Bielefeld, até a aposentadoria, em 1993. Morreu em 6 de novembro de 1998.

<sup>34</sup> Essa falta de instrumentos aptos a explicar a realidade complexa com que se depara o sociólogo resta evidenciada quando Luhmann, ao iniciar seu livro “Sociologia do Direito”, deixa claro que a análise do fenômeno jurídico tradicionalmente levada a efeito pelos sociólogos tem sérios problemas: estudar o papel de grandes juristas na história, a origem social das pessoas que compõem a classe jurídica ou a ideologia por trás de decisões isoladas tem lá sua validade, mas nada diz sobre o verdadeiro papel do Direito na sociedade (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 07-12).

exterior. Contudo, a comunicação em LUHMANN tem uma imagem destituída das referências habituais ontológicas e antropologizantes. O foco de análise é a relação de comunicação entre sistemas. Não são já, pois, os indivíduos, como tal, os agentes privilegiados da comunicação, mas os próprios sistemas sociais<sup>35</sup>.

Com a pretensão de elaborar um modelo explicativo mais abrangente a respeito da sociedade moderna, LUHMANN parte de duas premissas: **(i)** a complexidade, entendida como a presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de realização; e **(ii)** a contingência, que corresponde ao fato de que as possibilidades apontadas para as experiências podem ser diferentes das esperadas, significando, via de consequência, o perigo de desapontamento e a necessidade de assumir riscos<sup>36</sup>.

A complexidade implica diferenciação sistêmico-funcional. Isso porque, na medida em que estão presentes complexidade (que importa pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que importa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige a especificação de funções nos sistemas sociais parciais, que passam a se identificar como diferenciados e operacionalmente autônomos em relação aos outros subsistemas. O problema de cada subsistema social reside, a partir de então, em saber como é possível reduzir a complexidade advinda do respectivo ambiente, ampliando a sua própria complexidade e, portanto, a sua capacidade seletiva.

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, vale transcrever a seguinte passagem da obra *“Teoria della società”*: *“Le seguenti ricerche tentano di realizzare il passaggio ad un concetto di società radicalmente antiumanistico e radicalmente antiregionalistico. Esse naturalmente non negano che esistano uomini e non ignorano neppure le forti distinzioni che segnano le condizioni della vita nelle singole regione del globo terrestre. Esse rinunciano soltanto a derivare da questi fatti un criterii per la definizione del concetto di società e per la determinazione dei confini dell’oggetto ache ad esso corrisponde. Una tale rinuncia è necessaria. I modelli di norme i valori che si riscontrano nelle relazioni tra gli individui vengono presupposti come idee regolative o come componenti del concetto di comunicazione.”* (LUHMANN, Niklas; De Giorgi, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1996, p. 15).

<sup>36</sup> “Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade quer-se dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação poder ser enganosa por referir-se a algo inexistente ou intangível, ou algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá estará. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito...**, p. 45-46).

Emerge, aqui, a diferenciação entre sistema e ambiente, que desempenha um papel fundamental na teoria de LUHMANN. Segundo tal distinção, tudo que ocorre em um sistema (ou em vários sistemas) é visto simultaneamente como uma perturbação do meio ambiente em relação aos outros sistemas. A incorporação da diferença “sistema/ambiente” possibilita uma combinação entre fechamento operacional e abertura para o ambiente. Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando esse, de acordo com os seu próprio código-diferença, atribui-lhes forma.

Em decorrência disso, LUHMANN fala na existência de sistemas autopoieticos, que se reproduzem a partir dos seus próprios elementos<sup>37</sup>. Contudo, em LUHMANN, o sistema é normativamente fechado e cognitivamente aberto, eis que assimila as interferências do ambiente a partir do seu código fonte. A combinação de fechamento e abertura pode ser vista sob duas perspectivas: **(i)** embora o sistema exerça o controle das possibilidades de negação, esse controle depende das condições de escolha entre o “sim” e o “não” do respectivo código sistêmico; **(ii)** o controle das possibilidades de negação proporciona uma relação contínua e estável entre o sistema e o ambiente, mantendo a identidade e a autonomia sistêmica.

Para LUHMANN, o Direito é um subsistema autopoietico dentro de um sistema mais amplo: o sistema social. Dotado de autonomia e de um código binário próprio – baseado no binômio “lícito/ilícito” –, o Direito é compreendido por LUHMANN como um instrumento de generalização congruente de expectativas

---

<sup>37</sup> Etimologicamente, a palavra autopoiese vem do grego: *auto*, que significa “por si próprio”, e *poiesis*, que significa “criação, produção”. A inserção da idéia de autopoiese na teoria luhmaniana é bem retratada na seguinte passagem: “A questo livello della discussione un momento nuovo è costituito dal contributo di Humberto Maturana, che ha elaborato il concetto di autopoiesi. Sistemi autopoietici sono sistemi che producono essi stessi non soltanto le loro strutture, ma anche gli elementi dei quali essi sono composti, proprio nella rete di questi elementi. Gli elementi – sul piano temporale sono operazioni – dei quali i sistemi autopoietici sono costituiti, non hanno una esistenza indipendente; non si incontrano semplicemente; non vengono semplicemente collegati. Essi vengono piuttosto prodotti nel sistema, ed esattamente per il fatto che (qualunque sia la base energetica o materiale) vengono utilizzati come distinzioni. Gli elementi sono informazioni, sono distinzioni, che fanno differenza nel sistema. E in questo senso sono unità d’uso per le quali nell’ambiente non c’è corrispondenza”. (LUHMANN, Niklas; De Giorgi, Raffaele. **Teoria della società...**, p. 21).

comportamentais normativas<sup>38</sup>. Todos, no ambiente do sistema, mantêm expectativas. As expectativas podem ser: **(i)** cognitivas, nas quais o desapontamento é processado por meio da adaptação à realidade fática, sendo tais expectativas facilmente modificáveis; ou **(ii)** normativas, nas quais a expectativa mantém-se ainda que desapontada, imputando-se, no momento do desapontamento, discrepância à realidade. Como generalização compressiva de expectativas normativas, a função do Direito é a produção de congruência, a partir de um processo de seleção de expectativas normativas, estabilizando a sociedade.

Nas formas pré-modernas de dominação, o Direito estava subordinado à política. O código binário da seara jurídica (lícito/ilícito), confundia-se com o código de preferência da política (poder superior/poder inferior), que, por seu turno, não se dissociava claramente do código fonte da economia (ter/nãoter). Com o constitucionalismo moderno, a limitação do poder e a criação de procedimentos eleitorais, o Direito, assim como os outros subsistemas sociais, adquiriu autonomia funcional: para LUHMANN, nem toda proposta política é lícita, nem sempre a melhor proposta econômica é a proposta política vitoriosa, nem sempre as classes mais abastadas correspondem aos “donos do poder”<sup>39</sup>.

O sociólogo alemão define, então, a Constituição como o “acoplamento estrutural” entre a política e o Direito. A Constituição, de um lado, é compreendida como uma aquisição evolutiva da sociedade moderna que representa a limitação jurídica ao governo, verdadeira antítese do regime arbitrário. De outro lado, a Constituição se apresenta como mecanismo de interpenetração concentrado entre os subsistemas do Direito e da política, na medida em que possibilita influências recíprocas e permanentes. A Constituição

---

<sup>38</sup> “Podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito...**, p.121).

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Milano: Il Mulino, 1990, p. 103-147.

filtra informações, inclui e exclui, impõe limites, facilitando a influência entre ambos os subsistemas<sup>40</sup>.

## **B - Sistema axiologicamente aberto em Claus-Wilhelm CANARIS**

Em contraposição à teoria sistêmica funcionalista, tem-se a proposta de um sistema axiologicamente aberto em Claus-Wilhelm CANARIS. Para o professor da Universidade de München, a incompletude do conhecimento científico e a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais determinam o reconhecimento de que o sistema não é um todo fechado, mas, antes e primeiramente, uma conjuntura marcada por uma inexorável abertura. Todavia, quiçá os pressupostos e os argumentos que levam a acreditar na consistência da teoria sistêmica de CANARIS sejam, em um primeiro momento, melhor compreendidos a partir do estudo das críticas que foram opostas às teorizações funcionalistas de LUHMANN.

Três são fundamentalmente as objeções levantadas em face da proposta luhmaniana:

(i) A primeira delas foi exposta pelo filósofo alemão Jürgen HABERMAS, para quem LUHMANN teria exagerado ao propor uma separação entre o Direito e a política. Para HABERMAS, não é possível aplicar o Direito sem recorrer a posicionamentos que derivam diretamente de preferências políticas. A tarefa do operador do direito, especialmente nos casos difíceis, consiste numa atividade de justificação moral. Isso, segundo os termos da sociologia funcionalista de LUHMANN, equivale a afirmar que no código jurídico existem conteúdos

---

<sup>40</sup> Nas palavras de Marcelo NEVES, “Luhmann vai definir a Constituição como ‘acoplamento estrutural’ (*strukturelle Kopplung*) entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. Não se trata aqui apenas de acoplamento operativo como vínculo momentâneo entre operações do sistema e do ambiente. O acoplamento estrutural importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente” (NEVES, Marcelos. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 97).

provenientes do código da moral e do poder. Daí porque não se pode aceitar que o sistema jurídico seja considerado como fechado e auto-suficiente<sup>41</sup>.

(ii) A segunda crítica direcionada a LUHMANN é fruto das teorizações de Enrique DUSSEL. O filósofo argentino atenta para o erro de LUHMANN ao eliminar do sistema o sujeito. A separação entre os sistemas sociais, formados pela comunicação, e a subjetividade humana, que aparece apenas como manifestação do ambiente, conduz ao não reconhecimento de uma exigência ética intrínseca ao sistema. O subsistema jurídico, como centro auto-referencial e normativamente fechado, pode até trabalhar com complexidade, contingência e absorção de elementos advindos do ambiente segundo um código binário próprio, mas não logra aceitar a irrupção do sujeito, como valor que deve impor-se por si mesmo a partir do reconhecimento da dignidade humana como preceito de ordem superior<sup>42</sup>.

(iii) A derradeira observação às teorizações de LUHMANN foi realizada por um jusfilósofo brasileiro. Coube à Marcelo NEVES ressaltar a inadequação da proposta luhmaniana à realidade dos países periféricos. É que, nos estados que não tiveram oportunidades adequadas de desenvolvimento, não é possível identificar efetiva autonomia entre o político e o jurídico. Percebe-se, nesses casos, uma alopoiesese do direito, pois não estão definidas claramente as fronteiras da juridicidade, havendo prevalência de outros códigos de diferença sobre o binômio “lícito/ilícito”. Além de se verificar uma reprodução hipertrófica do código econômico (ter/não-ter) – o que implica privilégios e exclusões ilegais –, a

---

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. **Morale, diritto, politica**. Torino: Einaudi, 1992, p. 53. Ver também: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. E, ainda: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In.: **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 39-79.

<sup>42</sup> É o que se infere do seguinte trecho da obra “Ética da Libertação”: “A desconexão entre os sistemas sociais e os sistemas psíquicos (que na realidade são a subjetividade humana, de constituição neurocerebral), sendo estes últimos reduzidos a entorno, produzirá a separação radical entre ‘sistema’ e ‘ética’ (esta última não constitui sistema para Luhmann), entre o âmbito forma e material da realidade ética. (...) O sistema social, sendo auto-referencial, permite contingência, abertura e interpenetração, mas nunca a irrupção do ‘sujeito’ do Outro – do sistema psíquico como autônomo: isto é, como uma auto-referência irrespectiva ao próprio sistema social a partir de sua própria dignidade reconhecida a partir de sua própria consciência auto-responsável...” (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 257-258).

ausência de uma esfera política consistente faz com que mecanismos familiares, referentes à amizade a ao poder privatizado, confundam-se com o Direito<sup>43</sup>.

Todas essas proposições relevam a fraqueza da teoria sistêmica funcionalista: seja por ser inaplicável à realidade dos países de terceiro mundo, seja por desconsiderar o valor do sujeito como elemento axiologicamente superior dentro do sistema, seja por radicalizar a separação do direito com outras esferas sociais, o pensamento de LUHMANN não pode ser tomado como base para a presente dissertação. Serve, todavia, para abrir caminho em direção a uma proposta mais adequada de sistema.

Perceba-se, nesse sentido, que LUHMANN peca ao não oferecer tratamento adequado aos princípios dentro de sua teoria. Como os princípios são elementos históricos, cuja gestação ocorre no seio da sociedade, é a partir da sua compreensão que se chega à mobilidade do sistema. A historicidade dos princípios trabalhados na seara jurídica faz com que diversos institutos sofram alterações que escapam ao simples código binário proposto por Niklas LUHMANN. É o caso evidente das modificações ocorridas no âmbito do direito de família, especialmente com a inserção do princípio da afetividade, fruto dos novos valores culturais assumidos pela sociedade brasileira nas últimas décadas<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Afirmações elaboradas com base na seguinte passagem: “Em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos) não houve uma adequada autonomia sistêmica do político e do jurídico, de acordo com o princípio da diferenciação funcional, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista. Pode-se falar em alopoise do direito por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código “lícito/ilícito”. Isso significa que não estão definidas claramente as fronteiras de uma esfera de juridicidade. Não só o código econômico (‘ter/não-ter’) reproduz-se hipertroficamente, o que implica privilégios e exclusões ilegais, como também, relacionado com essa hipertrofia, mecanismos familiares, referentes à amizade a ao poder privatizado sobrepõem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica” (NEVES, Marcelos. **Op. Cit.**, p. 239-240). Crítica semelhante pode ser encontrada em outra obra do mesmo autor: NEVES, Marcelos. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>44</sup> Consoante a lição de Luiz Edson FACHIN: “A família se torna plural. Há realmente passagem íntima ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da “grande-família”, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação”. (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 289-290).

De outra parte, ao desconsiderar o sujeito, LUHMANN não apenas nega o princípio de hierarquização axiológica, fundado na dignidade da pessoa humana, como também deixa de reconhecer a incompletude do conhecimento científico. É que o sujeito, de uma maneira ou de outra, acaba impondo sua dimensão existencial. Basta, para tanto, atentar ao fato de que há coisas que influenciam o conhecimento jurídico, mas não se encontram dentro do sistema autopoietico, como, por exemplo, as coisas que não podem ser apreendidas pela razão (irracionalis). Isso é, há coisas que estão para além do pensamento racional e ainda assim influenciam o sistema jurídico.

Daí que concluir pela auto-suficiência do sistema seja assertiva perniciosa à reflexão que se pretende alinhada a uma principiologia axiológica, pois nega até mesmo os valores políticos que balizam a racionalidade do Direito. É com base em dois pilares extraídos da crítica ao sistema fechado (provisoriidade epistemológica e mutabilidade do ordenamento) que CANARIS elabora uma concepção de sistema axiologicamente aberto<sup>45</sup>.

A incompletude e a provisoriidade do conhecimento são tidas por CANARIS como os sustentáculos da abertura do sistema. De fato, o jurista deve estar sempre preparado para colocar em dúvida o sistema até então existente ou, no mínimo, alterá-lo com base em novas e mais precisas considerações. Nessa perspectiva, um sistema será sempre não mais do que “um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo, nem fechado, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis”<sup>46</sup>. A tarefa do sistema jurídico não é de comprimir o Direito para tentar limitar sua

---

<sup>45</sup> É bem verdade que, nessa nova perspectiva, até mesmo a dicotomia entre elementos internos e externos deve ser repensada: “A dicotomia ‘interno’ e ‘externo’ supõe um fechamento impossível de se admitir, eis que a ordenação dos conceitos e das categorias jurídicas não pode acontecer, apenas, desde o exterior, como se o conjunto de disposições fosse, em si mesmo, uma massa assimétrica e caótica de prescrições. Em outras palavras, entende-se que a abertura supõe a preexistência latente de soluções admissíveis para as inevitáveis lacunas e antinomias. Certamente, não se está pensando aqui na abertura patrocinada pelas cláusulas gerais, senão que naquela abertura de natureza epistemológica, derivada da própria indeterminação, intencional ou não, dos enunciados semânticos em matérias jurídica” (FREITAS, Juarez. **Op.Cit.**, p. 36).

<sup>46</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Op. Cit.**, p. 106.

evolução, mas, ao contrário, facilitar a incorporação das modificações que ocorrem no campo social.

De outro lado, a mobilidade do sistema está fulcrada na idéia de que até mesmo a ordem jurídica objetiva está constantemente sujeita a mutações. Em relação a esse aperfeiçoamento intermitente, sustenta CANARIS que os valores fundamentais constituintes sofrem modificações, alterando dentro do sistema as unidades de adequação por eles corporizadas: “hoje, princípios novos e diferentes dos existentes há poucas décadas podem ter validade e ser constitutivos para o sistema”<sup>47</sup>. Mais uma vez, o importante papel dos princípios é destacado, pois, como opções valorativas básicas de uma sociedade, sofrem constante mutação, independentemente da intervenção do legislador.

À abertura como incompletude do conhecimento científico soma-se a abertura como mobilidade da própria ordem jurídica. Em ambos os casos, as interações sistêmicas escapam ao código binário “lícito/ilícito”. Sob esse novo ângulo, a unidade valorativa do sistema está fundada no aspecto material do ser humano, na sua dignidade. Essa, por sua vez, foi incorporada a uma ordem jurídica histórica, sob a forma de um princípio de hierarquização axiológica. No centro desse sistema, compreendido como “um conjunto de elementos organizados e estruturado em torno de princípios”, está a Constituição, que apresenta como princípio fundamental da República Federativa do Brasil – artigo 1º, inciso III – a dignidade da pessoa humana.

## **Seção II – Sistema de direito civil-constitucional**

O conceito de sistema aberto alcançado ao longo das reflexões desenvolvidas na seção anterior pressupõe uma rede axiológica de normas jurídicas (regras e princípios) em cujo ponto mais alto se encontra a Constituição,

---

<sup>47</sup> **Idem**, p. 107. Aproximando sua reflexão ao direito privado, CANARIS dá exemplos de princípios que paulatinamente modificaram essa área do direito: “o princípio do risco, na responsabilidade objetiva, o princípio da confiança, na responsabilidade pela aparência jurídica e na doutrina da *culpa in contrahendo* e o princípio da equivalência material no instituto da alteração das circunstâncias; de modo semelhante, o princípio da boa-fé demonstrou, na *exceptio doli*, na doutrina da *suppressio* ou multiplicidade dos deveres de comportamento desenvolvidos a partir dela, uma inegável força de alteração do sistema” (**Idem**, p. 105).

instrumento que reflete as aspirações e os anseios mais profundos de uma sociedade. Nesse sentido, se Konrad HESSE estava certo e a “Constituição não é apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado, tornando-se a ordem jurídico-fundamental da sociedade”<sup>48</sup>, nada mais natural do que se falar numa constitucionalização do Direito Civil.

Todavia, nem sempre foi assim. É preciso lembrar que o Código já foi considerado a verdadeira Constituição do Estado burguês, o estatuto que, de modo exclusivo, regulava a vida dos indivíduos<sup>49</sup>. A Constituição, por seu turno, era vista como uma mera “carta de conselhos” ao legislador. Trilhou-se um longo e árduo caminho até se chegar à idéia de que os velhos institutos do Direito Privado viriam a adquirir novo sentido, em face dos contornos que lhes foram oferecidos pelas normas constitucionais.

Tal forma de visualizar o Direito Privado, conquanto de desenvolvimento relativamente recente no Brasil, traduz notável preocupação dos civilistas nas últimas décadas. Autores da melhor linhagem – como, por exemplo, Luiz Edson FACHIN, Gustavo TEPEDINO, Maria Celina Bodin de MORAES e Paulo Luiz Netto LÔBO – incorporaram os princípios basilares de tal reflexão, nascidos principalmente na doutrina italiana, difundindo a temática e oferecendo suas próprias contribuições.

---

<sup>48</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, p. 16. A Constituição passou a ser, nas palavras de BILBAO UBILLOS, “*la parte general del ordenamiento jurídico*”. (BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ?En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 304).

<sup>49</sup> Como bem anota Paolo GROSSI: “Falou-se em Código-Constituição. Veríssimo! De fato, não existe dúvida que, já que, as primeiras ‘cartas dos direitos’ se revestindo de um caráter filosófico político, coube ao Código Civil enunciar regras jurídicas que disciplinassem os institutos fortemente ‘constitucionais’ da propriedade e do contrato”. (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 141). Da mesma forma, seria indelicado olvidar o ensaio clássico de Michele GIORGIANNI: “Esse significado ‘constitucional’ dos códigos civis do início do século XIX não é, porém, causado pelas normas que acabamos de assinalar, mas é imanente neles, se se fixar a idéia de que a propriedade privada e o contrato, que constituíram, como se disse, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção de vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal” (GIORGIANNI, Michele. **O Direito Privado e as suas fronteiras atuais**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Revista dos Tribunais. Ano 87. V. 747. Jan de 1998, p. 41).

Faz-se mister, portanto, apreender o conteúdo desse sistema no qual o Direito Civil está imerso para, mais tarde, analisar sua influência sobre as situações patrimoniais. Contudo, é conveniente que o início dessa empresa tome como ponto de partida justamente a sua antítese: o sistema codificado.

### **Subseção I – Sistema codificado**

Como afirma Paolo GROSSI, uma grande operação consolida-se na França ao final do século XVIII. O homem do povo percebe que está no ar alguma coisa que lhe é estranha, que cai do alto sobre sua cabeça, evocando sempre “os espectros desagradáveis de uma autoridade sacionadora”<sup>50</sup>. Em contraposição ao Direito Medieval – que foi sempre tomado como uma dimensão da sociedade, manifestação fundamental de toda uma civilização – o Direito Moderno adquire aspectos diversos baseados em poder e exclusividade. Ocorre uma substituição do social pelo jurídico.

Com efeito, é possível caracterizar a produção jurídica que acontecia no mundo pré-revolucionário (medieval) a partir de três elementos básicos: **(i)** era transbordante, no sentido de que não buscava obrigar o devir da sociedade a se manter dentro de margens estáticas; **(ii)** era pluralista, pois estava em conexão com a sociedade e com suas forças plurais, expressando-se, no dizer de GROSSI, “sem particularizações artificialmente construídas”<sup>51</sup>; e **(iii)** era extra-estatal, não registrava a voz do poder político temporário, conservando-se de um indesejável aprisionamento<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, p. 64.

<sup>51</sup> **Idem**, p. 110.

<sup>52</sup> **Idem, ibidem**. Para Ricardo Marcelo FONSECA, a sociedade medieval possui traços holísticos, uma vez que acredita profundamente na existência de uma ordem universal, transcendente na figura do Criador. Trata-se de um mundo compactado, visualizado a partir de ordens ou corporações, estabelecidas estratificada e hierarquicamente, dentro das quais não havia espaço para manifestações individuais. Como consequência destas idéias no plano político e social do medievo, destaca o autor: (i) que a harmonia social não depende da igualdade de seus membros ou da uniformidade de suas funções no corpo social, ou seja, era uma sociedade desigual por princípio; e (ii) que a cada elemento da sociedade deve ser atribuída autonomia necessária para que determinada função possa ser desempenhada, dito de outro modo, não havia espaço para uma administração centralizada (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 29-34).

Esse cenário é bastante diverso daquele delineado com a formação do Direito Moderno, que está agora submetido a uma fonte única de produção: o Estado. Mas não é só isso, forjado sob o fogo do Iluminismo, o Direito do século XVIII traz em seu cerne os traços essenciais da subjetividade moderna: **(i)** a universalidade, que significa a transcendência das fronteiras nacionais segundo princípios universais de justiça; **(ii)** o individualismo, que considera o indivíduo (abstrato) como centro das demandas e destinatário das atenções sociais; **(iii)** a autonomia, que significa liberdade e capacidade para rejeitar as trevas em favor da razão<sup>53</sup>.

Surge, então, a figura do Código. É bem verdade que o próprio termo “Código” é polissêmico<sup>54</sup>, todavia se pretende aqui apreendê-lo em seu sentido histórico de “Código símbolo”, “Código mito” ou mesmo “idéia de Código”<sup>55</sup>. Trata-se do Código que irrompe em determinado momento histórico, fruto de uma revolução cultural que põe fim a fundamentos jurídicos até então consolidados. O Código é um ato de ruptura com o passado, indicando não apenas uma nova forma de produção do Direito, mas também um projeto de emancipação do ser humano. Não por outro motivo, os países recém-unificados na Europa do século XIV buscavam no Código uma forma de afirmação<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 28-41.

<sup>54</sup> Segundo Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, código pode significar: “1. Coleção de leis. 2. Conjunto metódico e sistemático de disposições legais relativas a uma assunto ou a um ramo do direito. 3. Coleção autorizada de fórmulas médicas ou farmacêuticas. 4. Coleção de regras e preceitos. 5. Normas, regra, lei. 6. Vocabulário ou sistema de sinais convencionais ou secretos utilizados em correspondências e comunicações. 7. Palavra-chave, formada de 10 leras diferentes, dum sistema que se substituem algarismos por letras, na marcação do preço de mercadoria. 8. Ordenações. 9. Dados. Sistema de símbolos com que se representa uma informação numa forma que a máquina possa operar. 10. Teor. Conjunto de regras por meio do qual mensagens são convertidas, de maneira convencional e reversíveis, de uma representação para outra” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 425). O autor ainda faz alusão à idéia de código binário, código de barras, código de máquinas, código genético, código morse etc.

<sup>55</sup> GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, p. 105-106.

<sup>56</sup> Consoante a lição de Fábio Seibeneichler de ANDRADE, o mesmo ocorre com as nações latino-americanas após sua independência: “Essa conduta é fácil e perfeitamente explicável por força do apelo modernizante que o Código representa para nações que antes do período colonial viviam imersas em suas próprias tradições. Diante do novo período que se avizinhava, marcado pela independência política e pela autonomia, a noção de código ainda tinha fôlego para angariar novos adeptos por força da imagem que ele representava: uma visão totalizante e sistemática do

E será esse novo indivíduo – tal qual acima descrito, um sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, com absoluta convicção de que pode ler a natureza das coisas, decifrá-las e reproduzi-las em normas que podem ser pensadas como universais e eternas – que vai levar a efeito o projeto codificador<sup>57</sup>. É significativo que o Código Civil francês de 1804 constitua um marco histórico. Como primeira etapa de um projeto de codificação totalizante, NAPOLEÃO dava um passo ousado: pretendia aprisionar num código toda disciplina relativa ao Direito Civil, campo que tradicionalmente trata do ser humano em sua dimensão mais existencial e, portanto, mais complexa.

O Código Civil francês de 1804, por esse caminho, buscava regular a vida do sujeito em si mesmo e suas interações sociais. Procurava reduzir toda a experiência do modo de realidade do ser humano em um sistema articulado, fechado e minucioso de regras escritas, contemplando todos os institutos possíveis<sup>58</sup>. Deveras, não se pode olvidar que o Príncipe é quem verdadeiramente detém legitimidade para ler a natureza das coisas e do ser humano, extraíndo daí regras normativas. A passagem do conceito de “Direito” (predominante no período medieval) para o conceito de “Lei” (predominante no período moderno), faz com que a regulação social provenha única e diretamente do Estado.

Nessa esteira, assevera GROSSI que o Código, ao menos no seu modelo originário, é dotado de uma tríplice tensão: **(i)** tende a ser a fonte unitária, espelho e fundamento da unidade de um ente estatal; **(ii)** tende a ser fonte completa; e **(iii)** tende a ser fonte exclusiva do direito<sup>59</sup>. O Príncipe Iluminista – inteligente, onisciente, previdente etc. – é capaz de tudo regular, de forma completa, clara e coerente. Dada a ausência de contradições na realidade

---

“mundo” (ANDRADE, Fábio Seibeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 149) .

<sup>57</sup> GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, p. 111-112.

<sup>58</sup> Inegável que, ao menos nessa perspectiva, o código traz em si a idéia de totalidade: “De todo o exposto, verifica-se que a idéia de código consiste numa aplicação do princípio da totalidade. A própria etimologia da palavra revela essa concepção. Está inserido nesse conceito – e na sua formulação – a tentativa de ordenação do direito e, por via de consequência, da sociedade. Não foi por mero acaso, portanto, que grandes personalidades – de que Justiniano e Napoleão são exemplos mais conhecidos – sempre procuraram marcar seus governos coma elaboração de códigos” (ANDRADE, Fábio Seibeneichler de. **Op. Cit.**, p. 169).

<sup>59</sup> GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, p. 118.

codificada, resta ao juiz o papel de *bouche de la loi*, o que já é capaz de indicar uma certa desconfiança em relação aos magistrados do antigo regime<sup>60</sup>.

De fato, o Código fala para uma nova classe: a burguesia, que após dirigir a Revolução Francesa, finalmente teve êxito em sua aspiração à propriedade livre da terra e sua livre circulação. O Código nasce, então, como lei tuteladora das camadas da população que desejavam investir suas economias em aquisições fundiárias, assim como oferece uma única exceção à exclusividade em relação à atividade legislativa do Príncipe: a autonomia dos indivíduos, ou melhor, o contrato<sup>61</sup>. Destarte, o Código regula o sujeito em seus aspectos patrimoniais.

Não obstante, se nem todos têm acesso às condições materiais que permitem adquirir bens e contratar de modo geral, como pretende o Código regular o sujeito em toda sua extensão? A resposta está assentada na abstração e na igualdade formal. O Código tem como protagonistas sujeitos abstratos aos quais se refere com uma faixa de relações igualmente abstratas. São modelos de individualidade desenhados pelo legislador, todos iguais, porém despidos daquela “pesada bagagem da carnalidade humana”<sup>62</sup>. Surge, assim, o aspecto individualista da codificação que receberá um forte golpe com a publicização do direito privado.

## **Subseção II – Publicização do Direito Privado**

Tal qual explanado no tópico anterior, o Código é um instrumento jurídico de viés individualista e patrimonialista. Marcado pela pretensão de perenidade, oferece a segurança necessária à obtenção de lucro. E, para a

---

<sup>60</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In.: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

<sup>61</sup> GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, p. 128-130. Corroborando desse entendimento, traz-se à colação a opinião de Gustavo TEPEDINO: “O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 02).

proteção da esfera jurídico-patrimonial dos súditos, o Estado Liberal estruturou o Código em torno da propriedade (como direito dispor e gozar de bens da maneira mais absoluta), da liberdade formal (fundada na autonomia da vontade e no contrato: *qui dit contractuel, dite juste*) e da igualdade formal (todos são sujeitos de direito e, portanto, iguais perante a lei).

Desse modo, o Código reduz o indivíduo as suas relações patrimoniais. Como assevera Michele GIORGIANNI, a realidade codificada “constitui expressão de um sistema que exalta a atividade do indivíduo no âmbito da vida econômica e, sobretudo, garantia essa atividade como aquela tida como a mais idônea para tutelar o indivíduo”<sup>63</sup>. Estando a propriedade privada e o contrato no centro da sociedade, os códigos “constitucionalizavam” uma concepção de vida econômica. Daí falar-se numa “prioridade” do Direito Privado sobre o Direito Público, pois até mesmo as normas postas em favor dos indivíduos como fator limitador à atividade do Estado encontravam-se nos Códigos<sup>64</sup>.

Todavia, esse cenário começa a se modificar especialmente após a Primeira Guerra Mundial. Percebe-se a falácia da tão difundida idéia de uma “mão invisível do mercado”, na medida em que o Estado é constantemente chamado a intervir na economia em razão das crises cíclicas do capitalismo. O domínio do particular na economia, que havia sido consagrado como esfera intocável pelos códigos oitocentistas, é cada vez mais tomado pelos Poderes Públicos. Alteram-se, da mesma forma, os institutos e as premissas basilares do Direito Privado: por um lado, fala-se numa “funcionalização” dos direitos subjetivos; por outro, o Direito Privado é obrigado a desapegar-se da sua marca individualista, passando a considerar demandas coletivas<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, p. 126.

<sup>63</sup> GIORGIANNI, Michele. **Op. Cit.**, p. 41.

<sup>64</sup> Interessante notar que, conforme a advertência de Júlio César FINGER, nesse período as relações de direito privado coincidiam com o âmbito dos direitos inatos dos indivíduos, ou seja, o Direito Privado indicava de modo total e exclusivo o “estatuto dos particulares”, a vida do indivíduo em si mesmo na órbita jurídica. Tal modelo foi amplamente recepcionado, na ótica do autor, pelo *Code Napoléon* e pelas codificações que se seguiram, em especial o Código Civil Italiano de 1865 e o Código Civil do Império Germânico de 1896 (FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In.: SARLET, Ingo (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 87).

<sup>65</sup> GIORGIANNI, Michele. **Op. Cit.**, p. 43-45.

Com isso, afastou-se do Direito Civil aquela que era sua marca característica, isto é, a proteção do indivíduo frente ao Estado. Sem embargo, como bem anota Maria Celina Bodin de MORAES, esse fenômeno – identificado com a progressiva intervenção do estado na esfera privada – não deve ser encarado como uma “invasão da esfera privada pela pública”, mas, ao revés, como “estrutural transformação do conceito de direito civil”<sup>66</sup>, que incorpora novas técnicas de tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana.

Interessante notar que, com a emergência desses novos fatores históricos, a *summa divisio* entre o Direito Público e o Direito Privado é colocada em dúvida. Como é de conhecimento geral, a estrutura sobre a qual erigiu-se essa dicotomia está assentada em critérios de forma e matéria da relação jurídica. Assim, com base no critério de forma, distinguem-se as relações jurídicas de coordenação, entre sujeitos iguais, e as relações de subordinação, entre sujeitos que se encontram em posições jurídicas diferentes<sup>67</sup>. Já com base no critério da matéria, tem-se que o Direito Privado seria caracterizado por normas dispositivas, que regulam relações fundadas em interesses individuais; ao passo que as relações de Direito Público seriam marcadas por normas cogentes, que protegem interesses coletivos<sup>68</sup>.

Nenhum dos critérios oferecidos é, porém, satisfatório. Importa salientar que nem sempre o Poder Público comparece perante o particular em posição de superioridade<sup>69</sup>. Da mesma forma, o Direito Privado não é composto

---

<sup>66</sup> TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, jul.-set. 1993, p. 24. Nessa mesma linha de raciocínio Luis Edson FACHIN fala numa profunda mudança da concepção de Direito Civil: “Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a ‘coexistencialidade’. A superação da divisão em pauta não fere, necessariamente, a unidade sistemática do Direito, inclusive porque ultrapassada também se encontra a fixação rígida de espaços normativos. Há novas searas, ambivalentes, nelas se inserindo interesses de dupla face, a exemplo, da proteção da criança e do adolescente, bem como no campo das relações de consumo que recaem sobre serviços bancários ou de entidades de crédito. Constata-se, pois, uma mudança de paradigma” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 221-222).

<sup>67</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. **Op. Cit.**, p. 14.

<sup>68</sup> SGARBI, Adrian. “Reductio ad unum”: Kelsen e o problema da dicotomia entre o direito público e o direito privado. **Revista Trimestral de Direito Civil** - v. 14 (abril/junho). Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 06-08.

<sup>69</sup> Um pressuposto básico para a intervenção do Poder Público no domínio econômico é a subordinação ao regime jurídico privado e a ausência de qualquer privilégio em relação aos

apenas por normas dispositivas. Aliás, os preceitos de ordem pública ganham força no campo do Direito Civil. Nesse contexto, soa correta a conclusão de que a diferença entre o Direito Público e o Direito Privado não pode mais ser apreendida em termos qualitativos, sendo mais adequado o critério quantitativo:

Há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos<sup>70</sup>.

O processo de crescente intervenção estatal na vida econômica trouxe inegavelmente novas feições ao Direito Privado. Contudo, é preciso cuidado para não confundir os termos “publicização” e “constitucionalização”. Embora ambos estejam associados, de alguma maneira, ao ingresso de valores sociais no âmbito do Direito Privado, a publicização não traz em si uma conotação de hierarquização normativa, estando mais próxima da idéia de ação estatal dentro do espaço jurídico de liberdade econômica. Já a constitucionalização possui um campo de atuação ampliado que “tem por fito submeter todo direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”<sup>71</sup>.

Nada impede, contudo, que o processo de intervenção estatal na economia e, via de conseqüência, no Direito Privado, ocorra por meio de normas

---

particulares. É o que prescreve a Constituição Federal em seu artigo 173, § 1º, inciso II, e § 2º: “§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: II – sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais trabalhistas e tributárias. § 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado”.

<sup>70</sup> TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito..., p. 26.

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. n.º 141. jan./mar. 1999 P. 101. A publicização, entretanto, não é uma decorrência lógica do princípio da supremacia da Constituição ou mesmo da existência do controle de constitucionalidade. Tanto assim que a Suprema Corte norte-americana, na famosa Era *Lochner* (1905-1930), sistematicamente declarou a inconstitucionalidade de qualquer legislação de intervenção no domínio econômico. Sob forte inspiração do liberalismo, no famoso caso *Lochner vs. New York*, a Corte, exercendo controle difuso de constitucionalidade, invalidou a Lei do Estado de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho para os empregados de padarias, entendendo que o ato normativo interferia excessivamente na liberdade de contratar, assegurada constitucionalmente a empregados e empregadores (Ver: MORO, Sergio Fernando).

de cunho infraconstitucional. Foi, por sinal, o que sucedeu num primeiro momento. O legislador, movimentando-se pela edição de leis esparsas, atuou com o intuito de sanar demandas contingentes, que tiveram sua origem na circulação de riquezas sem maior controle<sup>72</sup>. A constitucionalização do Direito Civil, por sua vez, contempla a escolha de valores fundamentais e a hierarquização axiológico-normativa, num fenômeno mais amplo que merece ser estudado detidamente.

### **Subseção III – Constitucionalização do Direito Civil**

Em que pese o incremento da força normativa da Constituição represente, atualmente, tema de passagem obrigatória em todas as áreas do conhecimento jurídico, é importante ressaltar que durante muito tempo as normas constitucionais foram encaradas como meros programas de ação, com valor exclusivamente político ou moral. A própria idéia de constitucionalismo era tida como representação de um fenômeno cultural e político do mundo moderno destinado a tornar efetivos os postulados da filosofia liberal.

Com efeito, se a Constituição do “Estado mínimo” continha um projeto social, então esse projeto derivava do seu próprio silêncio. E, como a propriedade e a liberdade, valores maiores sobre os quais se levantava uma nova ordem jurídica, já estavam seguramente regulados no *Codex*, pouca ou nenhuma função restava à Constituição. De fato, chegou-se mesmo a associar o Direito Privado com o próprio “Direito”<sup>73</sup>.

---

**Jurisdição Constitucional como democracia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 29-30).

<sup>72</sup> Afirma Gustavo TEPEDINO que o primeiro momento de intervenção do Estado no domínio econômico foi marcado pela emergência das chamadas “leis excepcionais”. Tais normas eram tidas como fruto de uma legislação temporária, incapaz de afetar a unidade sistemática dos Códigos. A quebra do ideal de coerência e completude dos Códigos apenas teve início num segundo momento com a formação de efetivos microssistemas no direito privado. Cita, então, Natalino IRTI, quando assevera que esses novos diplomas legislativos (microssistemas) apresentam as seguintes características: (i) definem objetivos concretos; (ii) têm uma linguagem menos jurídica e mais setorial; (iii) além de proibir comportamentos, fixam incentivos; (iv) não se limitam à regulação de situações patrimoniais; (v) são fruto do diálogo com grupos sociais específicos (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para...*, p. 09-10).

<sup>73</sup> ANDRADE, Fábio Seibeneichler de. **Op. Cit.**, p. 116.

Todavia, com a difusão na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, das constituições rígidas e do controle de constitucionalidade, emerge um projeto novo de Estado Democrático de Direito, que afeta profundamente a idéia de constitucionalismo. São impostos limites à atividade do legislador, bem como se expande, com centro na própria Constituição, um plano normativo globalizante para o Estado e para sociedade, em que são estabelecidos fins, tarefas, diretivas e programas<sup>74</sup>.

Nesse sentido, é possível afirmar que três são os traços característicos das constituições do pós-guerra: **(i)** juridicidade; **(ii)** vinculatividade e **(iii)** rematerialização. Num primeiro plano, a dita juridicidade implica reconhecer que a Constituição é lei e, como tal, tem força normativa. Essa conclusão, diga-se de passagem, remonta ao velho debate entre Ferdinand LASSALLE<sup>75</sup> e Konrad HESSE<sup>76</sup>, no qual, ao que tudo indica, esse último pensador sagrou-se vencedor ao assentar definitivamente que as constituições têm uma pretensão de eficácia normativa sobre o real. Contudo, sua concretização demanda a adoção de um

---

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. In.: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 14.

<sup>75</sup> Ferdinand LASSALLE foi um advogado alemão contemporâneo de Karl MARX que ganhou notoriedade com a publicação da obra “A essência da Constituição” a partir da reprodução de uma conferência ministrada em 1862 para intelectuais e operários da antiga Prússia. LASSALLE trabalha com dois conceitos de Constituição: uma real, constituída pelos fatores reais de poder, e outra, escrita, na qual são transcritos esses fatores. A distinção entre ambas diz respeito à eficácia das normas constitucionais, pois enquanto a real é a que impera efetivamente, a escrita não passa de mera anotação, simples folha de papel. Em outras palavras, a constituição escrita é a transcrição dos fatores reais de poder em instituições jurídicas e, portanto, somente será uma Constituição boa, duradoura e eficaz na medida em que corresponda aos fatores de poder que regem um país. (LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Ed. Laemmert, 1969)

<sup>76</sup> Konrad HESSE foi Ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã e professor universitário. Em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, HESSE apresentou uma nova proposta de leitura da normatividade constitucional, transcrita na obra “A força normativa da Constituição”. O autor, partindo da obra de LASSALLE, discorda da qualificação dada por esse à Constituição, pois, estando adstrita a um conceito exclusivamente sociológico, encerra por retirar a normatividade do texto constitucional. HESSE reconhece que entre norma constitucional e realidade existe uma tensão imanente que não se deixa eliminar, mas isto não significa que a Constituição deva necessariamente sucumbir em face do real. A tarefa do operador do direito, assim, não se resumiria a identificar uma vontade de poder latente na realidade, mas sim – e principalmente – em reconhecer uma verdadeira “vontade de Constituição”. A normatividade constitucional estaria localizada, para HESSE, na pretensão de eficácia sobre o real. E a práxis constitucional seria um fator fundamental na consolidação e preservação da força normativa da Constituição, dentro da qual destacar-se-ia o papel da interpretação. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991).

método interpretativo progressista, balizado pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais<sup>77</sup>. O operador do direito, portanto, não pode permanecer à indefinida espera da *interpositio legislatoris*, sendo tarefa de todo juiz a integração do ordenamento com base nos preceitos constitucionais<sup>78</sup>.

Já a idéia de vinculatividade apregoa que a Constituição não apenas tem força normativa, mas é, sobretudo, uma norma superior; desenha um modelo de produção jurídico-normativo. Como ensina Clèmerson Merlin CLÈVE, uma das características do constitucionalismo contemporâneo é a heterovinculação: “a Constituição vincula todos os Poderes, inclusive o Legislativo”<sup>79</sup>. E a distinção entre Poder Constituinte e Poder Legislativo impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais – e, dentre elas, os princípios fundamentais – não estão à livre disposição do legislador.

Como Lei Fundamental do Estado e da sociedade, a Constituição possui também um significado especial para o Poder Judiciário. A íntima relação desse Poder com as normas constitucionais tem raízes na célebre decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana em 1803, sob a presidência do Juiz John MARSHALL, quando do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*<sup>80</sup>. Sabe-

---

<sup>77</sup> O “princípio da máxima efetividade das normas constitucionais” corresponde à idéia de que as normas constitucionais devem obrigatoriamente ser interpretadas de maneira a alcançar o sentido que lhes atribua maior efetividade. Sob análise cuidadosa de CANOTILHO, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais é objeto das seguintes considerações doutrinárias: “(...) também designado por princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. P. 1224).

<sup>78</sup> Ver: BAROSSO, Luís Alberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>79</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 319. Vale lembrar que o tema da vinculação do legislador foi objeto da tese de doutorado do próprio CANOTILHO: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>80</sup> Eis o contexto processual em que a decisão foi proferida: Willian Marbury, nomeado para o cargo de juiz de paz, ao final do mandato do Presidente John Adams, não podia tomar posse porque James Madison, Secretário de Estado de Thomas Jefferson (sucessor de John Adams na presidência dos Estados Unidos), não lhe entregava os documentos necessários para tanto. Impetrou-se, então, um *writ of mandamus* diretamente na Suprema Corte, com base na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que conferia àquele órgão jurisdicional a competência originária em mandados contra autoridades federais. O juiz Marshall, relator do caso, invertendo a boa técnica processual, mas amparado pelas circunstâncias do litígio, estabeleceu que Marbury tinha direito de ser empossado; entretanto, negou que a Suprema Corte tivesse competência para julgar o

se, desde então, que o fundamento de validade das normas jurídicas está subordinado à coerência de sua forma e conteúdo com os parâmetros constitucionais<sup>81</sup>. Destarte, verificando a possibilidade de divergência entre Constituição e legislação ordinária, o operador do direito está legitimado a assumir uma postura crítica diante das disposições normativas que incidem sobre o caso concreto. Para tanto, deverá utilizar-se das técnicas da declaração de inconstitucionalidade e da interpretação conforme a Constituição.

Por derradeiro, entende-se por rematerialização a constatação de que a Constituição não serve apenas de vértice para a distribuição formal de poder entre os diversos órgãos estatais, mas, além disso, incorpora verdadeiros valores materiais ao texto constitucional sob a forma de princípios. Na acepção de Maria Celina Bodin de MORAES, os princípios “traduzem uma prescrição de valor, valor esse ao qual atribuem positividade”<sup>82</sup>. Mesmo não tendo pressuposto de fato nem consequência jurídica previamente determinada, os princípios são dotados de uma posição normativa privilegiada<sup>83</sup>. Sua abertura material permite a incidência

---

caso, reputando inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, por ter indevidamente ampliado a competência da Suprema Corte (MORO, Sergio Fernando. **Op. Cit.**, p. 20-22). Importante ressaltar que os argumentos despendidos pelo Juiz John Marshall em favor do controle judicial de constitucionalidade apresentavam uma consistência lógica tão grande que alguns autores passaram a se referir explicitamente a uma “lógica de Marshall”, formada pelas seguintes premissas: (i) a obrigação do Poder Judiciário é aplicar a lei; (ii) quando existem duas leis contraditórias, a aplicação de uma delas exclui a aplicação de outra; (iii) a Constituição é a lei suprema e define quando as outras normas são lei; (iv) a supremacia da Constituição implica que, quando ela entra em conflito com uma norma sancionada pelo Poder Legislativo, esta última carece de validade; (v) se a premissa anterior não fosse verdadeira, o Poder Legislativo poderia modificar a Constituição por meio de uma lei ordinária, o que não ocorre; (vi) o Poder Legislativo está limitado pela Constituição; (vii) se uma norma não é uma lei válida, carece de força obrigatória. Em conclusão, tem-se que: se uma norma sancionada pelo Poder Legislativo é contrária à Constituição, esta norma não deve ser aplicada pelo Poder Judiciário (NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 261-262).

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Op. Cit.** P. 18-20.

<sup>82</sup> Na introdução da obra: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 08.

<sup>83</sup> Consoante a lição de Gustavo TEPEDINO, os princípios constitucionais não podem ser tomados como os velhos princípios gerais de direito: “não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4º da Lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais de direito. No caso dos princípios constitucionais, esta posição representa uma subversão da hierarquia normativa” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para...*, p. 18).

sobre um número indeterminado de casos concretos, direcionando as decisões judiciais a valores hierarquicamente superiores.

Assim delineado, é possível identificar um fenômeno de constitucionalização do Direito como um todo. Entretanto, não se pode olvidar que essa nova configuração jurídica possui relevância especial para o Direito Civil. Lembre-se da famosa frase Paulo BONAVIDES: "Ontem os Códigos, hoje as Constituições"<sup>84</sup>. Não apenas os Códigos perderam sua posição central no ordenamento jurídico, como, em contraposição ao movimento codificador que tinha como valor necessário a realização da pessoa em seus aspectos patrimoniais, o constitucionalismo social acentua a raiz antropocêntrica do fenômeno jurídico. Com isso, o Direito Civil sofre uma modificação em seu conteúdo: institutos antes justificados pela sua origem, são hodiernamente legitimados em razão da realização dos valores constitucionais.

Nesse diapasão, a constitucionalização do Direito Civil adquire diversos sentidos. O primeiro deles está relacionado a metáfora da "virada copernicana"<sup>85</sup>. Tal qual a idéia de que a Terra não seria o centro do universo, mas apenas um dos muitos planetas a orbitarem ao redor do Sol, também o Código deixou de estar no centro para tornar-se mais um dos muitos planetas que têm na Constituição o seu referencial de órbita. É a Constituição, agora, o verdadeiro astro-rei que ilumina todo o ordenamento jurídico, fazendo com que mesmo as normas do Código só adquiram sentido se vislumbradas sob a sua luz.

Mas essa não é a única dimensão da constitucionalização do Direito Civil. Um segundo sentido da constitucionalização está ligado ao processo de elevação dos princípios e normas fundamentais de Direito Civil ao plano constitucional. Muitas das constituições do pós-guerra são constituições analíticas, que procuram oferecer uma disciplina normativa básica para cada ramo do Direito

---

<sup>84</sup> A frase foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998.

<sup>85</sup> LORENZETTI, Luis Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

e, como não poderia deixar de ser, o Direito Civil foi aí contemplado em seus tradicionais institutos (contrato, propriedade e família)<sup>86</sup>.

Por fim, o terceiro sentido da constitucionalização do Direito Civil está atrelado à modificação substancial de seus institutos. Com efeito, o Texto Maior, ao tocar os velhos institutos do Direito Civil, não lhes provoca uma alteração quantitativa, sufocando a vida privada e as relações civis, mas, ao revés, proporciona-lhes uma alteração qualitativa. Como adverte Gustavo TEPEDINO, sem reduzir o espaço da autonomia privada ou diminuir a amplitude dos institutos do Direito Civil, a Constituição atribui-lhes novas feições, revitalizando-os mediante uma nova tábua axiológica comprometida com a construção de uma sociedade justa e solidária<sup>87</sup>.

Nesse contexto, cumpre ao jurista não mais defender um núcleo irreduzível, um conteúdo mínimo, dos tradicionais institutos do Direito Civil – o que implicaria afirmar que existem espaços, verdadeiros “guetos”, dentro do ordenamento jurídico, imunes ao projeto constitucional –, estando ao seu alcance uma tarefa mais digna que consiste em redesenhar o próprio conteúdo dos institutos do Direito Civil à luz da legalidade constitucional, sob a premissa de que os valores constitucionais não lhes estabelecem limites externos, mas, antes, informam seu núcleo funcional<sup>88</sup>.

Por sinal, esse novo conteúdo dos institutos do Direito Civil deriva da sua instrumentalização. Tendo sua razão de ser na realização do princípio da

---

<sup>86</sup> Interessante notar que é justamente sob este enfoque que alguns doutrinadores elaboram os seus conceitos de direito civil-constitucional, como é o caso de Joaquín Arce FLÓREZ-VALDÉS: “(...) podemos definir ya el derecho civil constitucional como sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la constitucion, relativos a la proteccion de la persona en si misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones juridico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases mas comunes y abstractas de la regulacion de tales relaciones y materiales, a las que son susceptibles de aplicacion inmediata o pueden servir de marco de referencia de la vigencia, validez e interpretacion de lanormativa aplicable o de pauta para su desarrollo” (FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. **El Derecho civil constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 178-179).

<sup>87</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

<sup>88</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para..., p. 21.

dignidade da pessoa humana, estão a “serviço da vida”, o que é melhor explicado por meio do estudo do fenômeno da repersonalização do Direito Civil.

#### **Subseção IV – Repersonalização**

Até o presente o momento, primou-se por ressaltar, no âmbito dessa dissertação, a adoção de um sistema aberto, estruturado em torno de princípios. A viga-mestra desse sistema é a Constituição, que se expande em direção ao Direito Civil, levando consigo a exigência de respeito ao princípio fundamental (axiologicamente superior) da dignidade da pessoa humana.

Tal proposta contrasta com a realidade codificada que, calcada na proteção do patrimônio, submergiu a pessoa humana. A partir de então, a pessoa passou a figurar num pólo da relação jurídica, como sujeito abstraído das suas dimensões reais<sup>89</sup>. Reduzido à indivíduo patrimonial, o sujeito é mais “ter” do que “ser”<sup>90</sup>, pois representa para o direito apenas um centro de interesses, dentro do qual titulariza determinados bens (é senhor dos objetos) e se faz presente tão-somente nas relações jurídicas contratuais em que logra adentrar.

A tônica patrimonializante é facilmente percebida quando se analisam com cuidado as finalidades sobre as quais foram erigidos certos institutos do Direito Civil. Até mesmo no direito de família, teoricamente o mais pessoal dos ramos do Direito Civil, prepondera o interesse patrimonial. É a lição de Paulo Luiz Netto LÔBO:

No Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente. Como exemplo, o direito assistencial da tutela, curatela e da ausência constitui o estatuto legal da administração de bens, em que as pessoas dos supostos destinatários não pesam. Na curatela do prodígio, a prodigalidade é negada e a avareza é premiada. A desigualdade dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar. A maior parte dos

---

<sup>89</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Op. Cit.**, p. 103.

<sup>90</sup> Para uma análise mais aprofundada sobre o “ser” e o “ter” na codificação civil, ver: MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114.

impedimentos matrimoniais não têm as pessoas, mas seus patrimônios, como valor adotado<sup>91</sup>.

Sem embargo, o Direito Civil daquele que contrata, tem patrimônio e contrai “justas núpcias” entra em crise<sup>92</sup>. O reconhecimento do valor jurídico do homem comum faz “sobreponderar que as pessoas não são apenas os indivíduos e seus códigos”<sup>93</sup>. A repersonalização do Direito Civil aponta para o reconhecimento das pessoas esquecidas pelo Código, das histórias não contadas. Retoma-se o caminho da emancipação humana, repondo a pessoa de carne e osso no centro do Direito Civil, adquirindo o patrimônio o papel de coadjuvante<sup>94</sup>.

Com a acentuação da diretriz personalista do ordenamento jurídico, tem-se que o Direito, não sendo um sistema lógico – como pretendia a teoria luhmaniana, através do seu código binário – é, todavia, um sistema axiológico, em que o homem preside como primeiro e mais imprescritível valor ético<sup>95</sup>. E, como aduz Orlando de CARVALHO, é essa centralização em torno do homem e dos seus imediatos interesses “que faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”<sup>96</sup>. O indivíduo e seus direitos são, destarte, repostos no topo do ordenamento jurídico.

Assim, o *jure civili* alinha-se às exigências da Constituição Cidadã de 1988. Isso porque, sem margem para dúvidas, a restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é condição primeira de adequação do Direito Civil aos ditames constitucionais. O sistema jurídico materialmente aberto, em cujo

---

<sup>91</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Op. Cit.**, p. 103.

<sup>92</sup> Constata Orlando GOMES que: “Sob a influência de fatos e idéias que dispensam registros, desencadeou-se irreprimível reação ao individualismo jurídico. Essa reação, iniciada timidamente no crepúsculo do século passado, ganhou ímpeto, repercutindo na legislação, apesar da resistência que ainda se lhe opõe. Mas, as transformações na ordem econômica e política da sociedade, aceleradas por acontecimentos decisivos no processo histórico, contribuíram para a mudança de orientação na experiência jurídica (...) A preocupação de dar satisfação às necessidades sociais determinou profunda modificação no modo de conceber e tratar os direitos individuais da esfera privada ao ponto de se tornar irrecusável a afirmação de que o direito civil está sofrendo transformações radicais, à medida que concilia a liberdade do indivíduo com a justiça social” (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 73).

<sup>93</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito...**, p. 06.

<sup>94</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Op. Cit.**, p. 103.

<sup>95</sup> CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2ª ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 90-91.

<sup>96</sup> **Idem**, p. 92.

ápice está a Lei Fundamental, recepciona a *dignitas humana*, não apenas pela sua magnitude, mas porque é elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a determinada ordem constitucional<sup>97</sup>. Restou plasmado, desse modo, no art. 1º, inciso III, da CF que “A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana”.

Interessante notar que o princípio da dignidade da pessoa humana devido a sua particular localização no Texto Maior de 1988 é portador de características especiais. A situação topográfica do referido princípio, positivado no início da Constituição, antes das disposições atinentes à organização da Administração Pública, indica sua preexistência em relação ao Estado. Logo, a dignidade da pessoa humana passa a ser reconhecida como centro e objetivo da atividade estatal. O Estado, nessa perspectiva, é concebido em função da sociedade civil e do ser humano<sup>98</sup>.

De outra parte, o princípio da dignidade da pessoa humana é recepcionado como dado ontológico, decorrente de uma exigência ética ligada ao modo de realidade do ser humano<sup>99</sup>. Nesse plano, a dignidade humana é um valor inerente ao indivíduo que, porém, tem suas raízes históricas. Impende, desse modo, relembrar que desde a Antiguidade vigora a idéia de que os seres humanos

---

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 77.

<sup>98</sup> SARLET, **Dignidade da pessoa humana...**, p. 78.

<sup>99</sup> Impossível, nesse ponto, deixar de reproduzir a valiosa lição dos professores José Lamartine Oliveira e Francisco Muniz: “Em uma visão positivista, normativista, formalista, da pessoa e da própria ordem jurídica, ao contrário, termina-se por reduzir a noção de pessoa a um centro de imputação de direitos e deveres, e a atribuir-se um sentido idêntico às noções de pessoa e de sujeito de direitos. Em uma visão personalista, o ordenamento jurídico, ao construir, dentro do sistema, a noção de personalidade, assume uma noção pré-normativa, a noção de pessoa humana, faz de tal noção uma noção aceita pela ordem de aceitação da realidade externa com que aceita e assume a qualidade de *objetos*, de *coisas*, que têm uma árvore ou um animal. É que, no caso do ser humano, o dado preexiste à ordem legislada não é um dado apenas ontológico, que radique no plano do ser; ele é também axiológico. E *ser* e *valor* estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser. O homem *vale*, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque *é*. E é inconcebível que um ser humano *seja* sem *vale*” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado do direito e os direitos de personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 19, 1978-1980, p. 231).

se diferenciam dos outros animais. Diz-se que o homem detém uma substância única, inerente à espécie humana: a dignidade<sup>100</sup>.

Contudo, como assevera Maria Celina Bodin de MORAES, foi o cristianismo que, pela primeira vez, difundiu uma concepção mais elaborada de dignidade da pessoa humana, atribuída a cada indivíduo. O pensamento cristão sobre a dignidade da pessoa humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro de sua criação; como ser amado por Deus, foi alvo de sua natureza através da noção de liberdade de escolha. Daí se pensar, como fez SÃO TOMÁS DE AQUINO, na dignidade humana sob dois outros prismas: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela reside *in actu*, só no homem como indivíduo, passando a existir, dessa forma, na alma de cada ser humano<sup>101</sup>.

O transcurso histórico que levou à formação do conceito de dignidade da pessoa humana recebeu ainda novas contribuições com Immanuel KANT que, em seu livro “Crítica da Razão Prática”, estabelece a idéia do imperativo categórico sobre a exigência de que o ser humano jamais seja visto como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre considerado como um fim em si mesmo. Isso significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade a espécie humana como tal<sup>102</sup>.

O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. De acordo com KANT, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. O preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, ao passo que a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral: as coisas têm preço; as pessoas, dignidade.

---

<sup>100</sup> A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim: *dignus* é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 110).

<sup>101</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana..., p. 111.

<sup>102</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana..., p. 113.

Sem embargo, ainda que a *dignitas humana* preexista ao Direito, sendo parte de uma construção histórica e filosófica, certo é que seu reconhecimento, bem como proteção, pela ordem jurídica, constitui requisito indispensável para que essa possa ser tida como legítima. Seguindo esse raciocínio, Maria Celina Bodin de MORAIS<sup>103</sup> aponta quatro desdobramentos jurídicos do princípio da dignidade da pessoa humana:

(i) o princípio da igualdade, porque o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele;

(ii) o princípio da manutenção da integridade psicofísica, porque todos são merecedores do mesmo respeito à integridade de que o sujeito é titular;

(iii) o princípio da autodeterminação, porque todos são dotados de vontade livre;

(iv) o princípio da solidariedade, porque, como parte de um grupo social, o sujeito deve ter a garantia de que não vai ser marginalizado.

Portanto, com base nas considerações tecidas até o momento, é possível afirmar que a pessoa humana e a dignidade que lhe é atribuída como exigência ética não representam noções construídas pelo ordenamento, mas que, ao revés, são por ele recebidas. E o direito, por sua vez, ao receber esses dados, com toda carga valorativa de que são dotados, não pode jamais diminuí-los ou represá-los<sup>104</sup>. Daí falar-se numa cláusula geral de tutela da pessoa humana, eis que sua proteção não pode estar submetida a uma taxonomia pré-fixada.

Segundo o magistério de Pietro PERLINGERI, “é de máxima importância constatar que a pessoa não se realiza através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações (...)”<sup>105</sup>. Tal constatação permite afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana deve estar presente em todos os momentos da atividade econômica, pois não há

---

<sup>103</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana..., p. 117.

<sup>104</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In.: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 44.

<sup>105</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

situação subjetiva patrimonial que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional<sup>106</sup>.

Portanto, nas relações jurídicas patrimoniais a dignidade da pessoa humana é elemento interno capaz de definir novas bases e determinar a validade da atuação dos sujeitos de direito na esfera econômica. Toda atividade privada que desatende à preocupação do constituinte com a realização da dignidade da pessoa humana deve ser moral e juridicamente repudiada. Nesse sentido, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações patrimoniais é capaz de redesenhar essa seara por completo, abrindo um vasto campo de análise.

### **Seção III – Constitucionalização das situações patrimoniais**

A opção realizada pela Constituição Federal, ao colocar em seu centro o princípio da dignidade da pessoa humana, faz com que as situações patrimoniais adquiram novo sentido. Propriedade e contrato são, nesse contexto, instrumentos a serviço da vida, impondo-se a superação do personalismo individualista (calcado no sujeito de direito abstrato) e do patrimonialismo (que concebia a patrimonialidade como um fim em si mesma). Essa tendência caracteriza a chamada “despatrimonialização” do Direito Civil.

É verdade, porém, que o Direito Privado não foi destituído de seu conteúdo patrimonial, mas apenas passou a entendê-lo como uma das dimensões da pessoa. Com isso, além do “direito de propriedade”, os civilistas são impelidos a pensar um “direito à propriedade”. O foco é deslocado da força obrigatória dos contratos para o comportamento dos contratantes, que, como pessoas humanas, devem pautar-se segundo padrões éticos e objetivos de lealdade.

Ademais, a partir do momento em que a tutela da patrimonialidade encontra seu fundamento na promoção da dignidade da pessoa humana, institutos que, à primeira vista, são díspares, como a propriedade e o contrato, acabam por

---

<sup>106</sup> Sobre o assunto, conferir: TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

se aproximar em razão do fim último a que se destinam. A constitucionalização das situações patrimoniais altera sua estrutura e função, exigindo que o estudioso do Direito Civil repense alguns dogmas sedimentados pela manualística.

### **Subseção I – Aproximação estrutural das situações patrimoniais**

Por muito tempo, a distinção entre direitos reais e obrigacionais – tradicionalmente, as duas esferas que compõem a seara das situações patrimoniais – permaneceu intocada. Os direitos reais, conforme lições difundidas na maioria dos manuais, se dividem em: (i) *jus in re propria* e (b) *jura in re aliena*<sup>107</sup>. Essa última categoria (também denominada direitos reais limitados) é ainda subdividida em direitos de gozo ou fruição e direitos de garantia. No outro pólo dessa dicotomia, encontram-se os direitos obrigacionais, necessariamente intersubjetivos, pois não dizem respeito, em primeira mão, a uma coisa, mas a uma relação existente entre credor e devedor.

Os direitos obrigacionais chamam para si um espaço de atuação dos sujeitos de direito, justamente para que se forme o vínculo que liga credor e devedor. Diz-se, por isso, que estão sob o domínio da autonomia da vontade, admitindo-se figuras como os “contratos inominados”. Já os direitos reais submetem-se ao princípio do *numerus clausus*, incidindo sobre eles uma reserva legal: somente a lei, em sentido formal, pode criar direitos reais e não a vontade das partes.

Esse cuidado seria explicado pelo fato de que os direitos reais são marcados pelo dever geral de abstenção. Tal categoria recebeu forte influência da doutrina personalista, segundo a qual as relações jurídicas dão-se

---

<sup>107</sup> Como ensina Orlando GOMES: “Várias classificações dos direitos reais são correntes. Mais importante, porém, a que os divide em *jus in re propria* e *jura in re aliena*. O direito na coisa própria é a propriedade. Os direitos na coisa alheia, também chamados direitos limitados, são a enfiteuse ou aforamento, as servidões, o uso, o usufruto, a habitação, as rendas constituídas sobre imóveis, a promessa irrevogável de venda, o penhor, a anticrese, e a hipoteca, e a concessão de uso” (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19<sup>a</sup> ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17).

obrigatoriamente entre pessoas, nunca entre objetos<sup>108</sup>. Logo, nas relações reais figuram, em um dos pólos, o proprietário; no outro, o sujeito passivo universal, sobre o qual recai o dever de abstenção em relação a qualquer comportamento que venha a prejudicar o exercício do domínio sobre a coisa.

De outra parte, é igualmente corriqueira a afirmação de que as relações obrigacionais veiculam apenas pretensões pessoais, direcionadas a uma única pessoa: o *debitor*. Configuram, nesse plano, *res inter alios acta*, não vinculando senão as partes. Jamais atingem terceiros, seja para prejudicar, seja para beneficiar. E porque são oponíveis apenas em relação ao devedor, contrastam com os direitos reais, dotados de oponibilidade *erga omnes*. Todavia, para o resguardo da coletividade em relação à oponibilidade dos direitos reais, essas relações estão submetidas a um sistema de publicidade, no qual, no mais das vezes, o registro é constitutivo<sup>109</sup>.

Outros critérios de distinção entre direitos reais e obrigacionais freqüentemente citados estão ligados ao fato de que nos direitos reais fazem-se presentes: **(i)** o direito de seqüela, uma vez que qualquer circulação do bem ou alteração de seu titular não afeta o direito real, podendo o objeto sobre o qual recai o direito ser perseguido onde e com quem quer se encontre<sup>110</sup>; **(ii)** direito de

---

<sup>108</sup> Mais uma vez, preciosa a lição do saudoso professor Orlando GOMES: “Impressionados com a sustentada inexistência de uma relação jurídica entre pessoa e coisa, muitos autores adotaram a teoria personalista, segundo a qual os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, como os direitos pessoais. A diferença está no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal, esse sujeito passivo – o devedor – é uma pessoa certa e determinada, no direito real, seria indeterminada, havendo, nesse caso, uma obrigação passiva universal, a de respeitar o direito – obrigação que se concretiza toda vez que alguém o viola” (GOMES, Orlando. **Direitos Reais...**, p. 12)

<sup>109</sup> Na acepção de Daniela Trejos VARGAS: “A publicidade necessária se apresenta sob duas formas: publicidade constitutiva e publicidade declarativa, consoante seja ou não essencial para a existência do direito real ou do negócio jurídico. Temos publicidade constitutiva no registro dos direitos reais inter vivos incidentes sobre bens imóveis, enquanto que a publicidade declarativa nos casos em que já se deu a constituição ou a transmissão de direitos, como ocorre no registro da sentença de usucapião” (VARGAS, Daniela Trejos. O princípio da publicidade. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 390).

<sup>110</sup> O conceito é explicado com clareza peculiar por San Tiago DANTAS: “Sendo o dever jurídico ambulatorio, diz-se que o direito subjetivo a ele correspondente está dotado de uma peculiaridade, que é típica do direito e se denomina seqüela. Todos os direitos reais têm seqüela. E o que quer dizer seqüela? - Quer dizer, apenas, o direito de perseguir a coisa nas mãos de quem a detiver. Como o dever jurídico vai emigrando para as mãos de qualquer novo dono, assim o direito subjetivo vai se exercendo contra qualquer novo dono” (DANTAS, San Tiago).

preferência, que corresponde ao direito do titular de expropriar o bem, mediante um procedimento judicial, com privilégio na satisfação de seu crédito.

Sem embargo, lições que são repetidas há tempo, sem maior reflexão, precisam ser repensadas. A realidade alterou tanto direitos reais quanto obrigacionais. A propriedade deixou de ser vista como um direito absoluto, para representar uma situação subjetiva complexa, composta de direitos, ônus, deveres e obrigações. O contrato passou a ter freios, especialmente a partir da consagração dos princípios da boa-fé e da função social. Com isso, ganha força o entendimento de que o contrato é também relevante para terceiros, superando-se o dogma da relatividade das obrigações<sup>111</sup>.

Nesse sentido, verifica-se uma progressiva mitigação das fronteiras que separam direitos reais e obrigacionais, tornando possível a identificação de uma disciplina comum, ainda que não sistemática, das situações subjetivas patrimoniais. Esse arrefecimento da tradicional dicotomia entre direitos reais e obrigacionais toma como ponto de partida a revisão dos pilares que fundamentaram a clivagem entre essas duas esferas.

Em um primeiro momento, impõe-se analisar o critério da eficácia ou oponibilidade da situação como fundamento para a referida dicotomia. Sustentam os autores tradicionais que os direitos reais seriam eficazes ou oponíveis em relação a toda coletividade, ao passo que os direitos obrigacionais seriam eficazes ou oponíveis em relação a determinados sujeitos. Contudo, esse critério esbarra no argumento de que a oponibilidade não diz respeito à estrutura ou à natureza do direito, mas sim à publicidade da qual se reveste.

A eficácia em relação a terceiros deriva, portanto, do regime de publicidade e não da caracterização de determinado direito como real ou obrigacional. Não se trata de um critério distintivo, mas de um *quid*, concernente ao aspecto externo da situação. A oponibilidade não é, destarte, uma característica essencial dos direitos reais. Ao revés, é o traço distintivo dos direitos

---

Francisco Clementino. **Programa de direito civil III**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981, p. 15-16).

<sup>111</sup> SILVA, Roberta Mauro. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71.

que podem ser levados à registro, sejam eles reais ou obrigacionais<sup>112</sup>. Vale ressaltar, ainda, que existem relações obrigacionais sujeitas à registro, como, por exemplo, a fusão de grandes empresas ou as operações com *joint ventures*<sup>113</sup>.

Outro critério incapaz de perpetuar a clivagem entre as situações reais e obrigacionais está ligado à estrutura desses direitos. Aduzem alguns autores que os direitos obrigacionais são relativos, pois correspondem a uma relação de poder marcada por um centro de interesses bem individuado e determinado *a priori*. Já os direitos reais seriam absolutos, eis que não possuem em seu centro duas situações previamente determinadas, mas se relacionam com a generalidade dos membros da sociedade, todos gravados com o dever de não ingerência.

Sem embargo, fato é que existem direitos reais – como, por exemplo, o usufruto e a servidão – que possuem em seu cerne um centro de interesses bem individuado, mantendo, igualmente, relevância externa. Nessas hipóteses, são previstas obrigações integrativas específicas que se assemelham ao conteúdo das obrigações contratuais<sup>114</sup>. Como assevera Pietro PERLINGIERI: “essas situações reais não se reduzem ao exclusivo dever genérico de abstenção por parte de

---

<sup>112</sup> Sobre o assunto, a Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça esclareceu que o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis: “Súmula 239. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”. Da mesma forma, o Enunciado 95 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aponta no sentido de que a ausência de registro tem como uma única sanção a produção de efeitos exclusivamente *inter partes*: “o direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário”.

<sup>113</sup> SILVA, Roberta Mauro. **Op. Cit.**, p. 76. Observações feitas por Roberta Mauro SILVA com base no artigo 54, da Lei n.º 8.884/94. A autora fecha seu raciocínio da seguinte forma: “Alguns vínculos entre uma pessoa e um bem não são levados a registro, como normalmente ocorre com a propriedade móvel, o que não impede a sua classificação como direito real. Na verdade, a imposição do registro consubstancia apenas uma forma de se garantir maior segurança na circulação de bens, e não um traço distintivo entre obrigações e direitos reais. Vale ressaltar que algumas operações de caráter obrigacional, sobretudo no âmbito do direito societário, também devem ser levadas a registro, para garantir maior estabilidade a tais práticas comerciais (**Idem, ibidem**).

<sup>114</sup> Por outro lado, a estipulação em favor de terceiros (artigos 436 a 438, do Código Civil), a promessa de fato de terceiro (artigos 439 a 440, do Código Civil) e o contato com pessoa a declarar (artigos 467 a 471, do Código Civil) não possuem centros de interesse bem individuados. Trata-se de figuras que rompem com o dogma da relatividade das obrigações, segundo o qual os efeitos da avença só vinculam aqueles que dela foram partes, não aproveitando nem

terceiros; elas, especialmente aquelas limitadas, caracterizam-se pela presença de obrigações específicas integrativas”<sup>115</sup>. Portanto, até mesmo a estrutura dos direitos reais e obrigacionais pode não fornecer uma linha segura de separação.

Um derradeiro critério utilizado para tentar distinguir as relações reais e obrigacionais baseia-se na técnica de tutela dessas situações. Nas situações obrigacionais o único fato lesivo importante seria o inadimplemento do devedor; já nas situações reais a tutela estaria direcionada para o ilícito em geral. Esse critério não pode ser aceito. É verdade que a relação obrigacional interessa, principalmente, ao credor e ao devedor, mas ela tem sim uma relevância externa. Nessa esteira, defende Luiz Edson FACHIN que “quem contrata não contrata apenas com quem contrata”<sup>116</sup>.

É que, pelo princípio da solidariedade, tem-se paulatinamente afastado a idéia da relatividade dos contratos<sup>117</sup>. Afinal, não há como excluir a responsabilidade do contratante pelo dano injusto provocado a terceiros (veja-se a hipótese em que o contrato dá azo à concorrência desleal). Da mesma forma, o acordo que vem a beneficiar terceiros, porém em detrimento de qualquer dos contratantes, enseja responsabilidade (tem-se aqui o caso do terceiro que maliciosamente contribui para o inadimplemento de uma das partes do contrato)<sup>118</sup>.

Enfim, tudo isso demonstra que a divisão entre direitos reais e obrigacionais é atenuada contemporaneamente, num movimento que faz repensar também os direitos de seqüela e preferência. Isso porque são encontrados traços

---

prejudicando terceiros. No caso do contato com pessoa a declarar, um terceiro, ainda não conhecido, efetivamente adentra o contrato, assumindo os direitos e obrigações daí decorrentes.

<sup>115</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil...**, p. 204.

<sup>116</sup> Na nota de atualização da obra: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>117</sup> Na esfera das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor contribui para que a linha que separa partes e terceiros fique cada vez mais tênue. Em seu artigo 17, o referido diploma legal determina que: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Com isso, mesmo sem fazer parte da contratação do serviço ou do produto, a vítima deverá ser indenizada pelo fornecedor, gozando de todos os privilégios do contratante, no caso inversão do ônus da prova e responsabilidade objetiva.

<sup>118</sup> Para uma análise aprofundada da temática ver: COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-69.

da seqüela em relações contratuais, como é o caso da locação<sup>119</sup>. Da mesma forma, o direito de preferência ou preempção – que, aliás, é uma característica verificada em apenas alguns direitos reais<sup>120</sup> – pode ser entrevisto, com mais força, inclusive, em créditos decorrentes de relações obrigacionais<sup>121</sup>.

Portanto, diante de uma situação concreta, antes de rotulá-la aprioristicamente como real ou obrigacional, convém analisar suas peculiaridades. Vale lembrar que até mesmo a referência à coisa em si não é um critério de distinção seguro: um mesmo interesse pode ser satisfeito por uma situação real ou obrigacional. Nesse sentido, é possível que existam situações obrigacionais que tenham como ponto de referência uma coisa – por exemplo, o direito pessoal de passagem. Do mesmo modo, uma situação real pode ter como pauta imediata não uma coisa, mas o próprio crédito. Basta, para tanto, recordar que o Código Civil, em seus artigos 1.451<sup>122</sup> seguintes, disciplina o penhor de crédito<sup>123</sup>.

É certo que a rígida separação entre direitos reais e obrigacionais não mais se sustenta. A aproximação estrutural dessas duas esferas impõe repensar velhos dogmas. Propriedade e contrato estão unidos, pois se encontram funcionalizados na tarefa de realização da pessoa humana. E os instrumentos que, no âmbito patrimonial, protegem a pessoa devem ser maximizados em sua

---

<sup>119</sup> A teor do artigo 167, II, 16, da Lei n.º 6.015/73: “Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: II - a averbação: 16) do contrato de locação, para os fins de exercício de direito de preferência”.

<sup>120</sup> É uma característica comum nos direitos reais de garantia, mais especificamente, no penhor e na hipoteca, conforme dispõe o artigo 1.422 do Código Civil: “Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro. Parágrafo único. Excetua-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos”. Não é, por outro lado, uma característica da anticrese, cuja garantia é a retenção do bem para aproveitamento, a teor do disposto no artigo 1.423 do Código Civil: “Art. 1.423. O credor anticrético tem direito a reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga; extingue-se esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição”.

<sup>121</sup> Assim ocorre com os créditos derivados das relações de trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho. Essa disciplina é dada pelo artigo 83 da Lei de Falência (Lei n.º 11.101/05): “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial”

<sup>122</sup> “Art. 1.451. Podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis”.

<sup>123</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil...**, p. 205-206.

utilização. As cláusulas gerais de diligência e lealdade não se limitam a tutela do crédito, assim como a função social da propriedade tem relevância geral para as situações patrimoniais.

### **Subseção II – Funcionalização das situações patrimoniais, em especial dos direitos reais**

Não apenas a estrutura das situações patrimoniais sofre alterações – sua função dentro do sistema jurídico é também repensada. A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, mormente no que diz respeito à solidariedade como parte de seu conteúdo, acarreta indubitavelmente uma instrumentalização. Para melhor compreender a idéia de solidariedade, faz-se necessário partir da premissa de que o indivíduo integra um grupo social, no qual mantém uma forma específica de relacionamento<sup>124</sup>. Ainda que alguns animais, tal qual os homens, vivam em agrupamentos, é a maneira pela qual o homem organiza a vida em sociedade que lhe faz um ser especial. O homem é capaz de compreender sua especial responsabilidade para com o todo e agir, dentro dele, por meio das palavras e não da força bruta.

Nessa perspectiva, funcionalizar é aplicar concretamente o princípio da solidariedade, recepcionado pela Constituição Federal quando, em seu artigo 3º, inciso I, estabelece que a República Federativa do Brasil tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária. O mesmo artigo 3º integra e completa disposição anterior ao estabelecer, no inciso III, como outras finalidades a serem atingidas a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais. Com isso, a Lei Fundamental

---

<sup>124</sup> Para Hannah ARENDT, todas as atividades dos seres vivos são condicionadas pela interação, mas a ação política é a única que não pode ser sequer imaginada fora da sociedade dos homens. Nem um animal nem um deus são capazes de ação política. É a capacidade de organização política, maximizada pelo surgimento da cidade-estado, que confere ao homem uma espécie de segunda vida, que está para além de sua vida privada: *a bios politikos*. Aquilo que Aristóteles chamava de *bios politikos* é composta essencialmente pelo discurso (*lexis*), fazendo com que nela todas as ações políticas sejam realizadas por meio de palavras, mais especificamente, pelo ato de encontrar palavras no momento certo. O ser político, o viver na *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força e da violência (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 25-32).

impõe ao Poder Público uma ação política pautada pela justiça distributiva. Não há lugar, no projeto constitucional, “para exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos”<sup>125</sup>.

A funcionalização das situações patrimoniais pode ser entrevista tanto na função social do contrato quanto da propriedade. Contudo, dada a necessidade de verticalizar o foco do presente estudo – e tendo em mente que no tópico posterior já se fez alusão à função social do contrato – abordar-se-á, na presente subseção, a função social da propriedade. Nesse sentido, impossível principiar tal empresa sem fazer menção à León DUGUIT, pois se deve a esse jurista a difusão do termo “função social da propriedade”.

DUGUIT foi pioneiro num grupo de pensadores que buscavam no interesse social a legitimação para o direito de propriedade, contrapondo-se, assim, ao individualismo jurídico, que impregnava o Direito Privado em geral.<sup>126</sup> Merece transcrição seu texto clássico, extraído da obra *Traité de Droit Constitutionnel*, aqui emprestada do Professor Orlando GOMES, com tradução dele próprio:

---

<sup>125</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45. Outrossim, importante ressaltar que o princípio da solidariedade implica repensar todos os conceitos do tradicional direito civil, até mesmo a categoria direito subjetivo, como bem anota: “*Nella prospettiva, va anche, necessariamente studiata l’esigenza del superamento dell’attuale formula della solidarietà intesa soltanto come limite esterno al diritto soggettivo. Di fatti, non è esatto, a nostro avviso, esaurire la funzione della solidarietà facendo unicamente leva sugli aspetti simpatetici normativamente recepiti, che disciplinano, nel dovere del rispetto reciproco, l’occasionale e generico contatto tra sfere autonome di interessi ruotanti nello spazio giuridico. Deve essere rilevato, altresí, l’ulteriore dimensione del principio della solidarietà, che si qualifichi ache all’interno della situazioni giuridiche influenzandone l’esercizio, allorquando la destinazione soggettiva esprima potere o funzione non isolabili singolarmente ma, comunque, rappresentativi di interessi altrui*” (LUCARELLI, Francesco. **Solidarietà e autonomia privata**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970, p. 28).

<sup>126</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga) **Revista Direito, Estado e Sociedade**. v. 09, n. 17, ago/dez de 2000, p. 46. Ao lado de DUGUIT, destaca-se Karl RENNEN, jurista e político, que foi também Presidente da Áustria. RENNEN exerceu influência sobre o pensamento alemão no que concerne à função social da propriedade e dos institutos de direito privado em geral. Para maiores informações ver: POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 27, jul/set, 2006, p. 03-47.

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder<sup>127</sup>.

Destarte, em sua célebre lição, propugna o constitucionalista de Bordeaux que a propriedade não é o direito do proprietário. É, ao contrário, a sua própria função social<sup>128</sup>. Representa a tarefa que o proprietário tem de realizar, em virtude do lugar por ele ocupado na sociedade. Não obstante, em que pese desde sua acepção originária o termo função social logre atribuir à natureza da propriedade um dever, uma tarefa, alterando-lhe o conteúdo, quiçá a proposta de DUGUIT estava à frente de seu tempo. Demorou muito até que a idéia de que a função social representa não mais do que limites, restrições externas, fosse reelaborada pela doutrina italiana, que soube dar o correto sentido à função social.

No plano legislativo, é comum a referência à Constituição de Weimar de 1919 como o primeiro texto normativo a tratar da função social da propriedade. O artigo 153 do referido diploma legal foi retomado *ipsis verbis* pela Constituição da República Federal da Alemanha de 1949: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social”<sup>129</sup>. Deveras, não se pode olvidar, como adverte Carlos Frederico MARÉS, que a Constituição Mexicana de 1917 constitui um marco jurídico mais importante. Além de ser anterior à Constituição de Weimar, disciplina a propriedade de forma mais completa e profunda, não

---

<sup>127</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais...**, p. 12.

<sup>128</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade...*, p. 46.

<sup>129</sup> Do original: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit*”, com tradução de Fábio Konder Comparato em: COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XXV, n.º 63, jul/set, 1986, p. 75. Sem embargo, na mesma página o autor adverte que a norma não teve aplicação prática. Dado seu caráter programático, a doutrina germânica entendeu que havia necessidade de regulamentação por lei especial: “A doutrina germânica, no entanto, não conseguiu extrair uma aplicação prática do princípio constitucional. Nos comentários de Seifert, Hömig *et alli*, declara-se que a norma ‘não confere nenhum direito de legítima defesa. A apropriação e a utilização de propriedade privada alheia, sem autorização legal, não pode ser justificada pelo art. 14, II” (**Idem, ibidem**).

deixando dúvidas acerca da sua aplicabilidade e permanecendo em vigor até os dias atuais<sup>130</sup>.

Não obstante, mesmo após quase um século de recepção em textos constitucionais, a função social da propriedade ainda é vista por muitos com ceticismo, como se o legislador houvesse incorporado, por atecnia ou demagogia, uma categoria não jurídica, própria da ciência política ou da filosofia. Tal idéia é absolutamente falsa. Porém, traz à tona a necessidade de um patamar mínimo de compreensão técnica para que a referência a essa noção não seja, na prática judiciária, distorcida, reduzida ou vazia de conteúdo, como sói de acontecer<sup>131</sup>.

Nesse sentido, todos os institutos jurídicos compõem-se de dois elementos: **(i)** o elemento estrutural; e **(ii)** o elemento teleológico ou funcional. Estrutura e função respondem a duas indagações fundamentais em matéria jurídica: “o como é? evidencia a estrutura, o para que serve? evidencia a função”<sup>132</sup>. A função corresponde à razão genérica do instituto, dizendo respeito, desse modo, ao interesse que ele pretende tutelar. Revela-se, por isso, elemento de maior importância que a estrutura<sup>133</sup>. Fala-se, nessa linha de raciocínio, que o

---

<sup>130</sup> Afirma MARÉS: “No artigo 27, longo e suficientemente descritivo para não deixar dúvidas quanto à sua aplicabilidade, a Constituição mexicana estabelece quais são as condições ao exercício da propriedade privada das terras, reconceituando-a. Inicia por afirmar que a propriedade das terras e águas é originalmente da Nação que pode transmitir o domínio aos particulares, afastando desde logo a idéia de que a propriedade privada seja um direito natural como tão textualmente afirmara a *Rerum Novarum*. Diferencia duas formas de intervenção na propriedade privada: por um lado reconhece a desapropriação que somente pode se dar por razões de utilidade pública e mediante indenização; por outro não reconhece como propriedade áreas que não cumpram os preceitos necessários a seu exercício, quando, então, se dá a intervenção para regular o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de exploração e a justa e eqüitativa distribuição da riqueza. Neste item inclui a divisão do latifúndio e o direito dos indígenas, coletivamente, à terra e à água” (MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabis Editor, 2003, p. 93-94).

<sup>131</sup> É, infelizmente, o caso do Recurso Especial n.º 32.222-8/PR, julgado em 17 de maio de 1993 pelo Superior Tribunal de Justiça: “Meio Ambiente - Danos - Direito de Propriedade. O direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais há de respeitar o direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. Da queda do muro de Berlim e do desmantelamento do Império Comunista Russo sopram ventos liberais em todo o mundo. O estado todo poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas o interesse coletivo, em detrimento dos direitos e interesses individuais, perde a sobrevivência. Recurso provido”. Consta do corpo do acórdão que: “O fato de o legislador constitucional garantir o direito de propriedade, mas exigir que ele atenda a sua função social não chegou ao ponto de transformar a propriedade em mera função e em pesado ônus e injustificável dever pelo proprietário”.

<sup>132</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil...**, p. 94.

<sup>133</sup> SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.6 (abril/junho 2001), Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 161.

direito de propriedade (em sua estrutura) tem uma função. Essa função, por sua vez, tem vocação social.

Portanto, a expressão função social da propriedade é melhor compreendida através da análise dos termos que a compõem. Cumpre, nesse ponto, fazer alusão à Stefano RODOTÀ, pois, ao dissecar semanticamente a expressão “função social”, esse autor afirma que o aspecto funcional da propriedade (*rectius*, o termo função) pode manifestar-se em três sentidos<sup>134</sup>: **(i)** a privação de determinadas faculdades inerentes à propriedade; **(ii)** um complexo de condições para o exercício de certos poderes proprietários; e **(iii)** a obrigação de exercer certos poderes do domínio<sup>135</sup>.

Mas isso não é tudo, a partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse, a função da propriedade tornou-se social. O termo “social” possui definição ainda mais complexa, pois não é mera contraposição ao individualismo, mas é um critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de certas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade.

É verdade que o conceito de função social pressupõe a propriedade privada, ou seja, não significa a sua refutação<sup>136</sup>. Todavia, a função social tem o

---

<sup>134</sup> Nas palavras de Stefano RODOTÀ: “A questo mutamento ha dato consistenza giuridica la funzione. Essa, concretamente, si manifesta anzitutto come mancata attribuzione al proprietario de determinate facoltà; in secundo luogo, come complesso di condizioni per l’esercizio di facoltà attribuite; in fine, come obbligo di esercitare determinate facoltà in base ad un apprezzamento libero o secondo modalità indicate” (RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. 2ª ed. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1990, p. 239).

<sup>135</sup> Agora é lei, o proprietário não tem o direito de não usar o bem. Isso se infere do art. 1.276, § 2º, do Código Civil, que estabelece: “Art. 1.276. O imóvel que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. § 2º. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.”

<sup>136</sup> Observa André Osório GONDINHO que “A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício, pelo contrário, muitas vezes é a mola propulsora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma (...) A função social não significa, assim, uma derrogação da propriedade privada, que continua existindo (e prestigiada), mas um instrumento de garantia da própria propriedade, uma vez que representa a defesa contra qualquer tentativa de socialização sem prévia e justa indenização” (GONDINHO, André Osório.

objetivo de imprimir um significado diverso daquele até então conhecido pela doutrina tradicional, não sendo mais possível conceber a propriedade como direito absoluto. A funcionalização da propriedade, nessa visão, representa, de maneira inovadora, a introdução de um “critério de valoração da própria titularidade”, que passa a exigir atuações positivas do seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade.

A função social é a razão pela qual o direito de propriedade é atribuído a um sujeito pelo ordenamento. Como ensina Pietro PERLINGIERI, a propriedade de determinados bens, que é reconhecida como direito, “tem uma disciplina inafastável que se encontra fora dos poderes do titular, fora da autonomia privada, e nessa disciplina existem determinadas obrigações de comportamento por parte do proprietário”<sup>137</sup>. Isso significa que o ordenamento jurídico só “reconhece o direito de propriedade na medida em que essas obrigações forem cumpridas, na medida em que seja respeitada a função social do direito de propriedade”<sup>138</sup>.

Caso o proprietário não cumpra as obrigações que lhe foram impostas, negando a função social do bem de que é titular, não será merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico<sup>139</sup>. E se menor é a razão para o deferimento de tutela jurídica ao proprietário, menor será a razão para o reconhecimento da própria titularidade sobre o bem. Vale dizer, o não

---

Função social da propriedade. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 418).

<sup>137</sup> Tradução livre do original: “(...) *ha una disciplina inderogabile al di fuori dei poteri del titolare, al di fuori dell'autonomia privata, e in questa disciplina vi sono determinati obblighi di comportamento da parte del proprietario*” (PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene, 1971, p. 71).

<sup>138</sup> Tradução livre, com leves adaptações, do original: “(...) *significa che questi in tanto ha avuto dall'ordinamento giuridico quel diritto di proprietà quanto rispetti quei obblighi, in quanto rispetti la funzione sociale del diritto di proprietà*” (PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica...**, p. 71).

<sup>139</sup> Nessa esteira, alguns autores, com razão, entendem que o cumprimento da função social da propriedade consubstancia um requisito preliminar para o deferimento da tutela possessória: “Sem causa, inexistente garantia possessória constitucional à propriedade que descumpra sua função social, e o verdadeiro alcance dessa expressão não convive com a velha hermenêutica do Código Civil, cuja aplicação de regra inferior contrarie seu sentido” (FACHIN, Luiz Edson. As províncias do direito privado à causa justificativa da propriedade. In.: LARANJEIRA, Raymundo. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 126).

cumprimento da obrigação poderia mesmo constituir caso de inexistência do direito de propriedade<sup>140</sup>.

Assumem relevo, nessa perspectiva, os interesses não exclusivamente patrimoniais, que direcionam a propriedade para um máximo social<sup>141</sup>. Não mais entendida como direito subjetivo, a propriedade recebe melhor tratamento como situação jurídica complexa, na qual são inscritas obrigações que derivam da posição do titular do bem dentro do organismo social. O fundamento da atribuição da propriedade, destarte, pode modificar-se de acordo com o estatuto proprietário, em consonância com os princípios constitucionais e com o caso concreto. Em face das várias disciplinas incidentes sobre a propriedade, a função social há de ter um caráter flexível: fala-se, agora, numa função social da propriedade urbana, rural, industrial e assim por diante.

De qualquer sorte, remanesce ainda um problema – que, no dizer do Professor Pietro PERLINGIERI, é um “não problema”<sup>142</sup>. Afinal, a propriedade “é” ou “tem” uma função social? Explica o referido pensador italiano que, para os autores que trabalham essa controvérsia, a propriedade que “tem” uma função social permanece como uma situação subjetiva no interesse do titular, sendo ocasionalmente investida de função social. Já a propriedade que “é” uma função social é atribuída ao proprietário não no seu interesse preponderante, mas no interesse coletivo, de modo que o titular do direito real nada mais é do que um “funcionário”<sup>143</sup>.

São linhas tênues que separam as duas noções, porém afirmar que o proprietário é um “funcionário” soa excessivo e implicaria reconsiderar a própria distinção entre propriedade pública e privada<sup>144</sup>. Ademais, asseverar que a

---

<sup>140</sup> PERLINGIERI, Pietro. . **Introduzione alla problematica...**, p. 71.

<sup>141</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.: DIREITO, Carlos Menezes (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 321.

<sup>142</sup> PERLINGIERI, Pietro. . **Introduzione alla problematica...**, p. 77.

<sup>143</sup> PERLINGIERI, Pietro. . **Introduzione alla problematica...**, p. 78. A expressão “*funzionario*” (em italiano), no sentido empregado por PERLINGIERI para explicar a discussão, significa algo como o “funcionário público”, para o português. É o “*titolare dell'ufficio*”, para Stefano RODOTÀ, cuja atribuição de poder decorre exclusivamente de num interesse alheio (RODOTÀ, Stefano. **Op. Cit.**, p. 237).

<sup>144</sup> Sobre o assunto, esclarece Stefano RODOTÀ que: “*Dal punto di vista tecnico, infatti, è di tutta evidenza che la distinzione tra proprietà pubblica e privata e tra beni economici secondo*

propriedade “tem” uma função social não significa necessariamente uma entrega da situação subjetiva em seu interesse exclusivo, que apenas eventualmente adquire conotações de função social. Isso só seria verdade se, no atual estágio do Direito Civil, a figura do direito subjetivo fosse considerada uma espécie de “esfera de soberania do indivíduo”, imune ao projeto constitucional, o que é inaceitável<sup>145</sup>. Não há dúvidas de que, atualmente, os titulares de situações jurídicas subjetivas são, ao mesmo tempo, titulares de situações ativas e passivas, de maneira que a propriedade acaba sendo sempre um dever, seja em relação ao sujeito que a detém, seja em relação à coletividade.

Daí decorre outro argumento que faz com que a discussão perca muito seu sentido: afirmar que a propriedade “tem” uma função social não significa negar a função social como aspecto interno do direito de propriedade, capaz de alterar-lhe a estrutura como um todo. A propriedade que “tem” uma função social não sofre meras limitações ao seu exercício, mas é atingida em sua substância, em seu perfil interno, adquirindo um critério de valoração da titularidade. De outra parte, sustentar que a propriedade “é” uma função social não implica afirmar que ela é “apenas” uma função social.

A constitucionalização do Direito Civil e sua inserção num sistema axiologicamente hierarquizado, em cujo ponto mais alto está o princípio da dignidade da pessoa humana, alterou a estrutura e a função dos direitos reais. A função social da propriedade, que foi inicialmente problematizada nesse tópico, será retomada ao longo da dissertação, especialmente em seu último capítulo. Todavia, a crise funcional da propriedade é melhor compreendida após uma

---

*l'apparteneza (art. 42 della costituzione) costituisce un solido aggancio per affermare che l'attribuzione continua ad essere fatta al privato in quanto tale. Quel che è mutato è il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante per la considerazione legislativa il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale*". (RODOTÀ, Stefano. **Op. Cit.**, p. 239).

<sup>145</sup> Não se pode olvidar que as categorias sobre as quais foi construído o debate entre a propriedade que “é” e a propriedade que “tem” uma função social foram alteradas, como anota PERLINGIERI: “È certo pero che nella concezione tradizionale non si concepisce che il titolare del diritto soggettivo abbia anche degli obblighi che qualificano dall'interno il diritto stesso: invece si è visto che il titolare della situazioni attive e di situazioni passive; quindi anche il diritto soggettivo, che di solito esprime in termini esclusivamente attivi, contiene dei doveri, degli obblighi, degli oneri: è insomma situazione soggettiva complessa”. (PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica...**, p. 78).

análise preliminar das modificações estruturais sofridas pelos direitos reais, a começar pelo repensar de dois princípios que constituem verdadeiros dogmas para essa seara: a taxatividade e a tipicidade. É a tarefa que se inicia no próximo capítulo.

**CAPÍTULO SEGUNDO – CONSIDERAÇÕES RELATIVAS À HISTORICIDADE, CONTORNOS  
AQUIRIDOS NO DIREITO COMPARADO E RECEPÇÃO (OU NÃO) DO NUMERUS CLAUSUS  
NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Em meio à exposição realizada no capítulo anterior, procurou-se destacar o Direito Civil como parte de um sistema axiologicamente hierarquizado, integrado aos preceitos estabelecidos pela Lei Fundamental, direcionado, sobretudo, à realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa “virada de Copérnico” modificou a estrutura dos direitos reais. E, para dar prosseguimento a esse raciocínio, dedica-se o presente capítulo ao estudo de um dos princípios basilares da dogmática dos direitos reais: a taxatividade. Dessa maneira, discorre-se, primeiramente, sobre o alcance dogmático do *numerus clausus*, estabelecendo, então, uma clara distinção de conteúdo em relação ao princípio da tipicidade, bem como seu âmbito de interação com a autonomia privada. Preocupa-se, em seguida, com a análise do transcurso histórico que estabeleceu sua atual conformação para, mais adiante, examinar a maneira pela qual se apresenta no direito comparado. Propõe-se, ao final, uma análise crítica dos fundamentos pelos quais a doutrina sustenta sua recepção pelo ordenamento pátrio, posicionando-se acerca da sua pertinência (ou não) para o sistema jurídico brasileiro.

**Seção I – Delineando o alcance dogmático do princípio da taxatividade**

Tendo em mente que o presente capítulo tem por finalidade dar início à análise da crise estrutural por que passa a seara dos direitos reais, analisando, para tanto, os atuais contornos do *numerus clausus*, faz-se mister principiar tal empresa pela clara distinção entre os princípios da taxatividade e da tipicidade, bem como pela delimitação da relação da reserva legal em matéria de direitos reais com o princípio da autonomia privada.

O caminho traçado ostenta o objetivo de derrubar duas grandes barreiras construídas pela manualística tradicional: **(i)** de um lado, a confusão

entre o conteúdo dos princípios da taxatividade e da tipicidade que são, sem uma análise minuciosa, identificados; **(ii)** de outro lado, a afirmação, tomada como verdadeiro dogma, de que, ao contrário do que ocorre no campo dos direitos obrigacionais, as situações reais não comportam atuação da autonomia privada, revelando-se avessas à liberdade dos sujeitos de direito.

### **Subseção I – Distinção preliminar: delimitação do conteúdo dos princípios da tipicidade e do *numerus clausus***

A grande maioria dos manuais de Direito Civil preocupa-se unicamente com a descrição dos institutos jurídicos tal qual receberam disciplina legal. Nesse sentido, ao estudo dos elementos essenciais do direito de propriedade individual, segue-se a afirmação de que, na esfera jurídica dos direitos reais, vigora a impossibilidade da criação de outras categorias de direito real que não as estabelecidas em lei<sup>146</sup>.

Atribui-se a tal situação – passando ao largo de uma reflexão mais apurada – a denominação de princípio da tipicidade dos direitos reais, o que, por si só, demonstra uma confusão entre os conceitos de tipicidade e taxatividade. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de situações conexas, mas que não se identificam. Quiçá em virtude da pacificidade com que ambos os princípios encontram-se cristalizados no ordenamento jurídico brasileiro<sup>147</sup>, a doutrina não lhes dedicou a devida atenção, o que, no decorrer do tempo, implicou uma errônea justaposição de conceitos.

Sem embargo, o prosseguimento do presente estudo exige que essa identificação simplista seja dissolvida, estabelecendo-se critérios sólidos de distinção entre os dois princípios<sup>148</sup>. De fato, o princípio da taxatividade está ligado

---

<sup>146</sup> Nas palavras do professor Alberto TRABUCCHI: “*La categoria dei diritti reali è costituita da un numeru chiuso; in questo campo, diversamente da quanto avviene di regola nei rapporti obbligatori, l’autonomia dei soggetti è ristretta alla scelta tra i diritti tipici previsti nella legge*”. (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzione di diritto civile**. 33ª ed. Milão: CEDAM, 1992. P. 382.)

<sup>147</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-04.

<sup>148</sup> É, de igual modo, a constatação de Gustavo Kloh Müller NEVES: “O que não se pode mais confundir, vale dizer, é a ‘viragem para o tipo’, na feliz e expressão de Ascensão, com a adoção (ou não) do sistema do *numerus clausus*” (NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da tipicidade

a uma limitação quanto às categorias admitidas como direitos reais. Veda-se, por meio desse princípio, a atuação da autonomia privada no sentido de estabelecer novas relações de caráter jurídico real. De outra parte, o princípio da tipicidade vincula-se ao preenchimento do conteúdo das categorias de direito real previstas em lei<sup>149</sup>.

Consoante o magistério de André Pinto da Rocha Osório GONDINHO:

Em poucas palavras, podemos dizer que o princípio do *numerus clausus* se refere à impossibilidade de criação, pela autonomia da vontade, de outras categorias de direitos reais que não as estabelecidas em lei, ou, ainda, que os direitos reais não podem resultar da convenção entre sujeitos jurídicos. Por outro lado, o princípio da tipicidade dos direitos reais significa, em síntese apertada, que o estabelecimento destes direitos não pode contrariar o conteúdo estrutural dos poderes conferidos, pelo ordenamento, ao titular da situação jurídica de direito real. Esta necessidade de respeito à estruturação dos poderes conferidos ao titular decorre do conteúdo típico dos direitos reais previstos em lei<sup>150</sup>.

Portanto, os princípios da taxatividade e da tipicidade, tratados indistintamente pela civilística brasileira, diferenciam-se de maneira clara, na medida em que o primeiro diz respeito à fonte do direito real e o segundo à modalidade do seu exercício. Basta registrar, como faz Gustavo TEPEDINO, que o princípio do *numerus clausus* refere-se à exclusividade de competência do legislador para a criação de direitos reais<sup>151</sup>. Está-se, assim, diante de um princípio relacionado à reserva legal. Um sistema taxativo contrapõe-se a um

---

dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 434.)

<sup>149</sup> Corroborando tal entendimento: “O que diferencia o *numerus clausus* da tipicidade, na seara dos direitos reais, seria o fato de o primeiro representar limitação quanto às categorias que seriam admitidas como direitos reais, e o segundo limitação quanto ao preenchimento, pela vontade autônoma, do conteúdo destas categorias reais. Poder-se-ia falar, então, em uma tipicidade ‘aberta’ e em uma tipicidade ‘fechada’, correspondendo a primeira à possibilidade de se flexibilizar a determinação dos conteúdos possíveis dos direitos reais, e a segunda a esta impossibilidade (direitos reais que não podem ser afetados, em seu conteúdo, pela vontade).” (NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**, p. 427)

<sup>150</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 16.

<sup>151</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Mutipropriedade Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 82.

sistema exemplificativo ou *numerus apertus*, em que os particulares detêm competência para a criação de novos direitos reais.

Uma vez inserido no ordenamento um novo direito real, ele será dotado de um conteúdo típico, daí resultando um segundo princípio (da tipicidade), segundo o qual o estabelecimento de direitos reais não pode contrariar a estruturação dos poderes atribuídos ao respectivo titular. Diz-se, com isso, que a despeito da diversidade quanto ao seu conteúdo normativo, o princípio da tipicidade é o corolário lógico do *numerus clausus*<sup>152</sup>.

A tipicidade, como ensina José de Oliveira ASCENSÃO, é representada por uma situação em que a norma não se contentou com previsões ou determinações gerais, com conceitos que abrangessem indiscriminadamente todas as situações<sup>153</sup>. Foi mais longe, modelou tipos: “e os tipos determinam-se por referência a um conceito que concretizam”<sup>154</sup>. Portanto, a tipicidade jurídica contrapõe-se à consagração pela norma de uma figura genérica ou de um conceito sem quaisquer especificações.

---

<sup>152</sup> A respeito da ligação entre os dois princípios, dando uma conotação mais ampla à expressão *numerus clausus*, esclarece Gustavo TEPEDINO: “O sistema do *numerus clausus*, em verdade, exprime-se de dois modos. Significa a taxatividade das figuras típicas, quando examinado do ponto de vista da reserva legal para a criação dos direitos subjetivos. Traduz-se, ao revés, no princípio da tipicidade propriamente dito, quando analisado sob o ângulo de seu conteúdo, significando que a estrutura do direito subjetivo corresponde à previsão legislativa típica. A taxatividade refere-se à fonte e a tipicidade às modalidades do exercício dos direitos, uma e outra conforme a dicção legal. Os alemães distinguem, nesta direção, o *numerus clausus* (*Typenzwang*) e o conteúdo do direito típico (*Typensfixierung*), embora tal distinção tenha sido muito criticada, ao argumento de que os direitos reais têm a sua criação e o seu conteúdo inteiramente condicionados à estipulação legal, o que absorveria ambos os aspectos” (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de um introdução. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143). Interessante notar que há mesmo autores que consideram artificiosa a distinção entre taxatividade e tipicidade, muito embora isso ocorra em sistemas marcados por uma grande clausura (como o alemão) ou por uma grande abertura (como o espanhol): “*En este contexto se llegará incluso a distinguir el significado del término jurídico tipicidad y del empleo de la expresión numerus clausus; entendiéndose por tipicidad la imposibilidad de que la autonomía privada de los particulares pueda llegar a gener relaciones de carácter jurídico real y, en cambio numerus clausus como la imposibilidad de creación de nuevos tipos de derechos reales. Distinción, que, sin duda, resultará artificiosa*” (GRACIA, Antonio Roman. **La tipicidad en los derechos reales** (autonomía privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus; sistema de numerus clasus. Madrid: Editorial Montecorvo, 1994, p. 180.) .

<sup>153</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 56.

<sup>154</sup> **Idem, ibidem.**

O elemento caracterizador da tipicidade é, destarte, a previsão pelo ordenamento dos traços essenciais de uma dada realidade jurídica e não somente a sua previsão em lei (taxatividade), em que pese costumeiramente se fale em tipicidade nessas hipóteses. Assim, muito embora não raro a tipicidade apresente-se como corolário do *numerus clausus* em razão de um imperativo de precisão metodológica da norma jurídica, trata-se de uma técnica a que o legislador pode ou não recorrer, e não uma fórmula perene de hierarquização das figuras jurídicas.

Interessante notar que, por estar ligada à previsão genérica pelo ordenamento, autores como Edmundo GATTI e Jorge H. ALTERINI entendem que a taxatividade responde sempre por uma fórmula mais abstrata, ao passo que o tipo aparece ligado a uma preocupação de concretização. O *numerus clausus* exige previsão legal e conteúdo *in abstracto*, não avançando sobre a qualidade específica dos direitos reais<sup>155</sup>. Surge, então, a necessidade de recorrer-se ao seu corolário lógico para, ultrapassando a mera referência conceitual, tipificar.

Em face das considerações tecidas até o momento, verifica-se que os princípios da taxatividade e da tipicidade não podem ser tomados como sinônimos. A taxatividade indica uma reserva legal quanto à criação de direitos reais, ao passo que a tipicidade é um imperativo voltado à exigência de descrição legislativa de elementos juridicamente relevantes do direito subjetivo. Todavia, uma derradeira advertência deve se fazer presente: é que, como assevera Gustavo Kloh Müller NEVES, o princípio da taxatividade não é, no sentido técnico do termo, verdadeiramente um princípio<sup>156</sup>.

A taxatividade não tem estrutura principiológica. Não é um mandado de otimização caracterizado pela possibilidade de cumprimento em diversos graus, nem está, ao que tudo indica, sujeita à colisão com outros princípios, momento em que teria lugar um eventual sopesamento. Poder-se-ia, na busca

---

<sup>155</sup> Segundo os profesores Edmundo GATTI e Jorge H. ALTERINI, “*el numerus clausus apunta la determinación de cuáles han de ser los derechos reales y al contenido ‘in abstracto’ de ellos, pero no avanza sobre cuál ha de ser la calidad específica de ese contenido, o sea sobre su contenido ‘in concreto’ (tipicidad)*”. (GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. **El Derecho Real**: elementos para una teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d.,p. 82).

<sup>156</sup> NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**, p. 432.

pela sua natureza, recorrer ao posicionamento de autores que afirmam existir, no ordenamento jurídico, regras de competência decisória que fornecem razões para que determinadas opções sejam respeitadas<sup>157</sup>, o que se encaixaria no perfil da taxatividade. Tais regras receberiam a denominação de princípios formais, desprovidos de um conteúdo *prima facie*<sup>158</sup>. A observação, contudo, deve ser encarada com ressalvas, pois, no fundo, um princípio formal é apenas uma regra.

A taxatividade é, de qualquer forma, uma regra e não um princípio. Deveras, não se acredita que, a despeito da imprecisão técnica, a expressão “princípio da taxatividade” deva ser afastada, de modo a não mais utilizá-la nessa dissertação. Trata-se de uma denominação consagrada na totalidade dos manuais. E, afinal, mais importantes do que a nomenclatura são os efeitos que decorrem de sua recepção (ou não) pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## **Subseção II – Relação entre a autonomia privada e o princípio da taxatividade**

A despeito das fortes críticas que vem recebendo nas últimas décadas, não caracteriza uma inverdade a afirmação de que o princípio da autonomia da vontade constitui um verdadeiro pilar de sustentação de toda a cultura jurídica ocidental. Categorias elementares, como a do direito subjetivo, tiveram sua formulação profundamente influenciadas pelo primado da vontade e da defesa da liberdade como valor ideológico<sup>159</sup>.

Contudo, fato é que hodiernamente a autonomia privada não possui as mesmas feições que lhe eram atribuídas até o século XIX<sup>160</sup>. Tida como pedra

---

<sup>157</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 160.

<sup>158</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>159</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 15-16.

<sup>160</sup> “A autonomia privada já foi concebida como um verdadeiro espaço em branco conferido pela lei para que os particulares o preencham na medida em que exerçam suas atividades jurídicas. (...) Contudo, o conceito de autonomia privada vem sendo reformulado pela doutrina contemporânea. Não mais se deve entender que os valores constitucionais criam limites externos à autonomia privada, mas, antes, informam seu núcleo funcional. A autonomia privada não consiste, definitivamente, em um ‘espaço em branco’ deixado à atuação da liberdade individual, mas, ao contrário, apenas recebe tutela na medida em que se conforme aos valores constitucionais” (**Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 211).

angular do sistema civilístico, a autonomia privada jamais esteve desligada de um contexto econômico-político próprio<sup>161</sup>. Aliás, sua trajetória histórica é cheia de percalços e desencontros, desde o feudalismo, passando por uma ulterior reação liberal, até o momento em que deixou de estar tão ligada à liberdade individual para se aproximar do postulado de segurança do comércio jurídico e, por fim, sob a égide do normativismo positivista<sup>162</sup>.

Nesse transcurso histórico, a autonomia privada foi alvo de progressiva objetivação<sup>163</sup>. Daí a separação entre (i) autonomia da vontade e (ii) autonomia privada, bem exposta a partir da diferenciação estabelecida por Francisco AMARAL que, ao se referir à primeira, destaca uma conotação subjetiva e psicológica, ao passo que a segunda é acentuada por um caráter objetivo, concreto e real<sup>164</sup>. Por se encontrar presente tanto nas relações patrimoniais como extrapatrimoniais, a autonomia da vontade deve ser entendida como uma das formas pelas quais se manifesta a autonomia privada, qual seja, a liberdade negocial<sup>165</sup>.

A autonomia privada, portanto, corresponde ao poder de autorregulação dos interesses particulares que cumpre com a função de modelação da vida social<sup>166</sup>. É o poder que os sujeitos jurídico-privados têm de exercer posições ativas reconhecidas pela ordem jurídica, correspondendo esse conceito ao sentido etimológico da expressão (resultante da junção das palavras: *auto* e *nomos*)<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: EDUCA, 1988, p. 58.

<sup>162</sup> Para uma análise histórica mais densa, conferir: NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In.: NALIN, Paulo (coord.). **Contrato & Sociedade**, vol II, a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 23-27.

<sup>163</sup> Segundo Paulo Nalin: “nota-se a passagem da subjetividade para a objetividade da autonomia privada, verificada em nosso Código Civil, além de outros dispositivos, por força dos arts. 112 e 113, em comparação com o revogado art. 85 do Código Civil (1916)” (NALIN, Paulo. **Idem, ibidem**). Na ótica do professor, o novo Código Civil conjuga a intenção das partes na interpretação das declarações de vontade com a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, o que não ocorria na codificação anterior.

<sup>164</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 335-336.

<sup>165</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Op. Cit.**, p. 56.

<sup>166</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 90.

<sup>167</sup> PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 378. Para Francisco Amaral, “a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que

Tal poder de autodeterminação e autovinculação é extraído, no sistema constitucional brasileiro, do direito geral de liberdade (artigo 5º, *caput*), do princípio da legalidade (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – artigo 5º, inciso II), do livre exercício de qualquer trabalho ou profissão (artigo 5º, inciso XIII), do direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII) e assim por diante. Mas, ao regular suas esferas jurídico-privadas, os particulares de modo algum criam leis ou normas jurídicas; agem, pelo contrário, dentro de uma moldura à qual o direito empresta validade<sup>168</sup>.

Sem embargo, é imperioso ressaltar que na Lei Fundamental de 1988 a tutela constitucional da autonomia privada deve ser extraída a partir da consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Trata-se, ao final, de uma questão também vinculada aos direitos personalíssimos, pois ao aceitar esse espaço de liberdade, o ordenamento reconhece que o convívio social é o refúgio da espontaneidade, das idiosincrasias pessoais, da liberdade (acima de tudo) emocional<sup>169</sup>.

Em apenas uma frase, não é possível dissociar pessoa e autonomia privada, como bem anota Paulo NALIN:

A pessoa e a autonomia privada são temas afins, em que pese não mais ser sustentável uma autonomia privada que se funda no individualismo. A autonomia privada está socialmente funcionalizada, e, por consequência, seus institutos derivados favorecem a pessoa, numa ótica relacional<sup>170</sup>.

Não obstante, o poder de auto-regulação dos interesses privados encontra limites em diversos ramos do Direito Privado. Logo, em que pese o direito obrigacional seja movido pela liberdade contratual, a seara dos direitos reais, segundo afirmação de grande parte da doutrina, é permeada por limitações

---

participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” (AMARAL, Francisco. **Op. Cit.**, p. 335)

<sup>168</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Op. Cit.**, p. 56. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, afirma António Menezes CORDEIRO que a autonomia privada compreende “um espaço de liberdade jurígena” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 218).

<sup>169</sup> PINTO, Paulo Mota. **Op. Cit.**, p. 383.

<sup>170</sup> NALIN, Paulo. **Op. Cit.**, p. 43.

de ordem pública que traduzem uma preocupação histórica com o inconveniente da constituição de situações socialmente nocivas<sup>171</sup>.

Essa preocupação tem forte influência da visão personalista dos direitos reais, eis que, ao estabelecer a referida corrente de pensamento uma obrigação passiva universal, com um pólo passivo amplíssimo, a livre criação de situações proprietárias poderia dar azo ao nascimento de vínculos incidentes sobre sujeitos que não participaram da relação jurídica geradora ou matriz. Com isso, a determinação do *numerus clausus* possibilita a escolha de quais direitos são admitidos como reais na ordem jurídica, de maneira a expandir naturalmente sua eficácia *erga omnes*<sup>172</sup>.

Curiosamente, o princípio da autonomia privada e o princípio do *numerus clausus*, como anota Gustavo TEPEDINO, têm a mesma origem liberal. Pretendia-se, com efeito, franquear o tráfego jurídico, fomentando a celebração de negócios criados pelas partes com força de lei. Embora possa parecer contraditório, era justamente a supressão dos ônus que gravavam os imóveis – por meio do estabelecimento de uma lista fechada de direitos reais – que permitia a livre circulação da propriedade<sup>173</sup>.

Assim, a maioria dos Códigos Civis que se seguiram à Revolução Francesa aderiram ao sistema do *numerus clausus*. No Brasil, há registro de uma interessante controvérsia instaurada quando da modificação, por uma emenda, do projeto do Código Civil brasileiro de 1916, elaborado por Clóvis BEVILAQUA. A redação primitiva do artigo 674 do referido diploma legislativo consignava que: “somente se consideram direitos reais, além da propriedade (...)”.

No entanto, a eliminação do advérbio “somente”, na redação final do artigo em questão, permitiria entender que o legislador de então teria tencionado a afastar o caráter taxativo da enumeração. Entendimento, aliás, esboçado por José

---

<sup>171</sup> Posição defendida pelos professores Edmundo GATTI e Jorge H. ALTERINI: “*La importancia política, económica y social de los derechos reales determina que su régimen esté presidido por la noción del orden público*”. (GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. **Op. Cit.**, p. 73.)

<sup>172</sup> NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**, p. 432.

<sup>173</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Teoria dos bens e situações subjetivas reais...**, p. 145. Ver também: TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária...**, p. 82-83.

de Oliveira ASCENSÃO<sup>174</sup>, mas que, como se sabe, não foi aceito pela vertente majoritária da doutrina brasileira<sup>175</sup>. Foi decisiva para silenciar o debate por um longo período a posição de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, ao manifestar-se pela vigência do princípio da taxatividade<sup>176</sup>.

Não obstante, ainda que de forma minoritária, autores importantes como TEIXEIRAS DE FREITAS, CARVALHO SANTOS e WASHINGTON DE BARROS MONTEIROS expuseram sua simpatia pelo regime do *numerus apertus*, afirmando que não vislumbravam impedimentos para sua adoção no sistema jurídico brasileiro<sup>177</sup>. Mas não é só isso: o Supremo Tribunal Federal, ao menos em duas oportunidades<sup>178</sup>, aderiu ao posicionamento de que é possível a criação de novos direitos reais pela atuação dos sujeitos de direito, desde que não sejam contrariados preceitos de ordem pública. Ambos os casos transitaram em julgado e, para tais situações, foi afastado o princípio da taxatividade.

Outrossim, a perspectiva que restringe o debate acerca da incidência da autonomia privada nas relações jurídicas reais à vigência do *numerus clausus* é certamente reducionista. Mesmo num sistema taxativo há espaço para a atuação da autonomia privada. Nesse sentido, a recepção do princípio da

---

<sup>174</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 56.

<sup>175</sup> O professor Darcy BESSONE dá notícia de uma rápida discussão estabelecida entre Afonso Fraga, Lacerda de Almeida e Carvalho Santos, acreditando esses que a enumeração do Código passava a ser exemplificativa e Lafayette, Dídimo da Veiga e Pontes de Miranda, que mantinham o entendimento de que a lista legal é taxativa. Contudo, o transcurso do tempo encarregou-se de pacificar a vigência do princípio da taxatividade em nosso ordenamento. (BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 09).

<sup>176</sup> Abre-se espaço para mencionar o pronunciamento de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA: “Os autores e julgados que da existência de outros direitos reais limitados (fora do Código Civil) pretendem concluir que o princípio do *numerus clausus* desapareceu, ou porque, acrescenta-se, riscou um ‘somente’ que havia no projeto primitivo do Código Civil, art. 757, incidem em grave confusão. O número é fechado, clauso, porque não se podem criar, sem lei, outros direitos reais. Os direitos reais que resultam de direitos reais ou que são, em verdade, pretensões, ações ou exceções, como o direito de preferência, de retenção, de vizinhança e acessórios, não abrem exceção ao princípio” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, § 2.139, Direitos Reais Limitados, p. 07).

<sup>177</sup> Informações retiradas de: GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 30. Recentemente, manifestaram-se pela adoção do *numerus apertus* no ordenamento jurídico brasileiro: ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. São Paulo: Renovar, 2001; SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>178</sup> Agravo de Petição n.º 10.694, de 05.11.43, e Recurso Extraordinário n.º 7.858, de 05.02.50 (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 30-32).

taxatividade não tem o condão de impedir a celebração de inúmeros negócios atípicos que se inserem, sem maiores cerimônias, no âmago das relações jurídicas reais.

Segundo o magistério de Gustavo TEPEDINO, a atualidade é marcada por uma série de figuras inovadoras que desafiam os esquemas jurídicos do passado: condomínios com dimensões espetaculares, *shopping centers* cada vez mais sofisticados, multipropriedades imobiliárias, condomínios de fato que se consolidam nos espaços públicos urbanos, servidões com conteúdo altamente diversificado etc.<sup>179</sup>

Portanto, em face das reflexões realizadas até o presente momento, afigura-se possível esboçar algumas conclusões:

(i) a autonomia privada não tem, nos dias de hoje, os mesmos contornos que lhe eram atribuídos no ápice do liberalismo;

(ii) a autonomia privada e o *numerus clausus* têm a mesma origem liberal: suprimiram-se os ônus sobre a propriedade para possibilitar seu tráfego jurídico;

(iii) a recepção do *numerus clausus* no sistema jurídico brasileiro não é pacífica, encontrando-se doutrina e jurisprudência no sentido da vigência do *numerus apertus*;

(iv) o *numerus clausus* não é um princípio inerente à natureza dos direitos reais, pois existem, atualmente, sistemas que convivem harmoniosamente com o *numerus apertus*;

---

<sup>179</sup> TEPEDINO, Gustavo. No prefácio da obra de GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade:** o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Para o civilista, mais fértil que debater acerca da recepção do *numerus clausus* é “investigar, na dinâmica da atividade econômica privada, os negócios jurídicos e as cláusulas que, inseridas nos tipos reais predispostos pelo Código Civil, possam ser estabelecidos sem a reprovação do sistema. Trata-se de um número formidável de negócios destinados a regular, por exemplo, servidões, mútuos garantidos por cédulas rurais, vendas condicionais, pactos antenupciais, locações com cláusula de vigência em caso de alienação, vendas condicionais, além dos já aludidos empreendimentos de shopping centers, multipropriedade imobiliária, utilização de espaços em cemitérios e os chamados condomínios de fato, cujo conteúdo varia, com frequência impressionante, no curso do tempo e das relações que, concretamente, se estabelecem, alterando, significativamente, o conteúdo das situações reais ou com eficácia real” (TEPEDINO, Gustavo. **Teoria dos bens e situações subjetivas reais...**, p. 145).

(v) ainda que se entenda pela recepção do *numerus clausus* há um vasto espaço de atuação dos sujeitos de direito nas relações jurídicas reais, o que implica reconsiderar o dogma de que a autonomia privada não tem incidência sobre as situações proprietárias em razão dos preceitos de ordem pública.

## Seção II – Origem e evolução histórica do princípio da taxatividade

A partir das idéias assentadas no tópico anterior, afigura-se oportuna uma análise mais aprofundada da evolução histórica do princípio da taxatividade. O objetivo dessa reflexão é atentar para o fato de que a percepção que se tem do fenômeno jurídico jamais é absoluta, justamente porque o Direito possui um forte condicionamento histórico. O *numerus clausus* não representa uma verdade universalmente válida, pois, em momentos diferentes da história, assumiu conformações distintas, sendo, hodiernamente, negado em vários sistemas jurídicos.

É preciso, sob este aspecto, recusar e denunciar as “introduções históricas” presentes na maioria dos manuais jurídicos, em que o direito atual é visto como um resultado natural e lógico de um processo histórico inevitável. Esse discurso linear, em verdade, não passa de “uma postura que projeta sobre o passado as categorias mentais e sociais do presente, fazendo do devir histórico um processo (escatológico) de preparação da atualidade”<sup>180</sup>.

Tal lembrete é de especial importância quando se coloca em questão o universo proprietário, pois, consoante a lição de Paolo GROSSI, a “propriedade é sempre um mínimo de pertencimento”<sup>181</sup>. Nenhuma dúvida resta de que a história jurídica da Europa Ocidental tenha sido contada, ao menos em grande parte, em função das vicissitudes dos proprietários e da luta pela propriedade, o que traz o risco sempre latente de reduzirmos a dimensão multiforme que a

---

<sup>180</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamim, a Temporalidade e o Direito. In.: **A Escola de Frankfurt no Direito**. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 79.

<sup>181</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 06.

relação homem-bens assumiu ao longo da história a uma concepção monolítica, vigente apenas num período histórico bastante determinado<sup>182</sup>.

Dessa forma, importa salientar que a construção histórica do princípio da taxatividade foi levada a efeito em meio a uma série de avanços e retrocessos, o que faz vários autores a duvidarem da sua utilidade para o ordenamento jurídico pátrio<sup>183</sup>. Daí que uma análise histórica propiciará ampliar o foco de compreensão do *numerus clausus* (sua pertinência ou não) para o direito brasileiro.

### Subseção I – Experiência romana

Tendo-se em mente os imperativos metodológicos anteriormente expostos, há de se pensar que, na Roma Antiga, aquilo que os romanistas chamam de propriedade nada tem a ver com a sua noção moderna. Não propensos a especulações filosóficas, os romanos dirigiam sua atenção à obtenção de soluções para os problemas concretos que se apresentavam, o que não permitiu a elaboração de uma fórmula abstrata e universal de propriedade<sup>184</sup>. Verificam-se, nessa época, poucas referências a um conceito geral de aquisição sobre coisas, porém numerosas definições como “próprio”, “herança”, “bem”, “bem móvel”, além de outros conceitos jurídicos análogos<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Sobre o discurso jurídico que permeia o transcurso da propriedade, ensina Paolo GROSSI: “Talvez nenhum discurso jurídico seja tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homem-bens. Porque tão grande são os interesses em jogo que inevitavelmente as escolhas econômico-jurídicas são defendidas pelas couraças não deterioráveis de conotações éticas e religiosas” (GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, p. 10).

<sup>183</sup> Ver: SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>184</sup> Sustenta Antonio Roman GARCIA que: “No encontramos en el Derecho romano una categoría jurídica de derecho real que sea similar, o que pueda identificarse a la que conocemos en el moderno Derecho civil. Determinadas expresiones conceptuales como *ius in re*, o *ius reale*, serán, sin duda, recreadas e introducidas por los glosadores, al efectuar sus comentarios sobre las fuentes clásicas”. (GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 23).

<sup>185</sup> PEZZELLA. Maria Cristina Cereser. **Propriedade Privada no Direito Romano**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 124. A autora conclui sua obra da seguinte forma: “A propriedade liberal moderna não tem sua origem na propriedade romana, com a qual guarda insuperáveis diferenças de princípio” (**Idem**, p. 218). De maneira enfática, aponta para o equívoco de compreender a noção de propriedade a partir de uma perspectiva ahistórica, que fundamenta o seu conceito contemporâneo naquele dos romanos.

De outra parte, como adverte Fustel de COULANGES<sup>186</sup>, na Roma Antiga, a propriedade possuía notável caráter de sacralização: o solo habitado por uma família romana era sagrado para ela. E como deixa bem claro o estudioso francês, a família romana, ao escolher o local onde fará a sua habitação, não o faz com a pretensão de lá permanecer um dia, uma semana, ou até mesmo a duração de toda uma vida, mas, ao contrário, por toda a eternidade, ou, ao menos, enquanto haja um descendente da família para fazer as oblações sagradas.

Com o advento da Lei das Doze Tábuas, permitiu-se a divisão da propriedade caso houvesse vários irmãos, mas ainda sob a condição de que esse parcelamento se realizasse por meio de cerimônia religiosa: só a religião poderia dividir aquilo que, antes, ela própria proclamara indivisível. Da mesma forma, a Lei das Doze Tábuas não poupava o devedor, porém não admitia que sua propriedade fosse confiscada com o intuito de sanar as dívidas adquiridas. Seria, nessa perspectiva, bem mais fácil escravizar um homem do que lhe retirar o direito de propriedade. Somente num momento ulterior, permitiu-se a venda das terras, mas exigindo-se, para isso, a formalidade de caráter religioso<sup>187</sup>.

É bem verdade que a partir do período da República admitiram-se propriedades com conteúdo diversificado: a propriedade familiar (*res Mancipium*), a propriedade quirritária (de titularidade exclusiva dos cidadãos romanos), a *res nec Mancipium* (que poderia ingressar na esfera jurídica dos *alieni iuris*), a propriedade provincial, a propriedade peregrina etc.<sup>188</sup> Todavia, jamais se abandonou o sistema da taxatividade. Isso porque a criação dos direitos reais dependia da correlata tutela processual, por meio das *actiones*<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> “A idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu fogo sagrado e seus antepassados. Esses deuses só poderiam ser adorados pela família e só protegiam a família. Eram propriedade dela” (COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60).

<sup>187</sup> **Idem**, p. 67.

<sup>188</sup> MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil: para a crítica histórica do “paradigma civilístico”. **Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, 1990, v. 35.

<sup>189</sup> Para Gustavo Kloh Müller NEVES: “No somatório das influências, restaram-nos um processo ainda rígido quanto ao uso da *actio* e uma legislação coerente e unificada. Os *actio in re/ius in re* eram expressamente previstos e delimitados, não se admitindo defesa *in re* de qualquer outra situação patrimonial. Temos, pois, o surgimento da regra do *numerus clausus*, correntemente denominada de princípio da tipicidade dos direitos reais” (NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**,

A característica essencial da situação dos direitos reais no sistema romano é que eles existem na exata medida em que aparecem protegidos pelas ações reais correspondentes. A *actio in rem* funda um direito sobre a coisa que tem como reverso o dever de abstenção geral. Mas nem toda situação de direito material era passível de tutela por meio dessa técnica processual, o que significa que as *actiones* eram típicas<sup>190</sup>.

Portanto, o Direito Romano não permitia a livre criação de situações reais por parte dos sujeitos de direito.<sup>191</sup> Sem embargo, nesse período da história a exigência absoluta de um sistema *numerus clausus* aparecerá dependente do critério da tipicidade na formulação da *actio in rem*: mais do que o *ius*, importava a *actio*. E somente eram considerados direitos reais aqueles que estavam protegidos *erga omnes* pelas ações reais; no caso, a propriedade plena e o *iura in re aliena*<sup>192</sup>.

Nessa senda, informa Miguel Maria de SERPA LOPES que, em Roma, os direitos reais eram limitados, clausurados pela lei, admitindo-se apenas, ao lado da propriedade, a enfiteuse, a superfície, algumas modalidades de servidões e direitos reais de garantia<sup>193</sup>. Aliás, até mesmo a servidão, figura típica do direito romano primitivo, não poderia ser constituída genericamente, mas somente nas modalidades *iter, actus, via e aquaeductus*.

## Subseção II – Perspectiva feudal

---

p. 415). Como asseveram os professores Edmundo GATTI e Jorge H. ALTERINI, “*La clasificación de los derechos em reales y personales no aparece en Roma de forma expresa, pero sí implícita en la clasificación de los medios para obtener su protección judicial, o sea a través de las acciones*” (GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. **Op. Cit.**, p. 23).

<sup>190</sup> Tal sistema teria se prorrogado na tipicidade dos *remedies*, vigente na jurisdição britânica até 1873 (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 18).

<sup>191</sup> Esse preceito foi resguardado expressamente pelo Edicto de Salvio Juliano: “*Así, el principio de tipicidade en los derechos reales en la tradición del Derecho romano (o el principio de numerus clausu) se conoce en la época clásica, y será establecido expressamente mediante el Edicto de Salvio Juliano (123 D.C.), manteniéndose vigente, primero por la propia aplicación del Edicto del Pretor y, posteriormente, por su carácter de fuente del Derecho*” (GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 31).

<sup>192</sup> GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 23-24.

<sup>193</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Vol. VI. 4ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996, p. 35.

O que se verifica nos períodos históricos posteriores ao estudado na subseção anterior, em razão de um esforço empreendido no sentido de reinterpretar os textos romanos, é uma distorção do que a propriedade, em verdade, significava na Roma Antiga. Partindo de frases soltas, autênticos retalhos das fontes romanas, cada época foi capaz de destilar das fontes romanas o conceito de propriedade que mais lhe convinha, fazendo com que os textos romanos devolvessem, como um espelho, a imagem da propriedade que cada momento histórico situava diante deles.

Assim, vários pensadores que estudaram o período medieval buscaram confeccionar definições de propriedade e cobri-las sob o manto da autoridade do Direito Romano. Todavia, em ampla contraposição à experiência romana, o medievo é marcado por uma complexa estrutura de direitos reais, tão disforme e assimétrica quanto a fragmentação do poder político vigente à época permitia. Nesse particular período da história, verifica-se a concorrência de vários interesses legítimos de diversas pessoas sobre o mesmo bem<sup>194</sup>.

Com isso, o mesmo local que era cultivado pelo servo – e, portanto, de certa forma, pertencia-lhe –, não raro, também estava sujeito ao poder do senhor feudal ou de diferentes senhores feudais, tendo-se em mente a dinâmica das relações de suserania e vassalagem. Devido às peculiaridades do próprio sistema feudal, o servo de forma alguma poderia ser retirado forçosamente do local em que labutava, muito embora estivesse necessariamente adstrito ao pagamento das contribuições referentes a um percentual variável daquilo que era produzido sobre a própria terra<sup>195</sup>.

Trata-se, pois, de um modelo de relação com o solo marcado essencialmente por dois aspectos: **(i)** de um lado, um vínculo extremamente forte mantido entre o ser humano e a terra, dando-se maior atenção à relação de fato com a coisa<sup>196</sup>; e **(ii)** de outro lado, um sistema no qual impera a lógica das

---

<sup>194</sup> CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direito reais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 744, P. 42. Ver também: TOBEÑAS, Jose Castan. **La propiedad y sus problemas actuales**. Madrid: Reus, 1966. P. 40.

<sup>195</sup> HUBERMANN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997. P. 128

<sup>196</sup> Em que pese o conceito abstrato de propriedade seja conhecido pela literatura jurídica alemã desde o século XIII, no centro “encontrava-se o conceito da ‘gewere’, que originalmente não

relações mantidas de homem a homem que conduziam a obrigações recíprocas de suserania e vassalagem entre os nobres e de servidão para os demais.

Diante desse quadro multifacetado, ampliaram-se os desdobramentos da propriedade de modo a criar uma pluralidade de domínios sobre a mesma coisa. Como assevera Eroulths CORTIANO JUNIOR, o sistema feudal admite várias formas jurídicas de apropriação de bens<sup>197</sup>. É que o suserano detinha um feixe de poderes que compreendia a faculdade de dar eficácia real a quaisquer obrigações avençadas com os seus vassalos. A talha, a corvéia e muitas outras obrigações feudais do servo para com seu senhor têm natureza de direito real, uma vez que eram extensíveis a quem viesse a ocupar aquele lugar na cadeia de relações já existentes<sup>198</sup>.

Portanto, afastando-se de um sistema de direitos reais rígido e estritamente limitado, emerge a tendência de conceber de modo assistemático o problema das várias situações proprietárias no medievo. Segundo Paolo GROSSI, a clausura do Direito Romano cede lugar a um grupo elástico de figuras amórficas que têm como denominador comum sua radicação na coisa<sup>199</sup>. Tais criações jurídicas não estão submetidas ao monopólio legislativo do Estado, mas são, ao

---

designava nenhum direito, mas apenas uma relação de fato com a coisa, e, por isso, é descrito na literatura moderna com a expressão 'posse' (*Besitz*). O conceito jurídico 'posse' (*Besitz*) afirmou-se, no decurso da recepção, como tradução da '*possessio*' do Direito Romano. Para designar a relação jurídica com coisas (e pessoas não-livres), foi se impondo, lentamente, o conceito 'próprio', como uma espécie de conceito superior". (PEZZELLA. Maria Cristina Cereser. **Op. Cit.** P. 124). Sobre o conceito de *gewere* ensina Antonio Roman GARCIA: "*Gewere (giweri, weri) tiene el significado de custodia, guarda, posesión; las fuentes romanas, en cambio, hablan de investidura, o vestidura a propósito de la transmisión de la posesión. En el Derecho histórico francés se conoce como saisine la investidura o el emposesionamiento (ensaisinement), al quedar el vasallo <<investido>> del feduo se le confiere posesión (saisine)*" (GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 37).

<sup>197</sup> Na acepção de Eroulths CORTIANO JUNIOR, "o sistema de propriedade feudal não afasta outras formas jurídicas de apropriação de bens, sendo permitido inclusive ao vassalo dispor de outras terras fora do benefício que lhe tinha sido concedido pelo senhor" (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24).

<sup>198</sup> NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**, p. 416.

<sup>199</sup> "A fronte della rigorosa tipicità classica, a fronte di un sistema di diritti reali concepito como chiuso, rigido e strettamente limitato, si afferma, in primo luogo, la tendenza, non solo, a concepire in modo assistemático il problema dei vari rapporti reali, bensì a ritenerli no già un '*numerus clausus*' ma una serie aperta e potenzialmente indefinita, non una galeria predeterminati e assolutamente precisati, ma un grupo elástico di figure amorfe sommariamente e liberamente determinate dalla consuetudine e delle quali è chiaro come minimo denominatore soltanto la loro

revés, determinadas livremente pelo costume, uma das principais fontes de direito da época<sup>200</sup>.

Logo, pode-se afirmar que, guardadas as devidas proporções, vigia na Idade Média um sistema *numerus apertus*. Isso porque, além da perceptível complexidade do elo existente entre sujeito e objeto – avesso, por conseguinte, à idéia de individualismo –, não se vislumbra aqui um modelo de propriedade inserido no trânsito jurídico. A relação entre homem e mundo existente nos feudos é, por excelência, marcada por uma vida de contemplação, sendo qualquer forma de lucro e usura proibida pela Igreja. Esse cenário será modificado no período da Modernidade.

### **Subseção III – Revolução Francesa e Modernidade**

É com o advento da Modernidade que se verifica o surgimento de uma noção individual do direito de propriedade, visto que a situação proprietária, visualizada sob o molde do *ius utendi, fruendi et abutendi*, pressupõe a existência de um sujeito de direito, detentor de uma capacidade geral e abstrata para ser titular de direitos e obrigações e impregnado de todo um individualismo, que não permite a concorrência de diferentes interesses legítimos sobre um mesmo bem: apenas um interesse é legitimado pelo ordenamento jurídico, excluindo-se todos os demais.

Devido às várias transformações sociais, notadamente o avanço da burguesia mercantil em todas as esferas de poder, passou a ser premente um ordenamento jurídico estruturado de forma a garantir a estabilidade das relações

---

*radizazione nella cosa*” (GROSSI, Paolo. **Le situazione reali nell’esperienza giuridica medievale**. Padova: Cedam, 1968, p. 104).

<sup>200</sup> “È chiaro, quindi, che allorché si parla di tipicità (non solo per quanto riguarda i diritti reali) durante il Medioevo, bisogna ragionare diversamente da come si fa per il diritto attuale, in cui la legge tiene la posizione di centralità tra le fonte del diritto, che durante il Medioevo era occupato dalla consuetudine. E bisognerà, quindi, porre il problema della tipicità non con riferimento ai chiari paradigmi offerti dai diritti moderni, dov’è netta la distinzione tra le fonte giuridica e atto di autonomia, ma com riferimento invece alla consuetudine, fonte di natura non autoritativa, le cui radici si confondono quasi (in modo bem altrimenti più intenso della legge, anch’essa <<in definitiva>> riconducibile alla volontà dei privati, per mezzo dei meccanismi rappresentativi) com la stessa autonomia privata” (NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. Padova: Cedam, 1988, p. 240).

sociais. Cada vez menos seriam os títulos nobiliárquicos a determinante da distribuição de poder na sociedade e, cada vez mais, a propriedade individual, garantida pelas noções de titularidade e patrimônio. Essa nova forma de organização social, baseada na racionalidade econômica, faz com que a propriedade privada passe a ocupar não somente o lugar de centro da ordem social, mas que a ordem social passe a girar em torno da propriedade privada.

É preciso não se iludir, como leciona Paolo GROSSI, a propriedade, antes de ser uma paisagem, é uma mentalidade, aliás, uma mentalidade profunda<sup>201</sup>. Transformada em princípio basilar desse novo sistema, é somente por meio da propriedade, constituída como *res* autônoma e colocada à disposição das pessoas através do mercado, que se torna possível conceber o indivíduo como livre, alforriado dos vínculos feudais de dependência, porém condenado a depender sempre do funcionamento do sistema proprietário<sup>202</sup>.

Evidentemente, está-se diante de uma empreitada que a propriedade não poderá levar a efeito isoladamente, necessitando de outro conceito apto a instrumentalizá-la: o sujeito de direito. Nesse passo, a propriedade não difere muito de uma dama do período colonial, que não podia sair à rua sem um escravo, capaz de protegê-la e garantir a segurança de seu passeio<sup>203</sup>. Esse escravo (o sujeito de direito) consiste numa representação, uma “máscara”, pela qual o homem concreto terá de estabelecer uma relação com sua própria personalidade.

---

<sup>201</sup> Assevera o pensador italiano que: “A propriedade privada é, por essas insuprimíveis raízes, mais do que qualquer outro instituto, mentalidade, aliás mentalidade profunda. O historiador, habituado à corrida incessante do social, no campo das relações de pertencimento e reais é obrigado a um reparo objetivo: mudam as paisagens agrárias, passam as ordens sociais mas a mesma mentalidade às vezes persiste” (GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30). No mesmo sentido, vale mencionar a lição de Michel MIAILLE ao afirmar que a propriedade instala-se no mais fundo de cada um de nós, no seio do social e do jurídico. Assim, as pessoas não se surpreendem com a notável ambigüidade das expressões: “minha caneta” e “minha mão”. Evidentemente, a caneta não é minha no mesmo sentido que a mão, mas isto já indica o caminho normalmente trilhado para compreender a unidade do “patrimônio” do indivíduo (MIAILLE. Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 167).

<sup>202</sup> “*Il diritto de proprietà, infatti, da qualità determinante (intesa in senso forte come estrinsecazione creativa, proiezione spaziale dell'identità individuale) si è trasformata in principio organizzativo del sistema. È il sistema che è proprietà, è il sistema che produce illimitatamente per il consumo e al di fuori di questo non conosce nessun altro criterio di organizzazione delle relazioni umane*” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto Privato e Società Moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 222-223).

Contudo – e aqui já se verifica um problema –, a categoria sujeito de direito foi produzida para a realização da teleologia do *ius patrimoniale* e não do *ius personale*. O espaço jurídico do sujeito é *in totum* constituído pelo direito patrimonial (o direito das obrigações e o direito das coisas). Mais do que isso, segundo o magistério de Henrique da Silva Seixas MEIRELES, todo homem é (deve ser) proprietário, “já que todo o homem é sujeito de direito, neste sentido, a cada ser humano estão ligadas faculdades inerentes à sua definição, e com elas o dever de as exercer segundo sua própria essência”<sup>204</sup>.

A propriedade não é, assim, uma qualidade do homem, mas uma necessidade. Ora, se todas as coisas são objeto de um direito de propriedade, todas as coisas têm um proprietário. E até mesmo as eventuais contradições do sistema são resolvidas de maneira simples. Veja-se o exemplo da *res nullius*, isto é, das coisas sem donos: como cada um tem a prerrogativa de apropriar-se dos objetos por ocupação, a situação da *res nullius* não é mais do que transitória, está apenas à espera de ser apropriada, o que, por sinal, seria uma vocação natural da coisa<sup>205</sup>.

Essa arrumação do Direito Civil Moderno, um direito patrimonial destinado a regular o acesso e a utilização das coisas, faz do “mundo que nos rodeia um lugar fechado que se partilha entre proprietários”<sup>206</sup>. A noção de propriedade aparece atravessando todo universo do ser para manifestar um poder infundável do homem sobre as coisas. Paradoxalmente, o Direito Civil contribui para a “mercadorização” dos homens, instituindo sua “personalização”, criando a figura do sujeito de direito, com uma capacidade ilimitada de apropriação dos objetos, precisamente para permitir as trocas mercantis generalizadas.

Nesse diapasão, o princípio proprietário funciona como critério de determinação da autonomia do sujeito individual perante a coletividade, como critério por meio do qual resulta descritível a esfera de autodeterminação que

---

<sup>203</sup> CORREAS, Oscar. **Introducción a la crítica del derecho moderno**. 2ª ed. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1986, p. 82.

<sup>204</sup> MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil: para a crítica histórica do paradigma civilístico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 258.

<sup>205</sup> MIAILLE, Michel. **Op. Cit.**, p. 171. Crítica similar pode ser encontrada ao longo da seguinte obra: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

permite a qualquer um dispor da sua “porção de mundo” de forma soberana. Somente assim, ressalta Pietro BARCELLONA, pode-se compreender o desenho da igualdade formal e da liberdade que se realiza no mercado, espaço no qual se encontram os sujeitos de direito (abstratos, gerais e autônomos) nas relações que permitem sua inserção no universo proprietário<sup>207</sup>.

Por conseguinte, a relação que a pessoa tem consigo mesma é uma relação de propriedade, já que sua exteriorização é concebida em razão de um modelo de direito de propriedade que a pessoa tem sobre si própria. Explicando em outras palavras: o domínio sobre as coisas (propriedade) aparece como um prolongamento do domínio sobre os próprios atos (liberdade), daí afirmar-se que a propriedade tornou-se um instrumento indispensável para o exercício da liberdade e esta o fundamento daquela<sup>208</sup>.

O ser da pessoa depende, a partir de então, do ter. Ou melhor, o ser é o ter. E o ser individual realiza-se no mercado como disposição sobre si mesmo<sup>209</sup>. Deixe-se bem claro: o sujeito é propriedade e, por derivação, liberdade. Identifica-se, dessa maneira, um processo de reificação das relações pessoais que irá progressivamente agravar-se com a emergência de um novo *ius mercatorum*, não mais afeito à satisfação das necessidades, mas preocupado unicamente com a obtenção de nova riqueza<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> MIAILLE. Michel. **Op. Cit.**, p. 171.

<sup>207</sup> BARCELLONA, Pietro. **Op. Cit.**, p. 225.

<sup>208</sup> Tal qual lembra Henrique da Silva Seixas MEIRELES, ao citar John LOCKE: “eu não seria proprietário da minha pessoa, a saber, da minha alma e do meu corpo, senão fosse também livre de dispor dela e reconhecido por todo corpo social como apto a fazê-lo” (MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Op. Cit.**, p. 283).

<sup>209</sup> Com isso, é possível identificar um artifício no direito moderno que, por um lado, aceita a pessoa humana como sujeito capaz de expressar sua vontade e, por outro lado, coloca-a como objeto de suas próprias disposições. Dessa maneira, compreende-se como ao homem é dada a possibilidade de ceder-se como coisa através de um contrato, vender sua própria energia, sua própria capacidade, seu poder criativo, sem formalmente alienar-se como homem. É o que anota Pietro BARCELLONA: “*Così, infatti, il soggetto giuridico è libero e solo l’individuo concreto è obbligato. (...) La reificazione dei rapporti personali non à infatti che l’esito di un processo storico di emancipazione e liberazione dell’uomo, che divenendo <<proprietário>> di se stesso spezza, infine, i vincoli olistici delle società gerarchiche e si auto-rappresenta como individuo libero e indipendente*” (BARCELLONA, Pietro. **Op. Cit.**, p. 207). E porque a liberdade é uma atitude abstrata e permanente, não passível de negação pelo próprio sujeito, ela não se perde nem quando o indivíduo, alienando sua própria força de trabalho, torna-se objeto de disposição.

<sup>210</sup> Tem-se notícia, então, do fortalecimento do capitalismo comercial, agora apoiado na premissa da desmateralização da riqueza. Se, como visto, o *dominium* se subjetiva em razão do desenvolvimento da idéia de sujeito de direito; no outro vértice das relações proprietárias, a *res*

De qualquer forma, o ideal revolucionário impôs uma forte reação contra as práticas do regime feudal. Segundo José de Oliveira ASCENSÃO, chamou-se a atenção para o fato de que a sujeição da agricultura a numerosas formas de rendas fundiárias consumia uma percentagem muito alta do produto da terra<sup>211</sup>. Traçaram-se esquemas que representariam a maneira mais racional de distribuição e circulação das coisas. Também aqui a razão poderia substituir a tradição, corrigindo a ausência de lógica (*rectius*, de uma lógica econômica) nas situações jurídicas costumeiras.

Desejava-se uma propriedade simplificada, isenta de todas as espécies de intromissão, capaz de garantir ao indivíduo um verdadeiro instrumento de luta<sup>212</sup>. E, assim, a noção de direito real como estrutura fechada, conhecida pelo Direito Romano, ressurgiu na codificação napoleônica, alterando a tendência medieval quanto à concepção dos direitos reais.

Com a formação do Estado Moderno nasce não apenas uma nova forma de organização política, mas também uma disciplina de estruturação jurídica bastante própria. Enquanto no medievo as formas admitidas de direito real tinham sua fonte nos costumes, no Estado Moderno, introduzido pela Revolução Francesa e pelo Código de Napoleão, as formas de direito real passaram a ser previstas única e exclusivamente pela lei<sup>213</sup>.

---

passa a articular-se com novas formas de riqueza e categorias de bens incorpóreos, por exemplo: os *fonds de commerce*, as patentes de invenção, os sinais distintivos, as marcas, os *privilegia* etc. Nessa esteira, cumpre mencionar a pertinente observação de Henrique da Silva Seixas MEIRELES: “A <<propriedade mercantil>> apresenta-se, assim, desde os sécs. XVII-XVIII, como um direito civil – uma <<propriedade civil>> – isto é, como um poder (*ius*) directo e imediato sobre uma coisa especial, *res peculiaris* – a empresa, o estabelecimento – que a doutrina remete, repetidamente, sobretudo desde dos *Consoliatores* (Bártolo, Baldo, etc.), para a idéia mais larga de *patrimonium*, que, geneticamente, deriva do livro II das *Institutas* de Justiniano” (MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Op. Cit.**, p. 272).

<sup>211</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 74.

<sup>212</sup> CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. **Op. Cit.**, p. 42.

<sup>213</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 20-21. Entende Alessandro NATUCCI que o deslocamento de foco ocorreu principalmente em relação às fontes que poderiam criar direitos reais: “*Ciò che prima, (durante il Medioevo e l’età feudale) poteva creare la consuetudine, ora poteva essere creato solo dalla legge; ma, in entrambi i casi, i diritti reali potevano avere il proprio <<titolo>> solo in una fonte giuridica, che, prima, era soprattutto la consuetudine, dopo la legge. Il principio di tipicità non fu, perciò, introdotto dalla Rivoluzione francese e dal Codice Napoleone, me ne fu invece conservato, essendo in vigore anche per l’innanzi; e sólo (ciò che non è però di poco conto), fu cambiata la fonte della tipicità che, nel diritto in termedio consisteva (prevalentemente) nella consuetudine, nel diritto moderno nella legge*” (NATUCCI, Alessandro. **Op. Cit.**, p. 48).

Assim, o legislador francês, embora sem apresentar uma regra expressa de *numerus clausus*, enumerou algumas poucas figuras de direito real, estabelecendo limites de conteúdo e duração. A razão dessa economia talvez denunciase o receio de que se pudesse reorganizar o sistema feudal. Abolidos os velhos vínculos e instaurada uma nova ordem de direitos sobre as coisas – que, por sinal, era incompatível com as imposições plurilaterais sobre a propriedade – afigura-se plausível afirmar que o sistema fechado serviu como uma luva para perpetuar as conquistas obtidas.

Nesse sentido, vale mencionar as palavras de José Oliveira ASCENSÃO ao caracterizar o restabelecimento do *numerus clausus* como uma preocupação moderna, voltada a assegurar a manutenção do *status quo* burguês erigido após as diversas revoluções dos séculos XVII e XVIII:

Fora a nobreza quem se beneficiara predominantemente com os vínculos que oneravam o explorador de bens. A burguesia não poderia deixar de estar interessada, quer na liquidação das posições daquela, quer na edificação de um sistema que garantisse que a antiga situação não subsistiria de forma diversa.<sup>214</sup>

Portanto, é forçoso reconhecer que a grande influência da Revolução Francesa, relativamente à matéria em foco, foi a reintrodução do princípio do *numerus clausus* no mundo jurídico. Tal conquista teve como elementos motivadores: **(i)** instrumentalizar a manutenção do *status quo* burguês e **(ii)** dar vazão e aplicabilidade à noção individual de propriedade.

### **Seção III – Brevíssima passagem pelo direito comparado**

Ao longo da seção precedente assentou-se o entendimento de que o princípio da taxatividade é relativo. O *numerus clausus* não foi o sistema vigente durante todo curso da história jurídica ocidental, assim como, e isso restou

---

<sup>214</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 75. De maneira similar, Pietro BARCELLONA também relaciona a nova concepção de propriedade com o avanço da burguesia: “*Innanzitutto la proprietà privata si pone quale vessillo e dopo quale garanzia de ceto borghese, il ceto <<fondatore>> della società moderna uscita dalla Rivoluzione Francese*” (BARCELLONA, Pietro. **Op. Cit.**, p. 253).

implícito em alguns trechos da dissertação, assume conformações distintas (ou é propriamente negado) em diversos países.

Nesse sentido, uma passagem pelo direito comparado reforça o imperativo de superar a tradicional posição do jurista que, em razão da sua formação específica, contida no próprio horizonte histórico e nacional, adota uma visão atomística do Direito<sup>215</sup>.

É certo, contudo, que tal empreitada deve estar atenta a algumas advertências metodológicas como, por exemplo, a de não desconsiderar o princípio da funcionalidade, segundo o qual os institutos devem ser analisados de acordo com a função específica que desempenham dentro de uma determinada ordem jurídica<sup>216</sup>.

Não obstante, ao final, o estudo da maneira pela qual se manifesta (ou não) o princípio do *numerus clausus* no direito alienígena trará contribuições para avaliar sua pertinência no próprio sistema jurídico brasileiro.

### **Subseção I – Inglaterra**

É interessante iniciar a análise comparativa dos diferentes ordenamentos jurídicos, especialmente no que diz respeito à adoção do princípio da taxatividade, pelo sistema inglês, dada a peculiaridade com que se organiza sua estrutura de registros públicos. Inicialmente baseado em práticas e costumes, o sistema registral inglês sofreu uma profunda alteração com o *Land Registration Act* de 1925 e seus progressivos aperfeiçoamentos, através dos atos legislativos editados em 1988, 1997 e 2002.

Com efeito, a administração dos registros imobiliários na Inglaterra está a cargo do *Land Registry*, um órgão governamental integrado ao Ministério da Justiça (subordinado, portanto, ao *Lord Chancellor*). Trata-se de um departamento cuja organização e gestão são inteiramente públicas, tendo à frente um

---

<sup>215</sup> DE CICCIO, Maria Cristina. No prefácio da edição brasileira elaborado pela tradutora para a seguinte obra: CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>216</sup> TEPEDINO, Gustavo. Editorial da RTDC. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 21, jan/mar, 2005.

Registrador Chefe (*Chief Land Register*), encarregado de resolver problemas administrativos e jurídicos ligados ao registro imobiliário<sup>217</sup>.

Contudo, o caráter distintivo do sistema registral inglês no tocante à propriedade imobiliária reside no fato de que possui uma bipartição interna, subdividindo-se em Registro de Títulos (*Property Registry*) e Registro de Limitações ou Gravames Imobiliários (*Land Charges Registry*). O Registro de Títulos tem por objetivo fornecer segurança no que diz respeito à identificação do proprietário do imóvel e das características físicas do terreno, motivo pelo qual o *Land Registry* tem um departamento de cartografia. Já no Registro de Limitações ou Gravames Imobiliários devem estar inscritos todos os demais direitos reais que incidem sobre a propriedade, como hipotecas, servidões, usufrutos etc.<sup>218</sup>

Dessa maneira, o sistema imobiliário inglês apresenta um interessante misto de segurança e abertura. Por um lado, no Registro de Títulos vigora o *numerus clausus*, com a presença de uma série de formalidades para identificação do proprietário e das dimensões espaciais do terreno. Não se admitem, nesse sentido, outras formas de propriedade plena. Por outro lado, o Registro de Limitações ou Gravames Imobiliários é dotado de notável flexibilidade, admitindo a averbação de qualquer pacto lícito que importe limitação ao domínio (*minor interest*)<sup>219</sup>.

Ao conjugar características do *numerus clausus* (em relação à propriedade plena) e do *numerus apertus* (no que tange aos direitos reais limitados), o sistema registral inglês apresenta uma estrutura que fornece segurança e dinamismo, permitindo a criação de situações reais complexas sem abdicar da necessidade de precisar quem é o verdadeiro titular do direito sobre o qual incidirão os novos vínculos.

## Subseção II – Alemanha

---

<sup>217</sup> Maiores informações sobre a organização do sistema registral inglês estão disponíveis no sítio eletrônico oficial do *Land Registry*: <http://www.landreg.gov.uk>. Acesso em 21.08.2007

<sup>218</sup> GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 123.

<sup>219</sup> **Idem**, p. 124.

Outro sistema que se destaca pela sua impressionante singularidade – sendo, portanto, digno de nota – é o alemão. O tratamento da problemática atinente aos limites da autonomia privada no campo dos direitos reais está, no sistema alemão, intimamente relacionado com o funcionamento dos registros públicos imobiliários.

Como destaca José Luis de LOS MOZOS, principalmente sob a influência da doutrina de Friedrich Carl Von SAVIGNY<sup>220</sup>, o Código Civil Alemão (BGB) adotou o princípio da abstração da causa, instituindo um sistema que oferece grande margem de segurança na identificação do proprietário do imóvel, porém pouca liberdade de criação para os sujeitos de direito. Nesse sistema de publicidade, o registro gera uma presunção *iuris et de iure* que protege o comprador de boa-fé quando da celebração do negócio jurídico aquisitivo com aquele que consta na matrícula como titular do bem.

Contudo, o negócio jurídico de índole estritamente contratual (também denominado de “negócio causal”) não origina a transferência da propriedade. É preciso que haja a celebração um “negócio jurídico registral” (ou “convênio jurídico-real”), de caráter abstrato, em que se declara a vontade de realizar o registro em benefício do adquirente. Caso haja algum prejuízo a terceiro, somente eventual nulidade inerente ao “negócio registral” pode ser atacada, não sendo possível discutir o “negócio causal”. Daí a idéia de abstração da causa<sup>221</sup>.

Como ensina Orlando GOMES:

Se o sistema do Direito Imobiliário alemão apresenta essa superioridade incontestável, que resulta da existência de livros fundiários nos quais estão cadastradas todas as propriedades, por outro lado tem sido objeto de crítica pelo fato de contar, entre seus princípios cardeais, o da abstração da causa. A transcrição, no Direito alemão, resulta de um “acordo formal de transmissão”, no qual as partes manifestam consentimento específico para que se efetive. Assim, além do negócio jurídico hábil à transferência da

---

<sup>220</sup> Sobre a influência de SAVIGNY, afirma José Luis de LOS MOZOS: “SAVIGNY, com su pretensión actualizadora del Derecho romano, y en un momento en que se abandona la antigua exegesis de las fuentes, mantenida a lo largo del usus modernum Pandectarum, para orientarse la romanística hacia las construcciones dogmáticas, introduce, em matéria de transmisión del dominio, em llamado principio de abstracción que tanta influencia había de alcanzar en algunas legislaciones positivas y en la propia dogmática moderna” (LOS MOZOS, José Luis de. **Estudios sobre derecho de los bienes**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, p. 146).

<sup>221</sup> NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**, p. 421-422.

propriedade, chamado negócio causal, porque é, concretamente, a causa da transmissão, faz-se necessário que as partes realizem o convênio jurídico-real, isto é, a conjunta declaração de vontade para a transcrição. O importante é, porém, que esse convênio é inteiramente dissociado do negócio causal. Não se leva este em conta; abstrai-se a causa. Em consequência, a nulidade do negócio causal não contamina o convênio, vale dizer, o contrato estipulado para o registro<sup>222</sup>.

Desse modo, devido ao rigor do sistema registral, a inscrição do imóvel corresponderá quase sempre à realidade. Não obstante, quem adquire o imóvel confiando na veracidade do registro tornar-se-á proprietário do bem adquirido ainda que a alienação tenha sido *a non domino*. Isso porque, como já se disse, o registro gera presunção *iuris et de iure*. Tal construção, que permanece vigente na Alemanha, não é isenta de críticas, havendo pensadores germânicos que apontam para as injustiças desse sistema<sup>223</sup>.

Fato é que o formalismo próprio do modo pelo qual se processa a transferência registral no sistema alemão acentua ao máximo os princípios da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais. Em razão disso, é possível identificar na Alemanha a presença do *numerus clausus*, eis que somente os tipos reais especificados pelo legislador têm acesso ao registro imobiliário, vedando-se a atuação dos sujeitos de direito na criação de novas situações proprietárias. A taxatividade, nesse sistema, está ligada ao rigor do registro imobiliário.

### **Subseção III – França**

O sistema francês destaca-se por constituir um verdadeiro “reflexo invertido” do ordenamento alemão. As principais características do registro imobiliário germânico são negadas na França, especialmente no tocante à transferência da propriedade, que ocorre com a celebração do simples negócio jurídico contratual, tendo sua averbação na matrícula do bem caráter meramente declaratório.

---

<sup>222</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 166.

É verdade que antes do Código Civil francês existiram três grandes sistemas bastante diferenciados acerca do reconhecimento e publicidade das relações jurídico-reais: **(i)** o *nantissement*, próprio das regiões do norte da França, baseado na entrega da coisa perante um magistrado; **(ii)** a *appropriance*, oriunda dos costumes bretões, cujas formalidades são similares ao sistema anterior, porém, diante do silêncio de terceiros, lograva-se extinguir os direitos reais limitados incidentes sobre a propriedade; e **(iii)** as *lettres de ratification*, advindas dos pequenos reinos de direito escrito, em que a investidura da propriedade se assimilava à *traditio* romana, verificando-se a ausência de elementos que assegurem a publicidade registral<sup>224</sup>.

Com o advento do *Code Civil* de 1804 unificaram-se os sistemas sob a premissa, contida na redação original do artigo 711<sup>225</sup>, de que a transmissão da propriedade é perfeita pelo só consentimento das partes contratantes. Assim, nos contratos que têm por objeto a transferência da propriedade, o domínio é adquirido pelo consentimento dos contratantes, desde que manifestado validamente<sup>226</sup>. Desse modo, a inscrição do negócio no registro imobiliário será declaratória e não constitutiva.

Todavia, a falsa impressão de que se trata de um sistema que não oferece segurança, cede diante de uma análise mais aprofundada. É que, ainda que o registro seja declaratório, e não constitutivo, a inscrição na matrícula do imóvel não deixa de ser considerada requisito de eficácia do negócio jurídico perante terceiros. A publicidade é essencial para que a relação entre os contratantes possa ser oposta perante outros particulares<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> Nesse sentido, José Luis de LOS MOZOS cita os seguintes autores que propugnam, ao menos, um abrandamento do princípio da abstração da causa: EXNER, HOFMANN, FITTING e KAISER (LOS MOZOS, José Luis de. **Op. Cit.**, p. 150-170).

<sup>224</sup> GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 114.

<sup>225</sup> “Art. 711. *La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations*”.

<sup>226</sup> GOMES, Orlando. **Op. Cit.**, p. 442.

<sup>227</sup> “No sistema francês, ao contrário do que já vimos, o registro não é translativo de propriedade, tendo efeitos meramente declaratórios entre as partes (sua raiz histórica é o antigo sistema da *nantissement*). Entretanto, para que terceiros estejam vinculados é necessário que haja o registro. Por conseguinte, o registro é declaratório, mas a oponibilidade perante terceiros (que só pode ser exigida se houver publicidade) depende do acerto do imóvel” (NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**, p. 422).

No que tange especificamente à adoção do *numerus clausus*, a doutrina francesa tem se inclinado no sentido de negar-lhe vigência<sup>228</sup>. Parte-se da máxima liberdade na utilização da propriedade, com base no artigo 544 do Código Civil francês<sup>229</sup>, para afirmar a ausência de limitações às configurações inovadoras de relações jurídico-reais, contanto que respeitem a natureza dos bens e as normas imperativas. Assim sendo, os artigos que regulamentam o direito de propriedade têm, no sistema francês, caráter dispositivo e não proibitivo, admitindo-se a criação de novos direitos reais.

#### Subseção IV – Espanha

Certamente, dentre os sistemas de registro de imóveis, o que chama mais atenção – tendo, via de consequência, grande relevância para o estudo ora desenvolvido – é o existente na Espanha. Desde a edição do Código Civil espanhol, admite-se, por força de lei, que a enumeração dos direitos reais prevista nos diplomas legislativos é meramente exemplificativa. Isso porque a Lei Hipotecária espanhola, em seu artigo 2.2, permite inscrever no registro de imóveis “títulos em que se constituam, reconheçam, transmitam, modifiquem ou extingam direitos de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, hipoteca, censos, servidões e quaisquer outros reais”<sup>230</sup>.

Logo, trabalha-se na Espanha com um sistema baseado na regra do *numerus apertus*, isto é, nem todos os direitos reais estão previstos em lei. Nesse sistema, a atuação dos sujeitos de direito pode dar origem a novos direitos reais,

---

<sup>228</sup> Antonio Roman GARCIA menciona os seguintes autores franceses que seguem essa tese: WEILL, TERRÉ, SIMPLER e ATIAS. (GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 116-117).

<sup>229</sup> “Art. 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

<sup>230</sup> Tradução livre da parte final do artigo: “En los registros se inscribirán (...) los títulos que en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso hanitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”. E, mais especificamente, no artigo 7º do regulamento de execução da Lei Hipotecária espanhola: “Conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan; sino cualquiera otros relativos a los derechos de la misma naturaleza, así como cualquiera otros relativos a los derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho,

desde que se tratem de situações jurídicas com eficácia *in re*<sup>231</sup>. Para ter acesso ao registro, cumprindo a exigência de publicidade necessária para que se oponha o direito a terceiros, o negócio jurídico de origem deve ter traços de “realidade”, bem como apresentar uma finalidade econômica que justifique sua criação<sup>232</sup>.

Tais critérios são aferidos pela *Dirección General del Registro y Notariado*, órgão administrativo responsável pela análise, em concreto, das hipóteses de “registrabilidade”. Como afirma Antonio Roman GARCIA, ainda que as decisões desse órgão não constituam jurisprudência no sentido estrito ou jurídico do termo, representam um notável corpo dogmático, digno de atenção por seu rigor técnico e científico<sup>233</sup>. É de se mencionar, igualmente, a existência de um sistema recursal administrativo que pode ser utilizado tanto pelo particular interessado quanto pelo notário.

Sem embargo, quiçá o dado mais interessante do Direito Espanhol diz respeito ao fato de que, mesmo diante de toda base legal orientada para adoção do sistema *numerus apertus*, houve quem sustentasse a vigência do princípio da taxatividade. Nessa senda, autores como GONZÁLEZ, MARTÍN PÉREZ, SERRANO Y SERRANO e HERNÁNDEZ GIL apontam para as vantagens do *numerus clausus*, em especial no tocante à segurança dos adquirentes e terceiros<sup>234</sup>. Prevaleceu, contudo, a corrente doutrinária que

---

*modifique, desde luego o en el futuro, alguna de las facultades del dominio sobre los bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales”.*

<sup>231</sup> André Pinto da Rocha Osório GONDINHO cita os seguintes exemplos de direitos reais admitidos na Espanha: “(i) o direito real de aquisição, não da propriedade de uma coisa, mas, sim, de um direito de gozo ou fruição; (ii) o direito real de gozo que não venha a incidir sobre a totalidade de um terreno, mas apenas permitir o recebimento de certo tipo de fruto; (iii) o direito real de servidão sobre bens móveis, como seria aquele consubstanciado na utilização de um cavalo para viagem ou trabalho, ou ainda, na utilização de um cachorro para vigiar uma propriedade em feriados e finais de semana e, finalmente, no direito de guardar jóias em caixa forte alheia; (iv) o direito real de receber uma pensão sobre um bem móvel, como, por exemplo, através da propriedade de um caminhão ou um vagão imobiliário”. (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 77).

<sup>232</sup> NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Op. Cit.**, p. 423.

<sup>233</sup> GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 116-117.

<sup>234</sup> A posição dos referidos autores é transcrita por meio de citações na seguinte obra: GARCIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 18.

propugnava a recepção do *numerus apertus*, capitaneada por nomes de peso como ALBADEJO<sup>235</sup>, DÍEZ-PICAZO<sup>236</sup>, GARCIA<sup>237</sup> e LOS MOZOS<sup>238</sup>.

O principal argumento dos autores que defendem o caráter exemplificativo do rol de direitos reais previsto em lei está assentado na premissa de que não se sustenta a opção pelo *numerus clausus* quando se tem uma compressão razoável do *numerus apertus*<sup>239</sup>. Esse último sistema não admite a criação de tipos *ex novo* de maneira absoluta. Vários são os critérios a serem respeitados:

(i) a situação subjetiva deve possuir características de um direito real (critério da natureza);

(ii) o direito deve cumprir uma exigência no trânsito negocial (critério da efetividade);

(iii) a criação da situação real está adstrita às normas imperativas ou preceitos de ordem pública (critério da possibilidade jurídica);

(iv) o direito real será oponível em relação a terceiros somente a partir da sua inscrição no registro imobiliário (critério da publicidade).

Em conclusão, o sistema *numerus apertus* está em vigor na Espanha e funciona bem, sem qualquer prejuízo ao princípio da segurança jurídica. Em razão do afastamento da taxatividade, o sistema espanhol teve grande facilidade em assimilar realidades novas como o direito de superfície, a multipropriedade imobiliária e diversas limitações urbanísticas, respondendo às necessidades práticas em matéria de direitos reais. Já outros sistemas encontraram maiores dificuldades para trabalhar com suportes fáticos inovadores, tendo de aguardar a intervenção legislativa.

---

<sup>235</sup> ALBADEJO, Manuel. **Derecho Civil: Derecho de bienes**. Vol. I. 8ª ed. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1994.

<sup>236</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, Vol. II. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2007.

<sup>237</sup> GRACIA, Antonio Roman. **La tipicidad en los derechos reales** (autonomía privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de *numerus apertus*; sistema de *numerus clausus*). Madrid: Editorial Montecorvo, 1994.

<sup>238</sup> LOS MOZOS, José Luis de. **Estudios sobre derecho de los bienes**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991.

<sup>239</sup> **Idem**, p. 55.

## Seção VI – Apreciação crítica do estatuto da clausura real no sistema jurídico brasileiro

Procurou-se, nos pontos anteriores, elaborar um breve estudo das origens históricas do *numerus clausus* e da sua atual conformação nos diversos ordenamentos jurídicos. Foram apontados, num primeiro momento, os motivos que levaram ao seu surgimento para, mais adiante, analisar seu enquadramento nas ordens jurídicas que o acolheram, bem como naquelas que encerram por negar-lhe vigência, optando por trabalhar com o sistema *numerus apertus*. Contudo, é preciso iniciar, nesse momento, uma análise crítica da sua pertinência no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo essa linha de raciocínio, importa registrar que as razões históricas que fomentaram o ressurgimento do princípio da taxatividade na Modernidade não têm mais guarida no atual estágio da ciência jurídica. A idéia da propriedade como direito absoluto é relativizada por uma série de limitações, vínculos e ônus que adentram seu conteúdo<sup>240</sup>. Da mesma forma, a manutenção do *status quo* burguês não está na pauta dos dias atuais, uma vez que a estrutura do Estado Democrático de Direito apregoa igualdade material entre as diversas classes sociais, impossibilitando o atendimento isolado das demandas de um setor estratificado da população.

Por esses motivos, adota-se, consoante o entendimento de José de Oliveira ASCENSÃO, a premissa de que, em princípio, é um sistema *numerus apertus* que deve existir. Ter-se-á de optar pelo sistema *numerus clausus* somente diante da impossibilidade da implantação do *numerus apertus*<sup>241</sup>. Isso porque, como bem explica o professor lusitano, todo *numerus clausus* é um colete de forças imposto à vida:

---

<sup>240</sup> Como ensina o professor Eroulths CORTIANO JUNIOR, “abandona-se a idéia de que a propriedade é uma relação imediata da coisa com o bem – relação que identificaria a liberdade do sujeito – e vincula-se à noção de Estado como distribuidor de riquezas com vistas a definir a representação mais íntima do estatuto jurídico da pessoa. A propriedade deixa de apresentar-se como bloco monolítico, e sua categoria tradicional é reconstruída sobre uma base pluralista: mais propriedades e novas propriedades” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Op. Cit.**, p. 162).

<sup>241</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 76.

A espontaneidade social tem por si a capacidade de forjar na maioria dos casos os instrumentos que mais adequados se revelem a determinada situação. Essa mesma espontaneidade permite acompanhar a evolução, criar para amanhã o que não existia ontem, matar o que já não serve hoje. A imposição do *numerus clausus* significa estratificar a vida social em um determinado momento da história, absolutizando o que era relativo por fazer secar a fonte da evolução<sup>242</sup>.

E não se pense que os mesmos efeitos poderiam ser atingidos pela atividade legislativa que progressivamente vai criando tipos adequados para regular determinada situação. Além da inevitável lentidão de todas as intervenções legislativas em matéria de Direito Civil, é certo que nem mesmo o mais sagaz e atento legislador poderia realizar essa tarefa satisfatoriamente<sup>243</sup>.

No entanto, o transcurso histórico da formação do princípio da taxatividade e a análise propiciada pelo direito comparado ainda não são suficientes para sustentar uma posição de *jure constituendo* sobre a questão. Cumpre examinar as afirmações mais freqüentemente levantadas pelos autores que defendem o *numerus clausus* para, através da sua apreciação crítica, apresentar uma conclusão definitiva sobre o tema.

### **Subseção I – Dever geral de abstenção, oponibilidade *erga omnes* e vinculações ocultas**

Um dos principais argumentos dos autores que defendem a adoção do princípio da taxatividade na seara dos direitos reais atenta principalmente para a particular estrutura dessas situações jurídicas. Com apoio na concepção personalista de relação jurídica formulada por Immanuel KANT, tais pensadores sustentam que o direito real é uma relação estabelecida entre seu titular e todas as pessoas da coletividade, que estão obrigadas a se absterem de qualquer ingerência quanto ao exercício do proprietário sobre a coisa<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>243</sup> **Idem, p. 76-77.**

<sup>244</sup> Sobre a teoria personalista, ensina Manuel Henrique MESQUITA: “No século XIX uma ampla corrente de doutrina considerou o conceito tradicional de direito real juridicamente inaceitável. Para esta nova corrente, inspirada pelo pensamento kantiano, a intersubjetividade é o elemento essencial a toda a relação jurídica e, por conseguinte, o direito real não pode deixar de traduzir-se num vínculo entre pessoas. O núcleo dos direitos subjetivos seria sempre uma pretensão

Partindo dessa concepção, a corrente doutrinária em apreço defende que o dever geral de abstenção é o fundamento do *numerus clausus*, pois a supressão desse sistema encerraria por criar prestações negativas diversas das já disciplinadas em lei, o que gera insegurança jurídica<sup>245</sup>. A observação, contudo, não procede. Em primeiro lugar, existem direitos não-patrimoniais, como é o caso dos direitos personalíssimos, em que se destaca o aspecto externo concernente ao imperativo de abstenção da coletividade e, mesmo assim, não há sujeição dessas situações à clausura legal<sup>246</sup>. A estrutura desses direitos é similar (ambos são situações absolutas), porém isso não autoriza o estabelecimento de um rol taxativo dos direitos de personalidade.

Ademais, já foi estudado ao início dessa dissertação que, em razão do reconhecimento do princípio da função social do contrato, consolidou-se a idéia de que nas relações obrigacionais há também um dever geral de não ingerência. Ora, se o vínculo de crédito é estabelecido entre credor e devedor, nenhum interesse existe para que eventualmente um terceiro, sem motivo aparente, possa interferir na relação obrigacional<sup>247</sup>. E, no campo das obrigações, sempre foram

---

(*Anspruch*), necessariamente dirigida a um comportamento humano. Partindo desta premissa, o direito real foi definido como o poder, conferido ao respectivo titular, de excluir todas as demais pessoas de qualquer ingerência na coisa que constitui o seu objeto, sempre que essa ingerência seja incompatível com o conteúdo do direito. As relações de natureza real traduzir-se-iam, assim, num vínculo entre o titular do direito e todas as outras pessoas, impondo a estas um dever geral de abstenção – a chamada obrigação passiva universal” (MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 50-52).

<sup>245</sup> Segundo GONDINHO, para tais juristas: “o dever geral de abstenção seria o fundamento do *numerus clausus* nos direitos reais, à medida que a supressão deste haveria por criar prestações negativas diversas das já disciplinadas em lei” (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 37-38).

<sup>246</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 140.

<sup>247</sup> Em verdade, a função social do contrato projeta não apenas efeitos negativos (de abstenção) em relação à sociedade, mas também efeitos positivos (eficácia externa das obrigações). Veja-se, nesse sentido, a teoria das redes contratuais, em que, segundo Rodrigo Xavier LEONARDO, “busca-se reconhecer que entre contratos aparentemente diversos (tal como, no exemplo supracitado, seriam o compromisso de compra e venda e o contrato de financiamento) pode haver um determinado vínculo capaz de gerar conseqüências jurídicas autônomas em relação aos efeitos tradicionais desses contratos” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do STJ. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 832, Fevereiro/2005, p. 104). Como decorrência de uma rede contratual: “se os particulares decidem potencializar a fruição econômica de suas atividades mediante a criação de redes de contratos, as expectativas contratuais que devem ser protegidas não são apenas as expectativas das partes contratantes, mas também as expectativas de todos aqueles que interagem em rede, sobretudo os

admitidos os chamados “contratos inominados”, vigorando a regra do *numerus apertus*.

Importante, outrossim, destacar que existem direitos reais – como, por exemplo, o usufruto e a servidão – em que o dever geral de abstenção ocupa uma posição secundária. No primeiro plano dessas situações subjetivas, verifica-se a existência de obrigações integrativas específicas que se assemelham ao conteúdo das relações contratuais. Portanto, a obrigação de não ingerência está longe de ser a nota distintiva ou mesmo o caráter preponderante dos direitos reais, não servindo de parâmetro para sustentar a vigência do *numerus clausus* no ordenamento jurídico brasileiro.

Há, entretanto, quem defenda a tese de que o *numerus apertus* favorece a criação de vinculações ocultas. O sistema, diz-se, funcionaria em prejuízo de terceiros que viessem a adquirir direitos sobre os bens. Para os autores que seguem esse entendimento, a oponibilidade é o elemento fundamental para caracterização dos direitos reais. Segundo tais juristas, a ausência de previsão legal do direito real poderia acarretar graves conseqüências para o “destino futuro das coisas”.

Sobre o assunto, é preciso esclarecer que a oponibilidade não é uma característica dos direitos reais, mas sim de todos os direitos que podem ser levados a registro. Por outro lado, o temor de que terceiros venham a ser prejudicados pelo sistema do *numerus apertus* é infundado. Em qualquer sistema – seja ele taxativo ou exemplificativo – o registro é uma condição de eficácia perante terceiros. E bastaria a utilização dos meios atualmente existentes (inscrição no registro imobiliário) para garantir a necessária publicidade<sup>248</sup>.

---

destinatários finais desta relação, presumivelmente vulneráveis ante a organização empresarial que lhes precede” (*Idem*, p. 105). Isso permite redimensionar uma série de conflitos surgidos no mercado habitacional a partir de idéias como a comunicação de ineficácias e invalidades, a responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto e, por fim, a proteção do consumidor em razão das garantias hipotecárias (Para uma análise mais aprofundada ver: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137).

<sup>248</sup> Mais uma vez são precisas as considerações de José de Oliveira ASCENSÃO: “No que toca aos direitos reais sobre imóveis ou, mais genericamente, sobre coisas registráveis, bastaria subordinar a eficácia contra terceiros à inscrição nos registros públicos; nos direitos sobre móveis, em que pese o sistema de publicidade não possa já funcionar, tornar-se-ia a entrega ou

Destarte, nesse ponto, inexistem óbices para limitação da atividade criadora dos sujeitos de direito em matéria de situações reais. Ademais, o reconhecimento das manifestações da autonomia privada poderia, a exemplo do que ocorre no campo obrigacional, adquirir um caráter genérico, impondo-se, posteriormente, um controle específico, com base nos interesses econômicos e sociais que informam o ordenamento jurídico. Como ensina José de Oliveira ASCENSÃO, “a constituição de situações inconvenientes tem o seu antídoto, tal como noutros setores, na demarcação dos limites em que se pode exercer a autonomia privada”<sup>249</sup>.

É espantoso que os juristas, de modo geral, não tomem essa conclusão como algo natural. Afinal, a função do legislador reside justamente em prever e excluir a tempo as situações deletérias. Essa é a forma normal de atuação no Direito Civil: conceder um espaço de liberdade aos particulares e trabalhar repressivamente num momento posterior. A autonomia privada não pode ser tomada como um princípio absoluto, mas sua exclusão não deve ser utilizada como meio de engessar determinada seara do conhecimento jurídico, mormente em face da morosidade do legislador na previsão de tipos que respondam às demandas econômicas<sup>250</sup>.

Impende, contudo, seguir adiante e analisar a assertiva de que o sistema registral só funciona de maneira eficaz se o número dos direitos registráveis estiver legalmente determinado. Esse argumento será objeto de análise da subseção seguinte.

## **Subseção II – Correto funcionamento do sistema registral**

Perpassada a crítica aos autores que fundamentam o *numerus clausus* no dever geral de abstenção, na oponibilidade *erga omnes* e no receio de que se criem situações socialmente nocivas em matéria de direitos reais, faz-se

---

desapossamento condição de existência das situações atípicas (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 79-80)

<sup>249</sup> **Idem**, p. 79.

<sup>250</sup> **Idem**, *ibidem*.

mister analisar a opinião dos juristas que derivam o sistema taxativo da exigência e estrutura dos registros públicos. Tal posição é levada ao extremo por autores como Martin WOLF e Ludwig RAISER<sup>251</sup>. Segundo essa linha de pensamento, a utilização do registro só se revela frutuosa quando o número dos direitos reais registráveis é limitado e seu conteúdo está legalmente determinado.

Contudo, se, por um lado, é verdade que o *numerus clausus* pode facilitar (não de maneira absoluta) a operacionalização do registro público; por outro lado, é inaceitável que essa regra se correlacione com a eficiência do sistema<sup>252</sup>. Nesse sentido, nos países que recepcionaram o *numerus apertus* – como, por exemplo, a Espanha – existe um espaço profícuo de publicidade que garante, com alto grau de eficácia, o registro dos direitos reais que não sejam típicos.

Ademais, a própria Lei de Registros Imobiliários brasileira – Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – permitiu, a teor da regra insculpida em seu artigo 167, inciso O, n.º 6, o registro de “servidões em geral”. E, até o presente momento, não se tem notícia de que a ausência de limitação quanto ao número de servidões registráveis tenha causado prejuízo ao funcionamento do sistema de publicidade. Além disso, há de se atentar ao fato de que até mesmo na sistemática taxativa existe uma série de direitos reais que, por recaírem sobre coisas móveis, não são registráveis. Da mesma forma, em se tratando de bens móveis, a aquisição da propriedade se dá pela tradição, sem necessidade do registro<sup>253</sup>.

Outra questão que se coloca em desfavor dos autores que sustentam a posição em tela diz respeito ao fato de que é errado postergarem-se as conveniências sociais em razão de vantagens meramente técnicas. É natural que os órgãos de aplicação do direito tendam a esquecer o caráter instrumental da

---

<sup>251</sup> A notícia da posição desses autores pode ser encontrada em obras como: ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968; GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 744.

<sup>252</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 51.

<sup>253</sup> Essa hipótese é regulada pelo artigo 1.267 do Código Civil: “Artigo 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”.

sua atividade e a justificar, por elas, as próprias soluções substanciais. Mas, como assevera José de Oliveira ASCENSÃO, “o ponto de partida parece-nos dever ser exactamente o oposto”<sup>254</sup>. O registro deve descobrir formas de servir a espontaneidade social e adequar-se a ela, e não o contrário.

Aliás, como será oportunamente explanado, não se pode afirmar que o conteúdo dos direitos reais, mesmo num sistema taxativo, seja completamente determinado pela lei. Isso, por sua vez, não representa um inconveniente para o funcionamento dos registros públicos. Logo, o argumento de que o correto funcionamento do sistema registral depende do *numerus clausus* também não se afigura como elemento passível de afastar a recepção do *numerus apertus*.

### **Subseção III – Ordem pública**

Um derradeiro argumento ventilado contra a invocação da autonomia privada como instrumento capaz de fomentar a criação de novos tipos reais consiste na afirmação de que os particulares não podem modificar a regulamentação legal atinente aos direitos reais, visto que essa matéria encontraria-se protegida por preceitos de ordem pública.

A ordem pública, nessa perspectiva, funcionaria como princípio limitador da vontade das partes, cuja liberdade não seria admitida em determinados aspectos da vida privada. Dos romanos é invocada a regra de que *privatorum conventio juri publico non derogat*, que espelha a impotência dos pactos entre particulares para derogar determinados princípios jurídicos que dominam o Direito Público<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 81.

<sup>255</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 385. No mesmo sentido, ensina Maria Helena DINIZ: “A ordem pública interna dita normas que não tenham caráter supletivo ou dispositivo por ser *jus cogens*, dirigindo-se a todos os cidadãos, que não podem subtrair-se ao seu comando (...) O Estado não substituiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas normas dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados. Assim, quando determinadas normas amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes dispor de maneira diversa” (DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao código civil**: das disposições finais e transitórias, v. 22 (art. 2.028 a 2.046). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 180).

Pouco estudada entre os juristas nacionais, a ordem pública foi objeto de análises mais aprofundadas no campo do Direito Internacional Privado. Nessa seara do conhecimento jurídico, é vista como um anteparo armado pelo sistema normativo a fim de que, no desiderato de respeitar as relações jurídicas internacionais, o magistrado não crie situações anômalas em que os princípios cardinais do direito de cada país sejam desrespeitados, isto é, que normas básicas da moral de um povo sejam colocadas de lado<sup>256</sup>.

No plano do direito interno, a doutrina converge no sentido de que a ordem pública é reflexo do sistema jurídico vigente num dado momento, numa determinada sociedade<sup>257</sup>. Trata-se, portanto, de um princípio de natureza moral, relativa e alterável. Nesse diapasão, cumpre fazer menção à lição de Jacob DOLINGER:

A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na avaliação do que fere e do que não fere a ordem pública. Compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um povo – eis a grande medida pela ordem pública – para cuja aferição a Justiça deverá considerar o que vai na mente e no sentimento da sociedade<sup>258</sup>.

Destarte, por ordem pública entende-se normalmente um conjunto de situações jurídicas que interessam a terceiros, ou melhor, ao público em geral. No caso dos dispositivos que regulamentam os direitos reais, esse interesse geral, cujo pano de fundo tem assento nas expectativas que a comunidade nutre em relação ao sistema jurídico, seria representado pela estabilidade nas transmissões de bens, pela segurança nas convenções, pela confiança no que está inscrito nos registros etc.

Consoante José de Oliveira ASCENSÃO<sup>259</sup>, o âmbito de aplicação da ordem pública nos direitos reais teria gerado um interessante debate entre dois autores: DEMOLOMBE e LAURENT. Esse último teria oposto ao primeiro as

---

<sup>256</sup> DOLINGER, Jacob. **Op. Cit.**, p. 423.

<sup>257</sup> DINIZ, Maria Helena **Op. Cit.**, p. 179.

<sup>258</sup> DOLINGER, Jacob. **Op. Cit.**, p. 387.

<sup>259</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 88.

seguintes objeções quanto à aplicação irrestrita do regime da ordem pública em matéria de direitos reais:

(i) Em momento algum a própria lei estendeu às palavras “ordem pública” o sentido de limitar a criação de novos direitos reais. Em sentido inverso, a formulação sempre teve o significado de impedir que os particulares derrogassem as normas cogentes<sup>260</sup>;

(ii) Ainda que se pudesse precisar o significado da “ordem pública”, há um interesse geral a justificar a liberdade das convenções, pois várias são as vantagens sociais que poderiam advir do estabelecimento de um sistema que possibilitasse a criação de novos direitos reais.

É interessante notar que o Código Civil não impõe a ordem pública como elemento capaz de limitar a criação de novos direitos reais. Estabelece apenas, em iniciativa que merece aplausos, que os preceitos destinados a assegurar o cumprimento da função social constituem matéria de ordem pública<sup>261</sup>. Desse modo, não será mediante a manipulação do conceito em tela, conferindo-lhe um significado diverso do que a lei atribuiu, que emergirá uma conclusão para o tema proposto nesse capítulo. Somente uma apreciação crítica do estatuto da clausura real poderá fornecer bases sólidas para o prosseguimento do presente estudo.

#### **Subseção IV – Motivos pelos quais não se sustenta a vigência do *numerus clausus***

Analisando-se cuidadosamente os argumentos que a tradicional doutrina do Direito Civil oferece como pilares de sustentação do *numerus clausus*, conclui-se que nenhum deles é suficiente para a manutenção do princípio da taxatividade no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, a maioria dos argumentos

---

<sup>260</sup> Como adverte o professor Roberto LYRA FILHO, é preciso cuidado ao trabalhar com um conceito amplo, como ordem pública, que, muitas vezes, aparece como “uma cortina de fumaça”, servindo apenas para justificar uma posição que, no fundo, está assentada em interesses de outra ordem. (LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito, hoje?** Brasília: Edições Nair Ltda, 1984, p. 10-11).

oferecidos em desfavor do *numerus apertus* centra-se em uma visão ultrapassada da condição proprietária, entendida aí como um direito de dispor sobre as coisas de maneira absoluta.

Todos os indicativos apontam para a desnecessidade do *numerus clausus*: **(i)** os motivos que determinaram sua ascensão histórica não se fazem mais presentes na atualidade<sup>262</sup>; **(ii)** a passagem pelo direito comparado revela que os países que adotaram o modelo do *numerus apertus* mantêm um sistema registral seguro que não afeta a espontaneidade social<sup>263</sup>; **(iii)** o *numerus apertus* deve ser tomado como regra geral, sendo passível de afastamento somente diante da presença de motivos relevantes, que se mostraram inexistentes após um estudo detalhado<sup>264</sup>; e **(iv)** a opção pelo *numerus clausus* deixa de fazer sentido quando se tem uma compreensão razoável do *numerus apertus*<sup>265</sup>.

Dentro desses quadrantes, o problema de aceitar o *numerus apertus* no tocante à criação, modificação ou extinção dos direitos reais não será tanto uma questão ligada à estrutura dessas situações jurídicas ou mesmo à compatibilidade do sistema exemplificativo com o registro imobiliário. Será, ao revés, um problema de determinação dos limites em que a autonomia privada está autorizada a atuar sobre as situações reais<sup>266</sup>.

Nesse ponto, cumpre lembrar que os ordenamentos pautados pelo *numerus apertus* em matéria de direitos reais estabelecem limites (quase lógicos) à autonomia privada. Tais limites, na grande maioria das vezes, são criados pela doutrina e pela jurisprudência. Não se admite, por exemplo, a criação de novas

---

<sup>261</sup> É o que estabelece o artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil: “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

<sup>262</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 76-77.

<sup>263</sup> GRACIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 167-175.

<sup>264</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 76.

<sup>265</sup> LOS MOZOS, José Luis de. **Op. Cit.**, p. 55.

<sup>266</sup> GRACIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 67. Frise-se, todavia, que a atuação é necessária, pois, como afirma Danielle Machado SOARES: “O que é bom para a sociedade em uma época, deixa de sê-lo em outra. Esse entendimento característico das sociedades deve ser acompanhado pelo direito sob pena de estagnação do movimento progressivo das transformações sociais. Aplicando este raciocínio ao princípio do *numerus clausus*, vamos perceber que a imposição de um sistema fechado significa estratificar a vida social num ponto determinado da história humana, tornando absoluto o que por natureza é relativo, produzindo como efeitos a estagnação da evolução. Se

formas de propriedade plena, bem como não é dada liberdade aos sujeitos de direito para ampliar o rol dos direitos reais de garantia<sup>267</sup>. A autonomia privada tem seu foco de atuação privilegiado na seara dos direitos reais limitados, como forma de inserir novos vínculos na propriedade, o que reforça sua caracterização como situação jurídica complexa.

Todavia, até mesmo esse espaço de liberdade sofre restrições. Para adquirir a qualidade de direito real, a situação jurídica deve respeitar alguns critérios: **(i)** natureza, a situação subjetiva deve possuir os traços característicos de um direito real; **(ii)** efetividade, o direito deve cumprir uma função no trânsito negocial; **(iii)** possibilidade jurídica, a criação da situação real não pode desrespeitar normas imperativas e preceitos de ordem pública; **(iv)** publicidade, o direito real somente será oponível em relação a terceiros a partir do seu registro<sup>268</sup>.

Com isso, o *numerus apertus* funciona como um canal de comunicação entre as duas grandes categorias de direitos patrimoniais (os direitos reais e obrigacionais), possibilitando a criação de situações inovadoras. Uma vez delimitado o espaço de atuação da autonomia privada em relação aos direitos reais, desaparece o temor que fundamenta a opção de muitos autores pelo *numerus clausus*. Afasta-se, com base num estudo aprofundado, o dogma de que o *numerus apertus* acarreta insegurança jurídica.

Sem embargo, a fixação pela segurança jurídica, balizada pelo registro como critério de publicidade, poderá sempre restar frustrada, tanto num sistema taxativo quanto num sistema exemplificativo. É que, em ambos casos, existirão situações – como, por exemplo, as hipóteses de usucapião<sup>269</sup> ou mesmo

---

nos prendermos a este tipo de sistema, certamente estaremos criando obstáculos à dinâmica social, sob o ponto de vista legal” (SOARES, Danielle Machado. **Op. Cit.**, p. 40-41).

<sup>267</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Op. Cit.**, p. 74-81.

<sup>268</sup> GRACIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 74-88.

<sup>269</sup> Após rejeitar a doutrina que propugna ser constitutiva a sentença que reconhece a usucapião, Francisco Cavalcanti PONTE DE MIRANDA ressalta o caráter declaratório do pronunciamento judicial, principalmente com base no fato de que pode ser oposto como exceção: “Mas sem razão: a sentença é declaratória e o direito pode ser oposto em exceção” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, parte especial, Tomo XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 205).

da transmissão do bem por força do princípio da *saisine*<sup>270</sup> – em que o registro não corresponderá à realidade. Nessas hipóteses o registro será declaratório e não constitutivo, apenas confirmando uma situação que se consolidou no passado.

Há que se pensar, por outro lado, que o princípio da segurança jurídica sofreu grande transmutação ao longo do tempo<sup>271</sup>. É certo que esse princípio não tem mais os contornos que, no passado, identificavam-no com o Estado Liberal. Atualmente, põe-se ao lado da segurança jurídica “formal” aquilo que se poderia denominar de segurança jurídica “material”, consubstanciada num leque de direitos fundamentais à proteção<sup>272</sup> em que se incluem a segurança pública, a proteção a perigos decorrentes de alterações ambientais, a proteção em

---

<sup>270</sup> Daí a conhecida expressão francesa: “*Le mort saisit le vif*” que traduzida literalmente significa: “o morto prende, segura, o vivo”. Na verdade essa expressão é um trocadilho com a palavra *saisine*, que tem a mesma origem, mas significado jurídico próprio. Com a morte real do *de cuius*, abre-se a sucessão, transmitindo automaticamente o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários sem solução de continuidade, ainda que esses ignorem o fato. É o que prescreve o artigo 1.784 do Código Civil: “Artigo 1.784. Aberta a sucessão a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Há de se ressaltar, porém, que a transmissão é feita sob a condição de indivisibilidade do acervo patrimonial, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.791 do Código Civil: “Artigo 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e a posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio”.

<sup>271</sup> Isso não implica negação da segurança jurídica. Sobre o assunto, calha recordar a lição de PORTALIS, citado por Regina Maria Macedo Nery FERRARI, para quem “o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres se não pudesse julgar seguro sequer quanto à vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza, só o futuro é incerto, e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças” (**Apud:** FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 106-107). Todavia, o princípio da segurança jurídica adquire novos contornos. Hodiernamente, a segurança jurídica está intimamente ligada à idéia de proteção da confiança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos e dos particulares. Conforme leciona CANOTILHO, o princípio em questão poderia ser enunciado da seguinte forma: “o indivíduo tem o direito de poder confiar que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas, se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 257).

<sup>272</sup> ALEXY, **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 435 e seguintes.

face de condutas lesivas à liberdade, à dignidade, à família etc. Aliás, mais do que segurança jurídica, quer-se “segurança social”.

Nesse sentido, é interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça, em 30.03.2005, editou a Súmula 308, estabelecendo que: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”<sup>273</sup>. O Superior Tribunal de Justiça enfrentou, em síntese, a seguinte situação: como intuito de adquirir um imóvel para residência, um cidadão celebra compromisso de compra e venda com uma incorporadora de imóveis, todavia quando acaba de pagar as parcelas relativas ao mencionado contrato e pretende registrar a escritura pública definitiva, descobre que o bem está gravado por uma hipoteca que garante o financiamento tomado pela incorporadora para realizar a construção de todo o empreendimento imobiliário<sup>274</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça poderia resolver a situação de duas maneiras. Em primeiro lugar, poderia prestigiar a segurança jurídica formal, hipótese em que seria resguardado o interesse da financiadora do empreendimento, bem como a eficácia *erga omnes* do registro da hipoteca que ocorreu antes da averbação do compromisso de compra e venda (segurança quanto aos pactos inscritos no registro público). Em segundo lugar, daria atenção à segurança jurídica material, identificada no interesse do comprador do imóvel

---

<sup>273</sup> Tem-se o seguinte precedente para edição da Súmula: “Sistema Financeiro de Habitação. Imóveis alienados. Hipoteca pela construtora. Promissário comprador de unidade habitacional. Garantia que não o alcança. I - O promissário comprador de unidade habitacional pelo S.F.H. somente é responsável pelo pagamento integral da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o financiador do empreendimento, posto que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.864/65. Precedentes. II - Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados” (STJ, EREsp 187940 / SP, Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 29.11.2004).

<sup>274</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos...**, p. 101. É verdade, porém, que, no plano possessório, a discussão remonta a superação da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal (Súmula 621: Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis) e a conseqüente edição da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 84: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse, advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro). Para maiores informações ver: DOMANSKI, Marcelo. **Posse: da segurança jurídica à questão social:** (na perspectiva dos

que necessita do bem para moradia de sua família, agindo corretamente durante toda relação contratual e que, no mais das vezes, não conseguiu averbar o compromisso de compra e venda porque a incorporação não estava formalizada no registro de imóveis ao momento da celebração do negócio jurídico.

Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, com acerto, pela prevalência da segurança jurídica em sentido material. Afastou o que estava inscrito no registro de imóveis em nome de um interesse maior, descobrindo, para além do formalismo do sistema registral, o homem concreto e suas necessidades. Tão importante quanto isso, verifica-se, a partir desse raciocínio, a existência de um dado oculto no sistema *numerus clausus*. É que, apesar de transpassar uma falsa impressão de estabilidade, centrada no formalismo do registro imobiliário, trata-se de um sistema que gera insegurança, pois, mesmo que o ordenamento, em tese, impeça a criação de novos vínculos reais, relações inovadoras surgirão e permanecerão à margem da lei esperando por uma solução<sup>275</sup>. E, afinal, será que os sujeitos de direito que se inserem nessas relações não têm direito à segurança jurídica?

Por tais razões, sustenta-se que vige no Brasil o sistema *numerus apertus*, não se encontrando motivos para defender a taxatividade dos direitos reais. Sem embargo, incorre em erro quem reduz a dimensão multiforme que a relação entre autonomia privada e direitos reais pode assumir ao debate acerca do *numerus clausus*. As demandas da práxis social podem também ser atendidas, quando possível, por meio da harmonização entre lei e realidade, empreitada essa que deve ser levada a efeito pelo operador do direito mediante a adoção de uma hermenêutica construtiva. Para tanto, será fundamental a compreensão do real significado do fenômeno da tipicidade dos direitos reais, objeto de análise do próximo capítulo.

---

limites da tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>275</sup> SOARES, Danielle Machado. **Op. Cit.**, p. 41-42.

## **CAPÍTULO TERCEIRO – TIPOLOGIA DOS DIREITOS REAIS E SUA RELAÇÃO COM A AUTONOMIA PRIVADA**

Nesse capítulo, principia-se o estudo do princípio da tipicidade dos direitos reais propriamente dito e sua relação com a autonomia privada. Destaca-se que, como o leitor observará, os capítulos precedentes constituem seu fundamento, encerrando noções sempre recorrentes ao longo do texto. Inicialmente, apresentar-se-á, para a melhor compreensão do leitor, a contribuição de Karl LARENZ com relação à análise do fenômeno jurídico de configuração legislativa em tipos, bem como os fatores históricos da sua ascensão na seara do direito. Posteriormente, estabelecer-se-á uma distinção entre os conceitos de tipo fechado e aberto para, mais à frente, trabalhar a noção de tipicidade causal. Por fim, o capítulo será encerrado com uma análise apurada das formas de controle da intervenção da autonomia privada no campo dos direitos reais, com especial destaque para o papel das cláusulas gerais.

### **Seção I - Formação do pensamento tipológico: a contribuição de Karl LARENZ**

O jurista alemão Karl LARENZ, cujos estudos de grande valia foram para a realização desse trabalho, é enfático ao apontar para a existência de uma íntima conexão entre as regras jurídicas. Tal conexão possui grande relevância, uma vez que é responsável por inúmeras implicações na resposta que o ordenamento jurídico concede aos problemas apresentados pelo caso concreto. Portanto, na acepção de LARENZ, existe algo que confere unidade e coerência ao ordenamento jurídico, tornando-o apto a ser trabalhado pelo operador do direito<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª. ed. Trad. de José Lamarego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 621. Trilhando esse mesmo caminho pode ser mencionado Karl ENGISH ao referir-se ao princípio da unidade da ordem jurídica: “Subentendemos que as regras de um ordenamento contém um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos”. (ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento

Desse modo, a compreensão do procedimento de realização do Direito só é possível caso se leve em consideração esse importante fator. Para o professor da Universidade de München, toda regra jurídica constitui apenas uma pequena parcela de uma regulamentação mais ampla. As regras estariam sintonizadas entre si, exercendo, cada uma, a sua peculiar funcionalidade no interior de um contexto de regulamentação<sup>277</sup>.

Todavia, não se deve olvidar que as regras jurídicas possuem uma missão bastante evidente, podendo ser compreendida a partir dos elementos: **(i)** classificar, com clareza, uma série de fenômenos da vida; **(ii)** caracterizar os referidos fenômenos, valendo-se, para tanto, de notas distintivas facilmente identificáveis; e **(iii)** ordenar os indigitados fenômenos, de modo a relacionar a fenômenos similares conseqüências jurídicas idênticas<sup>278</sup>.

Com vistas a cumprir a referida missão, o caminho mais curto, mas não necessariamente o melhor, parece ser a formulação de previsões, conforme a estrutura de um conceito geral-abstrato, às quais podem ser subsumidos todos os fenômenos da vida que apresentem certas notas distintivas antecipadamente definidas. Assim, é comum caracterizar, por meio de conceitos gerais-abstratos, as situações de fato regularmente verificadas, o conteúdo da sua regulação normativa e as conseqüências jurídicas a serem produzidas<sup>279</sup>.

A referida proposta, embasada na formulação de conceitos gerais-abstratos<sup>280</sup> para regulamentação do fenômeno social, foi capitaneada pela

---

jurídico. 6ª ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 118) Para ENGLISH, “são as conexões materiais (*sachliche*) que, sobre a base do <<princípio da unidade da ordem jurídica>>, apontam para aquela reunião de pensamentos jurídicos dispersos e prefiguram a articulação destes no mosaico da competente premissa maior” (**Idem**, p. 123).

<sup>277</sup> LARENZ, Karl. **Op. Cit.**, p. 622. Ver também: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Polis, 1989.

<sup>278</sup> LARENZ, Karl. **Op. Cit.**, p. 622-623.

<sup>279</sup> **Idem**, p. 624.

<sup>280</sup> Para melhor entender pretensão com que os conceitos gerais e abstratos vieram a lume, cumpre transcrever o seguinte trecho da obra de LARENZ: “Tal sistema garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica; porque, nos quadros deste sistema, se ele fosse <<completo>>, poder-se-ia dar a toda a questão jurídica uma resposta, por via de uma operação lógica de pensamento. Garante a ausência de contradição lógica de todas as conseqüências dele derivadas e, com isso, segundo parece, a cientificidade da Jusriprudência, no sentido do conceito cientificista de ciência” (**Idem**, p. 622).

“jurisprudência dos conceitos” e recepcionada pelo movimento codificador<sup>281</sup>. Sem embargo, essa forma de pensamento abstrator possui como fator negativo a tendência crescente de esvaziamento de sentido: se, de um lado, quanto maior for o grau de abstração, maior será a potencialidade de alcance dos conceitos; de outro lado, menor será seu conteúdo.

Um elevado grau de abstração impõe a minimização do conteúdo conceitual<sup>282</sup>. Dessa maneira, deixam-se de lado muitos traços particulares dos fenômenos da vida e, sobretudo, aquele fundamental elemento que os une e determina sua relevância para o Direito. Destarte, é questionável a idoneidade dos conceitos gerais-abstratos, a partir da sua falsa pretensão de plenitude e unidade lógica, para a obtenção de soluções materialmente adequadas aos problemas surgidos no âmbito do Direito.

Segundo LARENZ, um dos efeitos nefastos dos conceitos gerais-abstratos foi justamente a equiparação radical entre as categorias de pessoa e sujeito de direito, genericamente concebido como “titular de direitos e deveres”. Por certo, o conceito de pessoa em sentido jurídico, tão vazio de conteúdo, possibilitava grande manipulação teórica capaz de negar a personalidade a algumas pessoas concretas e afirmar a personificação do patrimônio: a pessoa jurídica. Ora, se o indivíduo não é depósito de direitos e deveres, mas a fonte dos

---

<sup>281</sup> Para além da preocupação técnica, os conceitos gerais-abstratos e movimento codificador traduziam valores políticos e ideológicos. Como anota André Osório GONDINHO: “Uma codificação não surge por acaso, expressa uma tentativa de unificação, em um único corpo normativo, de um ramo do Direito Positivo de uma sociedade. Entretanto, mais que um conjunto de regras jurídicas sistematizadas, eleitas pelo legislador como convenientes a disciplinar determinados tipos de relações jurídicas, um código representa um espelho dos valores políticos e sociais então vigentes. Em outras palavras, um código representa, ao mesmo tempo, obra jurídica e ideológica” (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol 2, abr/jun, 2000, p. 03). Do ponto de vista histórico, os conceitos gerais-abstratos surgiram num momento em que havia desconfiança com relação ao Poder Judiciário, dada sua ligação com o antigo regime. Cunhou-se, após a Revolução Francesa, a idéia segundo a qual os juízes deveriam ser *bouches de la loi* no sentido de que deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo. É célebre a definição de Montesquieu, na obra “Espírito das Leis”, de que o juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, Charles de. **Espírito das Leis**. Trad. de Luiz Fernando Rodrigues de Abreu. Curitiba: Juruá, 2000).

<sup>282</sup> LARENZ, Karl. **Op. Cit.**, p. 648.

quais esses emanam, a personalidade deve ser reconhecida a todos os seres humanos sem distinções<sup>283</sup>.

Assim, na medida em que resta frustrada a pretensão de plenitude e unidade lógica dos conceitos gerais-abstratos, evidencia-se a sua inaptidão para responder aos problemas do mundo jurídico, como bem explicita LARENZ:

É impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos sob pontos de vista de valoração jurídicos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, por forma a que bastasse destacá-los para os encontrar um a um em cada um desses compartimentos. Isto é impossível, por um lado, porque os fenômenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas como as exige o sistema conceptual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova. É impossível, ainda, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado<sup>284</sup>.

Quando os conceitos gerais-abstratos e o sistema lógico desses conceitos não são suficientes para apreender um fenômeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, oferece-se, então, o tipo como forma de pensamento<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In.: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. No mesmo sentido, é a lição de Gustavo TEPEDINO: “Somente no sentido tradicional, portanto, podem identificar-se as noções de personalidade e capacidade, equiparação que, justificando-se no passado, hoje suscita inconveniente conceitual grave, na medida em que a personalidade se torna objeto de tutela jurídica. Para evitar semelhante confusão conceitual, a doutrina contemporânea aparta a noção de subjetividade daquela de personalidade, esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In.: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (coordenação). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27). Propõe-se, atualmente, uma distinção entre os conceitos de personalidade e subjetividade jurídica. A personalidade é o valor característico da pessoa humana que atrai a disciplina jurídica própria das relações existenciais. A pessoa é, devendo ser encarada como dado ontológico, que radica no plano do ser; por isso mesmo, também vale como elemento axiológico que informa todo o ordenamento. Já a subjetividade jurídica está associada à faculdade de figurar no sistema como centro de imputação de direitos e deveres, posição conferida pelo ordenamento indistintamente a todas as pessoas naturais e jurídicas e que, segundo opções de política legislativa, pode ser estendida em favor de entes despersonalizados (TEPEDINO, G.; BARBOSA, H. H.; MORAES, M. C. B. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Vol 1, p. 04).

<sup>284</sup> LARENZ, Karl. **Op. Cit.**, p. 645.

<sup>285</sup> **Idem**, p. 656.

Ao contrário dos conceitos gerais-abstratos, o tipo consiste numa estrutura elástica de notas distintivas com características de variabilidade e graduabilidade. Apesar da interdependência dos traços tipológicos, existe sempre a possibilidade de que alguns desses traços só estejam configurados de modo tênue ou mesmo que estejam ausentes no caso concreto<sup>286</sup>.

Em apenas aparente paradoxo, no processo cognitivo do tipo, o primeiro passo a ser dado identifica-se com aquele pertinente ao pensamento abstrator: deve-se separar, a partir do objeto concreto, certas propriedades gerais, relações e proporções, designando-as com um nome (*nomem iuris*). No segundo passo, porém, verifica-se uma fundamental distinção: se, no pensamento abstrator, os referidos elementos são condensados em notas isoladas, a partir das quais, por eliminação, são constituídos conteúdos dotados de progressiva generalidade, na perspectiva do pensamento tipológico, as notas distintivas formuladas não são nem eliminadas, nem sequer isoladas, mas, ao contrário, são mantidas em unidade<sup>287/288</sup>.

Dessa forma, é possível descrever o tipo como uma grande nota distintiva da totalidade do objeto definido, salvaguardando a essência da imagem intuída. O tipo, portanto, ocupa uma posição intermediária entre a generalidade abstrata e a individualidade concreta. O legislador não “inventou” os tipos, mas “descobriu-os” na realidade, oferecendo-lhes regulamentação. Ao proceder dessa forma o legislador tem liberdade para introduzir no tipo novos traços ou mesmo descurar de outros. Pode, igualmente, organizar-lhes numa “série de tipos”, submetidos a um princípio reitor<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> **Idem**, p. 668.

<sup>287</sup> **Idem**, p. 657.

<sup>288</sup> Transportando esse raciocínio para a seara dos direitos reais, Luiz Edson FACHIN discorre sobre a maneira pela qual a doutrina tradicional apreende a formação tipológica: “Direitos reais são reais porque a lei os define nessa qualidade; nesta medida, a tipicidade significa que há o tipo real figura jurídica cujo *nomem iuris* é dado pela lei, e cujo conteúdo também é por ela explicitado. E ao lado do tipo real, criado pela lei, o próprio sistema cuida de adotar algo paralelo nesta circunstância: é o princípio da clausura ou *numerus clausus*. Ao estabelecer a clausura, tipos reais só são aqueles criados pelo legislador. O artigo 674 do Código Civil é um exemplo desse sentido: são direitos reais aqueles taxativamente previstos em lei. Eis uma perspectiva fechada que não mais se pode aceitar” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62).

<sup>289</sup> LARENZ, Karl. **Op. Cit.**, p. 663.

Não obstante, LARENZ afirma que a noção de tipo adquiriu relevância para a ciência contemporânea como um todo, valendo-se dela, por exemplo, Max WEBER, nas ciências sociais, e George JELLINEK, na Teoria Geral do Estado. Logo, dada a multiplicidade de usos conferida a essa categoria, sua compreensão adequada deve principiar pela delimitação da modalidade de tipo que interessa ao mundo jurídico.

Consoante LARENZ, em uma análise limitada, poder-se-ia identificar as seguintes modalidades de tipo: **(i)** entre os tipos empíricos, **(a)** o tipo médio ou de frequência e **(b)** o tipo de totalidade ou configuração; e **(ii)** entre os tipos não empíricos, **(a)** o tipo imaginado, **(b)** o tipo ideal lógico, **(c)** o tipo ideal axiológico, **(d)** o tipo ideal normativo, **(e)** o tipo real normativo, **(f)** os *standards* e **(e)** o tipo jurídico-estrutural<sup>290</sup>.

Dentre esses, a modalidade que mais interessa ao Direito é representada pelo tipo jurídico-estrutural, compreendendo-se aí aqueles tipos qualificados por serem complexos de regulação inter-relacionados, constituídos por conteúdos normativos e correspectivos fenômenos da vida, admitindo-se a variabilidade ou a ausência de alguns elementos no caso concreto.

O conhecimento dos contornos do tipo jurídico-estrutural processar-se-ia da seguinte maneira: **(i)** primeiramente, deve-se identificar as disposições legais atinentes à formulação tipológica; **(ii)** após, impõe-se inquirir acerca do sentido resultante da unificação das referidas disposições, de modo a visualizar-se um modelo; e **(iii)**, por fim, conhecendo o modelo, deve-se, a partir dele, reinterpretar as disposições legais encontradas, conformando-se, então, o tipo<sup>291</sup>.

Para LARENZ, o emprego do pensamento tipológico é vantajoso com relação aos conceitos gerais e abstratos, pois permite visualizar a correlação existente entre determinadas regras, mantendo uma porta de acesso à realidade, eis que admite certa variabilidade no que diz respeito aos elementos do tipo.

---

<sup>290</sup> **Idem**, p. 657-666.

<sup>291</sup> **Idem**, p. 666.

Os tipos jurídicos, dessa maneira, são verdadeiros “sistemas móveis”<sup>292</sup> de elementos ordenados entre si sob um determinado critério diretivo. Como tais, permitem a combinação e a substituição de um elemento por outro, formando uma “série de tipos”, concebidos como “sistemas móveis parciais”<sup>293</sup>.

Portanto, o pensamento tipológico permite a combinação entre unidade e pluralidade. Sem embargo, é preciso aprofundar o presente estudo de modo a entender a diferença entre os tipos abertos e fechados, bem como analisar a maneira pela qual a tipicidade dos direitos reais manifesta-se na realidade.

## **Seção II – Principiando a caracterização da tipologia real: abertura e fechamento do tipo**

Várias são as tipologias que devem ser consideradas pelo operador do direito, especialmente ao proceder um estudo cuidadoso da seara dos direitos reais, motivo pelo qual ocupou-se o capítulo segundo desse trabalho para determinar se as situações jurídicas de direito real estariam sujeitas a uma tipologia taxativa (sob a incidência do *numerus clausus*) ou, pelo contrário, inscritas em uma tipologia meramente exemplificativa (sob a vigência do *numerus apertus*).

Concluiu-se, então, pelas razões oportunamente assinaladas, que os direitos reais não estão adstritos à atividade do legislador, conformando uma tipologia exemplificativa. Não obstante, tão importante quanto questionar a necessidade de previsão genérica em lei é problematizar a questão atinente à

---

<sup>292</sup> É oportuno frisar, outrossim, que mobilidade e abertura são categorias que trabalham juntas, mas que não se identificam. Como ensina André Osório GONDINHO: “A mobilidade está ligada à falta de qualquer hierarquia rígida entre categorias essenciais do sistema e a possibilidade de substituição mútua entre os critérios adequados de justiça, com a renúncia à formação de previsões normativas fechadas. Dessa forma, a mobilidade não está ligada à possibilidade de o sistema jurídico se modificar, visto que todo sistema jurídico, como fenômeno histórico, encontra-se passível de modificação, mas sim a sua maior ou menor aptidão para aceitar essa modificação. Em outras palavras, enquanto a abertura significa a qualidade do sistema em ser informado por categorias que se encontram fora de si, a mobilidade significa a flexibilidade do sistema para incorporar essas categorias e com isso se adaptar mais prontamente à mutabilidade dos valores sociais” (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Codificação e cláusulas gerais...**, p. 07)

<sup>293</sup> LARENZ, Karl. **Op. Cit.**, p. 633.

existência de tipos abertos ou fechados nesse campo de estudo. Tal caminho será trilhado logo a seguir. No entanto, por um imperativo lógico, faz-se mister iniciar essa empreitada pela problematização da própria distinção entre tipos abertos e fechados.

### **Subseção I – Distinção entre tipos abertos e fechados**

Para compreender a distinção entre tipos abertos e fechados deve ter-se em mente que, quando o legislador utiliza a técnica da configuração por tipos, seja qual for a modalidade tipológica em questão, faz isso sob determinado prisma, ou seja, visando à produção de um efeito prático. Contudo, esse efeito prático não equivale, ou pelo menos não equivale necessariamente, ao efeito jurídico que o fato ou a situação a que se refere está destinado a produzir.

Como ensina José de Oliveira ASCENSÃO, o legislador tem de encerrar na descrição típica todos os elementos relevantes para a produção do efeito prático que persegue com a tipificação, mas “não precisa encerrar nela tudo o que é necessário para a produção do efeito jurídico”<sup>294</sup>. Quando assim acontecer, o tipo representará um quadro ou descrição funcional que “não exclui outros elementos juridicamente relevantes que lhe sejam exteriores”<sup>295</sup>. Isso significa que o fato ou a situação jurídica pode ter um conteúdo extra-típico. Diz-se, então, que consiste num tipo aberto<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 63.

<sup>295</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais...**, p. 63. Justamente por não excluir outros elementos exteriores, o tipo apresenta-se como um sistema móvel. Como ensina CANARIS, a característica desse sistema é a negação “de uma determinada hierarquia entre os elementos, que coloca, pois, ao mesmo nível e, por outro, que eles não devam surgir sempre todos, mas antes se possam substituir uns aos outros. As características essenciais do sistema móvel são, pois, a igualdade fundamental de categoria e a substituíbilidade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de António Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002, p. 129).

<sup>296</sup> Segundo Gustavo Kloh Müller NEVES: “Poder-se-ia falar, então, em uma tipicidade ‘aberta’ e em uma tipicidade ‘fechada’, correspondendo a primeira à possibilidade de se flexibilizar a determinação dos conteúdos possíveis dos direitos reais, e a segunda a esta impossibilidade (direitos reais que não podem ser afetados, em seu conteúdo, pela vontade)” (NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 427). Contudo, o autor em questão faz uma ressalva quanto à

Portanto, o legislador pode inscrever na descrição do tipo todos os elementos relevantes para a produção do almejado efeito prático. Sem embargo, não lhe é imposta a tarefa de aprisionar na configuração elaborada tudo o que é passível de ser descrito. O tipo, dessa forma, representa um quadro ou uma descrição funcional que não exclui outros elementos juridicamente relevantes que lhe sejam exteriores. Surge, assim, um conteúdo extra-típico que passa a integrar a regulação do fato ou da relação jurídica. Caracterizada essa situação, estar-se-á diante de um tipo aberto.

É a lição de André Pinto da Rocha Osório GONDINHO:

Em outras palavras, o tipo aberto consiste na descrição essencial de uma situação a qual é outorgada um regime legal, mas sem impedir que outros elementos não previstos na descrição legislativa venham a integrar aquele estatuto jurídico, conquanto respeitem os limites legais ali fixados<sup>297</sup>.

Contudo, como saber se os tipos que regulam os direitos reais são abertos ou fechados? A pergunta é importante, pois a tipicidade representa um ponto nevrálgico nas relações entre direitos reais e autonomia privada. Mesmo aqueles que propugnam a vigência do *numerus clausus* têm de aceitar, uma vez reconhecida a incidência de uma tipologia aberta no campo dos direitos reais, a licitude da atividade dos sujeitos de direito que se destina a introduzir no conteúdo do tipo uma certa variabilidade<sup>298</sup>.

---

denominação “tipicidade aberta”: “Em que pese ao entendimento dos autores referidos, entendemos inadequado o uso do termo ‘tipicidade aberta’. Com efeito, pode-se afirmar que toda tipicidade é ‘aberta’; o que se opõe à chamada ‘tipicidade aberta’ é a técnica da categorização (fattispecie, tatbestand...), na qual não se pode estipular os contornos de uma figura prevista em lei, sendo impossível completá-la com o uso da vontade. Não se pode negar, todavia, que a redação das categorias pode abrir margem maior ou menor para a utilização do pensamento por associação, utilizando-se de conceitos cujo preenchimento seja mais ou menos flexível” (**Idem**, p. 428).

<sup>297</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 86.

<sup>298</sup> Nessa senda, José de Oliveria ASCENSÃO é explícito ao afirmar que o conteúdo extra-típico dos direitos reais pode derivar da atuação da autonomia privada: “Não temos sequer de indicar como se realiza o preenchimento desses elementos relevantes que não constam do tipo. Uma das formas possíveis está na actuação da autonomia privada, quando esta substitui regras supletivas. Efectivamente, se determinada descrição típica é completada por regras supletivas, temos os elementos suficientes para poder afirmar a existência dum tipo aberto: há elementos juridicamente relevantes que não pertencem ao tipo” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais...**, p. 63-64).

Nessa perspectiva, admitindo-se a tese dos defensores do *numerus clausus*, o que se faz apenas *ad argumentandum*, tem-se que o conteúdo das situações reais, pelo menos nas suas linhas mestras, deve estar obrigatoriamente fixado na lei. Contudo, é imperioso reconhecer que, muito embora não seja possível variar o rol desses direitos, é absolutamente lícito, quanto a alguns deles, inserir um conteúdo extra-típico por meio da autonomia privada; regra essa que, diga-se de passagem, poderia ser aplicada tanto ao sistema *numerus clausus* quanto ao sistema *numerus apertus*.

Logo, em resposta à pergunta acima formulada, pode-se afirmar que os direitos reais são regulados por tipos abertos e não fechados. Tal assertiva é confirmada pelas disposições que regem, por exemplo, o usufruto (art. 1390 do Código Civil) e as servidões (art. 1378 do Código Civil). Quanto a esse último direito real, há inclusive previsão na Lei de Registros Imobiliários brasileira para inscrição de “servidões em geral”<sup>299</sup>.

Deixa-se bem claro que a presente dissertação posiciona-se pela vigência do *numerus apertus*. Todavia, aponta o erro daqueles que sustentam a incompatibilidade da autonomia privada com o *numerus clausus*. Respeitado o modelo legal, há ainda um amplo espaço no âmbito dos direitos reais para a fixação pelas partes de aspectos juridicamente relevantes do tipo, o que confirma o caráter aberto da sua tipologia. Esse sistema exige apenas que se respeitem as formas estabelecidas por lei, mas não exclui que, nos quadros de uma forma legal, seja estabelecido, por meio da autonomia privada, um conteúdo accidental.

Ainda assim, é preciso realizar uma ressalva no sentido de que, muito embora essa seja a regra, nada impede que a doutrina e a jurisprudência, apenas em determinados casos, entendam pela existência de tipos fechados. Em certas hipóteses, isso seria consentâneo com os princípios constitucionais, como no caso dos direitos reais de garantia. Trata-se, contudo, de uma opção que somente poderá ser verificada casuisticamente.

## **Subseção II – Situações jurídicas reais como tipos abertos**

---

<sup>299</sup> Artigo 167, inciso O, n.º 6, da Lei n.º 6.015/73.

Partindo do pressuposto de que a criação de novos direitos reais é apenas uma das formas de manifestação da autonomia privada na seara das situações patrimoniais não-obrigacionais, estuda-se, nesse tópico, a possibilidade de modelação dos tipos já estabelecidos. Nesse diapasão, conforme conclusão alcançada ao longo da subseção anterior, em sendo a seara dos direitos reais caracterizada por uma tipologia aberta, responsável pela fixação dos traços essenciais de cada tipo, não há como negar a existência de um amplo campo de atuação para a autonomia privada como fonte de modelação dos seus conteúdos jurídicos.

Assim, analisar-se-á, primeiramente, a possibilidade de disposição sobre o conteúdo do direito real de servidão para, em um segundo momento, examinar as obrigações *propter rem* e sua função de modelação do conteúdo do direito de propriedade. Por fim, serão tecidas considerações sobre o fenômeno do *shopping center*.

### **A - Disposição sobre o conteúdo das servidões**

É preciso dar início a uma análise que demonstre, por meio de um rol meramente exemplificativo de situações, como a autonomia privada pode atuar na modelação dos direitos reais. O instituto escolhido para principiar essa empreitada foi a servidão predial, não sem razão. A servidão é um meio jurídico de correção da distribuição desigual de riquezas naturais entre propriedades vizinhas, guardando uma importante função social<sup>300</sup>. Por destinar-se a suprir uma demanda da realidade, o legislador teve de adaptar-se às incontáveis formas

---

<sup>300</sup> A função social inerente às servidões é bem captada por San Tiago DANTAS: "Pode-se dizer que a servidão é um meio de que se serve o direito para corrigir a desigualdade natural entre prédios. Na partilha da terra, na constituição de propriedades privadas distintas, é natural que um prédio fique melhor aquinhado do que outro no tocante à comodidade natural; uma tem água e, na outra, escasseia; uma tem argila, com que se pode manter uma olaria, outra tem matas, donde se pode extrair lenha. Outra tem caieiras, de onde pode se extrair cal. De modo que essa distribuição desigual das riquezas naturais, criando um maior valor de um prédio em relação aos outros, precisa ser, de algum modo, corrigida, para que os prédios mal aquinhados possam participar também daqueles benefícios e, para isso, é que se pensou na servidão". (SAN TIAGO

pelas quais é permitido a uma propriedade participar dos benefícios conferidos pela natureza ao seu prédio vizinho.

Assim, o Código Civil inseriu o instituto em tela entre os denominados direitos reais sobre coisa alheia. Dessa forma, verificam-se no Título V, Livro III, do Código Civil, uma série de disposições atinentes às chamadas servidões prediais que, segundo definição corrente da doutrina, consistem no “direito real sobre coisa imóvel, que lhe impõe um ônus em proveito de outra, pertencente a diferente dono”<sup>301</sup>. Ou seja, com a servidão permite-se aumentar as utilidades de um imóvel, mediante restrição correlativa do direito real de gozo de um imóvel vizinho. Diz-se, por isso, que a servidão consiste numa relação entre prédios, dos quais um é dominante e outro serviente<sup>302</sup>.

Logo, as servidões possuem como traço marcante a acessoriedade. Não estando diretamente vinculadas ao seu titular, mas ao prédio dominante, as servidões têm a característica da impessoalidade. Daí que, uma vez alienado o prédio dominante, com ele também seguirá a servidão, sem que isso tenha implicado disposição da mesma pelo alienante<sup>303</sup>.

De qualquer forma, para compreender o enfoque dado ao instituto na presente dissertação, é importante atentar ao fato de que o Código Civil não enumerou as modalidades de servidão. Optou, ao revés, por uma previsão genérica do instituto mediante o disposto no artigo 1.378 do Código Civil, que assim determina: “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Portanto, o direito real de servidão permite a utilização pelo proprietário do prédio dominante de utilidades do prédio serviente (conteúdo genérico do tipo real de servidão). Sem embargo, a determinação de qual utilidade

---

DANTAS, Francisco Clementino. **Programa de direito civil III**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981, p. 316).

<sup>301</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 319.

<sup>302</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. **Op. Cit.**, p. 316.

será outorgada ao prédio dominante (conteúdo específico do tipo real de servidão) é um espaço a ser preenchido pela autonomia privada no caso concreto. Abre-se, desse modo, um vasto campo para atuação dos agentes particulares.

Como observa André Pinto da Rocha Osório GONDINHO, tendo em vista que a variedade das utilidades que podem ser extraídas de um prédio em favor de outro é muitíssimo ampla, não há como estabelecer um rol *numerus clausus* de servidões<sup>304</sup>. Por esse viés, entende-se como, sem desrespeitar o tipo legal da servidão, são registrados diariamente em cartórios títulos constitutivos de servidões que fixam regras particulares e originais, fruto da intervenção da autonomia privada<sup>305</sup>.

Portanto, o direito atual consagra uma grande variabilidade de formas para as servidões<sup>306</sup>. Tal exigência decorre da essência do instituto, ligada ao atendimento das demandas provenientes da realidade social. Isso pode ser entrevisto na própria história das servidões. Apesar de se identificarem traços do instituto na Lei das XII Tábuas<sup>307</sup>, foi na doutrina romana que ele recebeu maior elaboração científica. Inicialmente, sua limitação decorria da tipicidade das ações

---

<sup>303</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. São Paulo: Renovar, 2001, p. 326.

<sup>304</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 98-99.

<sup>305</sup> Tal assertiva encontra-se em harmonia com a Lei de Registros Imobiliários - Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que permitiu, a teor da regra insculpida no seu artigo 167, inciso O, n.º 6, o registro das “servidões em geral”.

<sup>306</sup> “Então, em vez de um número taxativo de servidões, hoje se tem um número ilimitado, o que não impede que haja algumas servidões mais típicas, mais freqüentes, tal como sucede na taxonomia dos contratos” (SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. **Op. Cit.**, p. 316). Ricardo ARONNE, por sua vez, explica esse fenômeno através de uma perspectiva conceitual própria. O autor separa as categorias domínio e propriedade. Desta forma, o domínio responderia por um complexo de direitos exercidos sobre o bem, comumente descritos sob a fórmula *ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*. A propriedade, de outra parte, seria caracterizada como um dever de abstenção dos demais indivíduos com relação à ingerência sobre a coisa, guardando uma natureza obrigacional (Ver: ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999). ARONNE conclui, então, que apenas a propriedade está submetida ao princípio da taxatividade, uma vez que os desdobramentos dominiais sobre o bem não podem ser limitados, o que explicaria a multiplicidade de servidões: “o princípio da taxatividade é restrito aos regimes de titularidade e não aos direitos reais por eles instrumentalizados. O sistema jurídico, sistematicamente analisado, não dispõe limitações a desdobramentos dominiais e nem tampouco a extensões do domínio, que os bens pode ter (...) O que é limitado pelo sistema, ante o princípio da dignidade da pessoa humana, são os vínculos intersubjetivos, de obrigação passiva universal” (ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...**, p. 177)

<sup>307</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. **Op. Cit.**, p. 316.

(*actio*), sendo admitida somente nas modalidades previstas em lei (*iter, actus, via e aquaeductus*). Não obstante, a clausura legal teve de ceder às exigências da própria cidade de Roma.

Durante a invasão gaulesa, um incêndio em Roma trouxe a necessidade do aproveitamento e maximização do instituto na urbe, que antes estava praticamente adstrito à utilização nas propriedades rurais. Novas formas de servidão tiveram, então, de ser inventadas. Como dá notícia Ricardo ARONNE:

Na reconstrução, obrada desorganizadamente, cediça a inexistência de planejamento prévio, decorreram inúmeros problemas que somente a introdução de regimes de servidão na cidade poderiam solucionar, surgindo, de modo típico, a servidão de travejar muros (*servitus tigni imittendi*), direito de queda das águas da chuva (*stillicidii*), à água recolhida em canais (*flumiferendi*), deitar sacadas em espaço livre (*proriciendi*), acesso a interior de prédios (*servitus protegendii*), não edificar (*altus non tollendi*) e de abrir janelas no muro comum (*servitus nec luminibus officiatur*)<sup>308</sup>.

Percebe-se, assim, que o instituto da servidão se desenvolveu no sistema jurídico romano como fruto da necessidade social. Por isso, à medida que se ampliavam as demandas dos cidadãos romanos, a taxatividade das servidões teve de ser paulatinamente abandonada. O instituto foi alvo de progressiva flexibilização até atingir seus contornos atuais, passando a admitir grande variabilidade de formas e conteúdos econômicos<sup>309</sup>.

Hodiernamente, uma vez constituídas e regularmente registradas, as servidões têm os mais variados objetos, desde que contenham os caracteres essenciais das servidões prediais e obedeçam aos limites do que dispõe o título constitutivo.

Todavia, em que pese o amplo campo de atuação da autonomia da vontade na seara das servidões, deve-se assinalar que a modelação desse direito real tem seus limites. Não é possível, à guisa de ilustração, a constituição de uma servidão pessoal<sup>310</sup>. Da mesma forma, é vedada a instituição de utilidades em

---

<sup>308</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...**, p. 323.

<sup>309</sup> GOMES, Orlando. **Op. Cit.**, p. 328.

<sup>310</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 103.

favor de sujeitos que não sejam determinados pela titularidade de um dos prédios vizinhos<sup>311</sup>.

Logo, o reconhecimento de um espaço de liberdade aos sujeitos de direito para o preenchimento do conteúdo das servidões não significa ausência de limites. Deverão ser obedecidos certos parâmetros com o intuito de assegurar a observância dos interesses sociais que autorizam a instituição das servidões em geral.

### **B - Obrigações *propter rem*, *ob rem* ou *in rem scriptae***

As denominadas obrigações *propter rem*, *ob rem* ou *in rem scriptae*, segundo entendimento corrente na doutrina, constituem verdadeiro dever jurídico de prestação, como qualquer relação obrigacional. Daí a expressão “direitos reais *in faciendo*”, também utilizada para nomeá-las<sup>312</sup>. Sua particularidade consiste na inerência à determinada coisa que é objeto de um direito real<sup>313</sup>. Assim, o sujeito ativo ou passivo dessa modalidade de vínculo jurídico será determinado pela titularidade da relação jurídica de direito real<sup>314</sup>.

Segundo Orlando GOMES, tais obrigações existem quando “o titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada

---

<sup>311</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 492.

<sup>312</sup> Há quem entenda, muito embora se trate de vertente minoritária da doutrina, que as obrigações *propter rem* respondem apenas por obrigações de conteúdo positivo (prestações de *dare* ou de *facere*). Os comportamentos de abstenção, por sua vez, corresponderiam a meras restrições ao conteúdo do direito real: “Quanto a nós, só faz sentido e só tem interesse falar de obrigações *propter rem* nos casos em que o titular de um direito real está vinculado, em tal qualidade, a prestações de conteúdo positivo (de *dare* ou de *facere*). A maioria dos autores, no entanto, qualifica igualmente como obrigações *propter rem* restrições ou deveres de conteúdo negativo que impendem sobre os titulares de direitos reais, especialmente no campo das relações de vizinhança” (MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 29).

<sup>313</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais...**, p. 492.

<sup>314</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 190-120. É, da mesma forma, o que afirma Bárbara Almeida ARAÚJO: “As obrigações *propter rem* constituem categoria especial de direito subjetivo, ligadas à titularidade de determinada situação subjetiva real. De acordo com a doutrina tradicional, portanto, o devedor de uma obrigação *propter rem* será o titular do domínio ou o sujeito ativo de um relação possessória” (Bárbara Almeida ARAÚJO. *As obrigações propter rem*. In.: TEPEDINO, Gustavo – org. – **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 99-120).

prestação”<sup>315</sup>. O direito de exigí-la pode ser classificado como subjetivamente real. Pouco importa a pessoa que deu origem à obrigação. O proprietário da coisa, ou titular do direito real, assume, *ipso facto*, a posição de devedor da prestação<sup>316</sup>.

É predominante no direito brasileiro o entendimento de que as obrigações *propter rem*, em decorrência dos seus efeitos reais, encontram-se sujeitas ao princípio do *numerus clausus*<sup>317</sup>. Ou seja, para doutrina majoritária, as obrigações *propter rem* não podem nascer da pura vontade das partes em razão das suas particularidades.

Sustentam tais autores que o estatuto jurídico das obrigações *propter rem* compreende desvios em relação aos princípios fundamentais que informam o direito das obrigações, pois constituem uma exceção à regra de que as obrigações somente produzem efeitos entre as partes, projetando-se para os futuros adquirentes dos imóveis. Além disso, seu abandono ou renúncia liberatória pode ser entendida como uma derrogação do princípio geral da responsabilidade patrimonial do devedor<sup>318</sup>.

Pelos motivos já expostos, discorda-se de tal posicionamento. As obrigações *propter rem* constituem um dos instrumentos mais eficazes para modelar o conteúdo dos direitos reais. Mediante o estabelecimento de condições ou cláusulas contratuais, essas obrigações integram-se ao conteúdo do direito real, bastando o registro para que tenham eficácia perante terceiros. São relações

---

<sup>315</sup> GOMES, Orlando. **Op. Cit.**, p. 24.

<sup>316</sup> Para Manuel Henrique MESQUITA as obrigações *propter rem* diferenciam-se dos denominados “ônus reais”, pois, nesta última hipótese, “o titular activo de um ônus real dispõe, em caso de execução, relativamente aos demais credores do executado, de um direito de preferência sobre a coisa onerada, quer se trate de prestações vencidas após a aquisição desta pelo executado, quer de prestações anteriores. Este direito de preferência não existe nas obrigações *propter rem*” (MESQUITA, Manuel Henrique. **Op. Cit.**, p. 421).

<sup>317</sup> “Mas, tal como os direitos reais, as obrigações *in rem*, *ob* ou *propter rem* obedecem ao princípio do *numerus clausus*, não se conhecendo outros tipos além dos configurados na lei, pois que não podem ser constituídos livremente pelas partes” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15ª ed. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22)

<sup>318</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 123-124.

complexas que determinam uma atribuição de dever, dando azo a um espaço de regulação de interesses<sup>319</sup>.

Sem embargo, deve-se distinguir algumas situações. Isso porque existem obrigações *propter rem* estritamente legais: por exemplo, a obrigação do proprietário do prédio serviente em concorrer para as despesas de construção do muro divisório. Em outros casos, depara-se com a completa ausência de lei regulando a situação, momento em que a criação de uma obrigação *propter rem* dependerá do recurso ao *numerus apertus*. Há, por fim, hipóteses de autorização legal para o estabelecimento voluntário das relações jurídicas de caráter misto.

Nesse último caso, consoante a lição de André Pinto da Rocha Osório GONDINHO, haverá efetiva “modelação do conteúdo e exercício do direito real em questão”<sup>320</sup>. Tem-se como exemplo de tal situação as obrigações decorrentes da convenção de um condomínio edilício sujeito à disciplina da Lei n.º 4.591/64 (Lei de Condomínios e Incorporações). A partir de um tipo aberto, com respaldo numa autorização legal genérica<sup>321</sup>, a realidade cria uma infinidade de variações sobre a mesma estrutura.

Portanto, através desse tipo de relação jurídica, será modificado, em parte, o conteúdo do direito real. Surgem, como resultado do poder de disposição dos particulares, autênticas relações jurídicas reais, submetidas a um regime especial. Nomeadamente, elas se transmitem ao adquirente de qualquer dos direitos reais em presença, mesmo que esse não tivesse conhecimento da estipulação. Como ensina José de OLIVEIRA ASCENSÃO:

---

<sup>319</sup>GRACIA, Antonio Roman. **La tipicidad en los derechos reales** (autonomia privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus; sistema de numerus clausus). Madrid: Editorial Montecorvo, 1994, p. 191.

<sup>320</sup>GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 125.

<sup>321</sup>Artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 4.591/64: “Art. 9º. Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação, em assembléia, aprovar o regimento interno da edificação ou conjunto de edificações. § 1º. Far-se-á o registro da convenção no registro de imóveis, bem como a averbação das suas eventuais alterações. § 2º. Considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer ocupante, a convenção que reúna as assinaturas de titulares de direitos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio”.

Os titulares dos direitos reais podem criar, modificar, ou extinguir relações jurídicas reais simples; ou, dito em outras palavras, as partes podem modificar a relação jurídica real complexa que medeia entre vários direitos. Surgem então relações de origem voluntária, que se contrapõem às que têm origem legal<sup>322</sup>.

Logo, pela atuação dos sujeitos de direito, as relações jurídicas reais simples adquirem complexidade. Contudo, é preciso ressaltar que a constituição das obrigações *propter rem* tem limites. No caso da convenção condominial, por exemplo, as obrigações devem ser impostas com o propósito de assegurar o bem-estar da comunidade condominial, evitar o mau uso da propriedade e manter as relações de vizinhança dentro de um padrão de normalidade<sup>323</sup>.

### C - Shopping Center

Com efeito, é possível afirmar que o mundo moderno sofreu, nas últimas décadas, uma notável urbanização. Cada vez mais as pessoas buscam os grandes centros, eis que, nesses espaços, existe uma grande oferta de serviços em todas as áreas de atuação humana. O Brasil, por sua vez, não constitui exceção à regra, alcançando, nesse início de milênio, índices de concentração urbana comparáveis aos dos países europeus.

Como reflexo dessa realidade, verifica-se a formação de uma série de conglomerados empresariais identificados pela expressão *shopping center*. Tais empreendimentos visam a atender concomitantemente inúmeros anseios da população, oferecendo um lugar onde se possa encontrar os mais variados

---

<sup>322</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais...**, p. 323.

<sup>323</sup> Nesse sentido, faz-se pertinente aludir à lição de Luiz Edson FACHIN: “A divergência nas relações de vizinhança, não raro inseridas no contexto de condomínio edilício, pode recomendar limites e tolerância. O fito de conjugar direitos e deveres sugere equação que equilibre diversos interesses”. (FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das coisas, vol. 15. Coord. Antônio Junqueira Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 250). Mediante detida observação das tendências seguidas pelos Tribunais, o mesmo autor ainda afirma: “Tem delimitado a jurisprudência que só o uso abusivo e intolerável da propriedade faz incorrer nas sanções legais, entrando na categoria dos encargos ordinários da vizinhança aquele que não excede os limites da normalidade, e que nesse sentido devem ser interpretadas as cláusulas da convenção e do regimento interno do edifício que proíbam a permanência de animais no prédio. (TAMG – AC 242.837-1 – 7ª C. – Rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel – j. 20.11.1997) (06 69/246)”. (*Idem*, p. 247).

produtos, com acesso fácil, segurança contínua, estacionamento e agilidade nas compras.

A estrutura física de um *shopping center*, na acepção de Ricardo ARONNE, é composta da seguinte maneira: tem-se um prédio (normalmente um edifício), formado de unidades comerciais que constituem as lojas, bem como uma área de uso comum, isto é, de livre circulação para o público e os lojistas. Normalmente, é inserido um estacionamento dentro do edifício, no qual certas vagas podem estar vinculadas (ou não) às unidades comerciais e à administração. Para disciplinar as relações entre os lojistas e a administração do *shopping center*, elabora-se uma Convenção de Condomínio e uma Escritura Declaratória de Normas Complementares, devendo ambos os documentos ser devidamente registrados no ofício competente<sup>324</sup>.

Trata-se, portanto, de um empreendimento de grande vulto. Um centro comercial planejado, composto de lojas de diferentes ramos do comércio, submetidas a uma administração centralizada e que, por isso mesmo, reclama tanto conceitos oriundos do direito das obrigações quanto conceitos advindos da seara dos direitos reais.

Consoante a advertência de Daniele Machado SOARES, a despeito do tratamento contratual atribuído ao *shopping center*, o fenômeno exige noções atinentes aos condomínios edilícios:

O shopping center é uma figura híbrida. É tratado normalmente no campo contratual, mas por envolver figuras como a dos lojistas e dos empreendedores, finda por adquirir contornos condominiais, sobretudo, quando cada unidade comercial é alienada a um titular. Estabelece-se, então, um condomínio atípico, subordinado a regras próprias, onde o contrato normativo do shopping passa a ter valor de convenção condominial. Na prática, o empreendedor mantém com certa freqüência a propriedade de todo imóvel, dando apenas as lojas em locação, ou a outro título, razão pela qual se aplica por analogia a lei condominial, tendo em vista as despesas de manutenção e o regime das partes de utilização comuns".<sup>325</sup>

---

<sup>324</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...**, p. 309-310.

<sup>325</sup> SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 73.

Portanto, além de uma complexa regulação jurídica, há mais de uma forma de *shopping center*. Em um primeiro momento, existe a hipótese em que o espaço no qual as lojas são instaladas é objeto de um contrato de locação, o que ocorre na maioria das vezes. Em um segundo momento, constata-se a possibilidade de que a unidade comercial seja alienada ao lojista, o que não é tão comum, mas é verificado com uma certa freqüência (tome-se como exemplo o Shopping Ibirapuera, em São Paulo)<sup>326</sup>.

Nesse último caso, o *shopping center* é regulado por uma convenção, com as mesmas características de uma convenção condominial, somando-se a ela um regimento interno e um estatuto<sup>327/328</sup>. Tem-se, mais uma vez, a atuação da autonomia da vontade de maneira a modelar o conteúdo do direito real em questão, sem, contudo, violar seus elementos estruturais.

---

<sup>326</sup> É interessante ressaltar que, muitas vezes, tanto na modalidade de locação quanto na modalidade de alienação das unidades comerciais, o administrador tem direito à parcela do faturamento do lojista. "A empresa lojista, no curso do ano não paga doze parcelas de aluguel e sim treze. Portanto, não se trata, efetivamente, de uma locação, cujas prestações correspondem a interstícios de tempo e sim às datas de apuração de faturamento, em exercício social próprio para a respectiva unidade (loja)" (ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...**, p. 309-310).

<sup>327</sup> Estrutura similar pode ser verificada em algumas formas de multipropriedade imobiliária. Nesses casos, são firmados dois contratos: (i) o primeiro, para promover a venda do imóvel em frações ideais, num sistema de compropriedade do imóvel como um todo; (ii) o segundo, correspondente a um regulamento que estabelece a forma de uso das unidades, deveres e direitos de cada multiproprietário e da administração do empreendimento. Para maiores informações ver: TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>328</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA demonstra com clareza que as normas constantes dos regimentos e regulamentos internos dos *shopping centers* traduzem comando imperativo a toda a comunidade dos lojistas: "Quando para uma comunidade menor elabora-se um conjunto de normas jurídicas pautando a conduta dos que a integram, procede-se 'ad instar' do que faz o legislador, com a elaboração dos comandos genéricos. Criam-se regras jurídicas, enfeixadas sob a denominação de 'ato regra', que, pelo fato de se destinarem a um mais reduzido grupo de indivíduos, não deixam de revestir o caráter de regras jurídicas. Elaboradas por uma assembléia, ou contidas num documento subscrito pelos membros de uma comunidade, não perdem a natureza de normas de comportamento. Inseridas fisicamente em cada contrato de locação, ou integradas em cada um pela menção de seu conhecimento e aceitação, passam a constituir o 'direito corporativo' (como lhe chamam PLANIOL, RIPERT E BOULANGER) ou 'direito estatutário' (como prefere denominá-lo GURVITCH). O que é essencial neste tipo de normação de conduta não é o fundamento contratualista. Uma pessoa pode voluntariamente ingressar naquela comunidade e, 'ipso facto', submeter-se às regras de comportamento a ela pertinentes; pode dela se retirar e escapar de sua cogência; como pode nunca se lhes submeter. Mas, pelo fato de entrar, ainda que momentaneamente, naquele complexo, esta sujeita ao seu império" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shoppings Centers - Organização, Economia e Disciplina Jurídica*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 580, 1984, p. 22).

Como visto, os empreendedores estão livres para estabelecer as normas que regerão o *shopping center*. Segundo Darcy BESSONE, isso pode ser feito através de uma “escritura de normas gerais”, que é seguida por cinco instrumentos, a saber: **(i)** regimento interno; **(ii)** estatutos das associações dos lojistas; **(iii)** instruções gerais para elaboração dos projetos de instalações; **(iv)** instruções gerais para a execução das instalações comerciais; e **(v)** contrato de locação<sup>329</sup>.

Uma vez estabelecida a disciplina jurídica do condomínio, seguida do registro dos documentos em cartório, as normas fixadas pelos particulares através da autonomia privada aderem ao direito real<sup>330/331</sup>. No caso de alienação, por exemplo, será transferida a titularidade da unidade comercial, mas, muito provavelmente, não poderá o adquirente modificar livremente o ramo empresarial destinado ao exercício da atividade mercantil no espaço adquirido. Não poderá, igualmente, decidir sobre o horário de funcionamento do seu estabelecimento. Sujeitar-se-á, da mesma forma, à disciplina interna pré-fixada.

Toda essa regulação, entretanto, deve obedecer a certos limites. É que as disposições que regem o *shopping center* constituem um instrumento de harmonização dos interesses dos lojistas. Seu escopo é o melhor atendimento comercial dentro do empreendimento e, via de conseqüência, a oferta de

---

<sup>329</sup> BESSONE, Darcy. O “Shopping” na lei do inquilinato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 680, 1992, p. 158.

<sup>330</sup> Uma vez registrada, a convenção condominial surte efeitos para diversos fins. Pode-se, a título de exemplo, mencionar a cobrança de taxas, o que se processa da mesma forma como nos condomínios edilícios: “Apelação Cível - Sumaríssima de cobrança - Condomínio de shopping center - Nulidade da sentença - Inocorrência - Silêncio por parte do magistrado quanto à denunciação da lide - Inércia da parte em recorrer no momento oportuno - Preclusão - Taxas condominiais - Lojas externas e internas - Inexistência de diferenciação na convenção de condomínio - Obrigatoriedade de participação no rateio. Recurso desprovido”(Extinto Tribunal de Alçada do Paraná, Ap. Cív. n.º 210.995-1, 9ª C.Cív., Relator Desembargador José Aniceto).

<sup>331</sup> De qualquer sorte, a Súmula n.º 260 do Superior Tribunal de Justiça trouxe a superação da formalidade registral em matéria de convenção condominial ao afirmar: “A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos”. Consoante afirma Luiz Edson FACHIN, o teor do referido entendimento jurisprudencial resolve divergências doutrinárias e mostra uma nova tendência. Entretanto, a oponibilidade da convenção perante terceiros decorre do registro, ainda que este não tenha efeito constitutivo entre os condôminos. Por isso, não é possível alienar as unidades autônomas enquanto não ocorrer o registro respectivo. (FACHIN, Luiz Edson. **Op. Cit.**, p. 232-234). Ver também: MATTIETTO, Leonardo. Convenção de condomínio não registrada (Súmula n. 260 do Superior Tribunal de Justiça). **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, jan./mar. 2002.

tratamento satisfatório aos clientes com vistas a aumentar o lucro dos lojistas. Não se afigura correta a utilização desse espaço de liberdade para prejudicar um segmento minoritário de lojistas que participam do conglobamento empresarial.

### **Seção III – Deslocamento da problemática para a noção de tipicidade causal**

No decorrer do presente capítulo, observou-se que a correta compreensão do princípio da tipicidade dos direitos reais impele o operador do direito a questionar o dogma de que não é admitida a intervenção da autonomia privada na delimitação da estrutura e regulamentação dos direitos reais. Todavia, reconhecida a possibilidade de atuação dos sujeitos de direito no campo dos direitos reais, qual a extensão da relação entre esse espaço de liberdade e o conteúdo do princípio da tipicidade?

Afinal, em que consiste o tipo de direito real? Será ele um conjunto de “purezas legais” que tem por função demarcar a estrutura do direito de propriedade – que, por sua vez, estaria protegida por normas de ordem pública – ou trata-se de um conceito que pode assumir significado diverso? Está-se diante de uma noção destinada a ampliar ou restringir a intervenção da autonomia privada em matéria de direitos reais?

#### **Subseção I – Compreensão tradicional da tipologia dos direitos reais**

Numa perspectiva tradicional, o princípio da tipicidade dos direitos reais está ligado aos aspectos estruturais do direito de propriedade, conforme sua regulamentação legal. Na acepção de Alessandro NATUCCI, o referido princípio é associado ao “conteúdo essencial do direito real, aos aspectos que não podem ser derogados sem que seja alterada a identidade do tipo, ou sem que o direito constituído seja reduzido a simples direito obrigacional”<sup>332</sup>. Seria, portanto, nesse

---

<sup>332</sup> Tradução livre do original: “*contenuto essenziale dei diritti reali, agli aspetti che non possono essere derogati senza che sia alterata l'identità del tipo, o senza che il diritto costituito venga ridotto a semplice diritto obbligatorio*”. (NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. Padova: Cedam, 1988, p. 240.).

espaço destinado à formulação da estrutura básica do direito real que estaria fortemente presente o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Ainda segundo Alessandro NATUCCI, a delimitação do conteúdo estrutural da tipologia dos direitos reais deve levar em conta a disciplina relativa às faculdades e poderes atribuídos por lei ao proprietário. Para o estudioso italiano “os aspectos relativos à faculdade ou poder que adentram o conteúdo do direito de propriedade são inelimináveis, e constituem a estrutura mais profunda dos direitos reais”<sup>333</sup>. Trata-se de um limite estrutural à atuação dos sujeitos de direito, que não podem desnaturar a situação real, trabalhando apenas com elementos marginais da relação jurídica.

Admite-se, por esse viés, a intervenção da autonomia privada, porém a atuação dos particulares encontra barreiras na estrutura do tipo, ou seja, é limitada pela essência do direito real, pelos aspectos que não podem ser derogados sem que seja alterada a identidade substancial do tipo<sup>334</sup>. Assim, o conteúdo estrutural do tipo seria formado por normas que, em razão da sua inderrogabilidade, são caracterizadas como imperativas ou cogentes.

Além disso, na perspectiva tradicional, a liberdade dos sujeitos de direito valeria somente quando autorizada. Estar-se-ia, portanto, diante de uma autonomia *secundum legem*, e não de uma autonomia *praeter legem*, como se vislumbra no campo das obrigações<sup>335</sup>. Restringe-se o poder de disposição dos particulares a casos como, por exemplo, o do artigo 1.381 do Código Civil que estabelece que as obras necessárias à conservação da servidão “devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser expressamente o título”.

---

<sup>333</sup> Tradução livre do original: “*gli aspetti relativi a facoltà o poteri che rientrerebbero nel contenuto del diritto di proprietà sono ineliminabili, e costituiscono la struttura più profonda dei diritti reali*” (NATUCCI, Alessandro. **Op. Cit.**, p. 243). Entende-se que, seguindo essa linha de raciocínio, os aspectos relativos à faculdade ou poder viriam a constituir a estrutura mais profunda do direito real. Não há como dissociar esta perspectiva da compreensão mais conservadora dos direitos reais. Ver: BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. 5<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Forense, 1956; MONTEIRO. Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol III. 31<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>334</sup> NATUCCI, Alessandro. **Op. Cit.**, p. 240.

<sup>335</sup> **Idem, ibidem.**

Tal posição, não obstante, é de uma rigidez extrema. Pede-se vênia para, respeitosamente, discordar desse entendimento: a uma, porque centra a análise da tipicidade em torno das faculdades e poderes atribuídos por lei ao proprietário, buscando uma espécie de conteúdo mínimo do direito real, ao passo que hodiernamente se tem dado maior relevância aos contornos constitucionais que o estatuto da propriedade assume<sup>336</sup>; a duas, porque praticamente afasta a autonomia privada da seara dos direitos reais, concebendo a liberdade dos particulares nesse campo como uma autonomia *secundum legem*, quando a regra geral atribui aos sujeitos de direito um espaço de atuação mais amplo.

### **Subseção II – Tipicidade causal**

Em busca de uma idéia de tipicidade mais alinhada com as propostas desse trabalho, convém voltar os olhos para os autores espanhóis – principalmente Antonio Roman GRACIA<sup>337</sup> e José Luis de LOS MOZOS<sup>338</sup>. Tais juristas sustentam que a seara dos direitos reais não está adstrita a uma tipicidade legal, mas, acima de tudo, a uma tipicidade causal<sup>339</sup>. Partindo da premissa de que a doutrina tradicional não confere a atenção devida ao ato de constituição ou modificação da relação jurídico-real, essa vertente de pensamento recupera a importância da causa para o estudo da propriedade.

---

<sup>336</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.:DIREITO, Carlos Menezes (org.) **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

<sup>337</sup> GRACIA, Antonio Roman. **La tipicidad en los derechos reales** (autonomia privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus; sistema de numerus clausus). Madrid: Editorial Montecorvo, 1994.

<sup>338</sup> LOS MOZOS, José Luis de. **Estudios sobre derecho de los bienes**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991.

<sup>339</sup> É o que se infere da seguinte passagem: *“Es cierto que, en el código, no existe una tipicidad legal, en el sentido con el que se presenta en otros ordenamientos, la tipicidad, por tanto, será, sobre todo, causal, pero esto no sirve, por si solo, para crear nuevos tipos de derechos reales, se abre a ello el criterio de la efectividad”* (Idem, p. 52). Seguindo essa mesma linha de raciocínio, afirma Antonio Roman GRACIA: *“Así, ya que el Código civil al regular los derechos reales sólo describe prototipos, y además no agota las posibilidades de tipificación de nuestros sistemas, no puede afirmarse que nuestro sistema sea de tipicidad legal puro; sino como explica J. L. de LOS MOZOS, se trata de un sistema que, en su génesis, tiene presente la tipicidad causal propia de los derechos de obligaciones, que trasciende, con ciertas limitaciones por razón de la materia objeto de la regulación, al derecho de bienes”* (GRACIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 183).

No plano negocial, a causa é normalmente compreendida a partir da teoria da destinação jurídica dos bens. Assim, tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir no seu aproveitamento pertence, de acordo com o conteúdo da afetação ou destinação de tais direitos, a um sujeito que é seu titular<sup>340</sup>. Em razão desse liame que une o bem e o sujeito de direito, qualquer outra pessoa que se intrometa na aludida relação, auferindo vantagem à custa alheia, incorre em enriquecimento sem causa<sup>341</sup>.

Todavia, no plano dos direitos reais, a teoria da causa pode ser elastecida, passando a abarcar um componente ético e social. Com valor jurídico renovado, a causa pode ser entendida, na lição de Antunes VARELLA, como “toda condição sem a qual o efeito se não teria verificado”<sup>342</sup>. Seguindo esse mesmo caminho, é possível mencionar Clóvis do COUTO E SILVA, para quem a causa é a função econômico-social de um direito<sup>343</sup>. Nessa senda, a idéia de causa adquire uma nova conotação, assumindo o papel de razão justificativa de uma dada realidade jurídica<sup>344</sup>.

A tipicidade causal não atenta apenas para a disciplina legal dos direitos reais. Seu foco de análise privilegiado é o ato de constituição ou modificação da situação jurídico-real, entendida como um segundo momento do *iter* negocial<sup>345</sup>. Assim, o estatuto proprietário terá aspectos delimitados pela relação que se articula no seu título constitutivo, produzindo esse a eficácia característica dos direitos reais.

---

<sup>340</sup> NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 15, n. 56, abr/jun. 1991, p. 57. Ver também: KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In.: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 369-399; NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>341</sup> Tal preceito foi resguardado pelo Código Civil em seu artigo 804: “Art. 804. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

<sup>342</sup> VARELLA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol I. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 880.

<sup>343</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. A teoria da causa no Direito Privado. In. FRADERA, Vera Maria Jacob (org). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>344</sup> O parágrafo foi inspirado na seguinte passagem: FACHIN, Luiz Edson. As províncias do direito privado à causa justificativa da propriedade. In.: LARANJEIRA, Raymundo. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 126.

<sup>345</sup> GRACIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 182.

A tipicidade, nessa visão, não diz respeito exclusivamente aos aspectos legais de uma situação jurídica prevista em lei. Busca compreender, ao revés, a relevância do negócio gerador para estabelecer os contornos do direito real. Tal proposta é plenamente compatível com o sistema jurídico brasileiro que não desconhece a importância da causa para as situações jurídicas<sup>346</sup>.

Ademais, por considerar fundamental analisar o ato constitutivo da situação proprietária, a tipicidade causal fornece um novo instrumental para efetuar o controle de legitimidade do direito real<sup>347</sup>. Isso porque a vulneração de um preceito maior provocaria a nulidade e a invalidez absoluta não apenas do direito real, mas, sobretudo, do pacto estabelecido entre os particulares. O negócio gerador do direito real, ao estruturar suas linhas mestras, não pode ter por objetivo burlar normas imperativas, a moral e os bons costumes ou a ordem pública sistemática<sup>348</sup>.

Por outro lado, a partir do momento em que a causa é entendida como função econômico-social de um direito, resta evidente que o critério da efetividade não pode ser desconsiderado para valoração do exercício da autonomia privada no campo dos direitos reais. Nem sempre uma relação jurídica obrigacional é suficiente para justificar a criação de um vínculo real. A relação jurídica que se articula deve responder concretamente a uma exigência no âmbito do direito, imposta precisamente pelo constante desenvolvimento de novas realidades<sup>349</sup>.

Desse modo, a criação de um novo tipo de direito real, ou sua modelação, haverá de levar em consideração a causa que atua como elemento motor. Admite-se a intervenção dos sujeitos de direito somente se a função econômico-social que a situação jurídica persegue corresponde a uma autêntica exigência do tráfego negocial que não pode proteger-se de outro modo, isto é,

---

<sup>346</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 56 e seguintes.

<sup>347</sup> *“Nuestro sistema contractual es un sistema causal, y la causa del negocio jurídico generador de la relación juríco-real puede ser; algunas veces, suficiente para fundamentar la relación jurídica obligatória, y no serlo, en cambio, para justificar la existencia jurídica de la pretendida relación de derecho real”* (GRACIA, Antonio Roman. **Op. Cit.**, p. 184).

<sup>348</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>349</sup> **Idem**, p. 183.

pelas categorias já existentes. Por não representar uma criação artificial, voltada exclusivamente a atribuir eficácia real a um direito obrigacional, a situação jurídica será merecedora de tutela<sup>350</sup>.

Nesse sentido, no âmbito do direito espanhol, as resoluções da *Dirección General de los Registros y de Notariado* reconhecem efetividade a uma série de pactos estabelecidos por meio da autonomia privada. Admite-se, por exemplo, a constituição de servidões recíprocas para regular um complexo urbanístico, o registro do direito de superfície (que carece de previsão na legislação espanhola), a inscrição de pactos por meio dos quais os proprietários *pro indiviso* de um terreno acordam a forma pela qual se levará a efeito a divisão material do mesmo para fins de utilização etc.<sup>351</sup>

Evidentemente, isso não significa liberdade absoluta. O poder de disposição dos indivíduos sofre limitações, como pode ser verificado nas resoluções do já mencionado órgão espanhol encarregado dos registros imobiliários. Nessa esteira, a Resolução de 21 de setembro de 1966, entendeu ser inviável o registro um pacto que pretendia criar um direito de não construir genérico sobre um imóvel, sem estabelecer em benefício de que terreno o direito estava sendo instituído, nem tampouco especificar a extensão e os limites do pretendido vínculo jurídico<sup>352</sup>.

De fato, decidiu com acerto a *Dirección General de los Registros y de Notariado*. Como se percebe, o referido pacto não atendia ao critério da efetividade, pois já existe figura adequada para alcançar o desiderato pretendido: a servidão. Deveriam os particulares harmonizar sua declaração de vontade com o conteúdo estrutural típico da servidão. Ademais, a generalidade excessiva do acordo afeta sua natureza. A ausência de esclarecimento quanto à extensão do vínculo jurídico faz com que a situação subjetiva deixe de possuir os traços característicos de um direito real.

Portanto, os critérios da efetividade e da natureza são fundamentais para delimitação do âmbito de atuação da autonomia privada. Logicamente, outros

---

<sup>350</sup> **Idem**, p. 183.

<sup>351</sup> **Idem**, p. 167-175.

<sup>352</sup> **Idem**, p. 144-145.

fatores devem ser observados. Nesse diapasão, é importante frisar que, como adverte Antonio Roman GRACIA, o poder criador ou modelador dos direitos reais é exercido sempre “sobre os direitos reais sobre coisa alheia”<sup>353</sup>. O direito real pleno, isto é, o domínio absoluto, admite uma única forma. Também a criação ou alteração dos tipos referentes aos direitos reais de garantia sofre limitações, pois constitui uma restrição que pode levar a perda ou alienação compulsória do direito de propriedade<sup>354</sup>.

Outro critério importante na formação da relação jurídico-real é a publicidade: a oponibilidade do negócio que cria ou modela a situação proprietária depende do registro. Caso não seja observado o requisito da publicidade, o direito não adquire a eficácia *erga omnes* característica das relações reais, carecendo de força jurídica frente a terceiros de boa-fé<sup>355</sup>.

Por derradeiro, cumpre registrar que a criação da situação real não pode desrespeitar normas imperativas e preceitos de ordem pública. Trata-se do critério da possibilidade jurídica, que será melhor estudado por meio da análise do papel das cláusulas gerais na valoração do exercício da autonomia privada na seara dos direitos reais.

#### **Seção IV – Controle da intervenção da autonomia privada nas situações jurídicas de direito real por meio das cláusulas gerais**

Até o presente momento, observou-se que o campo dos direitos reais não está submetido ao princípio da taxatividade. Os tipos de direito real, por sua vez, são tipos abertos, eis que abrangem um conteúdo acidental ou complementar, não previsto originalmente na norma jurídica. Tais constatações, associadas à relevância do negócio jurídico que dispõe sobre o direito real, importam o reconhecimento do papel da autonomia privada e, de maneira simultânea, trazem à baila a preocupação quanto aos limites da sua atuação.

Seguindo esse raciocínio, faz-se mister ampliar a discussão relativa aos possíveis mecanismos de controle do exercício da autonomia privada com

---

<sup>353</sup> Tradução livre do original: “sobre los derechos reales sobre cosa ajena” (**Idem**, p. 182).

<sup>354</sup> **Idem**, p. 182-183.

vistas a evitar a criação de situações que, escondidas sob as vestes das denominações usuais, estão a violar o ordenamento e seus princípios fundamentais<sup>356</sup>. E as cláusulas gerais constituem um instrumento fundamental nessa empresa.

As cláusulas gerais, segundo Claus-Wilhelm CANARIS, são normas jurídicas que, pela sua natureza, carecem de preenchimento valorativo<sup>357</sup>. Elas, em si, não oferecem todos os critérios necessários para sua concretização, os quais somente podem ser determinados com referência a uma situação particular. Nesse sentido, o Código, por vezes, faz com que uma decisão jurídica dependa não de uma descrição taxativa de hipóteses ligadas a uma consequência pré-estabelecida, mas de um juízo de valor realizado pelo operador do direito.

As cláusulas gerais, portanto, representam um ponto de apoio para a formação da norma no caso concreto, podendo ser visualizadas sob duas perspectivas. Do ponto de vista formal, são apenas instrumentos, pois não oferecem uma solução à situação apresentada ao Poder Judiciário, exigindo uma valoração por parte do intérprete<sup>358</sup>. Do ponto de vista material, porém, as cláusulas gerais são caracterizadas como verdadeiros “pontos de erupção da eqüidade”<sup>359</sup> no ordenamento jurídico.

Para alcançar seu propósito, as cláusulas gerais são elaboradas por meio da formulação de uma hipótese legal em termos de grande generalidade, submetendo a seu domínio jurídico uma vasta gama de casos. Isso acontece, em parte, pela linguagem utilizada na sua elaboração, como adverte Judith MARTINS-COSTA:

A cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida”

---

<sup>355</sup> *Idem*, p. 186-187.

<sup>356</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 135.

<sup>357</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de Antônio Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002, p. 142.

<sup>358</sup> Sobre o assunto, adverte José de Oliveira ASCENSÃO: “A cláusula geral não permite por si chegar à solução material da situação. Neste sentido – e só neste sentido – a cláusula geral é formal” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 28, out/dez 2006, Rio de Janeiro, Padma, p. 80).

<sup>359</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Op. Cit.**, p. 142.

ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico<sup>360</sup>.

Todavia, muito embora as cláusulas gerais utilizem uma linguagem propositadamente aberta, não se confundem com a categoria dos conceitos indeterminados. Aliás, é preciso vencer essa dificuldade terminológica, pois não raro a doutrina confunde essas noções. Determinar o significado próprio das cláusulas gerais contribui para a compreensão da forma pela qual o operador do direito deve utilizá-las.

Nesse diapasão, Karl ENGLISH afirma ser possível conceber “uma cláusula geral que em certa medida (!) seria determinada”<sup>361</sup>. A tentativa de determinar um padrão “conteudístico” é uma constante nas cláusulas gerais<sup>362</sup>. Por outro lado, um conceito indeterminado pode ter sua aplicação limitada pelo legislador a casos específicos, não abrangendo uma multiplicidade de situações. Esse último fator, como é de conhecimento geral, representa a nota distintiva da técnica legislativa presente nas cláusulas gerais.

Além disso, no caso das cláusulas gerais é comum que o legislador deixe em aberto os efeitos decorrentes da sua aplicação ao caso concreto, bem como a graduação dos mesmos. Desse modo, como ensina André Pinto da Rocha Osório GONDINHO, remete-se “as conseqüências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas, para posterior preenchimento por via judicial”<sup>363</sup>. Já na hipótese dos conceitos indeterminados, a solução está, por assim dizer, pré-

---

<sup>360</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 753, jul., 1998, p. 29.

<sup>361</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 233.

<sup>362</sup> Nesse diapasão, pode-se mencionar a objetivação da boa-fé por meio da especificação de suas três funções: (i) *adjuvandi*, como critério interpretativo; (ii) *supplendi*, como fonte de deveres anexos; e (iii) *corrigendi*, como limite ao exercício de direitos. Ver: AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva os contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol 1, jan/mar, 2000, p. 07.

<sup>363</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol 2, abr/jun, 2000, p. 12.

determinada. Basta ao juiz verificar a coincidência ou não entre o modelo normativo e o acontecimento real<sup>364</sup>.

É possível afirmar, grosso modo, que o conceito indeterminado demanda que o juiz proceda uma subsunção entre os fatos e a moldura normativa, ao passo que as cláusulas gerais exigem o preenchimento valorativo, próprio da criação do direito<sup>365</sup>. Não obstante, deve-se sempre ter em mente a lição de José de Oliveira ASCENSÃO no sentido de que: “valorativo não equivale a subjetivo”<sup>366</sup>. O recurso às cláusulas gerais pressupõe um momento racional, de argumentação, em que o magistrado deve justificar seu manejo.

Para tanto, o juiz deve estar familiarizado com as cláusulas gerais. A fundamentação é essencial no cumprimento dessa tarefa. E cada cláusula geral tem um conteúdo próprio que é preciso captar devidamente. Só a fixação precisa do seu conteúdo evita que a cláusula geral se torne um mero artefato lingüístico. Aprofundada e racionalizada, a técnica das cláusulas gerais permite a substituição da segurança jurídica formal, obtida pelas soluções legais taxativas, pela segurança jurídica material, que permite chegar a soluções corretas e eticamente fundamentadas, com base nos valores constitucionais<sup>367</sup>.

Logo, as cláusulas gerais não apenas tornam possível controlar um vasto grupo de situações, como, em razão da sua potencial variabilidade, permitem o constante e dialético fluir de princípios constitucionais nas relações privadas. Por isso mesmo, constituem um ótimo instrumento para delimitação de

---

<sup>364</sup> Tem como exemplo de conceito indeterminado a alínea “d”, inciso II, artigo 61, do Código Penal, que estabelece o agravamento da pena a ser aplicada ao réu caso o crime tenha sido cometido com emprego de “meio insidioso”. Isso nada tem a ver com as cláusulas gerais. Como informa José de Oliveira ASCENSÃO, são exemplos de cláusulas gerais: (i) boa-fé; (ii) função social; (iii) abuso de direito; (iv) proibidade; (v) onerosidade; (vi) ordem pública etc (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas gerais e segurança jurídica...**, p. 79).

<sup>365</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Codificação e cláusulas gerais...**, p. 11-12.

<sup>366</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas gerais e segurança jurídica...**, p. 79.

<sup>367</sup> Na acepção de André Pinto da Rocha Osório GONDINHO: “a cláusula geral contemporânea caracteriza-se pela definição analítica e precisa por parte do legislador do valor que deve presidir a utilização do modelo geral. Valor esse que, necessariamente, será encontrado no texto constitucional, no primado da pessoa humana. Nossa ordem constitucional, como é consabido, tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana, o que significa que todo o direito deve ser construído, seja por via legislativa, seja por concreção judicial, sobre essa noção. O preceito constitucional deve ser uma diretriz ao legislador ordinário, mas também ao operador que utilizá-lo como normativa para aplicação da regra ordinária, seja um modelo casuísta, seja

critérios que venham a balizar a intervenção da autonomia privada nas relações jurídicas reais, fazendo com que a atuação dos sujeitos de direito não se afaste dos valores recepcionados pela Lei Fundamental.

### **Subseção I – Função social da propriedade**

A Constituição brasileira de 05 de outubro de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito de uma ampla reforma de ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista<sup>368</sup>. Fruto de um compromisso histórico oriundo do rompimento com o regime autoritário, o Texto Constitucional inclui a propriedade privada entre os alicerces da ordem econômica, disciplinando, igualmente, a função social da propriedade, porém essa considerada de maneira autônoma.

Dessa forma, sempre que a Constituição reconhece o direito de propriedade, atribui a ele, logo em seguida, uma função social. Assim ocorre no capítulo atinente aos direitos fundamentais quando, no inciso XXII, do artigo 5º, afirma categoricamente que “é garantido o direito de propriedade”, para, no inciso subsequente, determinar que “a propriedade atenderá a sua função social”. Também no capítulo que estabelece a disciplina da ordem econômica e financeira, são reconhecidos como princípios gerais para o desenvolvimento de tais atividades a propriedade privada (inciso II, do artigo 170) e sua correlata função social (inciso III, do artigo 170).

O conceito de propriedade, portanto, vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista<sup>369</sup>. Isso significa que, se a propriedade tem uma função, que é social, seu exercício deve ser protegido não no interesse do particular, mas no interesse coletivo. E, desde então, o resguardo da titularidade

---

uma cláusula geral” (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Codificação e cláusulas gerais...**, p. 19).

<sup>368</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 268.

<sup>369</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada...**, p. 274.

implica respeito às situações não-proprietárias, como meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da família, relações de trabalho etc.<sup>370</sup>

A Lei Fundamental, destarte, vincula a tutela da propriedade ao cumprimento da função social. Todavia, muito embora a Constituição estabeleça critérios diretivos<sup>371</sup>, não é possível determinar em abstrato o modo pelo qual o bem cumpre sua função social em todas as possíveis situações verificadas na realidade. Isso porque a disciplina jurídica do bem depende do papel por ele desempenhado na relação jurídica concreta<sup>372</sup>. Somente mediante uma análise do vínculo jurídico que une titular e bem, somada ao exame dos interesses não-proprietários incidentes sobre a situação, torna-se possível aferir o cumprimento da função social.

Daí se entender que a função social da propriedade, como instrumento capaz de abarcar uma multiplicidade de casos, pode ser visualizada sob a forma de cláusula geral, o que não significa negação do seu caráter principiológico<sup>373</sup>. Aliás, o enquadramento da função social da propriedade como cláusula geral não é desconhecido pela melhor doutrina. Segundo Francisco Eduardo LOUREIRO, “como cláusula geral, a função social tem uma ampla gama de destinatários: o titular da relação jurídica de propriedade, os terceiros não-proprietários, os titulares de contra-direitos, o legislador e o juiz”<sup>374</sup>.

---

<sup>370</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 141.

<sup>371</sup> “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

<sup>372</sup> MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**, Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 39.

<sup>373</sup> As cláusulas gerais, por vezes, contêm em seu bojo um princípio. É a lição de André Pinto da Rocha Osório GONDINHO: “A flexibilidade e a mobilidade das cláusulas gerais decorre, portanto, da sua característica de, não raro, conter, em seu enunciado, princípios jurídicos. Alguns doutrinadores, inclusive, defendem a perspectiva de equiparação entre os princípios e as cláusulas gerais. Somos da opinião que as cláusulas gerais podem inclusive consubstanciar um princípio, mas não são necessariamente princípios, pois esses não precisam estar positivados para serem válidos e eficazes” (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Codificação e cláusulas gerais...**, p. 10).

<sup>374</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116.

Em razão do seu caráter aberto, o conteúdo da função social pode muito bem servir de critério para a atuação dos particulares sobre as relações jurídicas reais. Nesse sentido, as disposições provenientes da autonomia privada devem ser admitidas apenas como um instrumento voltado a promover e garantir os valores sobre os quais se funda o ordenamento<sup>375</sup>. Não é possível utilizar esse espaço de liberdade para o estabelecimento de situações reais que prejudiquem interesses de terceiros.

Portanto, complementando o conteúdo da propriedade privada e afastando a possibilidade de que essa seja utilizada com o intuito de agredir outras situações jurídicas, a função social assume posição de destaque. Evita a criação ou modelação de um direito real com a finalidade frustrar interesse alheio, compatibilizando, via de consequência, o exercício da autonomia privada e os valores resguardados pelo ordenamento.

## **Subseção II – Abuso do direito**

Os primeiros lineamentos do que se poderia denominar “teoria do abuso do direito” foram formulados no âmbito dos direitos reais, mais especificamente, com o intuito de limitar o direito de propriedade, para, somente depois, expandir-se para a seara dos direitos obrigacionais<sup>376</sup>. Por isso mesmo, o estudo do abuso do direito pode fornecer um parâmetro seguro para o controle do exercício da autonomia privada sobre os direitos reais.

Com efeito, a análise das raízes históricas do tema em questão indica que a categoria do “abuso”, como princípio regulador do exercício do direito

---

<sup>375</sup> GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade...**, p. 144-147.

<sup>376</sup> Atualmente, cogita-se da sua aplicação até mesmo nas relações extrapatrimoniais, em especial nos casos em que o suposto pai nega a se submeter ao exame de DNA: “Nessa perspectiva, o abuso de direito tem lugar principalmente quando o poder familiar é utilizado em benefício próprio do titular e não no da criança, ou de qualquer forma quando não atenda aos interesses do menor. Está-se, assim, contrariando o valor que a norma busca tutelar, qual seja, o interesse da criança, em atenção a interesse que o ordenamento reputa, neste caso, desmerecedor de tutela: o dos pais” (CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105).

subjetivo, foi cogitada primeiramente na França do século XIX<sup>377</sup>. Alguns julgados dessa época são comumente citados por autores que tratam do tema. Nesse contexto, em 1808 o dono de uma oficina foi condenado pelas evaporações desagradáveis que provocava na produção de chapéus. Em 1853, um juiz determinou a destruição de uma chaminé construída com o único intuito de fazer sombra sobre o terreno do vizinho<sup>378</sup>.

Todavia, foi somente em 1912, com o caso Celement BAYARD, que a teoria do abuso do direito tornou-se amplamente conhecida. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrizavam. A Corte de Cassação francesa considerou abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário<sup>379</sup>.

Percebe-se, desse modo, que o abuso do direito é um instituto relacionado aos excessos do *laissez-faire*, sobretudo no setor econômico. A postura abstencionista do Estado Liberal permitiu que houvesse abusos no exercício dos direitos, em especial no âmbito do direito de propriedade, em que, tradicionalmente, sempre foi atribuída maior liberdade ao seu titular. E contra os excessos causados pela política liberalista, os tribunais franceses passaram a adotar uma postura mais rígida quanto à valoração do exercício da situação jurídica pelo seu titular.<sup>380</sup>

---

<sup>377</sup> Sem embargo, alguns traços do instituto podem ser identificados no direito romano: “Já os romanos haviam verificado que o exercício de um direito subjetivo, tal qual previsto no ordenamento positivo, pode, muitas vezes, contrariar a própria finalidade, a própria função daquele direito e a idéia de direito como um todo. Não era outro o sentido da conhecida expressão *summum jus, summa injuria*” (TEPEDINO, G.; BARBOSA, H. H.; MORAES, M. C. B. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Vol 1, p. 341). Da mesma forma, o medievo também ofereceu sua contribuição para que o instituto nascesse: “As limitações do direito romano foram estendidas na Idade Média, especialmente o campo da vizinhança, dando origem à teoria da *aemulatio*. Esta idéia ainda não se conformava com o que hoje se entende por abuso de direito, mas dela se originou a teoria que viria a ser adotada em sede jurisprudencial na França do séc. XIX” (CARDOSO, Vladimir Mucury. **Op. Cit.**, p. 63-64).

<sup>378</sup> **Idem**, p. 64-65.

<sup>379</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In.: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-378.

<sup>380</sup> LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. **Revista de Processo**, n.122, ano 30, abril. 2005, p. 95.

O abuso ocorre quando um sujeito pratica um ato que excede os limites do exercício do direito<sup>381</sup>, sendo esses fixados por seu fundamento axiológico. Como assinala Heloísa CARPENA, “o abuso ocorre no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o próprio direito subjetivo”<sup>382</sup>. Tem-se, com isso, que a finalidade social do direito subjetivo não é estranha a sua estrutura, mas elemento que a integra<sup>383</sup>.

O instituto, portanto, está associado à deturpação do direito, em razão do desvio da sua finalidade social ou econômica, ou da sua incompatibilidade com a equidade, com a boa-fé ou mesmo com o princípio da proporcionalidade. Configura-se por meio do ato praticado com excesso, mas cuja aparência é de ato lícito, pois assente no direito exercido.

No Código Civil de 2002, a figura do abuso do direito foi recepcionada no artigo 187<sup>384</sup>. A redação do dispositivo não observou a melhor técnica legislativa e merece críticas. Em especial, cumpre registrar que o Código persiste no equívoco de não considerar o abuso do direito como categoria autônoma, insistindo em catalogá-lo como espécie de ato ilícito. Todavia, o ato ilícito e o ato abusivo diferenciam-se pela natureza da violação a que se referem.

No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal. Pressupõe-se, então, que esse contenha previsão daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício do seu direito. Todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento desse mesmo direito pelo

---

<sup>381</sup> Para Clóvis BEVILÁQUA, o abuso de direito “é o fenômeno conhecido por doutos e indoutos, pelos que elaboram construções jurídicas e pelos que se revoltam contra a maldade mascarada sob as vestes do direito, que de instrumento de equilíbrio das atividades sociais vem a transformar-se em arma ofensiva”. **Apud.**: MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso de direito e o ato ilícito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 27.

<sup>382</sup> CARPENA, Heloísa. **Op. Cit.**, p. 380.

<sup>383</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Revonar, 2002, p. 407.

<sup>384</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. No Código de 1916, o abuso de direito era reconhecido por meio de uma interpretação extensiva: “O Código Civil anterior, com efeito, previa o abuso do direito através de vias transversas, dispondo o dispositivo citado que ‘não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. Se não constitui ato ilícito o

ordenamento como um todo. Diz-se, em razão do explicitado, que no ilícito há violação dos limites lógico-formais externos do direito, ao passo que o abuso contempla a violação axiológico-material interna do direito<sup>385</sup>.

Outro aspecto que não resta claro na redação do artigo 187 do Código Civil diz respeito ao elemento intencional. Deve ele estar presente para caracterização do abuso do direito? Os que defendem ser necessário verificar se o agente tem ou não a intenção de prejudicar alguém compõem a chamada teoria subjetivista; os que preconizam estar dispensada a análise do elemento intencional, limitando a constatação do abuso ao desvio da finalidade do instituto jurídico exercitado, compreendem a teoria objetivista.

Prevalece, hodiernamente, a corrente objetivista<sup>386</sup>. A adoção da teoria subjetivista implicaria o retorno à idéia dos atos emulativos. De origem medieval, a emulação a terceiro é representada pela utilização do direito subjetivo com o propósito de prejudicar terceiro, destacando-se dois elementos: a intenção e o prejuízo<sup>387</sup>. Ademais, a aferição do elemento psicológico aproxima o abuso do direito da noção de ato ilícito, eis que essa última categoria, numa visão tradicional, está associada à culpa.

Logo, a melhor compreensão do abuso do direito leva ao entendimento de que sua caracterização deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, está adstrita tão-somente à verificação da desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento<sup>388</sup>. Tal proposição reconhece que é impossível estabelecer de antemão todos os limites

---

exercício regular de um direito, o será, *a contrario sensu*, o exercício irregular, diga-se, abusivo do direito" (CARDOSO, Vladimir Mucury. **Op. Cit.**, p. 74).

<sup>385</sup> CARPENA, Heloísa. **Op. Cit.**, p. 381.

<sup>386</sup> Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

<sup>387</sup> Todavia, há quem, ainda hoje, sustente esta posição: "O verdadeiro conteúdo do abuso do direito são os atos emulativos, que se encontram na origem histórica do instituto – como concluímos no estudo atrás referido. São aqueles atos que estão formalmente incluídos no conteúdo do direito mas que se exercem apenas ou primariamente para prejudicar outrem, não para proveito do próprio agente" (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas gerais e segurança jurídica...**, p. 90).

<sup>388</sup> TEPEDINO, G.; BARBOSA, H. H.; MORAES, M. C. B. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Vol 1, p. 342.

ao exercício dos direitos subjetivos, estatuidando uma cláusula geral com o propósito de coibir condutas anti-sociais.

Isso serve de ponto de apoio para o controle da autonomia privada em matéria de direitos reais. Nesse sentido, a criação ou modelação do direito real pode dar azo a situações jurídicas que, exercidas de forma abusiva, perdem sua finalidade. A prerrogativa, conferida ao sujeito de direito de maneira lícita, torna-se abusiva no momento em que é exercitada anormalmente, de forma a chocar-se com o valor que lhe serve de fundamento. O novo vínculo real, fruto da intervenção da autonomia privada, é lícito, porém a maneira pela qual foi utilizado é repudiada pela ordem constitucional<sup>389</sup>.

### **Subseção III – Boa-fé objetiva**

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078 de 11.09.90) a expressão boa-fé era utilizada pelos tribunais brasileiros exclusivamente na sua acepção subjetiva. A boa-fé, como ensinam Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER, era apreendida como estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia<sup>390</sup>. Era também esse o sentido com que o Código Civil de 1916 caracterizava algumas situações subjetivas, como, por exemplo, o possuidor de boa-fé, isto é, aquele que não tem consciência de um obstáculo que impede a aquisição do domínio<sup>391</sup>.

Foi com o Código de Defesa do Consumidor (artigos 4º<sup>392</sup> e 51<sup>393</sup>) que o conceito de boa-fé, na jurisprudência brasileira, adquiriu novos contornos,

---

<sup>389</sup> Imagine-se o exemplo de uma servidão convencional em que, num determinado momento, o titular do prédio dominante passa a exercer suas prerrogativas de maneira abusiva. Nesse sentido, a jurisprudência registra que constitui abuso do direito o ato pelo qual o dono de fonte desvia e desperdiça água, prejudicando os proprietários dos prédios inferiores (TJ/RJ, 18ª C.C., Ap. Cív n.º 200000117177, Rel. Des. Jorge Luiz Haibib, julg. 05.12.2000).

<sup>390</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29.

<sup>391</sup> **Idem**, p. 30.

<sup>392</sup> "Art. 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência\* e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do

desvinculados da crença ou suposição pessoal de estar agindo conforme o direito, exigindo agora comportamentos objetivos, adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração<sup>394</sup>.

Ocorre, entretanto, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva foi, na prática jurisprudencial, empregada como instrumento de proteção do consumidor<sup>395</sup>. Ontologicamente, porém, não se trata de um preceito protetivo, mas de um padrão de conduta a que estão sujeitas ambas as partes. Com isso, os contratantes, em igual medida, subordinam-se a preceitos objetivos de lealdade e colaboração.

Portanto, os tribunais brasileiros, desconhecedores dos contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, atribuíram ao instituto finalidade e função que não eram suas, mas do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, se aquela invocação indiscriminada da boa-fé como referência ética genérica era inofensiva nas relações de consumo, torna-se “perigosa nas relações paritárias, nas quais não há uma definição apriorística de que parte se deve proteger”<sup>396</sup>.

Assim, a doutrina procurou delimitar os contornos conceituais da boa-fé objetiva. Estabeleceu-se uma tríplice função para o referido princípio que

---

consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

<sup>393</sup> “Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

<sup>394</sup> É o que anota Teresa NEGREIROS: “A boa-fé contratual, como se sabe, ingressa no nosso ordenamento jurídico no âmbito das relações contratuais de consumo, em 1990 (art. 4º, III, e arti. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor)” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 222). De outra parte, como esclarece Paulo NALIN, a eleição da boa-fé objetiva como regra de avaliação do comportamento dos sujeitos de direito encerra a fase subjetivista da interpretação das declarações de vontade envolvidas, consubstanciada no artigo 85 do Código Civil: “nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem” (NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 126).

<sup>395</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Op. Cit.**, p. 33.

<sup>396</sup> **Idem, ibidem**. Todo raciocínio delineado nesse parágrafo e no parágrafo precedente toma por base o artigo “A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil” de Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER.

poderia atuar no caso concreto como **(i)** cânone hermenêutico-integrativo (função *adjuvandi*); **(ii)** fonte criadora de deveres jurídicos anexos ou acessórios (função *supplendi*); e **(iii)** como limite ao exercício abusivo de direitos subjetivos contratuais (função *corrigendi*)<sup>397</sup>. A boa-fé se estende da fase pré-contratual à fase pós-contratual, criando deveres para as partes, como o de informar, o de guardar sigilo, o de colaborar com o outro contratante etc.

Isso, todavia, não importa o afastamento da idéia geral da boa-fé como um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico”<sup>398</sup>, ao qual cada pessoa deve ajustar sua própria conduta, “obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”<sup>399</sup>. A boa-fé objetiva, nesse contexto, é apreendida como um dever de lisura, o que, para Judith MARTINS-COSTA, remonta sua própria origem legislativa, mais especificamente, o § 242 do BGB<sup>400</sup>. Entendida como um padrão objetivo de conduta, a boa-fé baseia-se no que faria o homem consciente de que faz parte de um conjunto social<sup>401</sup>.

Acredita-se, em razão de todo o exposto, que a boa-fé objetiva é uma norma de proteção voltada para sistemas abertos, como é o caso da seara

---

<sup>397</sup> Para alguns, essa tríplice função decorre da lei. A boa-fé como cânone hermenêutico integrativo estaria prevista no artigo 113 do Código Civil: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A boa-fé como fonte geradora de deveres anexos estaria prevista no artigo 422 do Código Civil: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A boa-fé como limite ao exercício abusivo de posições jurídicas estaria prevista no artigo 187 do Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (NEGREIROS, Teresa. **Op. Cit.**, p. 222-223).

<sup>398</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica da relação obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

<sup>399</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...**, p. 411.

<sup>400</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...**, p. 411.

<sup>401</sup> Paulo NALIN defende a possibilidade da aplicação subjetiva da boa-fé objetiva. Sustenta o autor que a boa-fé, calcada no *standard* do homem médio, é de identificação quase impossível em um país marcado pela diversidade cultural e pelas desigualdades sociais, como é o caso do Brasil. Esclarece, então, que “o homem médio da sociedade brasileira, certamente não é o mesmo descrito pelo sistema germânico e, tampouco, o concebido pelo *common law*, que pode, inclusive, naqueles países de Primeiro Mundo, ser fruto da mesma classe social que do julgador. Nosso homem médio, por outro lado, é um sujeito inidentificável, ante as flagrantes distorções de um sistema econômico que nos lança no rol dos países com a pior distribuição de renda do mundo” (NALIN, Paulo. **Op. Cit.**, p. 131). A aplicação do princípio da boa-fé, portanto, deveria levar em conta as circunstâncias do caso concreto, bem como o contexto econômico-social em que os titulares do direito subjetivo estão inseridos, sob pena de colocar por terra todo seu potencial inovador.

dos direitos reais. Como mecanismo de controle do exercício da autonomia privada na criação ou modelação dos tipos reais, a boa-fé permite o estabelecimento de “outros deveres não expressos na relação de subsunção entre a situação fática e hipótese legal”.<sup>402</sup> Ou seja, sua generalidade faz com que se constitua num “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>403</sup>

Por derradeiro, o simples fato de ser uma categoria tradicionalmente estudada no campo dos direitos obrigacionais não obsta sua aplicação como parâmetro para imposição de limites à atuação da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Lembre-se, ademais, que a idéia de tipicidade causal confere grande importância ao negócio jurídico gerador do vínculo real.

De outra parte, mesmo após a criação ou modelação do direito real, o exercício da titularidade encontra limites que podem não estar previstos no seu ato gerador ou mesmo, de maneira explícita, na lei. Em especial, pode-se mencionar um dever genérico de cuidado com o bem nos direitos reais que implicam inversão da posse. Aquele que, por força do direito real, detém a posse do bem, mantém em relação ao nu proprietário um dever de cuidar da coisa como se sua fosse, impedindo, desse modo, a deterioração do suporte material do direito<sup>404</sup>.

Como visto, o atual prestígio da boa-fé objetiva decorre da compreensão do sentido complexo da situação jurídica, isto é, da pluralidade de deveres incidentes sobre a posição ocupada por um sujeito de direito. Alguns desses deveres são fruto do exercício da autonomia privada no campo dos direitos reais.

---

<sup>402</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...**, p. 393.

<sup>403</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...**, p. 382.

<sup>404</sup> Aliás, o próprio Código Civil abre espaço para a aplicação deste princípio quando, por exemplo, determina em seu artigo 1.410, inciso VII, que, o usufruto se extingue quando: “por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395”.

Todavia, outros deveres decorrem da lei ou de valores incorporados ao ordenamento, podendo apenas ser identificados no caso concreto, a partir da posição jurídica ocupada pelo titular do direito real. Para compreender melhor essa realidade, faz-se mister estudar a teoria da situação jurídica, que será objeto de considerações no próximo capítulo.

#### ***CAPÍTULO QUARTO – REFLEXÕES DIRECIONADAS À COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE COMO SITUAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA***

Partindo-se do pressuposto de que a liberdade individual pode criar vínculos e direitos reais, questiona-se, nesse capítulo, como se formam as obrigações e garantias que decorrem do próprio estatuto proprietário, utilizando, para tanto, a categoria da situação jurídica. Assim, analisar-se-á, primeiramente, as noções de direito subjetivo e relação jurídica, bem como as críticas que sofrem, abrindo ensejo, então, ao estudo da situação jurídica. Num momento posterior, o objeto de estudo será a própria teoria da situação jurídica, trabalhada num exame dos autores que lhe deram importância (histórica e dogmática) para, mais tarde, definir sua estrutura e iter formacional. Por derradeiro, o leitor terá contato com um espaço dedicado a explicitar quais as vantagens da compreensão da propriedade como situação jurídica complexa.

#### **Seção I – Preliminares: direito subjetivo e relação jurídica**

Nova e, no entanto, velha; revolucionária, porém, tradicional<sup>405</sup>, a teoria da situação jurídica é capaz de operar uma travessia conceitual que impele

---

<sup>405</sup> COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional** (situação, relação e obrigação em direito). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 05. No mesmo sentido, muito embora demonstrando um apego à tradição romanística e à ciência jurídica do qual se discorda, assevera Torquato CASTRO: “Esquecida disso, a civilística desnudou o seu desvairamento, a perda de seus próprios fundamentos científicos. Esqueceu-se, assim, da velha lição da causa romana, que no

o estudioso do Direito a rever as categorias fundamentais do Direito Civil. Desse modo, uma reflexão preliminar sobre as noções de direito subjetivo e relação jurídica tem a utilidade de constituir uma introdução ao estudo das situações jurídicas. Perceber que os problemas centrais dos institutos acima referidos demandam noções que se fazem presentes na teoria da situação jurídica significa estabelecer uma ponte entre o arcabouço conceitual vigente e aquele em construção. Tal objetivo é perseguido nos itens subseqüentes.

### **Subseção I – Direito subjetivo**

A relevância do debate em torno da categoria direito subjetivo decorre da sua importância crucial para o Direito como um todo<sup>406</sup>. Não apenas essa categoria tem presença marcante nos planos teórico e prático do Direito, como sua construção histórica indica a maneira pela qual a cultura jurídica relaciona-se com os valores vigentes na sociedade<sup>407</sup>. Nesse sentido, a definição atribuída à idéia de direito subjetivo já esteve ligada ao primado da vontade durante o ápice do individualismo para, mais tarde, auxiliar nas primeiras tentativas de se visualizar o fenômeno jurídico sob um ponto de vista teleológico<sup>408</sup>.

---

fato gerador residia. (...) E esqueceu-se, com isso, da regra genérica erigida pelos romanos, tanto no direito civil, como no processo civil, pela qual a especificidade das situações jurídicas estava diretamente na dependência da especificidade da situação de fato” (CASTRO, Torquato. No prefácio da obra acima referida – “A relação jurídica obrigacional” de Olímpio COSTA JÚNIOR).

<sup>406</sup> Assevera António Menezes CORDEIRO: “O esquema historicamente mais conseguido para prosseguir tutelas normativas centra-se no direito subjetivo” (CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**, Vol I. Lisboa: AAFD, 1995, p. 30).

<sup>407</sup> “Deve ainda frisar-se que o debate em torno do conceito de direito subjetivo não releva, apenas, em termos de formulação lingüística adequada ou de construção teórica idônea: estão em jogo – como haverá oportunamente de verificar – vetores importantes de todo o pensamento jurídico civil, quer num prisma de elaboração signifiativo-ideológica, quer em termos que implicam projeções de ordem prática” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 147).

<sup>408</sup> É o que se infere da lição de PERLINGERI: “Contrapõem-se, tradicionalmente, duas definições de direito subjetivo: direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido. A disputa entre os defensores das duas teorias subteme diversas avaliações e diversas ideologias; nela se espelha a diversidade entre as concepções liberais e as primeiras tentativas de entender o direito de um ponto de vista teleológico” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 120).

Justifica-se, portanto, uma análise mais detalhada das diversas concepções de direito subjetivo. Evidentemente, a trajetória das reflexões sobre o direito subjetivo não é uniforme; bem ao contrário, ao longo do tempo, assume significados diversos. Ora impera uma preocupação com o aprimoramento da técnica jurídica, ora impera a ideologia que pesa sobre o direito. Não faltam, ainda, propostas conciliatórias que pretendem, no mais das vezes, solucionar problemas complexos de modo absurdo.

Pois bem, dentre os autores que influenciaram a construção da noção de direito subjetivo, Friedrich Carl Von SAVIGNY constitui o referencial teórico inicial. Profundamente sugestionado pelo jusnaturalismo, SAVIGNY é um autor fundamental para compreensão da categoria direito subjetivo, que define como “um poder reconhecido ao indivíduo pelo direito objetivo, a fim de lhe garantir um domínio onde a sua vontade reine independentemente de qualquer vontade alheia”<sup>409</sup>.

Para o autor alemão, a vontade constitui o fundamento dos direitos e das relações jurídicas, motivo pelo qual deveria ser posicionada no núcleo do sistema de Direito Civil. Nessa esteira, ao conceituar o direito subjetivo como poder da vontade, SAVIGNY reconhece um espaço de liberdade independentemente de qualquer outra vontade que não a do sujeito titular<sup>410</sup>. Essa concepção de direito subjetivo assenta-se num vetor significativo-ideológico, assumindo especificamente a finalidade de defesa do liberalismo<sup>411</sup>.

Muitas foram as críticas opostas à concepção de direito subjetivo como poder da vontade: **(i)** a primeira, de ordem técnica, diz respeito ao fato de que a manifestação da vontade não é um requisito necessário para a existência do

---

<sup>409</sup> **Apud:** EDELMAN, Bernard. **O Direito Captado pela Fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976, p. 30.

<sup>410</sup> Subscrevendo o direito subjetivo como o primado da vontade, SAVIGNY refutou a categoria dos direitos personalíssimos. Afirmava-se, em síntese, que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia ser, ao mesmo tempo, considerada como objeto deles (TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In.: **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24). Logo, não é difícil entender porque, ao vislumbrar a possibilidade dogmática de construir uma categoria decalcada do direito de propriedade (nos moldes do *ius fruendi, utendi et abutendi*), SAVIGNY concluiu que esta somente traria inúmeros inconvenientes, dentre os quais a legitimação do suicídio e da automutilação.

<sup>411</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 149.

direito subjetivo, como ocorre, por exemplo, quando o titular não pode exprimir sua vontade em relação a uma situação por desconhecer a realidade que lhe confere o direito (caso de um direito adquirido por sorteio); **(ii)** a segunda, está ligada à idéia de que, em sendo o Direito uma realidade sócio-cultural, não se pode fundamentá-lo exclusivamente na manifestação volitiva da pessoa, pois não há correspondência entre o dogma da vontade e a condição humana<sup>412</sup>.

Às teorizações de SAVIGNY contrapõe-se de forma explícita a pandectística de Rudolf Von IHERING. Na concepção de direito subjetivo formulada por IHERING, destaca-se a preocupação com a finalidade do instituto. Nesse diapasão, não é a vontade o aporte substancial da noção, mas sim o aproveitamento dos bens. O direito subjetivo possuiria escopo relacionado à garantia do aproveitamento dos bens com segurança jurídica. No núcleo do conceito estaria a noção de interesse, consoante resta evidente a partir de seu próprio enunciado: “direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos”<sup>413</sup>.

Trata-se, portanto, de uma formulação simples e direta: direito subjetivo = interesse + proteção jurídica. O direito subjetivo, na perspectiva em exame, confere tutela jurídica à proteção de um interesse do seu titular. E, para a adequada compreensão da noção de interesse, sempre presente no pensamento de IHERING, é preciso distinguir dois sentidos: **(i)** o objetivo, que exprime a aptidão de certos bens para a satisfação de determinadas necessidades; e **(ii)** o subjetivo, que traduz a relação de índole psicológica estabelecida entre o sujeito e os bens por ele desejados<sup>414/415</sup>.

---

<sup>412</sup> Sustenta Vladimir Mucury CARDOSO que: “A vontade não é suficiente para configurar o direito subjetivo, na medida em que este poderia muito bem existir independentemente daquela – tal como no caso dos direitos assegurados aos incapazes (desprovidos, pois, de vontade no mundo jurídico) e aos que deles não têm consciência” (CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81).

<sup>413</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil...**, p. 38.

<sup>414</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 152.

<sup>415</sup> Tal formulação encontrou diversas dificuldades para ser aplicada à seara dos direitos personalíssimos, pois se ressentia de uma preocupação exasperada em buscar um objeto do direito que é externo ao sujeito, tomando como referência a dogmática construída para os direitos patrimoniais. Em outras palavras, a própria validade da categoria direitos personalíssimos dependeria da individuação de um bem jurídico – elemento objetivo da relação jurídica – que não se confundisse com a pessoa humana – elemento subjetivo da relação jurídica – já que as

Contra a concepção de IHERING argumentou-se que não existe uma perfeita identificação entre as noções de direito subjetivo e interesse, podendo-se, perfeitamente, observar a proteção de interesses sem que seja necessária a formação de direitos subjetivos. Situam-se nessa condição os chamados interesses reflexamente protegidos como, por exemplo, o interesse de cada cidadão à correta vacinação dos demais. Além disso, em suas teorizações, IHERING sublinhou a finalidade do direito subjetivo, porém olvidou da sua substância<sup>416</sup>.

Frente ao debate traçado pelas concepções que, por um lado, consideram a vontade como núcleo da noção de direito subjetivo e aquelas que, por outro lado, fundamentam-na no interesse, não foram raras as tentativas de conciliação entre as perspectivas com vistas à realização de uma síntese. A idéia está presente nas teorizações de REGELSBERGER, para quem o direito subjetivo “existe quando a ordem jurídica faculta à pessoa a realização de um escopo reconhecido (= interesse protegido) e lhe reconhece, para isso, um poder jurídico (= poder da vontade)”<sup>417</sup>.

Todavia, como anota António Menezes CORDEIRO, REGELSBERGER não realizou, efetivamente, uma síntese entre as diferentes concepções, mas tão-somente uma justaposição que se sujeita às críticas já realizadas tanto ao pensamento de SAVIGNY quanto de IHERING. Uma verdadeira síntese deve ser apta a dissolver as propostas precedentes em uma nova com condições de superá-las, o que não foi levado a efeito. A proposta de REGELSBERGER representa um compromisso lingüístico com os autores anteriores e não uma análise crítica das suas proposições<sup>418</sup>.

Um novo debate acerca da noção de direito subjetivo ocorre apenas com o término da Segunda Guerra Mundial, fruto da estupefação que tomou conta

---

utilidades sobre as quais incidem os interesses patrimoniais do indivíduo, em particular no direito dominical, lhe são sempre exteriores (TEPEDINO, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 30-31)

<sup>416</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 152-153. No mesmo sentido Manuel A. Domingues de ANDRADE: “Uma coisa é o direito subjectivo em si mesmo e outra coisa é a razão por que, ou o fim em vista do qual, a lei atribui esse direito, ou seja, o interesse para cuja prevalência tal direito foi concedido” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, Vol I – Sujeitos e Objeto. Coimbra: Almedina, 1997, p. 08).

<sup>417</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 154.

da humanidade em face do conhecimento dos horrores nazistas. As Constituições do pós-guerra caracterizam-se pelo compromisso político de proteção à pessoa humana, visando a suprir a lacuna existente nos Códigos do final do século XIX e início do século XX. Dessa forma, a figura do direito subjetivo recebeu uma reformulação, tornando-se instrumento de proteção da personalidade<sup>419</sup>.

No entanto, repensar a categoria do direito subjetivo não poderia prescindir do seu significado ideológico-cultural. A noção de direito subjetivo foi construída em meio a um processo histórico de defesa da liberdade. Todavia, não é mais possível defender a liberdade tal qual concebida na Modernidade. A reavaliação desse conceito inicia pelo estabelecimento da sua ligação com os deveres de cooperação, participação e responsabilidade, ínsitos ao viver em sociedade.

Ao lado do conceito de liberdade negativa, entendida como ausência de obstáculos externos, foi paulatinamente reconhecida a idéia de liberdade positiva, que concebe a manifestação das pessoas como elemento de um projeto coletivo, partindo do pressuposto de que o indivíduo depende da comunidade, mas a comunidade também depende do desenvolvimento da personalidade dos indivíduos (da criação de autênticas identidades) para o seu caminhar<sup>420</sup>.

Deve-se, igualmente, ressaltar que a atualidade não abre espaço para a liberdade abstrata, baseada no livre arbítrio da sociedade burguesa. Ao contrário, o direito subjetivo fundamenta-se em uma liberdade concreta voltada ao gozo de vantagens determinadas<sup>421</sup>. Nesse sentido, António Menezes CORDEIRO propõe o seguinte conceito de direito subjetivo: “permissão normativa

---

<sup>418</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 154-155.

<sup>419</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In.: FACHIN, Luiz Edson (coordenação). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 34.

<sup>420</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição para o estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 163-165.

<sup>421</sup> Como assevera Sustenta Vladimir Mucury CARDOSO: “Busca-se assegurar a liberdade do homem, mas não uma liberdade abstrata e sim uma liberdade concreta, concernente ao desfrute de vantagem à afetação dos bens. Refere-se, pois, a uma liberdade real, sem deixar de considerar os limites dessa liberdade e, assim, dos poderes jurídicos colocados à disposição pelo ordenamento. Completa-se, deste modo, a idéia de liberdade com as noções de cooperação, de participação, de responsabilidade, enfim, de deveres imanentes” (CARDOSO, Vladimir Mucury. **Op. Cit.**, p. 82).

específica de aproveitamento de um bem”<sup>422</sup>. Em primeiro plano, destaca-se a noção de permissibilidade, isto é, o âmbito de liberdade concreta reconhecida ao sujeito. Contudo, abre-se uma ressalva para afirmar a existência de limites imanentes ao direito subjetivo, pois a trajetória que parte da permissão dirige-se aos deveres.

Há, contudo, quem discorde de António Menezes CORDEIRO. Criticando a formulação conceitual do autor em questão, José de Oliveira ASCENSÃO afirma que a referência à permissão normativa aparenta fundamentar-se, ainda, no plano das normas jurídicas e não no das posições jurídicas<sup>423</sup>. Dito de outro modo, ASCENSÃO pensa que António Menezes CORDEIRO não conferiu a atenção devida à categoria “posição jurídica”. Para ASCENSÃO, os direitos subjetivos seriam “a posição de vantagem resultante da afetação de meios jurídicos aos fins de pessoas”<sup>424</sup>. Evita-se, com isso, a utilização do termo “aproveitamento”, que ASCENSÃO reputa excessivamente vago, levando, na sua visão, ao esvaziamento de sentido da definição.

António Menezes CORDEIRO contesta tal crítica, defendendo que sua formulação conceitual permite qualificar o direito subjetivo como uma posição jurídica, ao contrário do que conclui ASCENSÃO. Em decorrência da aplicação de uma norma permissiva a uma pessoa, surgiria a posição jurídica do direito subjetivo. Sustenta, da mesma forma, que o termo “aproveitamento” não tem significado vago, representando o conteúdo concreto da permissão, ou seja, a disponibilidade que cabe ao titular. Nada obsta, contudo, que a palavra “aproveitamento” seja substituída, com vistas a melhor formulação técnica, pelo vocábulo “atuação”<sup>425</sup>.

Outro autor que proporciona notável avanço no debate acerca da noção de direito subjetivo é Pietro PERLINGIERI. Para o jurista italiano, as situações subjetivas estão inseridas num contexto de regulação jurídica mais amplo. Por isso, não é possível compreendê-las sem levar em conta o ambiente

---

<sup>422</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 166.

<sup>423</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 169.

<sup>424</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 169.

<sup>425</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 169-170.

no qual estão situadas. PERLINGIERI destaca que, em face da contextualização das situações subjetivas, não há como admitir uma precedência lógica entre direitos e deveres, pois ambos originam-se no mesmo momento. A atribuição de um direito acompanha-se necessariamente da fixação de limites e deveres, de modo que as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente<sup>426</sup>.

O professor da Universidade de Camerino defende, então, a necessidade de harmonização do direito subjetivo com o princípio da solidariedade<sup>427</sup>. Contrariando sua formulação tradicional, como expressão de um poder arbitrário, a noção de direito subjetivo é funcionalizada, sendo digna de tutela não pela conformação com o interesse do seu titular, mas, sobretudo, por atender (também) ao interesse da coletividade. Inserido num ambiente jurídico e social, o direito subjetivo “faz nascer uma situação jurídica complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações e ônus”<sup>428</sup>.

A longa trajetória percorrida pela noção de direito subjetivo comporta inúmeras observações que fogem à esfera dessa dissertação. Pode-se, contudo, realizar alguns apontamentos sobre a temática, buscando aproximá-la da diretiva central desse capítulo:

(i) o direito subjetivo não é apenas uma categoria jurídica, mas um elemento cultural da sociedade contemporânea. As pessoas acreditam que têm direitos, movimentando, inclusive, o aparato jurisdicional para defendê-los;

(ii) o grande problema das definições clássicas do direito subjetivo diz respeito ao fato de que somente se dá importância à posição do sujeito ativo, ignorando ou não vislumbrando qualquer “direito” na posição do sujeito passivo<sup>429</sup>.

---

<sup>426</sup> “O vício metodológico está na crença de que um interesse tutelado pelo ordenamento seja finalizado em si mesmo. Numa realidade na qual a atribuição de direitos acompanham deveres e obrigações, as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 120).

<sup>427</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. **Op. Cit.**, p. 83.

<sup>428</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 121.

<sup>429</sup> “Este último conceito (direito subjetivo) é fruto de uma filosofia que reduziu o direito a uma simples manifestação de liberdade individual – a um mero *posse* de ordem fática. Daí se explica que hoje somente se veja ‘direito’ na posição do sujeito ativo, titular do poder; não sendo jamais ‘direito’ a posição do sujeito passivo, sujeito no dever ou obrigação” (CASTRO, Torquato. No prefácio da obra: **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional** – estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985).

Falta, portanto, uma categoria que ligue os dois pólos dessa relação, evitando que o direito subjetivo seja visto como mera manifestação da liberdade individual;

(iii) os debates mais recentes sobre o direito subjetivo revelam a importância da noção de posição jurídica para conceituá-lo. A posição jurídica, contudo, faz parte de uma categoria mais ampla: a situação jurídica. É por meio do estudo da situação jurídica que se pode compreender como ocorre o posicionamento do sujeito frente a um objeto com vistas à produção de efeitos jurídicos.

Portanto, a compreensão contemporânea da noção de direito subjetivo pressupõe o conhecimento do arcabouço conceitual pertinente à teoria da situação jurídica.

## Subseção II – Relação jurídica

O direito subjetivo não foi o único alvo de questionamento nos últimos tempos. A relação jurídica também esteve na pauta das discussões atuais. É bem verdade que os dois institutos possuem íntima ligação, havendo quem afirme não existir direito subjetivo sem relação jurídica<sup>430</sup>. Diz-se, da mesma forma, que a teoria da relação jurídica implica uma teoria do direito subjetivo<sup>431</sup>.

Por outro lado, as definições tradicionais da relação jurídica inserem em seu conteúdo a noção do direito subjetivo. Desse modo, a relação jurídica teria como consequência a formação de um direito subjetivo. Isso pode ser percebido,

---

<sup>430</sup> É a opinião de Francisco AMARAL: “Assim, não há problema jurídico, por mais complicado que seja, que não se simplifique com a identificação das relações que o formam. Por outro lado, só existem direitos subjetivos, porque há sujeitos de direito, e estes só existem nas relações jurídicas” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164).

<sup>431</sup> Para Carlos Alberto da MOTA PINTO: “A teoria da norma jurídica civil é a teoria do direito objetivo e a teoria da relação jurídica é a teoria do direito subjetivo (estudo da estrutura e dos elementos deste), pois o lado ativo das relações jurídicas é integrado pelo direito subjetivo em sentido amplo (direitos subjetivos propriamente ditos e direitos potestativos)” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 25-26). E, ainda, no mesmo sentido, Manuel A. Domingues de ANDRADE: “A parte geral do direito civil compreende duas grandes teorias: – teoria geral do direito objetivo; – teoria geral da relação jurídica, que redundará no fim de contas – em certo sentido – numa teoria geral do direito subjetivo” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Op. Cit.**, p. 01).

por exemplo, no conceito de relação jurídica oferecido por Manuel A. Domingues de ANDRADE:

Relação jurídica – stricto sensu – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição à outra de um dever ou de uma sujeição<sup>432</sup>.

Decorrem também desse conceito os elementos estruturais ou conteúdo da relação jurídica. São eles: sujeitos, objeto, fato jurídico e garantia. Caso a relação jurídica fosse representada por uma linha reta, em seus pontos terminais estariam os sujeitos de direito. De outra parte, a relação incide necessariamente sobre um objeto e deriva de uma causa, um fato jurídico ao qual a lei atribui determinado efeito. Por fim, são estabelecidas sanções e meios coercitivos para realização do convencionado (pelas partes ou pela lei) na relação jurídica: é a garantia<sup>433</sup>.

Os sujeitos da relação jurídica são as pessoas entre as quais ela se estabelece; são os suportes dessa relação. Normalmente, figuram como sujeitos da relação jurídica os titulares de interesses contrapostos, assumindo posições ativas e passivas. Segundo a doutrina tradicional, a lei confere um direito subjetivo a um dos pólos da relação e um dever ou sujeição ao outro<sup>434</sup>. A existência de “sujeitos” (plural) nos extremos da relação jurídica indica a vocação personalista dessa teoria<sup>435</sup>, que busca vincular pessoas em sentido jurídico, pois, em termos

---

<sup>432</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Op. Cit.**, p. 02.

<sup>433</sup> **Idem**, p. 06.

<sup>434</sup> **Idem**, p. 19.

<sup>435</sup> Como anota Francisco AMARAL: “Para a concepção personalista, clássica, amplamente predominante, a relação jurídica é vínculo entre pessoas, contendo poderes e deveres. Resulta da incidência da norma jurídica sobre as relações sociais que se transformam, por isso mesmo, em vínculos normativos, nexos entre sujeitos de direito” (AMARAL, Francisco. **Op. Cit.**, p. 161). O autor, todavia, critica esse entendimento: “Melhor seria talvez visualizar a relação jurídica como vínculo não entre sujeitos, mas entre situações jurídicas, ou, melhor ainda, entre centros de interesses determinados, superando-se o elemento pessoal, não necessariamente presente, como ocorre, por exemplo, quando desaparece a pluralidade de sócios de uma sociedade e, decorrido certo período, não se reestabelece essa pluralidade” (**Idem**, p. 162).

dogmáticos, é a personalidade que define a possibilidade de adquirir direitos e obrigações<sup>436</sup>.

O objeto da relação jurídica é aquilo sobre o que incide o direito subjetivo<sup>437</sup>. É o objeto do direito, podendo ser representado pelas mais diversas realidades: uma pessoa, uma coisa, um produto intelectual etc. De modo geral, as obrigações recaem sobre determinados comportamentos, falando-se, a partir de então, num objeto imediato (comportamento) e num objeto mediato (coisa ou bem). O comportamento a que a prestação está adstrita poderá ser positivo (atividade) ou negativo (abstenção). Há casos, porém, em que o direito é objeto de si mesmo<sup>438</sup>.

O fato jurídico é todo fato em sentido comum (acontecimento natural ou ação humana) que produz conseqüências jurídicas. Tais efeitos podem ser de várias ordens, reconduzindo-se fundamentalmente a três: constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas preexistentes. É bem verdade que a primeira modalidade é a mais importante, pois o fato jurídico constitutivo é condição indispensável para que surja qualquer relação jurídica. Na lei as relações existem como idéias, mas é a partir do fato jurídico (especialmente o constitutivo) que elas surgem como realidades concretas<sup>439</sup>.

A garantia é o meio pelo qual o Estado procura assegurar o convencionado na relação jurídica empregando a força de que dispõe (coação). Diz-se que isso distingue o direito de outras esferas, como a moral<sup>440</sup>. De nada adianta uma relação jurídica que não tenha por finalidade a busca da eficácia jurídica e prática. Essa eficácia é assegurada pela lei e recai sobre o patrimônio do

---

<sup>436</sup> Na acepção de Luiz Edson FACHIN: "A concepção de sujeito pode preceder a noção da relação jurídica. A objeção de que o sujeito não é um elemento de uma relação que lhe causa, perde seu sentido ao se afirmar que não é o sujeito que define se a relação é jurídica ou não. Nesta moldura que emana do ordenamento jurídico, o sujeito pode tabular em um conjunto expressivo de relações, relevantes no plano da ética, da moral, mas não necessariamente juridicamente relevantes" (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 114).

<sup>437</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Op. Cit.**, p. 21.

<sup>438</sup> "Há hipóteses, portanto, em que um determinado direito transmissível é objeto de outro direito subjetivo que faz operar a transmissão" (FACHIN, Luiz Edson. **Op. Cit.**, p. 117).

<sup>439</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Op. Cit.**, p. 22-23.

<sup>440</sup> **Idem**, p. 23.

devedor. As partes, entretanto, podem estabelecer uma cláusula penal que tem a função de uma garantia adicional; é o que se denomina *astreintes*<sup>441</sup>.

Sem embargo, a importância da noção da relação jurídica transcende seus elementos, eis que se trata de uma categoria básica para a compreensão do fenômeno jurídico<sup>442</sup>. Da mesma forma, a idéia da relação jurídica liga-se à existência de uma parte geral nos Códigos. Não por outra razão, o Código Civil brasileiro disciplina em sua parte geral: **(i)** as pessoas (naturais e jurídicas – artigos 1º a 69); **(ii)** os objetos (coisas e bens – artigos 79 a 103); **(iii)** os fatos jurídicos (mormente o negócio jurídico – artigos 104 a 184); e **(iv)** a garantia (teoria do ato ilícito somada à prescrição e decadência – artigos 186 a 211). Ou seja, a parte geral é, no sistema codificado, a morada dos elementos da relação jurídica.

Tanto a relação jurídica quanto a parte geral são produtos da pandectística alemã, recepcionados pelo Código Civil tedesco de 1896. Ao contrário das quatro partes especiais (direito das obrigações, direitos reais, direito de família e direito das sucessões)<sup>443</sup>, dadas pela história e pela cultura, a parte geral se apresenta como uma elaboração jusracionalista, enfeudada às técnicas da sistemática central. Por isso, a parte geral, no dizer de António Menezes CORDEIRO, é “marcadamente lógico-axiomática”<sup>444</sup>. É fruto de uma cadeia de autores reconstruída por SCHWARZ, encontrando guarida, ao final, em PUFENDORF<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Op. Cit.**, p. 120-121.

<sup>442</sup> Para Francisco AMARAL: “No campo da teoria constitui-se em categoria básica para a explicação do fenômeno jurídico, juntamente com a norma jurídica e a instituição, ambas complementares. Para o direito civil ou privado, a relação jurídica traduz a regulamentação jurídica (aspecto formal) do comportamento dos indivíduos (aspecto material) no seu dia a dia, na disciplina de seus interesses, estabelecendo situações ativas (poderes) e situações passivas (deveres). É conceito básico que exprime poderes, pretensões e deveres decorrentes da autonomia e da iniciativa individual, assim como a da responsabilidade dos respectivos sujeitos da relação” (AMARAL, Francisco. **Op. Cit.**, p. 163).

<sup>443</sup> É o que ensina António Menezes CORDEIRO “O Direito das obrigações e os Direitos reais ligam-se à tradição românica: são, no essencial, Direito romano actual. O Direito da família e o Direito das sucessões, pelo contrário, correspondem a pólos de desenvolvimento jurídico estranhos a uma articulação lógico-axiomática do Direito Civil; eles têm uma origem posterior, com acentuados reflexos canónicos e germânicos” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 88).

<sup>444</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 88.

<sup>445</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 88.

Como relação jurídica e parte geral são conceitos próximos, a crítica à teoria da relação jurídica pode muito bem começar pelas objeções que se levantam à existência da própria parte geral. Nesse sentido, António Menezes CORDEIRO arrola algumas críticas realizadas à parte geral de maneira bastante sistemática:

(i) A parte geral deriva de um exercício puramente teórico do intelecto humano (abstração excessiva), abdicando dos dados concretos que são fundamentais para a solução dos problemas apresentados ao operador do direito<sup>446</sup>;

(ii) Existe uma descoordenação muito grande entre a parte geral e as partes especiais. A parte geral ora duplica, ora desampara as partes especiais, verificando-se uma dificuldade intransponível em articular o conjunto das regras da parte geral com as diversas partes especiais<sup>447</sup>;

(iii) A parte geral é de difícil e cansativo aprendizado, tendo o professor dos primeiros anos dos cursos de direito que adiantar várias questões ligadas às partes especiais, sob pena de intangibilidade do próprio discurso<sup>448</sup>;

(iv) Tendo origem no individualismo, a parte geral faz com que questões atinentes às pessoas sejam relegadas a segundo plano; no seu domínio conceitualista, o irrealismo metodológico e o juspositivismo têm lugar de eleição<sup>449</sup>.

Todas essas críticas podem ser transpostas à noção da relação jurídica. Excessivamente abstrata, a teoria da relação jurídica tem dificuldade de trabalhar com problemas concretos. Propõe soluções, mas encerra por criar obstáculos à efetivação do direito. Além disso, é acusada de um forte anti-humanismo, pois submerge a pessoa humana, que deveria ser a primeira realidade institucional do Direito Civil, a mero elemento da relação jurídica, equiparando-a, dentro desse conceito, com certos agrupamentos de pessoas

---

<sup>446</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 89.

<sup>447</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 90.

<sup>448</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 91.

<sup>449</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 92.

dotados de autonomia patrimonial, como, por exemplo, o Estado, as associações, as sociedades, etc.<sup>450</sup>

Dada sua pretensão de completude, a teoria da relação jurídica faz crer que só existe direito dentro dela. Ledo engano, pois há uma série de situações uniposicionais (o nascimento com vida, os *status* familiares, a cidadania etc.) que conferem direitos a uma pessoa independentemente da existência de relação jurídica<sup>451</sup>. Por outro lado, é possível imaginar-se uma relação entre dois centros de interesses individuados em que um dos sujeitos ainda não existe, tal qual ocorre no testamento em favor da prole eventual<sup>452</sup>.

Portanto, a teoria da relação jurídica apresenta um equívoco ideológico e outro técnico. Não apenas a pessoa humana é muito mais que um elemento da relação jurídica como a subjetividade não é essencial para defini-la. Muitas vezes a situação efetivamente existe, mas falta a ela o elemento subjetividade ou titularidade. O que está sempre presente é a ligação entre duas situações jurídicas que podem, inclusive, confluir na titularidade de um mesmo sujeito, como ocorre no autocontrato. É melhor, desse modo, definir a relação

---

<sup>450</sup> CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2ª ed. Coimbra: Centelha, 1981, páginas 55 e seguintes. Carlos Alberto da MOTA PINTO admite a referida crítica, porém ameniza o seu teor: “Dirigido um tal ponto de vista a uma crítica de sistema, dirige-se, pois, a um modo de arrumação, mais do que ao conteúdo das soluções expressas. Dela nos deve ficar, porém, a advertência de que um sistema assente na relação jurídica – numa estrutura formal, portanto – não nos deve fazer olvidar os interesses que subjazem às formas jurídicas, designadamente o principal escopo do Direito Civil: a tutela da personalidade do indivíduo humano” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 31). A defesa da relação jurídica, em MOTA PINTO, decorre do seu fundo cultural: “O conceito está, com efeito, dotado de transparência e adequação na expressão da realidade social disciplinada pelo Direito. O Direito não regula o homem isolado ou considerado em função das suas finalidades individuais, mas o homem no seu comportamento convivente. Não há direito na ilha onde apenas habita Robinson” (**Idem**, p. 30).

<sup>451</sup> Como ensina Torquato CASTRO: “Em todas essas situações jurídicas, o objeto é o mesmo; a conferência, pela ordem jurídica, ao sujeito nelas posicionado, de uma qualidade que aqui dizemos prévia, por constituir-se num pressuposto necessário para a legitimação desse mesmo sujeito, em outras situações jurídicas. Ora, uma situação jurídica que tenha por objeto exclusivo a qualificação, assim prévia, do sujeito nela posicionado, é situação que isola o sujeito enquanto o refere ao objeto. O objeto de tal situação satisfaz plenamente com a só presença do sujeito assim qualificado” (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 31).

<sup>452</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Op. Cit.**, p. 116.

jurídica como “relação entre situações subjetivas”<sup>453</sup>, como faz Pietro PERLINGIERI.

Nota-se, mais uma vez, que o conceito de situação jurídica é fundamental para a correta apreensão de um dos institutos mais básicos do Direito Civil. Todavia, em razão do seu notório esquecimento pela manualística, o conceito em tela (situação jurídica) precisa ser enfrentado de maneira sólida. Adquirir-se-á, só então, aptidão para compreender porque a propriedade é uma situação jurídica complexa.

## **Seção II – Situação jurídica**

O primeiro passo para entender a idéia da situação jurídica reside no estudo dos autores que trabalharam a referida noção. Isso porque, através dessa análise, é possível perceber que não existe “uma” teoria da situação jurídica, mas sim “várias” teorias da situação jurídica. Aliás, existem autores que apenas dão uma notícia histórica desse conceito; já outros estudiosos não se preocupam em esboçar uma teoria da situação jurídica, limitando-se à defesa do instituto; e, por fim, há aqueles que apresentam uma teoria completa da categoria, com noções atinentes à estrutura e iter formacional.

Cumprido, portanto, o primeiro passo para, mais tarde, examinar a estrutura da situação jurídica conforme a proposta de alguns dos autores estudados.

### **Subseção I – Inventário simples dos autores que trabalham a noção da situação jurídica**

Em primeiro lugar, deve-se registrar que a presente subseção não tem por finalidade apresentar um rol exaustivo dos autores que fazem referência à categoria situação jurídica. Em muitos manuais, a menção à noção é feita apenas como um capítulo preliminar ao estudo de outro instituto. Por ora, a pretensão é de

---

<sup>453</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 115.

aludir aos autores – dentre aqueles estudados – que efetivamente contribuíram para a formação da teoria da situação jurídica.

Nesse diapasão, na pesquisa realizada, o primeiro sentido imputado à categoria das situações jurídicas foi encontrado na obra do estudioso alemão Josef KOHLER, que viveu no século XIX<sup>454</sup>. No Brasil, Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, ao mencionar a idéia da situação jurídica, remete-se a KOHLER<sup>455</sup>. Para KOHLER, a situação jurídica seria um elemento ou degrau na formação do direito subjetivo<sup>456</sup>.

Para chegar a essa conclusão, o estudioso alemão admite que determinados suportes fáticos podem ter significado jurídico ainda que não estejam completos. Cria, então, uma concepção restrita da situação jurídica como estágio preliminar no processo de formação do direito subjetivo. Um exemplo prático dessa realidade seria dado pela posição do herdeiro de uma pessoa que ainda não morreu<sup>457</sup>.

Em contraposição à idéia da situação jurídica como uma etapa no nascimento do direito subjetivo, há autores que utilizam a categoria como um substituto ou mesmo um aporte para a negação do direito subjetivo. É o caso de Léon DUGUIT, para quem a situação jurídica consubstancia um conjunto de imperativos que não criam para os indivíduos obrigações e direitos em sentido subjetivo, mas dirigem-se a todos os membros da comunidade e aos órgãos do Estado<sup>458</sup>.

Para o jurista francês, ao destinar-se um bem a determinado fim, tutelado pelo direito mediante um sistema de sanções e coerções sociais, estar-

---

<sup>454</sup> “O termo situação jurídica teve primórdio de consagração, ainda hesitante, em Josef Kohler (Der Prozess als Rechtsverhältniss, Mannheim, 1880)” (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 54).

<sup>455</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo V. Rio de Janeiro: Brosoi, 1995, p. 295-298. PONTES DE MIRANDA rejeita o pensamento de KOHLER, mas o utiliza para expor sua noção de expectativa de direito.

<sup>456</sup> Como ensina Torquato CASTRO: “Por situação jurídica entendia Kohler as situações que não se compreendiam na categoria típica e clássica do direito subjetivo, mas, a seu ver, significavam ou elemento ou etapa no nascimento e desenvolvimento desse direito” (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 54).

<sup>457</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Op. Cit.**, p. 296

<sup>458</sup> DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 10<sup>ª</sup> ed. Paris: Ancienne, 1921, p. 110-147. No Brasil, a formulação de DUGUIT é explicitada em detalhes por Vicente RÁO na obra: RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 2<sup>º</sup> Vol. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 51-67.

se-ia constituindo uma situação jurídica. A gênese das situações jurídicas seria representada pelas vias de direito, categoria centrada nos meios pelos quais a destinação social de uma situação pode ser defendida das pretensões e violações dos outros<sup>459</sup>.

A categoria situação jurídica também foi estendida à seara do processo civil. James GOLDSCHMIDT<sup>460</sup> é famoso pela sua definição do processo como uma sucessão de situações jurídicas. A situação jurídica, na acepção de GOLDSCHMIDT, indicaria as várias posições assumidas pelas partes no curso de uma demanda judicial<sup>461</sup>. Esse entendimento, contudo, foi criticado por reduzir a noção de situação jurídica a um estágio processual.

Outro processualista, Francesco CARNELUTTI, também ofereceu sua contribuição ao estudo da situação jurídica. O pensador italiano identificava a categoria com o estudo da norma jurídica, entendendo-a como uma projeção normativa sobre a situação de fato. CARNELUTTI, porém, destacou-se por visualizar uma estrutura (triangular) na situação jurídica: de um lado, estariam os sujeitos, ligados entre si pelo *rapporto* de direito; e, de outro lado, estaria o objeto desse *rapporto*, a *res*<sup>462</sup>.

Ainda na Itália, Emílio BETTI esboça uma teoria da situação jurídica a partir das premissas de CARNELUTTI. Para BETTI, a situação jurídica seria uma resposta dada a um fato pela ordem jurídica, resultando de uma valoração do direito. O mesmo autor esboça um iter de formação das situações jurídicas que compreende a ocorrência de um fato, sua adaptação às disposições de uma fatispécie abstrata, a constituição da fatispécie concreta e, finalmente, a produção

---

<sup>459</sup> Como anota Paulo NALIN: “A invocação de DUGUIT sobre a especialidade subjetiva e temporal da situação jurídica do bem e do crédito conduz ao patamar da funcionalização dos institutos da propriedade e do contrato, sempre em razão de um sujeito e de um tempo específicos, no cumprimento, ou mesmo na condição de uma ação ou pretensão, sob a tutela de um sistema de sanções”. (NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 207).

<sup>460</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936. p. 07-09. A obra foi recentemente traduzida para o português: GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003.

<sup>461</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil...**, p. 07-09.

<sup>462</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 3ª ed. Roma: Foro Italiano, 1951.

de uma nova situação jurídica<sup>463</sup>. Embora excessivamente normativista, a teoria de BETTI apresenta complexidade e amplitude não encontradas em outros autores.

Nesse sentido, juristas renomados, como Orlando GOMES, limitaram-se a apresentar uma defesa do conceito da situação jurídica, sem, contudo, oferecer uma teoria para a categoria. O pensador baiano entende a situação jurídica como uma categoria geral que se especifica numa relação jurídica ou numa qualificação. A relação jurídica seria, portanto, uma espécie do gênero situação jurídica. Essa última poderia também se constituir em situação jurídica objetiva (impessoal, que deriva da criação legislativa) ou situação jurídica subjetiva (individual, que possibilita ao sujeito o exercício de poderes específicos)<sup>464</sup>.

Já outro autor nordestino, Torquato CASTRO, dedicou um longo ensaio monográfico ao tema, analisando minudentadamente a teoria da situação jurídica. Retomando as linhas mestras propostas por Emílio BETTI, Torquato CASTRO associa a situação jurídica à teoria da norma. Por situação jurídica entende qualquer situação de fato sobre a qual incida uma norma de direito<sup>465</sup>. Nesses termos, a categoria em questão seria capaz de compreender qualquer situação da vida social regulada pelo direito, nem sempre configuradora de uma relação jurídica em sentido estrito.

---

<sup>463</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. É preciso realizar uma advertência no sentido de que, ao traduzir a obra do professor Emílio BETTI<sup>463</sup> para o português, Fernando de MIRANDA acolheu o termo *fatispécie*, como aportuguesamento da expressão italiana "*fattispecie*". Além disso, outra ressalva de suma importância diz respeito ao fato de que o neologismo português é empregado apenas para referir-se às situações de fato já concretizadas, preferindo o tradutor a expressão previsão para aludir à descrição daqueles fatos, tomados apenas abstratamente, que constituem objeto da incidência normativa. Para ter acesso à distinção entre *fatispécie* abstrata e *fatispécie* concreta convém ao leitor consultar a seguinte obra: IRTI, Natalino. **Introduzione allo Studio Del Diritto Privato**. CEDAM: Padova, 1994. Nesse estudo, Natalino IRTI salienta que o termo "*fattispecie*" é de uso bastante comum entre os estudiosos do direito na Itália, destacando duas possibilidades básicas de significação encontrada entre os diversos autores: (i) *fatispécie abstrata*, relacionada aos fatos previstos abstratamente pela regra e (ii) *fatispécie concreta*, atinente aos fatos concretos que, em função de sua previsão normativa, ensejam a produção de efeitos jurídicos.

<sup>464</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Forense, 1993, p. 122-123.

<sup>465</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 54. Para uma síntese da teoria de Torquato CASTRO, ver: COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional** (situação, relação e obrigação em direito). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 04-20.

Na acepção de Torquato CASTRO, os fatos desempenham um papel fundamental para a formação da situação jurídica. Os fatos, assim, não seriam o objeto do direito, mas a razão que o fundamenta (ou causa que o determina), servindo, desse modo, como título legitimador da posição dos sujeitos em face do objeto<sup>466</sup>. A situação de fato revela-se ao mundo jurídico pela incidência de uma norma. É estabelecida, a partir então, a posição do sujeito concreto em relação ao objeto.

Os elementos da situação jurídica seriam, portanto: (i) sujeito; (ii) objeto; e (iii) posição jurídica. Essa última é entendida como “a relação normativo-dispositiva entre sujeito e objeto (relação atributiva)”<sup>467</sup>. As situações jurídicas poderiam, ainda, ser classificadas em uniposicionais ou relacionais. Nas primeiras haveria um sujeito único, isoladamente posicionado em face do objeto; nas segundas, haveria, pelo menos, dois sujeitos, diversamente posicionados diante do objeto<sup>468</sup>.

Há juristas, porém, que não associam a situação jurídica a uma teoria da norma propriamente dita. É o caso de António Menezes CORDEIRO<sup>469</sup>. Para o autor português, a situação jurídica seria o produto decorrente da apreciação jurisdicional sobre o caso concreto. Ela resultaria, sempre, de uma decisão jurídica, encerrando, em seu centro, apenas pessoas, uma vez que o direito tem por função a solução dos problemas humanos. Por isso, cabe-lhe a adjetivação: situação jurídica subjetiva<sup>470</sup>.

Segundo António Menezes CORDEIRO, a situação jurídica não possui natureza estritamente fática, mas exprime uma síntese fato-valor. Nessa esteira, tem natureza cultural, aproximando o direito da realidade e evitando o abstracionismo excessivo. Ao longo da sua obra, “Tratado de Direito Civil Português”, o autor expõe uma série de classificações das situações jurídicas,

---

<sup>466</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 50.

<sup>467</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 68.

<sup>468</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 70-85.

<sup>469</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>470</sup> “A situação jurídica é o produto de uma decisão jurídica, isto é, o acto e o efeito de realizar o Direito, solucionando um caso concreto. A situação jurídica é uma situação de pessoas: o direito

dentre as quais se destaca a separação entre situações simples e complexas. As primeiras são dotadas de um único elemento que, retirado de seu conteúdo, elimina a relevância da situação. As segundas são compostas por várias realidades que se somam num mesmo centro<sup>471</sup>.

Além das propostas que associam a situação jurídica à teoria da norma (CARNELUTTI, BETTI, CASTRO) e das que a entendem como resultado de uma decisão jurídica (CORDEIRO), encontra-se, no universo dos autores que tratam do tema, uma teoria intermediária. Essa “terceira via” está presente no pensamento de Pietro PERLINGIERI<sup>472</sup>, para quem a interpretação e a qualificação do direito são fases de um procedimento unitário. Não haveria, portanto, separação entre a fenomenologia jurídica e a aplicação do direito.

Na concepção do autor italiano, o estreito relacionamento entre fato e norma revela a unidade do processo hemenêutico, pois não existe apreciação do direito com mero valor descritivo, ou seja, está-se sempre a individuar a resposta que o ordenamento globalmente oferece à exigência de tutela que o fato manifesta<sup>473</sup>. Essa constatação encerra por suplantando a distinção entre teoria da norma e teoria da interpretação.

Partindo dessa premissa, PERLINGIERI elabora sua teoria da situação jurídica, entendendo-a como um conceito geral que mede a relação entre fatos e efeitos. Para o autor, o efeito é um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção das situações jurídicas<sup>474</sup>. O efeito, portanto, é uma conseqüência que delimita a estrutura da situação jurídica, podendo essa conter uma série de figuras como, por exemplo, o direito subjetivo, o interesse legítimo, a obrigação, os ônus, as faculdades, etc.

Quando a eficácia do fato encontra sua imputação num sujeito destinatário, tem-se, então, a situação jurídica subjetiva<sup>475</sup>. Todavia, sob o ponto

---

soluciona sempre problemas humanos. Pode considerar-se subjetiva por ser atinente ao sujeito” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 139-140).

<sup>471</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 140-141.

<sup>472</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>473</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 104-105.

<sup>474</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 105.

<sup>475</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 104-106.

de vista técnico, o sujeito não é parte imanente da situação jurídica. Essa última constitui, em verdade, um interesse, ou melhor, um centro de interesses mais ou menos complexo<sup>476</sup>. Quando norma e fato se unem, produz-se um efeito, formando um centro que contém um interesse (objetivo ou subjetivo). A relação jurídica, por sua vez, seria representada pela ligação entre situações subjetivas<sup>477</sup>.

Procurou-se, até o presente momento, oferecer um inventário simples dos autores que tiveram alguma relevância para a formação do conceito de situação jurídica. No próximo tópico serão pinçados aspectos específicos das teorias mais sólidas, dentre as apresentadas, para apresentar ao leitor uma visão estrutural da categoria em questão.

## **Subseção II – Estrutura e iter formacional das situações jurídicas**

Como dito na subseção anterior, não existe “uma” teoria da situação jurídica, mas sim “várias” teorias da situação jurídica. Após uma análise dos pensadores mais importantes para formação do conceito de situação jurídica, convém separar os pontos fortes das teorias mais completas e apresentá-los em conjunto, de forma a construir um todo coeso capaz de delimitar, ainda que provisoriamente, uma estrutura e um iter formacional para as situações jurídicas.

Dentre as propostas analisadas, destaca-se tanto em Pietro PERLINGIERI como em Torquato CASTRO o papel fundamental conferido aos fatos. Em ambos os autores, o fato não é simples objeto do direito, mas, antes e primeiramente, causa. A força criadora dos fatos é uma constatação fundamental para a teoria da situação jurídica, pois essa última categoria representa um efeito, uma consequência.

---

<sup>476</sup> Como ensina PERLINGIERI, tanto o sujeito como a sua capacidade são relevantes para o exercício da situação subjetiva, mas não para sua existência: “*La verità é che occorre liberarsi da certi individualismi, che hanno fatto il loro tempo, e concepire la situazione giuridica soggettiva come centro di interesse, in sé e per sé considerato, oggettivamente rivelante per l’ordinamento; solo così ci si renderà conto che la volontà del soggetto, l’esistenza del soggetto, la sua capacità sono rilevante solo ai fini dell’esercizio di questa situazione giuridica soggettiva, ma non per l’esistenza stessa della situazione giuridica che va rispettata e garantita da parte dell’ordinamento anche se il soggetto non c’è*” (PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene, 1971, p. 98).

<sup>477</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 107-115.

A importância dos fatos foi também objeto de análise por autores como Vincenzo FRANCESCHELLI que, mesmo sem trabalhar uma teoria da situação jurídica propriamente dita, assevera que entre os fatos e o direito existe uma constante relação de osmose. Nesse sentido, segundo FRANCESCHELLI, tanto alguns fatos adquirem, com o tempo, relevância jurídica; como, seguindo o caminho inverso, algumas situações jurídicas perdem seu valor, geralmente por cair em desuso<sup>478</sup>.

Todavia, é dentro da teoria da situação jurídica que os fatos adquirem especial relevância. Para Torquato CASTRO, define-se o fato jurídico como a causa da solução jurídica oferecida pelo ordenamento ao problema verificado concretamente (efeito jurídico) em razão da ocorrência de algo novo no mundo fático<sup>479</sup>. Essa relação de causalidade pode ser explicada pela premissa de que um fato somente recebe a adjetivação de jurídico por ser dotado de uma especial significância para o direito. Desse modo, um fato não constitui a causa da produção de efeitos jurídicos, simplesmente, por existir, mas, além disso, por significar algo para o direito<sup>480</sup>.

Pietro PERLINGIERI explica essa relação causa-efeito de forma bastante didática. Imagine-se, por exemplo, a assinatura de um cheque. Isso, por si só, constitui um fato jurídico, pois se trata de um acontecimento relevante para o direito. Assinar um cheque, portanto, é um fato e não um efeito. Todavia, desse fato jurídico (assinar o cheque) nasce uma obrigação: realizar o pagamento. A

---

<sup>478</sup> FRANCESCHELLI, Vincenzo. **I rapporti di fatto**: ricostruzione della fattispecie e teoria generale. Milano: Giuffrè, 1984. Ver também: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família sem casamento**: da relação existencial de fato à realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Para a autora: “As relações de fato se colocam, na sua história, num primeiro momento, como situações irrelevantes para o direito, quando não combatidas pelo ordenamento jurídico. A certa altura, a relação não jurídica é recepcionada pelo sistema, através de um ato de regulamentação normativa. Transforma-se em situação de direito. Ao lado da situação de direito, no entanto, sobrevive a situação precedente, definida como de fato, para distingui-la da nova relação jurídica. A sobrevivência histórica das velhas situações de fato, ou o surgimento de relações novas, construídas por imitação das relações de direito, retorna o tema à atenção do sistema jurídico” (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Op. Cit.**, p. 22-23).

<sup>479</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 24.

<sup>480</sup> CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 24-27. Para o autor: “Por isso se diz que o fato é causa. Uma causalidade indelimitável do direito ou da solução jurídica, que será outra, se outro o fato-causa. (...) O fenômeno jurídico pressupõe um fato situado – situação de fato – como elemento determinador de uma situação jurídica, isto é,

obrigação de adimplir com o pactuado no cheque é um efeito. O fato é um ser, o efeito é um dever-ser. Assinar o cheque é um fato, a formação da obrigação de pagá-lo é um efeito<sup>481</sup>.

Como decorrência da verificação de um fato, da sua valoração pelo ordenamento e da formação de um efeito, nasce a situação jurídica. Portanto, existem três etapas na construção da situação jurídica: fato + valoração jurídica + efeito. A respeito desse tríptico vértice, as fases de verificação do fato e formação do efeito já foram explicitadas. Cumpre examinar a valoração jurídica do fato, pois ela determina a leitura que o ordenamento tem do suporte material da situação, bem como quais efeitos serão produzidos.

O fato situado, por significar algo para o direito, constitui um elemento determinante na produção da situação jurídica apta a criar uma solução para o problema concreto. Todavia, numa perspectiva tradicional, a valoração jurídica dos fatos ocorre de forma binária: se conforme as regras existentes, será um fato lícito; se não está em harmonia com as regras vigentes no ordenamento, será um fato ilícito. Essa fórmula, entretanto, precisa ser revista. Isso porque a relevância jurídica do fato não pode ser aferida apenas em termos de regras e, mais que isso, de maneira isolada.

Nesse ponto, é preciso recorrer à doutrina de Pietro PERLINGIERI para sublinhar que a valoração do fato deve ocorrer em relação ao ordenamento como um todo, incluindo-se aí princípios e valores presentes no mundo jurídico<sup>482</sup>. Em meio a essa tarefa surge a norma jurídica, como produto da valoração dos fatos à luz do ordenamento. A norma não se confunde com a lei, sendo o resultado da valoração dos fatos com base nos textos normativos<sup>483</sup>. Como efeito da ocorrência de um fato e da sua valoração pelo direito surge a situação jurídica.

---

situação que se cria como solução, no plano da eficácia jurídica" (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional...**, p. 23).

<sup>481</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 105.

<sup>482</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 90.

<sup>483</sup> Na lição de Eros Roberto GRAU: "Texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam normas. A interpretação, portanto, é a atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. O conjunto de textos é apenas o ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é

Logo, tanto a norma quanto os efeitos são produzidos para um caso concreto, o que releva não ser da essência do direito voltar-se à solução de problemas em abstrato, mas sim oferecer uma resposta situada a questões apresentadas pelos fatos. A situação jurídica, portanto, apresentará deveres, ônus, faculdades, exceções, etc. para um caso concreto. A soma desses vários fatores que compõem a estrutura da situação jurídica gera um centro de interesses.

A situação jurídica é, desse modo, um centro de interesses. Não se trata de uma estrutura voltada exclusivamente ao exercício dos direitos subjetivos. Aliás, o sujeito pode nem estar presente nesse centro de interesses. Sobre o assunto, PERLINGIERI menciona os exemplos do testamento e da doação realizados em favor das pessoas ainda não concebidas em que, num dos pólos da relação, existe uma situação despedida da presença de um sujeito. Da mesma forma, os vínculos familiares e a sucessão hereditária são exemplos de situações que perduram mesmo após a morte do(s) sujeito(s)<sup>484</sup>.

É bem verdade que a maior parte das situações têm em seu centro um sujeito para operacionalizar seu funcionamento. Estar-se-á, nesses casos, diante de uma situação subjetiva. O sujeito, então, terá de estar legitimado a ocupar determinada posição dentro da situação jurídica. Isso se dá pelos

---

produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados e os textos nada dizem; eles dizem o que os intérpretes deles dizem” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23).

<sup>484</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 107. Além disso, alguns direitos personalíssimos perduram mesmo após a morte: “Mesmo depois da morte do sujeito, o ordenamento considera certos interesses tuteláveis. Alguns requisitos relativos à existência, à personalidade do defunto – por exemplo, a sua honra, a sua dignidade, a interpretação exata da sua história – são de qualquer modo protegidos por um certo período de tempo, isto é, enquanto forem relevantes também socialmente” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 111). No plano do direito constitucional é aceita a idéia de que nem todos os direitos fundamentais têm significado subjetivo. Alguns desses direitos são tutelados exclusivamente pelo significado que têm diante da coletividade. Denomina-se esse fenômeno de perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Segundo CANOTILHO, fala-se em uma fundamentação objetiva dos direitos fundamentais quando “se tem em vista o significado do direito para a coletividade, para o interesse público e para a vida em comunidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003). Com base nesse entendimento, Jorge Reis NOVAIS afirma que o direito à vida protege o nascituro mesmo não sendo pessoa em sentido jurídico. Ver: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 69.

conceitos título jurídico legitimário (Torquato CASTRO) ou titularidade (Pietro PERLINGIERI).

Tais conceitos são representativos da posição jurídica ocupada pelo sujeito em relação ao objeto. A valoração jurídica do fato encerra por determinar a extensão da titularidade ou do título jurídico legitimário. Contudo, nem sempre o exercício do direito é deferido à pessoa que detém sua titularidade, assim como nem sempre o objeto do direito será uma *res*. Como dito, os caracteres da situação terão de ser identificados no caso concreto.

É preciso ressaltar, por outro lado, que a teoria da situação jurídica não implica negação da idéia da relação jurídica. Muito pelo contrário, a situação jurídica é uma categoria básica para a compreensão da relação jurídica. Essa última categoria é entendida como a junção entre dois centros de interesses, isto é, entre duas situações jurídicas. A partir daí, são estabelecidos poderes e obrigações para ambos os pólos da relação jurídica, sendo até mesmo descabido falar-se em situações ativas e passivas<sup>485</sup>.

Assevera PERLINGIERI que é difícil “imaginar direitos subjetivos que não se justificam no âmbito de situações mais complexas, das quais fazem parte deveres, ônus e obrigações”<sup>486</sup>. Nesse sentido, todo pólo ativo da relação contém posições que, numa perspectiva tradicional, seriam consideradas passivas. A relação jurídica, portanto, tem sua estrutura marcada por situações jurídicas complexas que demarcam tanto poderes quanto deveres. Pode-se, aqui, recorrer à teoria de António Menezes CORDEIRO para admitir como situação jurídica complexa a composta por vários elementos que, noutras circunstâncias, formariam situações jurídicas autônomas<sup>487</sup>.

Numa situação jurídica complexa, uma vasta lista de elementos pode estar presente. António Menezes CORDEIRO arrola alguns desses elementos de modo exemplificativo: os direitos, os poderes, as faculdades, as proteções

---

<sup>485</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 116.

<sup>486</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 116.

<sup>487</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 140.

reflexas, as expectativas, os poderes-dever, as exceções, as obrigações, os deveres, as sujeições, os ônus, os encargos etc.<sup>488</sup>

Dentre essas posições, algumas chamam atenção e quebram a lógica do direito subjetivo. As exceções materiais, por exemplo, permitem ao “pólo passivo” licitamente recusar a efetivação da pretensão correspondente, relevando que não há, na relação jurídica, situações de estrita sujeição. Já os poderes-dever, por outro lado, constituem uma posição ativa da qual decorre a obrigação de aproveitamento de um bem. Nessa perspectiva, o aproveitamento de certos bens não é permitido, mas sim, obrigatório. O titular deve agir, mas dentro de certos limites. Logo, o poder é capaz de incorporar um dever, assim como a sujeição pode trazer em si um “contra-direito”<sup>489</sup>.

É a complexidade da situação que permite compreender essa lógica. Da multiplicidade dos vínculos ligados a um centro de interesses nascem posições que não se adequam à compreensão tradicional da relação jurídica e do direito subjetivo. A teoria da situação jurídica, porém, dá conta dessa realidade. Contudo, é preciso abrir um espaço de reflexão para aferir se a propriedade pode, de fato, ser entendida como uma situação jurídica complexa.

### **Seção III – Propriedade como situação jurídica complexa**

Cada vez mais ganha espaço na doutrina a lição de que a propriedade não pode ser concebida como o ambiente, por excelência, da manifestação dos poderes do titular e da sujeição dos terceiros. Recorre-se, com frequência, à noção de situação jurídica complexa para retratar essa realidade. De uma parte, a idéia da situação jurídica é capaz suplantando a dicotomia entre pólo ativo e passivo da relação, trazendo à baila a necessidade de cooperação entre as pessoas posicionadas em direção ao bem. De outra parte, a complexidade revela a pluralidade de vínculos que incidem sobre um mesmo centro de interesses.

Seguindo esse caminho, José de Oliveira ASCENSÃO traça uma série de considerações, entendendo, ao final, que “o direito real se inscreve sem

---

<sup>488</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 177-190.

dúvida entre as situações jurídicas de ordem complexa<sup>490</sup>. Para ASCENSÃO, compreendendo em seu interior outras relações menores, de ordem real, obrigacional e até mesmo simples fatos jurídicos com efeitos reais, a propriedade constitui uma situação jurídica complexa.

Outro autor português, António Menezes CORDEIRO, também adere a essa linha de raciocínio. Aduz que o direito de propriedade sobre um imóvel representa uma situação jurídica complexa. Segundo António Menezes CORDEIRO, do interior dessa situação podem ser retiradas as faculdades de construir, de cultivar ou o poder de vender, os quais, quando atomizados, consubstanciam situações autônomas<sup>491</sup>. A situação proprietária contém, por sua vez, um poder-dever de aproveitamento do bem que não se coaduna com o conceito clássico de direito subjetivo<sup>492</sup>.

Também Pietro PERLINGIERI reconhece na propriedade uma situação jurídica subjetiva complexa<sup>493</sup>. O pensamento do jurista italiano é compartilhado no Brasil por autores como Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER<sup>494</sup>. Entendida dessa forma, a propriedade não é concebida como direito subjetivo absoluto, mas como centro de interesses que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo depende de interesses extraproprietários, apurados no caso concreto.

É preciso, todavia, que o presente estudo não se restrinja a simples defesa do enquadramento conceitual da propriedade na categoria das situações jurídicas complexas. Nesse sentido, abre-se um espaço de reflexão para explicar

---

<sup>489</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 181-183.

<sup>490</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 56.

<sup>491</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 140.

<sup>492</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português...**, p. 182.

<sup>493</sup> *"In sostanza, quindi, la proprietà non è piú soltanto un potere della volontà, un diritto soggettivo che spetta tout-court ad un soggetto, ma è ancor piú di una situazione giuridica soggettiva complessa"* (PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà...**, p. 101).

<sup>494</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga) **Revista Direito, Estado e Sociedade**. v. 09, n. 17, ago/dez de 2000, p. 48. Numa perspectiva similar, porém não idêntica, Francisco Eduardo LOUREIRO defende que a propriedade é uma "relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com

porque (por quais motivos) a propriedade deve assim ser entendida. Sobre o assunto, seria impossível deixar de mencionar a lição de Pietro PERLINGIERI. Na aceção do referido autor, a propriedade não pode ser concebida como uma relação de subordinação dos terceiros ao detentor da titularidade, mas sim como uma relação entre a situação subjetiva do proprietário e outros centros de interesses opostos, cuja existência constitui verdadeira razão de ser da titularidade<sup>495</sup>.

PERLINGIERI destaca que entre proprietário e terceiros, entre proprietário e vizinhos, entre proprietário e Estado, não há uma relação de subordinação, mas uma relação de cooperação, de colaboração. O ordenamento, por vezes, dará prevalência a um certo interesse – o do proprietário, por exemplo. Em outras situações, optará por privilegiar o interesse das outras pessoas, terceiros ou vizinhos<sup>496</sup>. E até mesmo o Estado (pessoa jurídica de direito público) pode ter um interesse pendente sobre o bem, mas deve, sem embargo, respeito ao direito do proprietário<sup>497</sup>.

Com isso, molda-se a idéia da propriedade como situação jurídica complexa. No que tange ao seu aspecto estrutural, um vasto plexo de vínculos liga-se à titularidade do proprietário. Aliás, é possível que o proprietário de um imóvel mantenha, ao mesmo tempo, relação com vizinhos, titulares de direitos reais limitados, terceiros detentores de interesses coletivos sobre bem, Administração Pública (que, normalmente, cobra impostos) e várias outras pessoas ou sujeitos de direito.

Essa é uma primeira leitura que põe em relevo a situação jurídica como relação de cooperação entre centros de interesse. Diferentemente da teoria tradicional do direito subjetivo e da relação jurídica, não vislumbra na propriedade

---

correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52).

<sup>495</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà...**, p. 100.

<sup>496</sup> Segundo Francisco Eduardo LOUREIRO: “Para entender a propriedade contemporânea, há necessidade de superar a impositação clássica e constatar que o interesse do proprietário não é objeto central da tutela, mas apenas um interesse protegido, num quadro complexo de outros interesses contrastantes, que o ordenamento reconhece e também tutela com mecanismos similares àqueles postos anteriormente à serviço do *dominus*” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Op. Cit.**, p. 46).

<sup>497</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà...**, p. 101.

um vínculo de subordinação do “pólo passivo” (terceiros) ao “pólo ativo” (titular do bem). De outra parte, a pluralidade de interesses que incidem sobre o proprietário demarca a complexidade da situação, exigindo uma leitura conjunta desses vínculos<sup>498</sup>.

Outra importante consequência da compreensão da propriedade como situação jurídica complexa diz respeito à necessidade de uma leitura do caso concreto em que a relação com o bem se insere. Isso porque só levando em consideração o vínculo (específico) que une o titular ao bem, assim como os demais interesses que recaem sobre a situação, poder-se-á delimitar a extensão dos direitos, faculdades, garantias, ônus e deveres do proprietário.

Trata-se de um aspecto da propriedade como situação jurídica complexa que é bem explicitado por Roberta MAURO<sup>499</sup>. A autora trabalha uma série de decisões jurisprudenciais para demonstrar como a disciplina jurídica de um bem não depende apenas da sua natureza, ou seja, do bem considerado em si mesmo. É necessário aferir a posição do sujeito em relação à coisa para determinar, então, a causa da atribuição e os correlatos direitos e deveres do titular<sup>500</sup>.

Nesse sentido, a Lei n.º 8.009/90, que garante a impenhorabilidade do bem de família, justifica um benefício atribuído ao seu titular pela posição que

---

<sup>498</sup> O imperativo de trabalhar com a complexidade não é exclusivo da seara jurídica. Trata-se de uma questão viva em todas as áreas do conhecimento. Como ensina Edgar MORIN: “A inteligência parcelada, compartimentada, mecanicista, disjuntiva, reducionista quebra o complexo do mundo em fragmentos disjuntos, fraciona os problemas, separa aquilo que está unido, unidimensionaliza o multidimensional. É uma inteligência ao mesmo tempo míope, présbita, daltônica, zarolha. Acaba cega, na maioria das vezes. Ela destrói no embrião as possibilidades de compreensão e de reflexão, eliminando também todas as chances de um julgamento correto, ou de uma visão a longo prazo. Dessa maneira, quanto mais os problemas se tornam multidimensionais, tanto mais existe a incapacidade de pensar sua multiplicidade. Quanto mais progride a crise, mais progride a incapacidade de pensar a crise. Quanto mais os problemas se tornam planetários, mais eles se tornam impensáveis. Incapaz de visualizar o contexto e o complexo planetário, a inteligência cega torna-se inconsciente e irresponsável. Daí então damos conta de que um problema-chave, que é complementar um pensamento que separa por um pensamento que reúne. Complexus significa originariamente ‘aquilo que é tecido em conjunto’. O pensamento complexo é um pensamento que procura, ao mesmo tempo distinguir (mas não disjuntar) e reunir” (MORIN, Edgar. **A inteligência da complexidade**. 2ª ed. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 209).

<sup>499</sup> MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**, Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>500</sup> **Idem**, p. 38.

ostenta em face do bem, impedindo que, em certas situações, fique ao relento, hipótese em que restaria violado o direito à moradia (artigo 6º, *caput*, da CF). Para Roberta MAURO, é a “relevância social do vínculo que une o bem e seu proprietário que justifica o regime jurídico diverso”<sup>501</sup>. Todavia, a posição jurídica e a extensão do título legitimário consubstanciam elementos somente passíveis de verificação no caso concreto.

Daí porque bens similares poderão ter destinos variáveis, conforme o vínculo que os une ao titular e a posição ocupada na hipótese trazida à apreciação do Poder Judiciário. A autora em questão materializa esse raciocínio com dois acórdãos bastante interessantes:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – EXECUÇÃO – BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA – IMPENHORABILIDADE – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA – DISSÍDIO INTERPRETATIVO SUPERADO – SÚMULA 83/STJ – PRECEDENTES. São impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência familiar como a geladeira, a televisão, o microondas, o freezer, o videocassete, a lavadora e a secadora de roupas, considerados essenciais a habitabilidade condigna, não qualificados como objetos de luxo ou adorno. Dissídio interpretativo superado (Súmula 83/STJ). Violação de lei federal não configurada. Recurso especial não conhecido<sup>502</sup>.

PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR E SECAR ROUPAS E MICROONDAS. IMPENHORABILIDADE. TECLADO MUSICAL. ESCOPOS POLÍTICO E SOCIAL DO PROCESSO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Não obstante noticiem os autos não ser ele utilizado como atividade profissional, mas apenas como instrumento de aprendizagem de uma das filhas do executado, parece-me mais razoável que, em uma sociedade marcadamente violenta como a atual, seja valorizada a conduta dos que se dedicam aos instrumentos musicais, sobretudo quando sem o objetivo do lucro, por tudo que a música representa, notadamente em um lar e na formação dos filhos, a dispensar maiores considerações. Ademais, não seria um mero teclado musical que iria contribuir para o equilíbrio das finanças de um banco. O processo, como cediço, não tem escopo apenas jurídico, mas também político (no seu sentido mais alto) e social. II - A Lei 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os

<sup>501</sup> **Idem**, p. 39.

<sup>502</sup> STJ, REsp 260502, T2 - SEGUNDA TURMA, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 18.11.2002. Para casos similares conferir: REsp 131645-MG, REsp 225194-SP e REsp 150021-MG.

indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno. III -Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina<sup>503</sup>.

Nesses dois casos, se não se levasse em consideração o vínculo entre o bem e seu titular no caso concreto, ambos os instrumentos (teclado e piano) seriam penhoráveis<sup>504</sup>. Todavia, ao se examinar a posição jurídica do proprietário e a extensão do título legitimário chega-se à conclusão diversa. É que ao magistrado cabe avaliar, a partir dos dados empíricos fornecidos pelas partes, se o bem funciona como um “adorno suntuoso” ou representa um instrumento essencial à “habitabilidade condigna”, integrado, por vezes, ao uso cotidiano da sociedade moderna.

Importante ressaltar que os conceitos que operacionalizam esse juízo formado sobre a hipótese trazida à apreciação do Poder Judiciário (posição jurídica e título legitimário) são elementos da teoria da situação jurídica que permitem estabelecer uma relação direta entre propriedade e personalidade<sup>505</sup>. Mais do que isso: a compreensão da propriedade como situação jurídica complexa permite uma melhor delimitação de como a idéia da função social deve ser

---

<sup>503</sup> STJ, REsp 218882, T4 - QUARTA TURMA, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 25.10.1999. Em outra oportunidade, o STJ ressaltou o papel do magistrado para identificar o regime do bem no caso concreto: “PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENEUTICA. APARELHO DE TELEVISÃO, JOGO DE SOFÁ, FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR ROUPA E MÁQUINA DE LAVAR LOUÇA. IMPENHORABILIDADE. VÍDEOCASSETE. PENHORABILIDADE. PRECEDENTES. HERMENEUTICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A Lei 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno. II - O aparelho de videocassete, no entanto, salvo situações excepcionais, não se inclui entre os bens impenhoráveis, consoante orientação acolhida pela turma. III - Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina” (STJ, REsp 162998, T4 - QUARTA TURMA, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 01.06.1998).

<sup>504</sup> MAURO, Roberta. **Op. Cit.**, p. 41.

<sup>505</sup> **Idem, ibidem.**

relacionada com o centro de interesses a que subjaz. Ou seja, a teoria da situação jurídica atua como um agente que propicia melhor visualização da função social.

Perceba-se, nesse sentido, que os conceitos de posição jurídica e título legitimário estão muito próximos das noções de “causa de atribuição” e “valoração da titularidade”, que constituem categorias básicas para a correta apreensão da função social<sup>506</sup>. Ademais, aproximando-se da realidade, a teoria da situação jurídica é capaz de explicar porque só diante da análise do vínculo jurídico que, no caso concreto, une o proprietário ao bem, será possível avaliar se a titularidade cumpre ali sua função social<sup>507</sup>.

A função social passa, dessa forma, a ser entendida com um conceito técnico-jurídico dúctil e dinâmico, forjado não de maneira abstrata e genérica, mas no âmbito da relação concreta em que se insere o domínio, levando em consideração as demais situações jurídicas com que interage<sup>508</sup>. Nessa perspectiva, o destino que se dá a um bem é essencial para examinar, a partir do caso concreto, se o vínculo estabelecido, na hipótese a ser apreciada, cumpre sua função social.

A propriedade funcionalizada exige que a disciplina jurídica conferida ao bem não tome como critério de exame apenas sua classificação abstrata, mas, sobretudo, a função que a relação de titularidade desempenha com o bem. Nessa esteira, um piano pode servir de mero objeto de decoração para uma determinada casa, porém terá papel absolutamente diverso na vida de um músico que dele retira seu sustento. Por isso, nesse último caso, o piano deve gozar da garantia da impenhorabilidade do bem de família, eis que a constrição judicial impediria o

---

<sup>506</sup> Ensinam Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER, com arrimo na doutrina de PERLINGIERI: “A funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade. (...) Pode-se dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em sua essência, constituindo *‘il titolo giustificativo, la causa dell’attribuzione’* dos poderes do titular, ou seja *‘il fondamento dell’attribuzione, essendo divenuto determinare, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale’* (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Op. Cit.**, p. 48-49).

<sup>507</sup> MAURO, Roberta. **Op. Cit.**, p. 38.

<sup>508</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Op. Cit.**, p. 44.

pleno desempenho do seu papel na relação de titularidade, violando o princípio da função social<sup>509</sup>.

Reside aí a importância de avaliar a situação proprietária segundo a posição jurídica do titular e a extensão do vínculo de pertencimento para perquirir a função que o bem desempenha no caso concreto. Com isso, a teoria da situação jurídica serve de apoio à idéia da função social, demonstrando como a destinação de certos bens torna-os essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana<sup>510</sup>.

Logo, se a posição jurídica do sujeito de direito e o regime de titularidade dependem dos dados concretos aferidos pela avaliação do centro de interesses que forma a propriedade, não existe “uma” função social, mas sim “várias” funções sociais. Os deveres e as garantias do proprietário serão, então,

---

<sup>509</sup> O fato do bem pertencer a um solteiro também não retira as garantias que lhe são inerentes, pois importa a função que desempenha no caso concreto. No caso do imóvel, sobressai a função da moradia, resguardada pela Constituição de 1988 em seu artigo 6º, *caput*. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, destarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2 - Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 205170, Relator Ministro GILSON DIPP, DJ 07.02.2000). “CIVIL. IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA PARA PESSOA SOLTEIRA. IMPENHORABILIDADE. O imóvel que serve de residência para pessoa solteira está sob a proteção da Lei nº 8.009, de 1990, ainda que ela more sozinha. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 412536, Relator Ministro ARI PARGENDLER, DJ 16.06.2003). Para uma visão doutrinária do assunto, ver: SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In.: Gustavo Tepedino *et alii* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>510</sup> Essa função pode muito bem representar um núcleo mínimo de subsistência. Trata-se de uma preocupação externada por Luiz Edson FACHIN na obra “Estatuto jurídico do patrimônio mínimo”, com referência constante ao princípio da solidariedade. Ensina o professor: “Verifica-se uma constante preocupação com a efetividade dos provimentos jurisdicionais (com a tutela atecipada, a execução provisória, as astreintes, além de restrição quanto à possibilidade de conceder efeito suspensivo aos recursos) e a atenção à pessoa do devedor e de sua família (com a edição da Lei n.º 8.009/90 ampliando consideravelmente o rol dos bens considerados impenhoráveis). Expande-se aquele núcleo intocável do indivíduo, elegendo a célula familiar como asilo indevassável do ser humano, fonte da sociedade e fator de desenvolvimento. Trata-se da aplicação pura e simples do texto constitucional de modo a dele se extrair mais função social e solidariedade. Dúvida não há da relevância política e histórica da função social da propriedade”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

obtidos por um juízo formado pela junção dos vínculos que incidem sobre a situação proprietária, especificando quais os caracteres da função social que corresponde ao regime de titularidade.

Vê-se, portanto, que a função social tem um incremento dogmático com a compreensão da propriedade como situação jurídica complexa. A posição jurídica ocupada pelo proprietário em relação ao bem poderá delimitar um regime de titularidade próprio, variando conforme os elementos do caso concreto. No próximo capítulo, será estudada uma posição jurídica própria, ostentada pelo proprietário em face de bens que recebem proteção ambiental. Nessas hipóteses, a situação jurídica é construída sobre um regime de titularidade peculiar, merecendo uma análise detalhada.

***CAPÍTULO QUINTO – ESTRUTURA DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA RELACIONADA A  
NORMAS PROTETORAS DA NATUREZA: DIMENSÃO AMBIENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA  
PROPRIEDADE***

Como visto no capítulo precedente, a posição jurídica ocupada pelo titular em relação ao bem delimita um leque de deveres que estipula a função a ser cumprida pela propriedade dentro da sociedade. Caso o bem esteja resguardado por normas ambientais, a situação jurídica será reconstruída sobre bases que protegem a relação harmônica entre o homem e a natureza. Nesse sentido, procura-se estudar, a partir desse momento, o estatuto ambiental da propriedade, conforme os aspectos da função social que lhe é inerente. Para tanto, serão tecidas considerações sobre a imperatividade do princípio da função social da propriedade, buscando dissociá-lo de um critério estritamente produtivístico. A seguir, serão trabalhados conceitos básicos na tarefa de

compreensão da função socioambiental da propriedade para, então, analisar os instrumentos que possibilitam sua materialização.

## **Seção I – Força normativa e amplitude da função social da propriedade**

O ser humano, ao organizar-se em sociedade, sempre destinou uma especial atenção ao uso e a ocupação do solo. Não é preciso ir muito longe para compreender o porquê disso: todas as sociedades tiram da terra seu sustento. Aliás, entenda-se por sustento não apenas os frutos que nascem do solo, mas a própria ética que estrutura a vida em sociedade. Se, por um lado, é verdade que a terra delimita as condições físicas do território em que o povo habita; por outro lado, não constitui uma inverdade a afirmação de que exerce também forte influência na cultura local<sup>511</sup>.

Nesse diapasão, interessante notar que muitas sociedades vêem na terra uma divindade com atributos próprios. Como assevera Carlos Frederico MARÉS, “algumas a chamam de pai, pátria, e outras de mãe, *pacha mama*”<sup>512</sup>. Não obstante, o autor é enfático ao afirmar que todos os agrupamentos humanos organizam-se segundo as possibilidades (fáticas e culturais) oferecidas pela terra que a sociedade escolhe para viver<sup>513</sup>. O homem constrói, modifica, interfere, mas vive na terra.

---

<sup>511</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 11. Ver também: MARX, Karl. A evolução da propriedade. In.: FERNANDES, Florestan (org.). **K. Marx e F. Engels: história**. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1989. Para MARX: “Propriedade não quer, portanto, dizer originariamente nada mais senão comportamento do homem perante as suas condições naturais de produção pertencentes a ele, como as suas, como pressupostas com a sua própria existência; comportamento perante as mesmas como pressupostos naturais de si mesmo, que por assim dizer formam apenas o seu corpo prolongado. Propriamente ele não se comporta perante as suas condições de produção; mas existe duplamente, tanto subjetivamente como ele mesmo quanto objetivamente nestas condições inorgânicas naturais da sua existência. As formas destas condições naturais de produção são duplas: 1) sua existência como membro da coletividade; 2) mediante a coletividade o comportamento perante o solo como seu” (**Idem**, p. 341).

<sup>512</sup> MARÉS, Carlos Frederico. Direito Agrário e Meio Ambiente. In.: LARANJEIRA, Raymundo. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999, p. 507. Segundo o autor, *pacha mama* é como os quéchuas chamam a terra e é uma das raras culturas em que é representada por uma figura humana, uma mulher levando ao cólo sua cria.

<sup>513</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra...**, p. 12.

Dessa constatação emergem duas conseqüências. Em primeiro lugar, se a terra é um elemento importante para a vida em sociedade, não é justo conceber a propriedade como um direito tão pleno que contenha em si a prerrogativa de não usar, não produzir. Em segundo lugar, se as riquezas da terra não são inesgotáveis, sendo correto aduzir que, sem o devido cuidado, ela (a terra) não proverá as necessidades humanas indefinidamente, é preciso estabelecer parâmetros para que a utilização do solo não ocorra de maneira predatória<sup>514</sup>.

Esse segundo desafio, consubstanciado em determinar os aspectos ambientais inerentes à função social da propriedade, será levado a efeito nas próximas seções. Por ora, ocupa-se daquela primeira tarefa, centrada em delimitar a imperatividade do princípio da função social da propriedade, especialmente no que tange à necessidade de aproveitamento da terra. Defende-se, nesse diapasão, que o titular tem o dever de dar uma destinação (social) ao bem sobre o qual incide a situação proprietária. Todavia, abre-se um espaço de reflexão para demonstrar que o conceito da função social não se equipara à mera produtividade do solo.

### **Subseção I – Poder sancionatório da função social da propriedade**

Restou claro desde o início dessa dissertação que os princípios, como espécie do gênero norma, são capazes de impor determinado comportamento. Isso decorre da sua força normativa. No caso da função social da propriedade, além dos deveres de cooperação entre o titular e a coletividade,

---

<sup>514</sup> O Código Civil de 2002, apesar dos seus inúmeros problemas, reconhece essa realidade no § 1º, do artigo Art. 1.228: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

constata-se uma exigência de aproveitamento do bem, pois o proprietário não mais tem o direito de não usar o imóvel<sup>515</sup>.

E muito embora a Constituição não indique com clareza qual a sanção para o proprietário que desatender ao princípio da função social, parece claro que esse estará sujeito à perda do bem que não teve (ou não teve a correta) destinação. Essa é a regra geral do mundo jurídico: quem não cumpre seu dever, perde seu direito; quem não paga o preço ajustado, não recebe o bem contratado; quem não entrega a coisa, não pode reivindicar o preço etc.<sup>516</sup>

Ademais, a função social é a causa de atribuição do título de propriedade. Caso o titular não cumpra a função social da propriedade, a relação jurídica de atribuição perde seus caracteres protetivos. Não se trata, por óbvio, de exigir o simples aproveitamento econômico do imóvel, pois, como já foi dito, somente no caso concreto apresentam-se todos os elementos capazes de delimitar a real extensão do princípio da função social da propriedade.

A Constituição da República de 1988 deixa, contudo, algumas pistas sobre a estrutura básica da função social da propriedade, mormente no que tange aos imóveis rurais. Desse modo, foi estabelecido no artigo 186 da Lei Fundamental que:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

---

<sup>515</sup> Também nesse ponto o Código Civil de 2002 apresenta avanços: “Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. §1º. O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize. §2º. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais”.

A partir da leitura sistemática do artigo acima mencionado são extraídos três elementos basilares da função social da propriedade: **(i)** o elemento econômico, entrevisto no imperativo de aproveitamento racional e adequado do bem; **(ii)** o elemento ambiental, explícito na necessidade da preservação dos recursos naturais; e **(iii)** o elemento humanístico, que decorre da exigência de respeito às normas que regulam as relações do trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores<sup>517</sup>.

O descumprimento desses requisitos leva à perda do direito de propriedade. Tal sanção é concretizada por meio do instituto da desapropriação. Trata-se de uma figura jurídica pouco estudada no Direito Civil, cujos principais autores preferem repassar aos administrativistas o encargo de examinar essa forma de transferência compulsória da propriedade ao patrimônio público. Não assiste, contudo, razão aos civilistas nesse ponto. O estudo da desapropriação é fundamental para que a função social da propriedade adquira plena força normativa.

É bem verdade que a desapropriação não existe apenas como um instituto voltado à aplicação das sanções em razão do descumprimento da função social da propriedade<sup>518</sup>. A desapropriação ordinária é um procedimento administrativo que pode ter lugar nas hipóteses de necessidade pública (a Administração está diante de um problema irremovível que não pode ser resolvido sem a incorporação do bem ao patrimônio público), utilidade pública (a desapropriação é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo) e interesse social (o bem é desapropriado para atender às demandas das camadas mais pobres da população)<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra...**, p. 117.

<sup>517</sup> Classificação não idêntica, porém construída a partir do raciocínio estabelecido por: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 183.

<sup>518</sup> Aliás, não apenas imóveis, mas todo bem, móvel ou imóvel, pode ser desapropriado. É o que se infere do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 3.365/41: "Art. 2º. Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. § 1º. A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo.

<sup>519</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 163. Ver também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 759-760.

Já a desapropriação sancionatória tem contornos próprios. Aqui se vislumbra um nítido apenamento do titular por não dar vazão ao princípio da função social da propriedade. Três são as modalidades de desapropriação sancionatória. A primeira é tida por alguns autores como uma verdadeira expropriação<sup>520</sup>, pois não confere ao titular qualquer direito à indenização. Essa modalidade de desapropriação (ou expropriação) sancionatória tem lugar no caso das terras em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas<sup>521</sup>.

A segunda hipótese de desapropriação sancionatória está ligada ao descumprimento da função social da propriedade rural. Regulamentada pela Lei Complementar n.º 76/93, a competência para levar a efeito esse procedimento foi atribuída à União<sup>522</sup>. Sua utilização está adstrita à violação da função social da propriedade tal qual estabelecida, ao menos em suas linhas mestras, no artigo 186 da Constituição da República<sup>523</sup>. A indenização do proprietário<sup>524</sup>, nesse caso, é feita em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos<sup>525</sup>.

---

<sup>520</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Op. Cit.**, p. 154.

<sup>521</sup> É o que dispõe o artigo 243 da Constituição de 1988: “Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”.

<sup>522</sup> Todavia, a desapropriação de imóveis rurais não é competência exclusiva da União; somente quando o imóvel rural se destina à reforma agrária. O Pretório Excelso já decidiu que os Municípios e os Estados podem desapropriar imóveis rurais para fins de utilidade pública: “Podem os Estados e Municípios desapropriar imóveis rurais para fins de utilidade pública, não, porém, para fins de reforma agrária, privativa da União por força da Constituição. Ação rescisória improcedente” (STF, AR 1131, Relator Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, DJ 15-04-1983). No mesmo sentido: “Fixou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir-se a expropriação de imóvel rural pelo Município para a criação de distrito industrial. Precedentes. ERE 86.046 - SP; ERE 91.567. Subsiste, apenas, a ressalva de que não é lícito aos Estados e Municípios a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, como se decidiu no RE 81.603 - MT, RTJ 81/502. Embargos não conhecidos” (STF, RE-embargos 88742, Relator Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, DJ 05-02-1982).

<sup>523</sup> Na hipótese de imóveis improdutivos, a grau de aproveitamento do terreno deve ser aferido pela extensão do imóvel como um todo, pouco importando a existência de fracionamento condominial decorrente de sucessão *mortis causa*: “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, denegou mandado de segurança em que se pretendia anular decreto expropriatório de imóvel rural, sob a alegação de que este seria explorado em condomínio, proveniente de sucessão *mortis causa*, constituído por diversas partes ideais, cujas áreas não se qualificavam, individualmente, como grandes propriedades improdutivas passíveis de desapropriação (...). Ressaltou-se, ainda, a necessidade de se interpretar o art. 1.784 em conjunto com o disposto no

Por fim, também o descumprimento da função social da propriedade urbana leva à desapropriação sancionatória. Nessa hipótese, a desapropriação depende da existência de um plano diretor que defina as exigências fundamentais de ordenação da cidade. Há, ainda, um caminho específico a ser seguido. Determina-se, primeiramente, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do solo para, só então, sujeitar o proprietário ao IPTU progressivo no tempo e, ao cabo, desapropriar o terreno. A competência para encampar esse procedimento é dos Municípios. A indenização é feita em títulos da dívida pública, resgatáveis em até 10 anos.

Nesses termos, a função social da propriedade adquire força cogente, sendo dotada de um instrumento (a desapropriação) para garantir sua observância. Todavia, deve-se ter cuidado com a interpretação dos dispositivos constitucionais que permeiam a desapropriação sancionatória. Isso porque, como se demonstra no próximo tópico, uma exegese mesquinha das normas que regem a matéria pode levar à equiparação dos conceitos de produtividade e função social

---

art. 1.791 e seu parágrafo único, ambos do CC, concluindo que a *saisine* somente torna múltipla a titularidade do imóvel, o qual permanece, do ponto objetivo, uma única propriedade até a partilha. Salientou-se, por fim, que somente o registro do imóvel no cartório competente prova a titularidade do domínio (art. 252 da Lei 6.015/73, na redação conferida pela Lei 6.216/75), o que não efetuado no caso, inexistindo qualquer elemento capaz de assegurar ser o imóvel em questão um conjunto de médias propriedades rurais.” (STF, MS 24.573, Rel. Min. Eros Grau, Informativo 431).

<sup>524</sup> Há quem atente, com razão, para a injustiça que existe na indenização do mau proprietário: “As leis calcadas no projeto de reforma agrária norte-americano têm como constante uma definição de função da propriedade e a necessidade de desapropriação, isto é, pagamento pela terra a ser expropriada. A manutenção do pagamento ou indenização pela recuperação de terras para fins de reforma agrária mantém o velho conceito liberal de propriedade e não o atualiza. (...) A desapropriação utilizada nos casos de descumprimento da função social alimenta dois enormes defeitos e injustiças: primeiro, remunera a mal usada propriedade, isto é, premia o descumprimento da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar, não o violador da norma, mas o Poder Público, garantindo a integridade do direito ao violador da lei” (MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra...**, p. 108-109).

<sup>525</sup> O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, no caso de descumprimento da função social da propriedade rural, as benfeitorias úteis e necessárias devem ser pagas sob a forma de precatório, pois esta é a maneira pela qual o Estado paga seus débitos: “Depósito do valor das benfeitorias. Havendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 247.866, Relator Ministro Ilmar Galvão, declarado a inconstitucionalidade da expressão 'em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e', contida no artigo 14 da Lei Complementar n.º 76/93, reveste-se de plausibilidade jurídica tese no mesmo sentido objeto de recurso extraordinário interposto contra decisão que ordenou o depósito judicial de valores relativos às benfeitorias do imóvel expropriado, independentemente de precatório, circunstância que, aliada à possibilidade de dano irreparável à autarquia expropriante, justifica a concessão da medida.” (STF, Pet 2.801-QO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 21/02/03)

da propriedade, absorvendo os elementos ambientais e humanísticos dessa última noção.

## **Subseção II – Armadilha da produtividade**

Como dito anteriormente, a função social da propriedade rural possui elementos relacionados ao aproveitamento econômico, à proteção ambiental e à promoção do ser humano. Sem embargo, uma leitura apressada do artigo 185<sup>526</sup> da Lei Fundamental pode desafiar esse entendimento. O referido dispositivo estabelece que a propriedade produtiva é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Essa afirmação é interpretada pela doutrina e jurisprudência menos abalizadas de duas maneiras.

Entende-se, num primeiro momento, que mesmo que não cumprindo sua função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, criando-se uma verdadeira “cláusula de inexpropriabilidade”<sup>527</sup>. Por essa via, chega-se à conclusão – equivocada, diga-se de passagem – de que a propriedade considerada produtiva não sofre qualquer sanção ou restrição pelo fato de não cumprir sua função social.

Outra confusão muito freqüente consiste na equiparação dos conceitos de função social e produtividade. Nessa perspectiva, dar uma destinação social à propriedade não representaria nada além de alcançar níveis

---

<sup>526</sup> “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva”.

<sup>527</sup> Essa orientação foi, infelizmente, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos: “A propriedade produtiva, independentemente de sua extensão territorial e da circunstância de o seu titular ser, ou não, proprietário de outro imóvel rural, revela-se intangível a ação expropriatória do poder público em tema de reforma agrária, desde que comprovado, de modo inquestionável, pelo impetrante, o grau adequado e suficiente de produtividade fundiária.” (STF, MS 22.022, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/11/94). “A pequena e a média propriedades rurais, ainda que improdutivas, não estão sujeitas ao poder expropriatório da União Federal, em tema de reforma agrária, em face da cláusula de inexpropriabilidade que deriva do art. 185, I, da Constituição da República. A incidência dessa norma constitucional não depende, para efeito de sua aplicabilidade, da cumulativa satisfação dos pressupostos nela referidos (dimensão territorial do imóvel ou grau adequado de produtividade fundiária). Basta que qualquer desses requisitos se verifique para que a imunidade objetiva prevista no art. 185 da Constituição atue plenamente, em ordem a pré-excluir a possibilidade jurídica de a União Federal valer-se do instrumento

satisfatórios de produtividade, pouco importando os elementos ambientais e humanísticos da função social. A essência da função social estaria ligada ao seu caráter econômico.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se mencionar o pensamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Não cumprindo a sua função social, o proprietário fica sujeito à desapropriação para fins de reforma agrária, prevista no artigo 184; se tornar produtiva a sua propriedade – assegurando-lhe, pois, função social – o seu titular escapa à possibilidade de desapropriação sob essa modalidade (art. 185, II)<sup>528</sup>.

Essa interpretação é perniciosa, pois encerra por admitir que cumpre sua função social – e, portanto, é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária – a propriedade que, dando lucro imediato ao produtor, não protege o meio ambiente, não observa as disposições que regulam as relações de trabalho, nem favorece o bem-estar dos trabalhadores e proprietários vizinhos. Ou seja, mesmo utilizando-se de mão-de-obra escrava e explorando de maneira predatória os recursos naturais, a propriedade atenderia a sua função social.

Contra esse entendimento reagem certos autores que, com razão, aduzem não ser possível tomar um artigo isoladamente e omitir o conjunto da obra constitucional. Para eles, a produtividade, apta a impedir a desapropriação, deve estar associada à realização da função social em sua plenitude. Dito em outras palavras, para a propriedade ser imune à desapropriação, não basta a produtividade no sentido econômico do termo, exigindo-se também respeito aos aspectos ambientais e humanísticos da função social.

Pode-se mencionar, como exemplo de autor que se filia a essa corrente de pensamento, Eroulths CORTIANO JUNIOR. Ao abordar o tema, o jurista tece as seguintes considerações:

---

extraordinário da desapropriação-sanção." (STF, MS 21.919, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/06/97).

<sup>528</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op. Cit.**, p. 125. Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Celso Ribeiro BASTOS, para quem a reforma agrária não afeta "àqueles que dão ao seu imóvel uma destinação produtiva, que é a forma, por excelência, pela qual uma propriedade rural pode

“Dado que a função social justifica e legitima a propriedade, o requisito da produtividade como impediente da desapropriação só pode ser alegado quando a propriedade produtiva esteja cumprindo sua função social, o que abrange não só o respeito a requisitos de ordem econômica, mas também de ordem social, ambiental e existencial”.

Aderindo a esse entendimento também é possível citar nomes como Gustavo TEPEDINO<sup>529</sup>, Luiz Edson FACHIN<sup>530</sup>, Carlos Frederico MARÉS<sup>531</sup>, Eros Roberto GRAU<sup>532</sup>, Lênio Luiz STRECK<sup>533</sup> etc.<sup>534</sup> Todos esses pensadores chegam à conclusão de que a interpretação do capítulo relativo à política agrícola e fundiária da Constituição de 1988, especialmente no tocante aos artigos 185 e 186 combinados, leva à certeza de que protegida pela Constituição é a propriedade produtiva que cumpre sua função social. O imóvel que não cumpre sua função social, em termos naturais e humanos, está sujeito à desapropriação-sanção, mesmo alcançando os níveis exigidos de aproveitamento econômico.

Isso revela que é falsa a equiparação dos conceitos de função social da propriedade e produtividade<sup>535</sup>. A função social não tem por escopo

---

atingir seu fim social.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 217).

<sup>529</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.: DIREITO, Carlos Menezes (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 316.

<sup>530</sup> FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos no Brasil. In.: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285.

<sup>531</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Direito Agrário e Meio Ambiente...**, p. 517.

<sup>532</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 340-341.

<sup>533</sup> STRECK, Luiz Lênio. Uma crítica à ineficácia do Direito. In.: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998, p. 196.

<sup>534</sup> A jurisprudência do Pretório Excelso não é firme sobre o assunto. O próprio Ministro Celso de Mello que, em alguns casos, adotou um entendimento mais restrito a respeito da matéria, em outras oportunidades, esboçou uma posição mais progressista: "A própria Constituição da República, ao impor ao poder público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente, sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da Lei Fundamental." (STF, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95)

<sup>535</sup> A própria Constituição Federal não arrola a produtividade como requisito para o cumprimento da função social. O que consta do artigo 186 é um imperativo de "aproveitamento racional e adequado". Aliás, com o intuito de balancear a fórmula GUT – Grau de Utilização da Terra, a

transformar cada metro quadrado de terra em plantação, destruindo a mata robusta, habitat da biodiversidade vegetal e animal<sup>536</sup>. Tampouco se faz possível medir a função social pelos recursos econômicos auferidos da terra, independentemente de qualquer preocupação com o bem-estar dos trabalhadores que laboram nela<sup>537</sup>.

Nesse sentido, ensina Carlos Frederico MARÉS que “a terra é alimento da vida, não só dos homens, de todos os homens, mas dos animais e dos vegetais”<sup>538</sup>. A percepção de que os bens da natureza são finitos e de que a alta produtividade da terra pode ser alcançada mediante a violação do princípio da dignidade da pessoa humana faz com que a bandeira da reforma agrária não seja levantada como símbolo economicista da modernização do campo.

A função social da propriedade incorpora elementos inovadores que alteram a forma pela qual se visualiza a titularidade do bem. Um desses elementos consiste justamente no imperativo da proteção aos recursos naturais. Dessa forma, inicia-se, na próxima subseção, uma análise dos conceitos básicos para compreensão dos aspectos ambientais da função social da propriedade.

## **Seção II – Conceitos básicos para a compreensão dos aspectos ambientais da função social da propriedade**

A questão socioambiental passou a ocupar lugar central nas reflexões sobre o uso continuado da terra. Cada vez mais a proteção ambiental é tida como pressuposto inafastável para toda e qualquer utilização dos recursos naturais, propugnando-se a adequação dessas atividades com a vida de todos os seres em sua diversidade. Evita-se, com isso, o desgaste excessivo da terra, sem

---

própria Lei n.º 8.629/93 exclui as áreas de preservação ambiental do terreno sobre o qual o índice de produtividade é calculado: “Art. 10. Para efeito do que dispõe esta lei, consideram-se não aproveitáveis: IV - as áreas de efetiva preservação permanente e demais áreas protegidas por legislação relativa à conservação dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente”.

<sup>536</sup> Registra Roxana Cardoso Brasileiro BORGES que: “A atividade agrária irracional é contrária à noção de função ambiental da propriedade. E, em determinados casos, tal atividade, mesmo que executada de modo racional, mostra-se desaconselhável de ocorrer em determinadas áreas do território nacional, em que deve prevalecer a conservação das características naturais do meio ambiente.” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999, p. 186)

<sup>537</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Direito Agrário e Meio Ambiente...**, p. 509.

abdicar, contudo, da promoção da felicidade humana<sup>539</sup>. Aliás, o bem-estar desta e das futuras gerações dependerá sempre da mesma terra.

É necessário, portanto, buscar uma definição mais ampla do que seja a relação do homem com seu espaço na natureza<sup>540</sup>, revendo, assim, algumas categorias fundamentais do Direito Civil. Para tanto, faz-se mister entender a discussão que existe entre os paradigmas antropocêntrico e biocêntrico, bem como trabalhar o conceito de desenvolvimento sustentável. Essa análise delimita o início da compreensão dos aspectos ambientais da função social da propriedade.

### **Subseção I – Paradigmas antropocêntrico e biocêntrico**

A agressão ao meio ambiente sempre foi uma constante na vida humana. Em maior ou menor grau, desde o surgimento do homem na Terra, o meio ambiente vem sendo degradado. Não obstante, é a partir da Revolução Industrial que essa problemática adquire proporções nunca antes vistas. O avanço tecnológico das grandes empresas, sem uma preocupação com o impacto ambiental das suas atividades, trouxe graves conseqüências para o ecossistema.

A relação do homem com o meio ambiente teve de ser revista. Percebeu-se o equivoco insito à idéia de que a natureza se renovaria automaticamente, permanecendo tudo inalterado. Chegou o tempo, como ensina Michel SERRES, em que é preciso decidir se o homem é um hospedeiro ou um parasita na Terra<sup>541</sup>. Para o filósofo francês, “o parasita toma tudo e não dá nada, ao passo que o hospedeiro dá tudo e não toma nada”<sup>542</sup>.

Infelizmente, a ligação estabelecida entre o homem e a Terra adquiriu características de parasitismo. Confundindo uso e abuso, o homem exerceu direitos que ele mesmo se deu, prejudicando seu hospedeiro, podendo, até mesmo, destruí-lo sem se dar conta disso. Diante dos seus olhos, nem o uso

---

<sup>538</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Direito Agrário e Meio Ambiente...**, p. 508.

<sup>539</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **Direito Agrário e Meio Ambiente...**, p. 512.

<sup>540</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Op. Cit.**, p. 19.

<sup>541</sup> SERRES, Michel. **O contrato natural**. Trad. de Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 49.

<sup>542</sup> **Idem**, p. 51.

nem a troca com a natureza têm valor, pois ele se apropria das coisas, ele se hospeda nelas e as devora, ele as rouba<sup>543</sup>.

O direito de propriedade foi o símbolo do parasitismo, permitindo ao homem usar (*rectius*, abusar) dos recursos naturais da forma mais plena e absoluta<sup>544</sup>. Todavia, de tanto dominar a natureza ela ameaça dominar o homem novamente. E como evitar essa reação global? Nas palavras de Michel SERRES, só há um meio: “é preciso dominar nosso domínio”<sup>545</sup>. Faz-se necessário que homem altere seus conceitos jurídicos e sua mentalidade.

Pensando nisso, a ONU – Organização das Nações Unidas, promoveu em 1972 a primeira Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente em Estocolmo<sup>546</sup>. Preocupada com a degradação da natureza, a comunidade internacional fixou as seguintes metas: **(i)** implantação, em cada país, de uma Política Nacional do Meio Ambiente<sup>547</sup>; **(ii)** desenvolvimento de programas de educação ambiental<sup>548</sup>; e **(iii)** indicação dos responsáveis pela poluição fronteiriça<sup>549</sup>.

---

<sup>543</sup> **Idem**, p. 49.

<sup>544</sup> Ensina Guilherme José Purvin de FIGUEREDO: “A parte do Código Civil Francês de 17 de janeiro de 1804 consagrada ao direito de propriedade constituiu o acompanhamento da evolução de uma instituição que permitirá, a partir de então, a plena apropriação dos recursos ambientais a sua livre cessão e livre transformação sem qualquer entrave” (FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005, p. 52).

<sup>545</sup> SERRES, Michel. **Op. Cit.**, p. 46. O autor complementa esse raciocínio: “Por que será preciso, de agora em diante, procurar dominar nosso domínio? Porque, não regulamentada, ultrapassando a sua meta, contraprodutiva, a dominação se volta contra si. Assim os antigos parasitas, colocados em perigo de morte pelos excessos cometidos sobre seus hospedeiros que, mortos, não mais os alimentam nem os alojam, tornam-se obrigatoriamente simbiotias. Quando termina a epidemia, desaparecem os micróbios, por ausência de suportes para a sua proliferação. A natureza não é apenas global, mas reage globalmente às nossas ações locais.” **(Idem, ibidem)**

<sup>546</sup> SAMPAIO, J.S.L.; WOLD, C.; NARDY, A.J.F. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 07.

<sup>547</sup> Lei n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

<sup>548</sup> Lei n.º 9.795 de 27 de abril de 1999 que dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências.

<sup>549</sup> A responsabilidade pelos danos ambientais restou plasmada na Constituição de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A conferência foi um marco para o Direito Ambiental, mas, ainda assim, preocupava-se primeiramente com a economia e apenas indiretamente com o meio ambiente. A atenção dos participantes não se voltava para a preservação dos recursos naturais em si; pelo contrário, o problema consistia em como manter o desenvolvimento econômico dos países do “primeiro mundo” sem o esgotamento da matéria-prima.

Já num momento posterior, não mais a proteção ambiental foi vista como um requisito para o progresso na economia. Tomou-se consciência de que a preservação da natureza é uma condição da própria existência humana. Um ponto significativo nesse sentido consistiu na realização de uma nova Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, sediada no Brasil e conhecida como “ECO 92”. Também denominada de “Cúpula da Terra”, a Conferência introduziu pela primeira vez na comunidade internacional uma agenda ambiental. Surgiram inúmeros princípios que regem o Direito Ambiental até hoje. E, acima de tudo, constatou-se um deslocamento nas preocupações<sup>550</sup>.

Essa alteração na racionalidade do homem em relação aos motivos que determinam a proteção da natureza bem demonstra a tensão entre os paradigmas antropocêntrico e biocêntrico. A tradição filosófica do Ocidente sempre esteve profundamente alicerçada sobre a concepção da existência de uma dicotomia entre homem e natureza. O ser humano, para alcançar progresso e felicidade, deveria dominar a natureza<sup>551</sup>. Sob essa premissa organizou-se o que se pode intitular de paradigma antropocêntrico.

Segundo José Robson da SILVA, o antropocentrismo clássico considera o ser humano “como centro do mundo, a medida de todas as coisas, o ponto de convergência e de irradiação de todos os valores”<sup>552</sup>. Sua base filosófica é o humanismo, termo plurívoco de origem grega, latina e bíblico-cristã. Todavia, para essa dissertação, o humanismo pode ser considerado uma reflexão

---

<sup>550</sup> SAMPAIO, J.S.L.; WOLD, C.; NARDY, A.J.F. **Op.Cit.**, p. 07-08.

<sup>551</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 28.

<sup>552</sup> SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 200.

consciente do homem sobre sua própria condição e prioridade que confere a tudo que é humano<sup>553</sup>.

O antropocentrismo clássico vincula-se ao Direito clássico que processa um corte, privilegiando determinadas realidades em detrimento de outras. A categoria sujeito de direito atua como instrumento que atribui a algumas pessoas relevância jurídica, reduzindo uma enorme coleção de coisas ao estatuto dos objetos passíveis de apropriação. Michel SERRES traduz esse quadro da seguinte forma: “razão humana maior, natureza exterior menor”<sup>554</sup>. Os sujeitos do conhecimento gozam de todos os direitos e seus objetos de nenhum.

Em ampla contraposição ao antropocentrismo, encontra-se o paradigma biocêntrico que, por sua vez, parte do princípio de que a natureza existe como um dado empírico-objetivo, sendo dotada de uma racionalidade própria. A natureza é o ponto de partida e não a razão individual em si, como pretendia Descartes. Nesse sentido, Enrique DUSSEL cita pensadores como Antonio DAMASIO e Humberto MATURANA para demonstrar a existência de “fatos biológicos” – como a chuva, por exemplo – que ocorrem independentemente da vontade humana<sup>555</sup>.

Trata-se de realidades que se apresentam de forma objetiva, com autonomia e racionalidade próprias. Veja-se o exemplo da chuva. A energia do sol esquenta a água no planeta, provocando sua evaporação. Esse vapor mistura-se com o ar e, como é mais leve, começa a subir. Ao atingir altitudes elevadas ou encontrar massas de ar frio, o vapor é condensado, transformando-se novamente em água. Como a água é pesada e não consegue sustentar-se no ar, acaba caindo em forma de chuva. Todo esse processo existe independentemente do ser humano; quer ele queira, quer não<sup>556</sup>.

---

<sup>553</sup> *Idem*, p. 201.

<sup>554</sup> SERRES, Michel. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>555</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 96-97.

<sup>556</sup> Michel SERRES retrata a autonomia da natureza da seguinte forma: “A Terra existiu sem os nossos inimagináveis ancestrais, poderia muito bem existir sem nós, existirá amanhã ou mais tarde ainda, sem nenhum dos nossos possíveis descendentes, mas nós não podemos viver sem ela” (SERRES, Michel. *Op. Cit.*, p. 48).

Para os defensores do paradigma biocêntrico a natureza deve ser reconhecida como detentora de direitos. A natureza comporta-se como um sujeito, relaciona-se com o homem e reage as suas agressões. Nessa perspectiva, o que tradicionalmente foi concebido como objeto de apropriação deveria ser elevado à categoria de sujeito de direito<sup>557</sup>. Isso fomentaria um direito da simbiose, caracterizado pela reciprocidade: “o que a natureza dá ao homem é o que este deve restituir a ela, transformada em sujeito de direito”<sup>558</sup>.

Todavia, há quem entenda que os paradigmas antropocêntrico e biocêntrico podem ser fundidos numa ética conciliadora<sup>559</sup>. A luta pela preservação do meio ambiente não teria a pretensão de rebaixar o valor da vida humana, transformando-a em algo sem importância em si mesma<sup>560</sup>. O que se propugna é o reconhecimento do homem como parte integrante da natureza, acabando, de uma vez por todas, com a dicotomia entre ser humano e ambiente natural.

O homem não pode competir com a natureza, mas deve, antes, integrar-se a ela. Esse é o verdadeiro significado da palavra “equilíbrio ambiental”. Nesse sentido, a poluição não afeta apenas o meio ambiente, eis que o homem, como parte da natureza, também é atingido. Ademais, pobreza e miséria devem ser vistas como uma forma de poluição, pois a falta de recursos financeiros impede que certas pessoas tenham acesso à rede de esgotos, coleta seletiva do lixo, produtos que não agredem o meio ambiente etc.

---

<sup>557</sup> Para SERRES: “Os próprios objetos são sujeitos de direito e não mais simples suportes passivos da apropriação, mesmo coletiva. O direito tenta limitar o parasitismo abusivo entre os homens, mas não fala desta mesma ação sobre as coisas. Se os próprios objetos se tornam sujeitos de direito, então, todas as balanças tendem ao equilíbrio” (*Idem*, p. 50).

<sup>558</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>559</sup> É a opinião de Roxana Cardoso Brasileiro BORGES: “A ética antropocêntrica, predominante no direito, é posta em discussão, contrapondo-se a ela a ética biocêntrica, o que vem caminhando no sentido de uma transcendência dessa bipolaridade, numa comunhão entre essas duas éticas, buscando-se uma integração entre homem e natureza, a partir de princípios como a alteridade” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 33).

<sup>560</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental...*, p. 26. A questão tem reflexos até mesmo na interpretação da Constituição: “Percebe-se, entretanto, na Constituição, um pêndulo entre dois paradigmas: antropocentrismo e biocentrismo se encontram na Constituição. Este encontro não se estabelece numa medida de contraponto e sim, de harmonia. O ser humano tem direito ao equilíbrio ambiental e este equilíbrio vincula-se a um núcleo de direito da flora e da fauna” (SILVA, José Robson da. *Op. Cit.*, p. 208).

Nessa perspectiva, a questão atinente à caracterização da natureza como sujeito de direito resta igualmente superada. Isso porque reconhecer na preservação dos recursos naturais um valor em si não exige a atribuição de subjetividade jurídica a determinado ente. Basta recorrer à técnica dos interesses difusos e coletivos<sup>561/562</sup>. A natureza é um interesse difuso, indivisível e de titularidade indeterminada, cuja proteção pode ser realizada com base nos parâmetros processuais da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)<sup>563</sup>.

O problema reside no apego dos juristas tradicionais à técnica dos direitos individuais. Como dito anteriormente, nem toda situação jurídica tem em seu âmago um sujeito. Ela corresponde, ao revés, a um centro de interesses. Isso significa que a proteção de uma realidade não está adstrita a existência de um sujeito de direito. Há interesses, como a preservação da natureza, que gozam de status constitucional próprio, impondo-se por si mesmos.

## Subseção II – Desenvolvimento sustentável

---

<sup>561</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Op. Cit.**, p. 38; SILVA, José Robson da. **Op. Cit.**, p. 255. Especificamente sobre os interesses difusos e coletivos, ver: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

<sup>562</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o direito à integridade do meio ambiente como direito coletivo *latu sensu* (do qual os direitos difusos são espécie), catalogando-o, ainda, como direito fundamental de terceira geração: "O direito à integridade do meio ambiente típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade." (STF, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95)

<sup>563</sup> Estabelece o inciso I, do artigo 1º, da Lei n.º 7.347/85: "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente".

A integração entre o homem e a natureza não significa o retorno aos estádios primitivos em que o ser humano vivia da caça e da pesca. Os avanços tecnológicos podem muito bem ser utilizados para a melhoria na qualidade de vida através de instrumentos que evitam a agressão ao meio ambiente. E o conceito de desenvolvimento sustentável representa um elemento fundamental para se pensar essa problemática.

O termo desenvolvimento sustentável guarda inúmeros significados. Sustenta Américo Luís Martins da SILVA que se trata uma expressão utilizada há bastante tempo. Para esse autor, em 1940 Albert HOWARD teria publicado o livro “O testamento agrícola” que constituiu um marco inicial para a formação do pensamento sobre a sustentabilidade. Além de utilizar explicitamente a expressão desenvolvimento sustentável em diversas passagens da sua obra, HOWARD lança as bases para a conciliação entre a exploração agrícola e a preservação dos recursos naturais<sup>564</sup>.

Inspirada nas teorizações de HOWARD, a FAO – *Food and Agriculture Organization* (Organização de Alimentação e Agricultura) adota desde 1988 a seguinte definição de desenvolvimento sustentável: “é o manejo e conservação da base dos recursos naturais e a orientação da alteração tecnológica e institucional, de tal maneira que se assegure a contínua satisfação das necessidades humanas para as gerações presentes e futuras”<sup>565</sup>. A idéia é promover o desenvolvimento com meios tecnicamente apropriados e socialmente aceitos, conservando, desse modo, a água, a terra, o ar, os vegetais e os animais.

Todavia, o conceito de desenvolvimento sustentável mais aceito no mundo jurídico é aquele apresentado no documento “Nosso Futuro Comum”, publicado em 1987<sup>566</sup>. Também conhecido como Relatório Bruntland, o estudo

---

<sup>564</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 82.

<sup>565</sup> **Idem, ibidem**.

<sup>566</sup> Evidentemente, existem as definições doutrinárias: “Desenvolvimento sustentável, num conceito simples e genericamente aceito, é o tipo de desenvolvimento que visa a atender às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras atenderem às suas” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Op. Cit.**, p. 20). “O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades e deste com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à disposição” (FIORILLO,

define o desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades”<sup>567</sup>.

O documento “Nosso Futuro Comum” foi elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – órgão criado pela ONU e presidido, à época da publicação do estudo, pela Primeira Ministra da Noruega Gro BRUNTLAND. O relatório aponta a incompatibilidade entre os padrões de produção vigentes e a capacidade dos ecossistemas. Atentou para a desertificação de várias áreas do globo terrestre e para a extinção de espécies vegetais e animais. Deixou um aviso claro: “as empresas podem apresentar lucros nos balancetes da geração atual, mas nossos filhos herdarão os prejuízos”<sup>568</sup>.

O desenvolvimento sustentável, numa perspectiva mais restrita, seria representado pela conjunção do progresso econômico e da preservação do meio ambiente<sup>569</sup>. Estaria presente na Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) que assegura, em seu artigo 4º, inciso I, a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”<sup>570</sup>. Teria como instrumento o princípio da precaução, que exige a realização do estudo de impacto ambiental e do relatório

---

Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24). “Desenvolvimento sustentável é o processo de transformação no qual a exploração dos recursos, as diretrizes de investimento, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais sejam consistentes com as necessidades atuais e futuras” (SILVA, Américo Luís Martins da. **Op. Cit.**, p. 83).

<sup>567</sup> COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª ed. Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 05.

<sup>568</sup> **Idem**, p. 08.

<sup>569</sup> Infelizmente, no plano internacional o desenvolvimento sustentável é muitas vezes confundido com o simples desenvolvimento econômico: “Tem sido, contudo, difícil discutir o real sentido do princípio ao direito ao desenvolvimento na comunidade internacional, porque normalmente, as nações muitas vezes o formulam em termos puramente econômicos. Nas diferentes reuniões internacionais, têm-se visto diplomatas empregando largamente o argumento de que seus países possuem um inafastável direito ao desenvolvimento, o qual dever servir de base para toda a negociação, mas fica claro, a partir da análise dos comentários desses diplomatas, que, na verdade, seus argumentos se referem, tão-somente, ao desenvolvimento da economia dos seus países” (SAMPAIO, J.S.L.; WOLD, C.; NARDY, A.J.F. **Op.Cit.**, p. 11).

<sup>570</sup> Não se pode olvidar que a Constituição Federal arrolou a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

de impacto ambiental para o início das atividades comerciais em determinadas áreas.

Ainda nesse enfoque, o desenvolvimento sustentável estaria inserido nos aspectos ambientais da função social da propriedade como elemento que impede a exploração predatória dos bens. Na acepção de François OST, o direito de propriedade foi concebido de maneira tão absoluta que encerraria a prerrogativa de deteriorar ou mesmo destruir a coisa<sup>571</sup>. A função ambiental da propriedade, de outra parte, protege os imóveis (especialmente os rurais) contra o desgaste excessivo do solo e a perda do seu potencial produtivo<sup>572</sup>.

Todavia, faz-se mister ampliar o conceito de desenvolvimento sustentável, pois a natureza não deve ser vista como simples elemento da economia humana. Ela é parte da obrigação moral do homem para com os demais seres vivos e as futuras gerações. A preservação do meio ambiente deve dar-se em função do respeito à dignidade humana e à natureza em si mesma considerada<sup>573</sup>. Ademais, integrar-se à natureza significa para o ser humano um novo senso de responsabilidade coletiva e cidadania.

Nesse sentido, um dos problemas atinentes à implementação das políticas de desenvolvimento sustentável diz respeito ao fato de que as populações dos países pobres, para sobreviver, são obrigadas a explorar excessivamente os seus recursos naturais, vendendo o produto dessa atividade

---

<sup>571</sup> Conforme a seguinte passagem: "Iressistível ascensão da propriedade privada, que triunfa na noite de 4 de Agosto de 1789 e se vê solenemente consagrada no artigo 544 do Código Civil como direito <<mais absoluto>>. No centro deste dispositivo novo: a livre disposição dos bens de que se é proprietário. <<Dispor de>> torna-se a modalidade essencial da nossa relação com as coisas; mais ainda do que a simples apropriação, que não se distingue, necessariamente, da detenção como simples utilização, a livre disposição é sinal de verdadeiro domínio. Ela consagra o direito de abusar da coisa, ao ponto de a deixar deteriorar ou mesmo de a destruir" (OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 53) .

<sup>572</sup> Sublinhando esse aspecto da função social da propriedade, tem-se o pensamento de Roxana Cardoso Brasileiro BORGES: "A função ambiental da propriedade, na medida em que visa à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente, protege, sobretudo, a propriedade em si contra a perda de seu potencial produtivo devido a danos ambientais irreversíveis como, por exemplo, perda da qualidade do solo e até perda do próprio solo, através da erosão" (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Op. Cit.**, p. 113).

<sup>573</sup> **Idem**, p. 24.

para os países ricos. Logo, a pobreza de alguns países acaba gerando o empobrecimento (correlato) do seu meio ambiente<sup>574</sup>.

Por isso mesmo, a compreensão do conceito de desenvolvimento sustentável perpassa a idéia de que a prosperidade conseguida em algumas partes do mundo é, com freqüência, precária, pois obtida às custas da exploração agrícola e florestal levada a efeito nos países pobres. Atualmente, tanto riqueza quanto pobreza geram destruição do meio ambiente. É preciso balancear essa fórmula por meio da redistribuição das riquezas no mundo. Cessando os conflitos distributivos é possível avançar em direção a uma economia mais ecológica<sup>575</sup>.

O desenvolvimento sustentável, portanto, envolve uma ética da alteridade, sem a qual não se faz possível considerar nem a natureza nem os próprios seres humanos como sujeitos, mas apenas como objetos. Propõe-se um pacto pelo qual as gerações presentes devem oferecer à próxima um patamar satisfatório de riquezas (naturais, culturais e econômicas), distribuídas com eqüidade ao redor do mundo. Tudo isso sem perder de vista que a manutenção dos ecossistemas é imprescindível para a existência da vida no planeta<sup>576</sup>.

Fala-se, assim, num verdadeiro “ecodesenvolvimento” que compreende a transformação da economia, da sociedade e das técnicas que aproveitam as potencialidades do meio<sup>577</sup>. Promover o ecodesenvolvimento significa ajudar as populações envolvidas a se organizar, a se educar, para que repensem seus problemas, identifiquem suas necessidades e caminhem em direção a um futuro digno com prudência ecológica, respeitando as diversidades do meio natural.

---

<sup>574</sup> ALIER, Joan Martinez. **Da economia ecológica ao ecologismo popular**. Blumenau: FURB, 1998, p. 100. Ver também: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Op. Cit.**, p. 22.

<sup>575</sup> ALIER, Joan Martinez. **Op. Cit.**, p. 269. No mesmo sentido: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Op. Cit.**, p. 23. Pode-se ainda mencionar o pensamento de Paulo de Bessa ANTUNES: “O fato é que o subproduto cruel do desenvolvimento capitalista foi que o Norte industrializado praticamente destruiu os seus recursos naturais e busca impedir que o mesmo ocorra com o Sul, temendo um colapso global. Por outro lado, este mesmo Norte adquire matéria-prima do Terceiro Mundo pagando preços irrisórios, obrigando uma destruição mais acelerada para que os países pobres possam adquirir divisas para devolvê-las sob a forma de pagamento da dívida externa” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental como Direito Econômico – análise crítica*. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, n.º 115, jul/set. 1992. p. 319).

<sup>576</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Op. Cit.**, p. 83.

<sup>577</sup> **Idem**, p. 84-85.

### Seção III – Operacionalização da função socioambiental da propriedade

Após um estudo dos conceitos básicos para a compreensão da dimensão ambiental da função social da propriedade, cumpre analisar os instrumentos que permitem a sua operacionalização. É verdade, no entanto, que a função ambiental da propriedade vai muito além dos seus contornos dogmáticos, representando a maneira pela qual o Direito visualiza uma relação harmônica entre o homem e a natureza.

Nesse sentido, a efetivação do princípio da função social da propriedade em sua dimensão ambiental significa a implementação dos valores da ética ambiental na situação proprietária. Assim, princípios como o respeito à natureza, a solidariedade com as plantas e os animais, bem como a gratidão pelos frutos da terra, devem ser vistos como diretrizes para correção moral do mau uso da propriedade<sup>578</sup>.

Não obstante, por um imperativo de verticalização do estudo desenvolvido nessa dissertação, serão trabalhados, logo a seguir, alguns instrumentos cuja análise foi considerada apropriada para exposição no curso do presente trabalho. Evidentemente, não se trata de um rol taxativo, mas tão-somente de uma pequena gama de conceitos tidos como fundamentais para a concretização do princípio da função socioambiental da propriedade<sup>579</sup>.

#### Subseção I – Meio ambiente como bem de uso comum do povo

---

<sup>578</sup> Não se olvide que o princípio da função socioambiental “não só diz respeito à propriedade imóvel, mas a todas as suas outras formas, quer estejamos analisando bens de consumo ou de produção, bens móveis, imóveis ou imateriais” (FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental...**, p. 38). No mesmo sentido: FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. Aspectos ambientais da função social da propriedade. In.: **Anais do 1º Encontro Nacional de advogados dos órgãos estaduais de meio ambiente**: Administração Pública na Proteção do Meio Ambiente. Curitiba: Instituto Ambiental do Paraná, 2004, p. 46-55.

<sup>579</sup> Optou-se por deixar de lado, dada sua complexidade, o SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, regulado pela Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000. O SNUC abarca vários tipos de Unidades de Proteção Integral e de Uso Sustentável. Essas unidades são criadas por ato do Poder Público (Decreto n.º 4.340, de 22 de agosto de 2002). Sem embargo, uma análise do SNUC demandaria tempo e espaço do qual não se dispõe nessa dissertação. Da mesma forma, outros instrumentos de preservação ambiental afetam mais diretamente a situação proprietária, pois possuem eficácia *ex lege*, não dependendo de ato do Poder Público.

A principal estratégia para a patrimonialização da natureza consiste no caráter fragmentário por meio do qual, na maioria das vezes, o meio ambiente é tratado dentro do mundo jurídico. Como anota José Robson da SILVA, “é pela fragmentação da natureza que o processo de apropriação é desencadeado”<sup>580</sup>. Divide-se a natureza em águas, florestas, animais, patrimônio genético etc. e atribui-se seu domínio a sujeitos de direito privado ou de direito público<sup>581</sup>.

O Estado, por exemplo, é o senhor das águas, dos mares, dos minérios e do ar<sup>582</sup>. Com isso, a natureza torna-se objeto de direitos reais, eis que pertence a um ente público<sup>583</sup>. O próprio sistema, por outro lado, prevê instrumentos que admitem o controle privado desses bens. Os recursos minerais, por sua vez, pertencem ao Estado, mas são explorados por agentes privados por meio da concessão de lavra<sup>584</sup>.

A titularidade estatal de alguns bens ambientais é normalmente justificada como uma questão de segurança nacional. Todavia, não é bem assim. Ocorre que, em meio a um processo histórico, o Estado percebeu que os bens ambientais têm grande valor econômico e decidiu participar da sua exploração, direta ou indiretamente. É tudo uma questão de valor. Quando o meio ambiente não tinha valor econômico, não lhe era conferido tratamento jurídico.

Aliás, a apropriação pública dos bens ambientais é uma reação ao conceito do ambiente como *res nullius* que se amoldava às pretensões capitalistas. A determinação de que o meio ambiente se afirmasse como uma

---

<sup>580</sup> SILVA, José Robson da. **Op. Cit.**, p. 223.

<sup>581</sup> **Idem, ibidem.**

<sup>582</sup> **Idem**, p. 227. A Constituição expressamente prevê em seu artigo 20: “Art. 20. São bens da União: (...) III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado; (...) V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos”.

<sup>583</sup> De fato, as primeiras leis ambientais regulavam apenas a proteção das florestas de propriedade pública: “Os proprietários das matas tinham inteiro arbítrio sobre a forma de exploração das mesmas. Podiam utilizá-las, como melhor lhes aprouvesse, sem que o Poder Público tenha o direito de intervenção, uma vez que o direito de propriedade é total e insuscetível de qualquer limitação, por qualquer pessoa fora do respectivo dono. A lei conceituava o regime florestal apenas para as matas e bosques de propriedade pública” (FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental...**, p. 52).

“coisa de ninguém” permitia aos particulares explorá-lo da forma como bem entendessem, sem qualquer controle do Estado. O Poder Público, sob o pretexto de assegurar a soberania e a segurança nacional, dividiu os bens ambientais, definindo alguns como de sua titularidade<sup>585</sup>.

Entretanto, o meio ambiente é uma universalidade que não se amolda aos conceitos clássicos oriundos do direito de propriedade<sup>586</sup>. Por ser analisado como uma totalidade não pode ser objeto de apropriação. Nesse sentido, a evolução legislativa caminha para o reconhecimento da natureza como direito de todos e bem de uso comum do povo<sup>587</sup>. A primeira referência legislativa explícita ao conceito de meio ambiente está contida no artigo 3º, inciso I, da Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente):

Meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Essa definição do meio ambiente foi alvo de críticas, pois, apesar da sua visão holística, revelou-se puramente voltada para aspectos biológicos, olvidando o elemento humano<sup>588</sup>. Da mesma forma, não fez qualquer indicação da natureza jurídica do meio ambiente. Não obstante, esse cenário sofreu alterações. Com o advento da Constituição de 1988, houve uma ampliação do conceito do meio ambiente, estabelecendo-se em seu artigo 225:

---

<sup>584</sup> SILVA, José Robson da. **Op. Cit.**, p. 217.

<sup>585</sup> **Idem**, p. 231-232.

<sup>586</sup> Em verdade, há uma série de classificações do meio ambiente. Pode-se falar em meio ambiente natural (também denominado físico, composto pelo solo, água, ar, fauna e flora), meio ambiente artificial (integrado pelo espaço construído pelo homem), meio ambiente cultural (constituído pelo patrimônio histórico, artístico, paisagístico e turístico), meio ambiente do trabalho (entendido como o local onde se desenvolvem as atividades do trabalhador) etc. Ver: FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. O bem-estar do trabalhador rural como função socioambiental da propriedade. In.: LIMA, André (org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 378-380. Nesse capítulo da dissertação, é trabalhado (e, portanto, toma-se como referência) o meio ambiente natural.

<sup>587</sup> Permanecem, contudo, as definições doutrinárias. Para José Afonso da SILVA: “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 02).

<sup>588</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental...**, p. 67.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O artigo 225 do Texto Maior, ao resguardar a existência de um bem de uso comum do povo, configurou uma nova realidade jurídica. Pela disposição contida no referido artigo, o meio ambiente não é *res nullius*, não pertence aos particulares, nem é de titularidade estatal. Pelo contrário, todos são titulares desse direito. A Constituição não se reporta a uma pessoa individualmente considerada, mas a uma coletividade de pessoas indefinidas, o que acentua o caráter meta-individual do meio ambiente.

A natureza, portanto, é um bem indivisível, de titularidade indeterminada e protegida como interesse difuso<sup>589</sup>. Sua principal característica reside na descoincidência com o interesse de uma determinada pessoa. Ela abrange, em verdade, toda uma categoria de indivíduos unificados por possuírem um interesse comum. A agressão à natureza é uma agressão a todos os seres humanos, pois é ela que garante a manutenção da vida da atual e das próximas gerações.

Sendo o meio ambiente um bem de uso comum do povo, faz-se necessário admitir que a situação proprietária pode ligar-se a bens que não integram o domínio do titular. Isso ocorre com os rios, os lagos e as jazidas minerais. Todavia, mais evidente é o caso das árvores sujeitas a determinado regime de preservação. Apesar de estarem localizadas dentro de uma propriedade, as árvores não pertencem ao dono do imóvel<sup>590</sup>, podendo ser objeto

---

<sup>589</sup> Enquadra-se, assim, no conceito do artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

<sup>590</sup> Se a tese é correta, a cobertura vegetal das áreas sujeitas à regime de preservação não é passível de indenização no caso de desapropriação. Ou seja, o proprietário não é indenizado por árvores protegidas por normas específicas, justamente porque não integram seu domínio. Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se da seguinte maneira: “DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. COBERTURA VEGETAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA PREEXISTENTE AO ATO

de uma declaração (por ato do Poder Público) que lhes confere imunidade de corte<sup>591</sup>.

## Subseção II – Princiologia ambiental da função social da propriedade

As particularidades do Direito Ambiental implicam uma série de princípios diversa daquela encontrada nos outros ramos do Direito. Voltados à promoção da relação harmônica entre o homem e a natureza, os princípios do Direito Ambiental estão consagrados de forma explícita ou implícita na lei, nos tratados internacionais e, fundamentalmente, na Constituição Federal. Em que pese não existir um consenso sobre o número de princípios que informa o Direito Ambiental, é possível trabalhar um núcleo mínimo presente na maioria das obras sobre a matéria<sup>592</sup>.

---

EXPROPRIATÓRIO. IMÓVEL QUE SE ENCONTRA SITUADO NO PERÍMETRO DA MATA ATLÂNTICA. APLICAÇÃO AO MESMO DO ARTIGO 225, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA EM QUE FOI PROPOSTA A AÇÃO DIRETA DE DESAPROPRIAÇÃO. VALOR DA TERRA NUA FIXADO COM BASE NAS PROVAS, PELO QUE INCIDE A SÚMULA 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DA COBERTURA VEGETAL DE ÁREA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DO EXPROPRIADO DESPROVIDO. 1. Não é devida indenização pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se já anteriormente à dita desapropriação, configurada estava a impossibilidade de sua exploração econômica. Não resta, destarte, caracterizado o prejuízo a ensejar a indenização. Ademais, deve salientar-se que o imóvel expropriado insere-se naqueles do artigo 225, § 4º, da Constituição Federal. 2. Inexistindo a possibilidade de se determinar o momento de imissão na posse, os juros compensatórios devem ser contados a partir da propositura da Ação Direta de Desapropriação. 3. Não é devida indenização da cobertura vegetal considerada de preservação permanente. 4. Recurso especial do Estado de São Paulo parcialmente provido e Recurso Especial do expropriado desprovido” (STJ, REsp 123835, Relator p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 01.08.2000).

<sup>591</sup> Artigo 7º da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): “Art. 7º. Qualquer árvore poderá ser declarada imune de corte, mediante ato do Poder Público, por motivo de sua localização, raridade, beleza ou condição de porta-sementes”.

<sup>592</sup> Consideram-se princípios que norteiam o Direito Ambiental: (i) princípio da prevenção; (ii) princípio da precaução; (iii) princípio do poluidor-pagador; (iv) princípio da reparação; (v) princípio da informação; (vi) princípio da notificação; (vii) princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal; (viii) princípio da participação ou cooperação. Ver: SAMPAIO, J.S.L.; WOLD, C.; NARDY, A.J.F. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

Ainda assim, faz-se necessária uma advertência preliminar. É que, a despeito da importância de todos os princípios que iluminam o Direito Ambiental, destina-se esse espaço à análise sucinta daqueles que têm efetiva relevância na delimitação dos aspectos ambientais da função social da propriedade. Inúmeros princípios – como, por exemplo, da informação ou da notificação – fogem ao objeto de estudo dessa subseção. Interessa, ao momento, examinar os princípios da obrigatoriedade da intervenção estatal, da precaução, da prevenção e da reparação.

Todos os princípios acima mencionados rompem com a lógica do direito de propriedade, a começar pelo princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal. Como assevera Américo Luís Martins da SILVA, as normas ambientais são de ordem pública, não estando à livre disposição dos particulares<sup>593</sup>. Por isso mesmo, incumbe ao Estado zelar pelo seu cumprimento<sup>594</sup>. Aliás, o próprio artigo 225 da Lei Fundamental estabelece que ao Poder Público cabe defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, pode-se mencionar o artigo 18 da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal) como norma que densifica o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal<sup>595</sup>. O dispositivo em questão confere ao Poder Público um poder-dever que lhe autoriza, uma vez constatada a inércia dos agentes privados, a entrar na propriedade particular para promover o reflorestamento quando necessário. Isso significa que a propriedade não é o espaço de soberania dos particulares. Verificado o dano ambiental, caso o proprietário não promova o reflorestamento, terá de suportar, além do ressarcimento, a presença de agentes públicos no seu imóvel.

Aliado ao princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, tem-se a existência de um dos princípios mais peculiares do Direito Ambiental: o princípio

---

<sup>593</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Op. Cit.**, p. 410.

<sup>594</sup> Princípio 17 da Declaração de Estocolmo: “Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”.

<sup>595</sup> Artigo 18 da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): “Art. 18. Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário”.

da precaução. Alvo de recentes estudos doutrinários<sup>596</sup>, o princípio da precaução parte da premissa de que a falta de certeza científica absoluta não pode ser utilizada como razão para a não adoção das medidas destinadas a impedir a degradação do meio ambiente<sup>597</sup>. É que, como anota Boaventura de Souza SANTOS, a intervenção tecnológica pode provocar conseqüências imprevisíveis<sup>598</sup>.

Logo, frente à incerteza quanto à ocorrência dos prejuízos, defende-se a idéia de que é necessário, mais do que compensar, impedir perdas irreparáveis. O princípio da precaução traduz, portanto, uma atitude a ser observada pelos proprietários que pretendem exercer uma atividade que, mesmo diante da ausência de um nexo de causalidade cientificamente comprovado, pode acarretar risco grave para a saúde das gerações futuras e atuais, ou para o meio ambiente<sup>599</sup>.

---

<sup>596</sup> M. D. VARELLA; A. F. B. PLATIAU (orgs.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. LEWICK, Bruno. Princípio da Precaução: impressões sobre um segundo momento. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SAMPAIO, J.S.L.; WOLD, C.; NARDY, A.J.F. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>597</sup> Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992: "Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente".

<sup>598</sup> Para o sociólogo lusitano: "Enquanto anteriormente os atos sociais partilhavam a mesma dimensão espaço-temporal das suas conseqüências, hoje em dia a intervenção tecnológica pode prolongar as conseqüências, no tempo e no espaço, muito além da dimensão do próprio ato através de nexos de causalidade cada vez mais complexos e opacos" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 58).

<sup>599</sup> A jurisprudência começa a se deparar com a questão. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, enfrentou o problema das queimadas em terrenos canavieiros, localizados em perímetros urbanos ou próximos a esses. Tais queimadas são normalmente associadas aos problemas respiratórios dos moradores da região. O Tribunal reformou a sentença de primeira instância, julgando procedente a ação civil pública nos seguintes termos: "Ação civil pública. Queima de cana de açúcar na faixa de um quilômetro do perímetro urbano. Ilegalidade. Competência concorrente estadual sobre a matéria. Eficácia do Decreto Estadual 28.848/88 e 28.895/88. Responsabilidade do agente, independente de culpa. Fato de terceiro. Prova negativa e ilegitimidade passiva. Cerceamento de defesa. Obrigação de fazer. Abstenção de agir. Qualificação do dano como sugerido. Recurso provido, afastada a matéria preliminar" (TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Público. AC n.º 277.519-2/2, Rel. Des. Cauduro Padin, julg. em 10.03.1998). Interessante notar que o voto do desembargador relator invocou um estudo da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, segundo o qual "os que defendem que a queima da cana não é suficiente para tornar o ar inadequado, não explicam a razão do alarmante índice de pessoas com problemas respiratórios nesta região eminentemente agrícola e comercial, sem indústrias que provoquem relevante poluição atmosférica".

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da precaução tem como instrumentos o Estudo de Impacto Ambiental (EIA)<sup>600</sup> e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)<sup>601</sup>, ambos regulamentados pelas Resoluções n.º 01/86 e n.º 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Como elementos do licenciamento ambiental, o EIA e o RIMA são materializados por análises técnicas da influência do projeto comercial, industrial ou extrativista no meio ambiente da região. Trata-se da concretização do estabelecido no inciso IV, § 1º, do artigo 225, da Constituição de 1988, que exige o estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação da natureza<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> Artigo 5º, da Resolução n.º 01/86, do CONAMA: “Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade”.

<sup>601</sup> Artigo 9º, da Resolução n.º 01/86, do CONAMA: “Artigo 9º - O relatório de impacto ambiental - RIMA refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo: I - Os objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais; II - A descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, e mão-de-obra, as fontes de energia, os processos e técnica operacionais, os prováveis efluentes, emissões, resíduos de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados; III - A síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambiental da área de influência do projeto; IV - A descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação; V - A caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua não realização; VI - A descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado; VII - O programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos; VIII - Recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral). Parágrafo único - O RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação”.

<sup>602</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) IV - exigir, na forma da lei, para

O princípio da precaução não se confunde com o princípio da prevenção. Esse último trabalha o perigo concreto e não o perigo abstrato, disciplinando hipóteses em que se sabe as conseqüências decorrentes da prática de um ato<sup>603</sup>. Nesses casos, o nexos causal é cientificamente comprovado; decorre, na maioria das vezes, de um raciocínio lógico-dedutivo. Desse modo, sabendo-se as implicações de um ato, maiores serão os motivos que determinam a adoção de medidas para, pelo menos, reduzir o impacto ambiental da atividade a um nível aceitável e, sempre que possível, eliminá-lo.

Por fim, violando as normas que regem a preservação do meio ambiente, o proprietário estará sujeito ao princípio da reparação. Tal princípio determina a obrigação de reparar o dano quando agente comete uma conduta lesiva ao meio ambiente. O proprietário será, então, qualificado como poluidor, constatada sua responsabilidade, direta ou indireta, pela atividade causadora da degradação ambiental<sup>604</sup>. Incidem, nessa hipótese, as regras que estabelecem a responsabilidade civil<sup>605</sup>, penal<sup>606</sup> e administrativa<sup>607</sup> do proprietário, sem caracterizar-se o *bis in idem*<sup>608</sup>.

---

instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

<sup>603</sup> Segundo Paulo de Bessa ANTUNES: “O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informações sobre eles” (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental...**, p. 37).

<sup>604</sup> Artigo 3º, inciso IV, da Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente): “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

<sup>605</sup> A responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, conforme o disposto no artigo 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente): “§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

<sup>606</sup> Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre os crimes ambientais.

<sup>607</sup> Artigo 14, da Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente): “Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios. II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público; III - à perda ou suspensão de

### Subseção III – Área de preservação permanente e reserva legal

Estuda-se, nesse tópico, dois importantes instrumentos que obstam a modificação do meio ambiente pelo proprietário. Com previsão no Código Florestal (Lei n.º 4.771/65), a área de preservação permanente e a reserva legal delimitam uma estrutura especial para a propriedade rural que abriga determinadas formas de vegetação. Isso decorre, antes de tudo, da qualificação das florestas existentes no território nacional como bens de interesse comum a todos os habitantes do país<sup>609</sup>. Nessa perspectiva, as florestas não integram o direito de propriedade, devendo seu titular respeitar o interesse da coletividade sobre as áreas com mata nativa, sob pena de estar realizando verdadeiro uso nocivo da propriedade<sup>610</sup>.

O primeiro instituto a ser examinado é a área de preservação permanente (APP). Ela tem a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e da flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações. Segundo Guilherme José Purvin de FIGUEREDO, existem dois grandes grupos de áreas de preservação permanente: aquelas assim consideradas por efeito do Código Florestal e aquelas dependentes de declaração por ato do Poder Público<sup>611</sup>.

Integram o primeiro grupo as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios e cursos d'água (matas ciliares), ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", no topo de morros, montes,

---

participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; IV - à suspensão de sua atividade".

<sup>608</sup> Artigo 225, § 3º, do Texto Maior: "§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

<sup>609</sup> Artigo 1º da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): "Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem".

<sup>610</sup> Artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): "§ 1º. As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade, aplicando-se, para o caso, o procedimento sumário previsto no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil".

<sup>611</sup> FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental...**, p. 212.

montanhas e serras, nas encostas ou partes dessas com declividade superior a 45°, nas restingas fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues, nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais e, qualquer que seja a vegetação, em toda altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros<sup>612</sup>.

O segundo grupo das áreas de preservação permanente consiste em florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a: **(i)** atenuar a erosão das terras; **(ii)** fixar as dunas; **(iii)** formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; **(iv)** auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; **(v)** proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; **(vi)** asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; **(vii)** assegurar condições de bem-estar público. Tais espaços dependem, para ser considerados áreas de preservação permanente, de declaração por ato do Poder Público<sup>613</sup>.

Note-se que as áreas de preservação permanente, especialmente aquelas existentes por simples disposição do Código Florestal, protegem não apenas o meio ambiente, mas também o ser humano. Ao vedar-se a alteração da vegetação nas encostas com declividade superior a 45° e no topo dos morros, evitam-se os chamados “deslizamentos”. Nesse sentido, sem a cobertura vegetal, toda terra que está nas partes mais elevadas dos morros é deslocada para baixo com as chuvas, provocando o soterramento de diversas casas e a morte de muitas pessoas.

Outro relevante instrumento de preservação ambiental a ser analisado é a reserva legal. Ela impõe aos proprietários a obrigação de reservar uma parcela dos seus imóveis para proteção da vegetação nativa, não se confundindo com a área de preservação permanente. Aliás, via de regra, não existe sobreposição entre a área de preservação permanente e a reserva legal<sup>614</sup>.

---

<sup>612</sup> Artigo 2º da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal).

<sup>613</sup> Artigo 3º da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal).

<sup>614</sup> Artigo 16, *caput*, da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): “Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo (...)”

Perceba-se que a reserva legal não é protegida em razão das características geográficas do terreno (declividade, altitude, constituir margem de rios e lagos etc.), mas por representar um mínimo da propriedade em relação ao qual a vegetação não deve ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável<sup>615</sup>.

O objetivo da reserva legal é garantir uma área necessária à renovação dos processos ecológicos da vegetação nativa. Esse espaço mínimo serve como uma alavanca para conservação da biodiversidade e proteção da fauna e da flora locais.<sup>616</sup> Trata-se de uma restrição à modificação do ambiente físico do imóvel, bem como à faculdade da fruição inerente ao direito de propriedade, eis que seu titular não pode usar da área como bem entender. Apenas o manejo florestal sustentável é permitido.

O percentual do terreno destinado à reserva legal varia em extensão conforme sua localização no território nacional<sup>617</sup>. Será de oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta na Amazônia Legal. Já na propriedade rural que se encontra em área de cerrado, porém ainda na Amazônia Legal, a reserva corresponde a trinta e cinco por cento da propriedade. Por derradeiro, a propriedade rural localizada nos campos gerais e nas florestas de qualquer região do País terá de resguardar vinte por cento da sua extensão a título de reserva legal.

---

<sup>615</sup> Artigo 16, § 2º, da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): “§ 2º. A vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas”.

<sup>616</sup> Conforme o conceito de reserva legal oferecido pelo artigo 1º, § 2º, inciso III, da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): “Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas”.

<sup>617</sup> Artigo 16, incisos I a IV, da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal): “Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa (...) são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo: I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal; II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo; III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa

Assim desenhada, a propriedade adquire novos contornos. Como situação jurídica complexa passa a relacionar-se com vários interesses; dentre eles, a preservação ambiental. O posicionamento do titular em relação ao bem, nessa hipótese, estrutura uma vasta gama de deveres que delimita a função a ser cumprida pela propriedade dentro da sociedade. Caso o imóvel esteja protegido por normas ambientais, fala-se numa função socioambiental da propriedade. A situação jurídica será, então, reconstruída sobre bases que protegem a relação harmônica entre o homem e a natureza.

## **SÍNTESE CONCLUSIVA**

Ao longo dessa jornada, muitas das conclusões alcançadas já foram expostas ao leitor no decorrer da redação do trabalho. Ocupa-se, porém, desse espaço para, tendo em vista os imperativos de clareza e síntese, destacar algumas e apontá-las novamente de modo resumido.

1. Em regra, a categoria sistema pode ser entendida como um conjunto de elementos organizados e estruturados em torno de princípios. Os princípios constituem a referência de organização e finalidade do sistema, representando opções valorativas básicas, cuja gestação é determinada por dados sociológicos, culturais e históricos que condicionam toda a organização da sociedade num determinado momento e lugar. Trabalhar com um conceito aberto

---

localizada nas demais regiões do País; e IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País”.

de sistema significa reconhecer a provisoriedade do conhecimento jurídico e a mutabilidade dos seus valores fundamentais.

2. O princípio de hierarquização axiológica, como diretriz basilar do sistema jurídico, pressupõe uma rede de normas (regras e princípios) em cujo ponto mais alto encontra-se a Constituição. No Brasil, o Texto Republicano de 1988 resguarda o preceito fundamental e absolutamente primeiro da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Esse cenário determina a travessia do sistema codificado, essencialmente patrimonialista, para o sistema de direito civil-constitucional, que tem como objetivo a realização da pessoa em todos os aspectos da sua existência. A proteção do ser humano, desse modo, é o foco de atenção privilegiado do sistema jurídico.

3. É possível falar-se numa constitucionalização das situações patrimoniais. Nesse sentido, o Direito Civil não é destituído do seu conteúdo patrimonial, mas apenas passa a entendê-lo como uma das dimensões da pessoa. Propriedade e contrato são, dessa maneira, instrumentos a serviço da vida. Essa tendência é acompanhada pela redução das fronteiras entre os direitos reais e os direitos obrigacionais, bem como pela atribuição de uma função social à propriedade. Estrutura e função da propriedade são repensadas, impondo-se uma releitura dos conceitos centrais em matéria de direitos reais.

4. Os princípios da taxatividade e da tipicidade respondem por situações conexas, mas que, certamente, não se identificam. Enquanto o primeiro se refere à impossibilidade da criação, pela autonomia da vontade, de outras categorias de direitos reais que não as estabelecidas em lei; o segundo significa que o estabelecimento desses direitos não pode contrariar o conteúdo estrutural dos poderes conferidos pelo ordenamento ao titular da situação jurídica de direito real.

5. O princípio da taxatividade encontra suas origens no Direito Romano, no qual a criação dos direitos reais dependia da correlata tutela processual, por meio das *actiones*. Durante o período medieval, a idéia do *numerus clausus* foi afastada, ressurgindo mais tarde com a Revolução Francesa, porém, dessa vez, destinada a instrumentalizar a manutenção do *status quo*

burguês e afirmar da propriedade como um direito de dispor sobre as coisas de maneira absoluta.

6. Um estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos revela que o *numerus clausus* não é um princípio inerente à natureza dos direitos reais, pois existem, atualmente, sistemas estrangeiros que convivem harmoniosamente com o *numerus apertus*. Nessa esteira, o ordenamento espanhol, afastando explicitamente o princípio da taxatividade, instituiu um sistema com grande facilidade para assimilar suportes fáticos inovadores, não mais tendo de aguardar a morosa intervenção do legislador. Registre-se que não restou verificado, na Espanha, qualquer prejuízo para o princípio da segurança jurídica.

7. O *numerus apertus* deve ser tomado como regra geral, sendo passível de afastamento somente diante da presença de motivos relevantes, que se mostraram inexistentes após o estudo desenvolvido nessa dissertação. Ademais, a opção pelo *numerus clausus* deixa de fazer sentido quando se tem uma compreensão razoável do *numerus apertus*. Basta, dessa maneira, que a criação de novos direitos reais respeite alguns critérios como: **(i)** natureza; **(ii)** efetividade; **(iii)** possibilidade jurídica; e **(iv)** publicidade. O exercício da autonomia privada na seara dos direitos reais recebe, ainda, um controle *a posteriori*, por meio das cláusulas gerais.

8. A proposta capitaneada pelo movimento codificador no sentido de formular conceitos gerais e abstratos para regulamentação do fenômeno social possui como fator negativo a tendência de esvaziamento de significado. Nesse diapasão, o emprego do pensamento tipológico é vantajoso, pois, considerando o tipo como um “sistema móvel”, permite visualizar a correlação existente entre determinadas regras jurídicas, mantendo uma porta de acesso à realidade, eis que se admite uma variabilidade em relação aos elementos do tipo.

9. A seara dos direitos reais é inegavelmente constituída por um quadro de tipos abertos. Nessas hipóteses, o tipo representa uma descrição funcional dos elementos juridicamente relevantes para a produção de um determinado efeito prático, sem impedir, contudo, que outros elementos não

previstos originalmente na descrição legislativa venham a integrar aquele estatuto jurídico.

10. Em sendo os direitos reais caracterizados por uma tipologia aberta, é possível estudar o papel da autonomia da vontade como fonte de modelação dos seus conteúdos jurídicos. A título de exemplo, pode-se assinalar o poder de disposição sobre o conteúdo da servidão; a constituição de uma obrigação *propter rem* que, como relação simples, modificará o conteúdo da situação jurídica real complexa; e as convenções condominiais presentes na propriedade horizontal e no *shopping center*.

11. A seara dos direitos reais não está adstrita a uma tipicidade legal, mas, acima de tudo, a uma tipicidade causal. A tipicidade, nessa visão, não diz respeito exclusivamente aos aspectos legais de uma situação jurídica prevista em lei. Busca compreender, ao revés, a relevância do negócio gerador para estabelecer os contornos do direito real. Entendida como função económico-social de um direito, a inserção da causa no âmago da ideia de tipicidade fornece um novo instrumental para efetuar o controle de legitimidade do direito real. Nesse sentido, a criação de um novo direito real, ou sua modelação, haverá de levar em consideração a causa que atua como elemento motor.

12. A intervenção da autonomia da vontade nas relações jurídicas reais pode ser controlada por meio de cláusulas gerais que orientam o exercício das situações proprietárias ou a atuação dos sujeitos de direito na esfera privada. Nesse sentido, as categorias da função social da propriedade, do abuso do direito e da boa-fé objetiva podem constituir um referencial importante para que a atuação da autonomia privada na modelação dos direitos reais não se afaste dos valores recepcionados pela Lei Maior.

14. Não apenas a autonomia da vontade gera deveres no campo dos direitos reais. O simples posicionamento do titular em relação a um bem pode delimitar uma série de garantias e obrigações. Esse raciocínio é operacionalizado pela ideia de situação jurídica. Nesse sentido, os problemas centrais das categorias sujeito de direito e relação jurídica demandam noções que se fazem presentes na teoria da situação jurídica.

15. Não existe “uma” teoria da situação jurídica, mas sim “várias” teorias da situação jurídica. Há autores que apenas dão uma notícia histórica desse conceito. Já outros estudiosos não se preocupam em esboçar uma teoria da situação jurídica, limitando-se à defesa do instituto. Por fim, existem aqueles que apresentam uma teoria completa da categoria, com noções atinentes à estrutura e iter formacional.

16. Para a teoria da situação jurídica, o fato não é simples objeto do direito, mas, antes e primeiramente, causa. Como decorrência da verificação de um fato, da sua valoração pelo ordenamento e da formação de um efeito, nasce a situação jurídica. Nela estarão presentes deveres, ônus, faculdades, exceções etc. A soma desses vários fatores gera um centro de interesses. Quando a situação tem em seu centro um sujeito para operacionalizar seu funcionamento, terá de se aferir como ele está posicionado diante de um objeto. O sujeito, então, estará (ou não) legitimado a exercer determinado papel dentro da situação jurídica.

17. Os direitos reais inscrevem-se na categoria das situações jurídicas de ordem complexa. Isso porque um vasto plexo de vínculos liga-se à titularidade do proprietário. É possível que ele mantenha, ao mesmo tempo, relações jurídicas com vizinhos, titulares de direitos reais limitados, Administração Pública e vários outros sujeitos. Dada a complexidade dos vínculos que formam os direitos reais, seu conteúdo pode variar de caso a caso. Só levando em consideração o vínculo (específico) que une o titular ao bem poderá ser delimitada a extensão dos direitos, faculdades, garantias, ônus e deveres do proprietário.

18. A posição jurídica ocupada pelo titular em relação ao bem determina um leque de deveres que representa a função a ser cumprida pela propriedade dentro da sociedade. Caso o bem esteja resguardado por normas ambientais, a situação jurídica será reconstruída sobre bases que protegem a relação harmônica entre o homem e a natureza. Descortina-se, nesse sentido, um desafio consubstanciado em determinar os aspectos ambientais inerentes à função social da propriedade.

19. A função social da propriedade é uma norma cogente que impõe o aproveitamento do bem, pois o proprietário não tem o direito de não usar o

imóvel. O descumprimento da função social da propriedade sujeita o titular à perda do bem por meio do instituto da desapropriação-sanção. É falsa a equiparação dos conceitos de função social da propriedade e produtividade. A função social não tem por escopo transformar cada metro quadrado de terra em plantação. A partir da leitura sistemática da Constituição de 1988 são extraídos três elementos basilares da função social da propriedade rural: **(i)** o elemento econômico; **(ii)** o elemento ambiental; e **(iii)** o elemento humanístico.

20. Cada vez mais a proteção ambiental é tida como pressuposto inafastável para toda e qualquer utilização dos recursos naturais, propugnando-se a adequação do manejo agrícola com a vida de todos os seres em sua diversidade. Evita-se o desgaste excessivo da terra, sem abdicar, contudo, da promoção da felicidade humana. Desse modo, os paradigmas antropocêntrico e biocêntrico podem ser fundidos numa ética conciliadora, dentro da qual a luta pela preservação do meio ambiente não teria a pretensão de rebaixar o valor da vida humana. Quer-se, em verdade, um projeto de desenvolvimento sustentável, ou melhor, “ecodesenvolvimento”.

21. Como instrumentos que permitem a operacionalização do conceito de função socioambiental da propriedade podem ser mencionados: **(i)** a idéia do meio ambiente como um bem de uso comum do povo, de modo que a situação proprietária pode ligar-se a bens que não integram o domínio do titular; **(ii)** os princípios da obrigatoriedade da intervenção estatal, precaução, prevenção e reparação; e **(iii)** a área de preservação permanente e a reserva legal como fatores que delimitam uma estrutura especial para a propriedade rural que abriga determinadas formas de vegetação, obstando a modificação do meio ambiente pelo proprietário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. de Alfredo Bosi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALBADEJO, Manuel. **Derecho Civil: Derecho de bienes**. Vol. I. 8ª ed. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1994.

ALEXY, **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALIER, Joan Martinez. **Da economia ecológica ao ecologismo popular**. Blumenau: FURB, 1998.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDRADE, Fábio Seibeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, Vol I – Sujeitos e Objeto. Coimbra: Almedina, 1997.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental como Direito Econômico – análise crítica. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, n.º 115, jul/set. 1992.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. São Paulo: Renovar, 2001.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 28, out/dez 2006, Rio de Janeiro, Padma.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004,

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva os contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol 1, jan/mar, 2000.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto Privato e Società Moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAROSSO, Luís Alberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. 5ª. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Polis, 1989.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de António Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, n.98, ano 25, out/dez. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra; Coimbra, 1991.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 3ª ed. Roma: Foro Italiano, 1951.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In.: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral**

**do novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica:** seu sentido e limites. 2ª ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CASTRO, Torquato. No prefácio da obra: **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional** – estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direito reais. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 744.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. **Revista de Direito Mercantil,** Ano XXV, n.º 63, jul/set, 1986

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado:** introdução ao direito comparado. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil,** Vol I. Lisboa: AAFD, 1995.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português,** Parte Geral, Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1979.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado do direito e os direitos de personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** n. 19, 1978-1980.

CORREAS, Oscar. **Introducción a la crítica del derecho moderno.** 2ª ed. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In.: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional** (situação, relação e obrigação em direito). São Paulo: Saraiva, 1994.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis. A teoria da causa no Direito Privado. In. FRADERA, Vera Maria Jacob (org). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DANTAS, San Tiago. Francisco Clementino. **Programa de direito civil III**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, Vol. II. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao código civil**: das disposições finais e transitórias, v. 22 (art. 2.028 a 2.046). São Paulo: Saraiva, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 10ª ed. Paris: Ancienne, 1921.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

EDELMAN, Bernard. **O Direito Captado pela Fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In.: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos no Brasil. In.: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. As províncias do direito privado à causa justificativa da propriedade. In.: LARANJEIRA, Raymundo. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das coisas, vol. 15. Coord. Antônio Junqueira Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: EDUCA, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. In.: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005.

FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. Aspectos ambientais da função social da propriedade. In.: **Anais do 1º Encontro Nacional de advogados dos órgãos estaduais de meio ambiente**: Administração Pública na Proteção do Meio Ambiente. Curitiba: Instituto Ambiental do Paraná, 2004.

FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. O bem-estar do trabalhador rural como função socioambiental da propriedade. In.: LIMA, André (org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In.: SARLET, Ingo (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. **El Derecho civil constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamim, a Temporalidade e o Direito. In.: **A Escola de Frankfurt no Direito**. Curitiba: EDIBEJ, 1999.

FRANCESCHELLI, Vincenzo. **I rapporti di fatto**: ricostruzione della fattispecie e teoria generale. Milano: Giuffrè, 1984.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCIA, Antonio Roman. **La tipicidad en los derechos reales** (autonomia privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus; sistema de numerus clausus. Madrid: Editorial Montecorvo, 1994.

GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. **El Derecho Real**: elementos para uma teoria general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, *s.d.*

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In.: **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIORGIANNI, Michele. **O Direito Privado e as suas fronteiras atuais**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Revista dos Tribunais. Ano 87. V. 747. Jan de 1998.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19<sup>a</sup> ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15ª ed. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol 2, abr/jun, 2000.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Le situazione reali nell'esperienza giuridica medievale**. Padova: Cedam, 1968.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol I. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Morale, diritto, politica**. Torino: Einaudi, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

HUBERMANN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

IRTI, Natalino. **Introduzione allo Studio Del Diritto Privato**. CEDAM: Padova, 1994.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. De Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 8ª ed. Lisboa: Caloutre, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In.: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª. ed. Trad: José Lamarego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Ed. Laemmert, 1969.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do STJ. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 832, Fevereiro/2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEWICK, Bruno. Princípio da Precaução: impressões sobre um segundo momento. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. **Revista de Processo**, n.122, ano 30, abril. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. n.º 141. jan./mar. 1999.

LORENZETTI, Luis Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOS MOZOS, José Luis de. **Estudios sobre derecho de los bienes**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991,

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUCARELLI, Francesco. **Solidarietà e autonomia privata**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Milano: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas; De Giorgi, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1996,

LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito, hoje?** Brasília: Edições Nair Ltda, 1984.

M. D. VARELLA; A. F. B. PLATIAU (orgs.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARÉS, Carlos Frederico. Direito Agrário e Meio Ambiente. In.: LARANJEIRA, Raymundo. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

MARÉS, Carlos Frederico. **Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabis Editor, 2003.

MARX, Karl. A evolução da propriedade. In.: FERNANDES, Florestan (org.). **K. Marx e F. Engels**: história. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistemática e tópica da relação obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 753, jul., 1998.

MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In.: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**, Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil**: para a crítica histórica do paradigma civilístico. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2003.
- MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**, 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In.: **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.
- MONTEIRO. Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol III. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de. **Espírito das Leis**. Trad. de Luiz Fernando Rodrigues de Abreu. Curitiba: Juruá, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MORIN, Edgar. **A inteligência da complexidade**. 2ª ed. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.
- MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ªed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In.: NALIN, Paulo (coord.). **Contrato & Sociedade**, vol II, a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. Padova: Cedam, 1988.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do numerus clausus. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelos. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelos. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 15, n. 56, abr/jun. 1991.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shoppings Centers - Organização, Economia e Disciplina Jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 580, 1984.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição para o estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene, 1971.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade Privada no Direito Romano**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Revonar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “Função Social” dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 27, jul/set, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Especial, Tomo XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo V. Rio de Janeiro: Brosoi, 1995.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família sem casamento**: da relação existencial de fato à realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 2º Vol. São Paulo: Max Limonad, 1958.

RODOTÁ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. 2ª ed. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1990.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. 2ª ed. México D.F.: Distribuciones Fontamara, 1999.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In.: Gustavo Tepedino *et alii* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Trad. de Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SGARBI, Adrian. “Reductio ad unum”: Kelsen e o problema da dicotomia entre o direito público e o direito privado. **Revista Trimestral de Direito Civil** - v. 14 (abril/junho). Rio de Janeiro: Padma, 2003.

SAMPAIO, J.S.L.; WOLD, C.; NARDY, A.J.F. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**: Direito das Coisas. Vol. VI. 4ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 02).

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Roberta Mauro. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato**: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Luiz Lênio. Uma crítica à ineficácia do Direito. In.: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In.: **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.: DIREITO, Carlos Menezes (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial da RTDC. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 21, jan/mar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de um introdução. In.: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,

TEPEDINO, G.; BARBOSA, H. H.; MORAES, M. C. B (orgs.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga) **Revista Direito, Estado e Sociedade**. v. 09, n. 17, ago/dez de 2000.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, jul.-set. 1993,

TOBEÑAS, Jose Castan. **La propiedad y sus problemas actuales**. Madrid: Reus, 1966.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzione di diritto civile**. 33ª ed. Milão: CEDAM, 1992.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.

VARELLA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol I. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

VARGAS, Daniela Trejos. O princípio da publicidade. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de – coordenadora. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.