

UMBERTO PAULINI

**PERSPECTIVA E PROSPECÇÃO: NOVOS CONTORNOS ASSUMIDOS PELO
FENÔMENO DA TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS NA
CONTEMPORANEIDADE**

**CURITIBA
2005**

UMBERTO PAULINI

**PERSPECTIVA E PROSPECÇÃO: NOVOS CONTORNOS ASSUMIDOS PELO
FENÔMENO DA TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS NA
CONTEMPORANEIDADE**

Monografia apresentada por Umberto Paulini, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior.

**CURITIBA
2005**

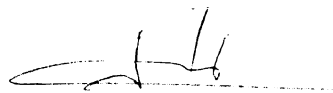
TERMO DE APROVAÇÃO

UMBERTO PAULINI

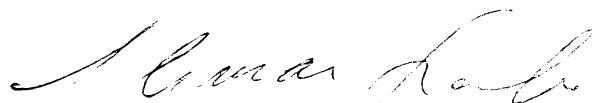
PERSPECTIVA E PROSPECÇÃO: NOVOS CONTORNOS ASSUMIDOS PELO FENÔMENO DA TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS NA CONTEMPORANEIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora.

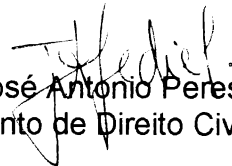
Orientador:



Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.



Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.



Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Curitiba, 26 de outubro de 2005.

SUMÁRIO

PALAVRAS INTRODUTÓRIAS_____	01
CAPÍTULO PRIMEIRO – ALICERCES E ESTRUTURA DA EDIFICAÇÃO: REFLEXÕES ACERCA DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DESTA OBRA	
1.1. Uma necessária delimitação do conceito de princípio e sistema_____	05
1.2. A questão da teoria da norma jurídica_____	09
1.3. A interpretação e o arco principiológico dos direitos reais_____	12
CAPÍTULO SEGUNDO – CONSIDERAÇÕES RELATIVAS À HISTORICIDADE DO NUMERUS CLAUSUS E SUA ATUAL CONFORMAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	
2.1. Uma distinção preliminar: delimitação do conteúdo dos princípios da tipicidade e do <i>numerus clausus</i> _____	17
2.2. Origem e evolução histórica do princípio da taxatividade_____	20
2.2.1. A experiência romana_____	21
2.2.2. A perspectiva feudal_____	22
2.2.3. Revolução Francesa e Modernidade_____	24
2.3. Apreciação crítica do estatuto da clausura real no sistema jurídico brasileiro	25
2.3.1. A oponibilidade <i>erga omnes</i> e as vinculações ocultas_____	26
2.3.2. O correto funcionamento do sistema registral_____	28
2.3.3. A ordem pública_____	29
2.3.4. Motivos pelos quais sustenta-se a vigência do <i>numerus clausus</i> _____	30
CAPÍTULO TERCEIRO – A TIPOLOGIA DOS DIREITOS REAIS	
3.1. A contribuição de Karl LARENZ: um breve excuro pela Metodologia da Ciência do Direito_____	33

3.2. <i>Fattispécie</i> e tipo legal na formação das situações jurídicas reais_____	36
3.3. Uma necessária delimitação do conteúdo da tipicidade real_____	39
3.3.1. A posição de Gustavo TEPEDINO: função e estrutura da propriedade_____	40
3.3.2. A formulação de Ricardo ARONE: distinção entre propriedade e domínio_____	41
3.3.3. A leitura de parte da doutrina estrangeira: o direito real como situação jurídica complexa_____	43
3.4. As situações jurídicas reais como tipos abertos_____	45
 CAPÍTULO QUARTO – UM ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO DE SITUAÇÕES QUE CONFIRMAM O CARÁTER ABERTO DA TIPOLOGIA DOS DIREITOS REAIS	
4.1. A disposição sobre o conteúdo da servidão_____	47
4.2. As obrigações <i>propter rem, ob rem</i> ou <i>in rem scriptae</i> _____	49
4.3. Shopping Center e fruição remuneratória_____	51
4.4. A multipropriedade imobiliária_____	54
 CAPÍTULO QUINTO – CRITÉRIOS DE CONTROLE DA INTERVENÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO REAL	
5.1. Limites e possibilidades hermenêuticas_____	57
5.2. Controle interno: limites estruturais da tipologia real_____	59
5.3. Controle externo: princípios que direcionam o exercício das situações proprietárias_____	61
5.3.1. A função social da propriedade_____	61
5.3.2. O abuso de direito_____	63
5.3.3. A boa-fé objetiva_____	65
CONCLUSÃO_____	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS_____	70

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, esta malfadada classificação entra em crise. A seara dos direitos reais se revela um campo aberto à constante renovação, submetida a uma extraordinária mobilidade e permeabilidade, fruto da própria função que exerce na ordenação do tráfico jurídico. Em meio a toda esta discussão, muitas são as demandas por respostas. E o estudo do processo de cognição tipológico emerge como alternativa capaz de oferecer soluções adequadas. Primeiramente, porque se desenvolve em torno de princípios, mandados de otimização, caracterizados pelo traço da possibilidade de cumprimento em diversos graus. Em segundo lugar, porque trabalhando o conceito de tipo aberto, permite-se visualizar a formação de um “sistema móvel”, mantendo uma porta de acesso à realidade, eis que se admite uma variabilidade em relação aos elementos do tipo, bem como a inserção de um conteúdo extra-típico na situação jurídica de direito real. Ademais, admitindo-se a intervenção da autonomia privada na delimitação do conteúdo e regulamentação dos direitos reais, faz-se necessário o estabelecimento de mecanismos de controle desta atuação. Dentre os princípios que podem orientar a atuação dos sujeitos de direito nessa esfera, procurou-se destacar, em um rol meramente exemplificativo, categorias como a função social da propriedade, o abuso de direito e a boa-fé objetiva.

PALAVRAS-CHAVE: direitos reais; sistema; princípios; taxatividade; tipicidade; situação jurídica complexa; conteúdo extra-típico; autonomia da vontade; controle de legitimidade.

PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

Midas ascendeu ao trono da Frígia como sucessor de seu pai, 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 humildade do pai jamais se refletira na ganância do filho. Em troca de um favor prestado a Dioniso, os deuses ofereceram a Midas a possibilidade de satisfação de qualquer um de 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 de seu corpo em que tocara haviam se transformado em ouro. Consternado com a aflição sem precedente, Midas lutou para livrar-se daquele poder: detestava o dom que tanto cobiçara. Tudo em vão, porém; a morte por inanição 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 de 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 desta ordem. Neste sentido, concentrando grande atenção por parte dos pensadores, impossível não destacar o debate 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 detém os meios de produção e aqueles que nada tem a oferecer senão sua força de trabalho e, por isso mesmo, são objeto de exploração.¹ No campo jurídico, autores como Pietro BARCELLONA destacam a formação de um princípio proprietário, cuja ascensão resultou na construção de um ordenamento

¹ MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

patrimonialista e individualista.² Por outro lado, princípios tradicionalmente utilizados para explicar a estrutura do direito de propriedade, como o “dever geral de abstenção” passam a ser alvo 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, existe uma série de obrigações positivas que adentram o conteúdo do direito real e tem como sujeito passivo, o proprietário.³

Como assevera Karl LARENZ, todas estas preocupações passaram a ocupar um lugar central nas reflexões jurídicas ocorridas nas últimas décadas. Assim, a Jurisprudência adotou novas pautas de valoração para a análise do fenômeno social, utilizando-se, por conseguinte, de novas formas de pensamento: o tipo, a idéia diretiva, o princípio que precisa ser concretizado e o conceito determinado pela sua função.⁴ Não obstante, muito embora várias destas novas realidades tenham sido objeto de precioso exame pelos juristas nacionais, o estudo do princípio da tipicidade dos direitos reais não tem sido foco de investigações doutrinárias no Brasil.

A despeito das relevantes imbricações teóricas e práticas que o estudo do tema poderia apresentar, a regra geral é o silêncio absoluto. Não é temerário afirmar que, ressurgindo em meio à modernidade, o princípio da tipicidade dos direitos reais, como diria Paolo GROSSI, faz parte daquele nó de certezas axiomáticas que se sedimentou no intelecto do jurista moderno, tornando absoluto o que é relativo e discutível.⁵ Todavia, o operador do direito comprometido com as aspirações de seu tempo se sente no dever de advertir que um nó como esse pode e deve ser desfeito.

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

² “En el momento de su aparición, de su autoidentificación, todo el sujeto se ha identificado siempre através de una cualidad, la cualidad que hace ser sujeto: excelencia en la ‘virtud’, o en el ‘arte regio’, en la ‘caballeria’, en la ‘nobleza de sangre’, en el ‘domínio de sí’, etc. En la época moderna, el sujeto se presenta con la cualidad de propietario, el sujeto moderno es el sujeto de la propiedad moderna”. (BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996. P. 92).

³ ARONE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 180.

⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª. ed. Trad: José Lamarego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. P. 533.

⁵ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. P. 12.

simples descrição dos institutos jurídicos tal qual receberam tratamento legal.⁶ E o ensino do direito de propriedade não constitui uma exceção.⁷ Na grande maioria dos manuais de Direito Civil, ao estudo dos elementos essenciais do direito de propriedade, segue-se à afirmação de que, nesta seara, qualquer possibilidade de regulamentação está adstrita à atividade do legislador, vigorando a impossibilidade de criação de outras categorias de direito real que não as estabelecidas em lei.

Tal proposição, costumeiramente reproduzida sob a denominação de princípio da tipicidade dos direitos reais, demonstra, por si só, uma confusão entre dois conceitos semelhantes (tipicidade e taxatividade), mas não idênticos. Trata-se, por certo, de uma perspectiva que não se pode mais aceitar, eis que, atrelada à compreensão dos direitos reais como absolutos e intocáveis, está inegavelmente dissociada da realidade.

Tradução eloqüente da decantada revolta dos fatos contra o Código, a proliferação de criativos negócios atípicos, inseridos nas relações jurídicas reais, desafia 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, tais empreendimentos, dentre outros, associam sem cerimônias figuras e conceitos que não se encaixam confortavelmente no perfil característico dos chamados direitos reais e pessoais e que, implementados a margem de qualquer disciplina legal específica, reclamam soluções interpretativas por parte dos operadores jurídicos.⁸

Assim, na falta de trabalhos específicos sobre o tema, a presente monografia se reveste de uma relevância especial. Objetivando suprir esta lacuna, o

⁶ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, 2^ª ed. Lisboa: Estampa, 1989. P. 18.

⁷ “Entre a realidade social e a realidade normativa, o objeto do estudo do direito de propriedade está agrilhado a um ensino descontextualizado, dogmático e unidisciplinar”. (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 214).

⁸ “Seguindo tradição duas vezes secular, o direito civil tradicional se estrutura em torno da dicotomia que, herdada dos romanos e refinada pelo movimento das codificações, estrema os direitos reais e os direitos pessoais. Os primeiros absolutos e taxativamente enumerados pelo legislador. Os segundos, relativos, são cometidos à autonomia privada, desgarrados dos princípios da taxatividade e da tipicidade. A vetusta classificação, contudo, entra em crise na experiência jurídica contemporânea”. (TEPEDINO, Gustavo. No

estudo em questão foi redigido com o intuito propiciar ao leitor uma sucinta análise do conteúdo do princípio da tipicidade dos direitos reais, acreditando-se que, a partir de sua reformulação, é possível explicar uma vasta realidade emergente, cuja inquietante natureza jurídica ressen-te-se de uma elaboração doutrinária específica.

No tocante à metodologia, cumpre apenas advertir que a monografia foi estruturada e dividida em cinco capítulos. O primeiro capítulo trata especificamente da natureza e função das categorias princípio e sistema, cuja delimitação conceitual é fundamental para o desenvolvimento desta obra. 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, em seguida, sobre a evolução histórica deste último e a sua recepção 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 a seara dos direitos reais é caracterizada por uma tipologia aberta, o quarto capítulo destina-se a apresentar um rol exemplificativo de situações que permitem visualizar uma variação no conteúdo da situação proprietária. Por fim, o quinto capítulo é apresentado como um estudo de possíveis mecanismos para o controle da intervenção da autonomia da vontade na modelação dos direitos reais.

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

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

Pode-se, sem exagero algum, afirmar que a investigação realizada neste trabalho possui como objeto conceitos que constituem verdadeiros fundamentos do fenômeno jurídico. Seja em função da sua importância basilar, seja, correlatamente, em razão da usual ausência, por parte da maioria dos juristas, da concessão da atenção por eles merecida, afigura-se como imprescindível a redação de um capítulo preliminar com vistas a esclarecer a natureza e função dessas categorias. Assim, primeiramente, optou-se por estudar os conceitos de princípio e sistema, enfatizando o significado dos substantivos a serem qualificados nos capítulos seguintes. Denotada a importância dos princípios para o direito como um todo, será preciso conferir-lhes um lugar adequado na teoria da norma. Por derradeiro, estudar-se-á o papel da interpretação e dos princípios, em especial aqueles que são objeto do presente ensaio, na criação da norma jurídica.

1.1. Uma 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 esta dissertação se propõe a debater o princípio da tipicidade dos direitos reais, sob a ótica do sistema jurídico em que ele está inserido, mostra-se oportuno dedicar estas 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 por que se segue a máxima segundo a qual não se faz possível a elaboração de qualquer ciência sem o apontamento de seus princípios diretores. Aliás, os elementos que gravitam em torno de um determinado sistema de direito organizam-se em torno de princípios jurídicos, razão pela qual parte da doutrina ressalta a possibilidade de compreender a categoria princípio como “motivo conceitual sobre o qual se funda a teoria geral do direito podendo estar positivado ou não”.⁹

⁹ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. São

Entretanto, deve-se atentar para a ressalva feita pelo professor Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO no sentido de que falar de motivo conceitual, na aparência, é dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico.¹⁰ Portanto, dizer motivo conceitual é dizer mito, ou seja, abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado, mas que, por ora, não há como se desvendar. Como aduz o referido autor:

Sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual não se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. Nesta simples dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito, como a *Grundnorm* para Hans Kelsen.¹¹

De qualquer sorte, é o princípio, este lugar donde tem início uma cadeia de significantes, o ponto de unificação sistêmica, a referência de organização e finalidade de um conjunto de elementos.¹² Neste sentido, afirma-se que o sistema jurídico representa “a ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”.¹³ Não obstante, é fundamental reconhecer que a categoria sistema transcende em muito a dimensão jurídica, sendo trabalhada, em princípio, na filosofia. Neste sentido, 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.¹⁴

Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 19.

¹⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do Processo Penal Brasileiro*. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998. P. 163.

¹¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Ob. Cit.* P. 163-164.

¹² 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 “princípioalização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, n.98, ano 25, out/dez. 2000. P. 89.

¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. P. 280.

¹⁴ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001. P. 52.

Contudo, 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:

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.¹⁵

Por ser fundamental na ordenação das partes feita por um esquema, Immanuel KANT destaca a importante função dos princípios, qual seja, possibilitar a distinção de um sistema de outros¹⁶, entendendo-se por sistema a unidade de conhecimentos diversos organizados sob uma mesma idéia. Contudo, a despeito da inegável importância que a concepção kantiana de sistema teve para o Direito, outros dois autores demarcam campos teóricos distintos e de profunda relevância para a discussão do tema: Niklas LUHMANN e Claus-Wilhelm CANARIS.

A Teoria Sistêmica Funcionalista de Niklas LUHMANN opera com a idéia de sistema autopoietico, ou seja, que se reproduz por si próprio – independente de outros elementos ou fatores externos a ele – que o caracteriza como uma infinidade de subsistemas cerrados num todo que pode ser apreendido. Desta forma, o Direito seria um subsistema dentro do sistema sociedade. Então, o conhecimento jurídico existente neste modelo, reproduz-se a partir de seus próprios elementos, podendo ser

¹⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. De Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 8ª ed. Lisboa: Caloutre, 1997. P. 657-658.

¹⁶ Nesta mesma ótica, Ricardo ARONE salienta o papel dos princípios no processo de esclarecimento recíproco que forma a unidade material que é, justamente, a unidade sistemática. Ver: ARONE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 11.

apreendido dentro de um todo desde que se conheça o código binário de entrada e saída do referido sistema.¹⁷

Todavia, como crítica a esta concepção de sistema, tem-se que há coisas que influenciam o conhecimento jurídico, mas não se encontram dentro deste sistema autopoietico, como, por exemplo, as coisas que não podem ser apreendidas pela razão (irracionais). Isto é, há coisas que estão para além do nosso pensamento racional e ainda assim influenciam o sistema jurídico. Ademais, a historicidade dos conceitos 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 conceito de família, fruto dos novos valores culturais assumidos pela sociedade brasileira nas últimas décadas.¹⁸ Daí que concluir pela auto-suficiência do sistema seja assertiva perniciosa ao trabalho científico que se pretende contemplativo, pois nega até mesmo os valores políticos que balizam a racionalidade do direito.

De outro lado, tem-se a teoria relativa à construção da noção sistêmica desenvolvida por Claus-Wilhelm CANARIS. O referido autor afirma que há de se reconhecer a contribuição trazida pela concepção kantiana de sistema, daí que sistema possa ser definido como “um conjunto de elementos organizados e estruturado entorno de princípios.”¹⁹ Não obstante, o diferencial trazido pela teoria sistêmica de Claus-Wilhelm CANARIS reside no fato de que o sistema não é apreendido como um todo fechado, mas, antes e primeiramente, como conjuntura marcada por uma inexorável abertura. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou sistema científico, como para o sistema da ordem jurídica. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do segundo, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹⁸ 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).

A teoria de Claus-Wilhelm CANARIS é, portanto, dotada de uma inegável consistência teórica, pois não apenas destaca o fato de que falar em um princípio unificador não significa fechar a porta de acesso ao sistema, dando a devida atenção a categoria princípio, como também ressalta a relevância cultural do conceito sistema. Por isso, esta será a teoria adota como referencial para o desenvolvimento do presente raciocínio.

1.2. A questão da teoria da norma jurídica

A partir da análise realizada no ponto anterior, é possível afirmar que, tendo os princípios o relevante papel de fundamento do sistema, seria impróprio negar-lhes a característica de vinculação jurídica. Assim, diante da imperatividade de que são dotados os princípios, é preciso conferir-lhes um novo lugar na teoria da norma, superando a perspectiva reducionista apresentada pelas correntes do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. E, para tanto, necessário se faz o abandono da superposição entre os conceitos de norma e regra mediante a reformulação da (velha) teoria da norma, pois, assim não se procedendo, resta uma dificuldade intransponível de se atribuir normatividade aos princípios, posto que regra e norma responderiam por um conceito unitário e excludente de qualquer relação principiológica.

Neste sentido, Eros Roberto GRAU entende que a norma jurídica constitui o gênero, do qual princípios e regras constituem espécies.²⁰ Vários podem ser os critérios distintivos entre regras e princípios, como o grau de abstração ou de generalidade da prescrição respectiva, porém o critério distintivo mais relevante, conforme Robert ALEXY²¹, 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. Portanto, princípios são mandados de otimização que estão

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ob. Cit.* P. 78.

²⁰ “Logo, temos que, em realidade, norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios positivos de direito – entre estes últimos incluídos tanto os princípios positivos de direito quanto os princípios gerais de direito”. (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 114).

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

caracterizados pelo traço de possibilidade de cumprimento em diversos graus, ao passo que 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.

Outra distinção importante a ser traçada diz respeito às categorias lei e norma. A lei, em sentido estrito, é apenas um fato gráfico que permanece o mesmo até que sobrevenha um ato legislativo que o modifique ou retire do ordenamento. Já a norma, por seu turno é produto mental, sendo, portanto, derivada da interpretação que se faz do texto. Neste diapasão, vale a menção da conhecida assertiva de Franco CORDERO: *“da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti; finchè non sopravenga um fato abrogativo, i testi durano immobili ma il senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio”*.²²

Corroborando para o entendimento do referido processualista italiano, pode-se aludir, na doutrina brasileira, a lição de Eros Roberto GRAU no sentido de que:

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 produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados e os textos nada dizem; eles dizem o que os intérpretes deles dizem.²³

Portanto, lei e norma não se confundem, ocupando cada qual um lugar definido e preciso. É por meio da interpretação que, a partir do texto ou enunciado, cria-se uma norma para o caso em apreço. Contudo, é preciso salientar que este caminho não é percorrido de maneira automática, depende da atividade cognoscente do intérprete, bem como incorpora, em maior ou menor medida, critérios de valor. Logo, é de se rejeitar a proposta de hermenêutica jurídica oferecida pelo positivismo, já que

²² Tradução livre: “de uma fórmula nascem tantas normas quanto são as cabeças dissidentes; enquanto não sobrevenha um fato abrogativo, os textos continuam imutáveis, mas o sentido muda e correlativamente variam as normas no tempo e no espaço”. (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. P. 17-18.)

²³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 23.

esta propugna um modelo de subsunção eminentemente formal entre descrição normativa e realidade, nela não se podendo encaixar os princípios.

Conforme assinalado anteriormente, o processo de interpretação dos textos normativos não ocorre de maneira mecanicista, é fruto do labor do hermeneuta, sendo-lhe, por isso mesmo, vedado esconder-se por trás da falsa máscara da neutralidade. Trata-se, por óbvio, de 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 extraí o sentido da regra positiva, para, com isso, dar coesão, unidade e imprimir harmonia ao sistema”.²⁴

Da mesma forma, os princípios não podem ser tidos como simples elementos de transcendência, buscados na esfera do Direito Natural, pelo viés jusnaturalista. Devem, pelo contrário, ser buscados no seio da sociedade, onde têm o seu lugar enquanto produto histórico. Daí que nem todos os princípios estejam expressos 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 desta obra, o princípio da tipicidade dos direitos reais que, a despeito da pouca atenção que tem recebido, estabelece limites e possibilidades para todo um sistema de apropriação.

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:

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 econômica e social e mesmo sobre a concepção do homem. Opções, cuja gestação, por sua vez, é determinada pelos dados sociológicos, culturais e históricos que

²⁴ 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.

condicionam toda a organização da sociedade em cada momento e em cada lugar.²⁵

Por outro lado, afirmar que o intérprete verdadeiramente cria a norma para o caso concreto não significa sustentar o direito como produto de uma jurisprudência arbitrária, justamente porque os fatos também determinam a produção da norma. A norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir dos elementos que se depreendem do texto (ou mesmo a partir dos chamados princípios implícitos), mas também a partir dos elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir dos elementos da realidade. Tome-se, como exemplo, a metáfora da Vênus de Milo:

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si, encomendando-se, a eles, três Vênus de Milo. Ao final do trabalho desses três escultores, teremos três Vênus de Milo, perfeitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são definitivamente, três Vênus de Milo – nenhuma Vitória de Samotrácia.²⁶

Vê-se, assim, que diferentes interpretes – tal qual diferentes escultores produzem diferentes Vênus de Milo – produzem a partir do mesmo texto normativo distintas normas jurídicas, mas o intérprete discerne o sentido do texto sempre a partir, e em virtude, de um determinado caso dado.

1.3. A interpretação e o arco principiológico dos direitos reais

Frente às diversas conclusões traçadas até o presente momento deste estudo, faz-se mister proclamar que a interpretação não é uma conexão entre o texto e a idéia primordial do legislador, pois, ao contrário do que pretende a hemenêutica clássica, a atribuição de sentido está atrelada ao caráter eminentemente pragmático do fenômeno jurídico.

Contudo, expressivos setores da doutrina trabalham (ainda) na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance a interpretação

²⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ªed. Coimbra: Coimbra, 1996. P. 82.

correta, o sentido exato da norma, o verdadeiro significado do vocábulo. Não é temerário afirmar que, também na jurisprudência, para valer-se de um vocábulo tão utilizado nesta área, a hermenêutica de cunho objetivo-idealista possui aplicação “mansa e pacífica”. Acredita-se, em síntese, em uma linguagem científica, cujo ponto forte consiste no atributo de ser purificável, isto é, passível de ser submetida com êxito a um trabalho de demarcação rigorosa do sentido de seus termos conceituais.

Como esclarece Agostinho Ramalho MARQUES NETTO, esse trabalho tem por função garantir que:

Esses termos possam articular-se uns aos outros em proposições e estas possam articular-se a outras proposições em silogismos, tudo isso dentro de uma perspectiva logicamente encadeada, sem desvios ou distorções, de tal modo que a verdade das conclusões seja uma consequência lógica da verdade das premissas e do correto encaminhamento dos diversos passos do raciocínio que a elas conduziu.²⁷

Destarte, a complexidade dos elementos que compõe a realidade aponta para a impossibilidade de trabalhar-se com esta concepção. Se a gestação dos princípios é determinada por aspectos sociológicos, culturais e históricos, é possível que o Direito Civil, como ramo da ciência jurídica, venha a sofrer modificações na sua interpretação e concepção sem nenhuma alteração legislativa. É o caso da tutela do promitente comprador diante da pretensão do credor em obter a satisfação de seu crédito mediante a penhora do direito de propriedade do promitente vendedor. A despeito da superação da Súmula 621²⁸ do Supremo Tribunal Federal e consequente edição da Súmula 84²⁹ do Superior Tribunal de Justiça, a discussão continua em

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ob. Cit.* P. 29.

²⁷ MARQUES NETTO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In.: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1998. P. 28.

²⁸ Súmula 621: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis”.

²⁹ 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”.

aberto, sendo que, em determinadas situações, dadas as circunstâncias do caso concreto, será mais justo e equânime afastar-se uma orientação já consagrada.³⁰

Na acepção de Marcelo DOMANSKI:

Se com os embargos de terceiro se pretende a liberação da apreensão judicial decorrente da pretensão manifesta pelos credores do promitente vendedor, que com base no direito de propriedade buscam a satisfação do débito, deverá o magistrado avaliá-la em relação à posse justa, própria, e de boa-fé do promitente comprador. Para tanto, haverá o julgador de valorar a posse efetiva do promitente comprador, em contraposição à necessidade do registro do contrato de compromisso de compra e venda. Ausente qualquer modalidade de fraude, presente a posse própria, haverá que se respeitar o pactuado compromisso, ainda que inexistente o registro imobiliário do contrato.³¹

Portanto, a criação da norma jurídica depende essencialmente da maneira de pensar dos magistrados e operadores do direito como um todo, pois consubstancia uma experiência conflitual do intérprete. O juiz interpreta sempre dentro de uma situação histórica determinada, sendo que a decisão judicial não é fruto de um único vetor, considera certas palavras da lei e antecedentes judiciais; as versões dadas pelas partes em conflito; as regras processuais; as expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade; e, finalmente, convicções do próprio juiz, que pode estar sendo influenciado de forma decisiva por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política.

Tudo isso evidencia a existência de um círculo hermenêutico, pois a compreensão do texto se encontra continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão, isto é, pela maturidade que conforma os hábitos mentais do jurista em questão, condicionando, via de consequência, seus

³⁰ “A tutela da posse e dos direitos do promitente comprador tem como limite exatamente a fraude. É através da fraude que se visa frustrar a aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial em relação aos bens do devedor (promitente vendedor), o que pode ocorrer com a participação, consciente ou não do promitente comprador, de que esse negócio jurídico tem a finalidade de lesar o credor exequente”. (DOMANSKI, Marcelo. *Posse: da segurança jurídica à questão social: (na perspectiva dos limites da tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 299).

³¹ DOMANSKI, Marcelo. *Ob. Cit.* P. 307.

conhecimentos e pré-juízos.³² A interpretação reclama uma expectativa prévia de existência do conceito que se quer definir, eis que o jurista não está isolado do mundo, mas é um ser inserido neste desde sempre. Em especial, pode-se aludir ao importante papel desempenhado pelos princípios no movimento de pré-compreensão, uma vez que estes conformam, na maioria das vezes, verdadeiras opções fundamentais sobre a organização de certa seara do conhecimento jurídico, como é o caso dos princípios da tipicidade e da taxatividade dos direitos reais.

É interessante, a este respeito, atentar para a 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 de taxatividade da enumeração. Entendimento, aliás, esboçado por José de Oliveira ASCENSÃO³³, mas que, como se sabe, foi rechaçado pela quase unanimidade de nossos doutrinadores³⁴, justamente pelo assento social do fenômeno principiológico e pela pré-compreensão que o intérprete tem acerca da realidade e do texto normativo.

Sobre o tema, permite-se mencionar o sempre valioso pronunciamento de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA:

Os autores e julgados que da existência de outros direito 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,

³² SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Betti X Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 39. Curitiba: UFPR, 2003. P. 187.

³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968. P. 56.

³⁴ O professor Darcy BESSONE dá notícia de uma rápida discussão estabelecida entre Afonso Fraga, Lacerda de Almeida e Carvalho Santos, estes acreditando 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 se encarregou de pacificar a vigência do princípio da taxatividade em nosso ordenamento. (BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 09).

ações ou exceções, como o direito de preferência, de retenção, de vizinhança e acessórios, não abrem exceção ao princípio.³⁵

A despeito de uma eventual confusão entre os princípios da taxatividade e da tipicidade – questão a ser será elucidada oportunamente no próximo capítulo – prevaleceu à idéia de que, mesmo diante da ausência de expressa previsão legal, ambos os princípios são dotados de força normativa, pois são fruto de uma lição doutrinária que remonta às próprias origens do Direito Romano, bem como representam uma opção social acerca da organização dos institutos jurídicos que disciplinam a relação do homem com a objetividade.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo XVIII. 2^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. P. 07.

CAPÍTULO SEGUNDO – CONSIDERAÇÕES RELATIVAS À HISTORICIDADE DO NUMERUS

CLAUSUS E SUA ATUAL CONFORMAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Em meio à exposição realizada no capítulo anterior, procurou-se destacar os princípios enquanto elementos válidos numa dada circunstância espacial e temporal, adquirindo relevância para o processo hermenêutico a pré-compreensão que o intérprete tem acerca da realidade. Dando prosseguimento a este raciocínio, dedica-se o presente capítulo ao estudo do transcurso histórico que estabeleceu a atual conformação do princípio da taxatividade, bem como os fundamentos pelos quais grande parte da doutrina sustenta sua vigência no sistema jurídico brasileiro. Perceba-se que recepção do *numerus clausus* delimitará a estrutura da tipologia real que será objeto de análise desta obra. Logo, preocupa-se primeiramente com estabelecimento de uma clara distinção entre os princípios da tipicidade e da taxatividade para, em seguida, discorrer sobre a evolução história deste último, realizando, ao final, uma análise crítica dos fundamentos pelos quais apregoa-se sua recepção pelo ordenamento pátrio.

2.1. Uma distinção preliminar: delimitação do conteúdo dos princípios da tipicidade e do numerus clausus

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 de direito subjetivo tiveram sua formulação profundamente influenciadas pelo primado da vontade e da defesa da liberdade enquanto valor ideológico. Contudo, o poder de auto-regulamentação 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 é

permeada por limitações de ordem pública³⁶ que traduzem uma preocupação histórica com o inconveniente da constituição de situações socialmente nocivas.

Assim, na grande maioria dos manuais de Direito Civil, preocupados unicamente com a descrição dos institutos jurídicos tal qual receberam disciplina legal, 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 de criação de outras categorias de direito real que não as estabelecidas em lei. 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 lege”*.³⁷

Ocorre, entretanto, que, na maioria das vezes, denomina-se tal realidade por princípio da tipicidade dos direitos reais, o que demonstra a existência de uma confusão entre os conceitos de tipicidade e taxatividade; situações conexas, mas que certamente não se identificam. Talvez em virtude da pacificidade com que ambos os princípios se encontram cristalizados no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina não lhes dedicou a devida atenção. Sem embargo, o prosseguimento do presente estudo exige que esta justaposição simplista seja dissolvida, estabelecendo-se critérios sólidos de distinção entre os dois princípios.

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

³⁶ 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. *El Derecho Real: elementos para una teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d. P. 73.)

³⁷ Tradução Livre: “A categoria dos direitos reais é constituída de um número fechado; neste campo, diversamente do que ocorre em regra nas relações obrigacionais, a autonomia dos sujeitos é restrita à escolha entre os direitos típicos previstos em lei”. (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzione di diritto civile*. 33ª ed. Milão: CEDAM, 1992. P. 382.)

direito real. Esta necessidade de respeito à estruturação dos poderes conferidos ao titular decorre do conteúdo típico dos direitos reais previstos em lei.³⁸

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 a sua modalidade de seu exercício. Basta registrar que:

O princípio do *numerus clausus* se refere à exclusividade de competência do legislador para a criação de direitos reais, os quais, por sua vez, possuem conteúdo típico, daí resultando o segundo princípio, corolário do primeiro, o da tipicidade dos direitos reais, segundo o qual o estabelecimento de direitos reais não pode contrariar a estruturação dos poderes atribuídos ao respectivo titular.³⁹

A tipicidade, nas palavras de José 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. Foi mais longe, modelou tipos: e os tipos determinam-se por referência a um conceito que concretizam. Também o tipo jurídico, como todo tipo, é algo de mais concreto que o conceito. A tipicidade jurídica contrapõe-se, pois, à consagração pela norma de uma figura genérica ou de um conceito sem quaisquer especificações.⁴⁰

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.

Portanto, o elemento caracterizador a tipicidade é a previsão pelo ordenamento dos traços essenciais de uma dada realidade jurídica e não somente a sua nomeação pela lei, em que pese costumeiramente se fale em tipicidade nessas hipóteses. Esta técnica jurídica bastante própria se destina, funcionalmente, a fornecer

³⁸ 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. 16.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. P. 82.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968. P. 56.

uma regulamentação, por isso pode existir em campos do direito sujeitos ao *numerus clausus* – como nos direitos reais – e naqueles em que vigora o *numerus apertus* – como nos direitos contratuais.

Ademais, por estar conectada à previsão genérica pelo ordenamento, a taxatividade responde sempre por uma perspectiva mais abstrata, ao passo que o tipo aparece ligado a uma preocupação de concretização. Segundo os professores 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)*”.⁴¹ Isto sucede porque a criação normativa precede a verificação prática de determinada situação. Daí a tendência das legislações modernas para, ultrapassando as meras referências conceituais, tipificar. Caminha-se na direção de individualizar a aplicação do direito e a tipicidade é o instrumento adequado para a realização de tal fim.

2.2. Origem e evolução histórica do princípio da taxatividade

A partir dos conceitos firmados no tópico anterior, afigura-se como oportuna uma análise mais aprofundada da evolução histórica do princípio da taxatividade. O objetivo desta 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 é uma verdade absoluta e 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. Este discurso linear, em verdade, não passa de “uma postura que projeta sobre o passado as

⁴¹ GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. *ob. cit.* P. 82.

categorias mentais e sociais do presente, fazendo do devir histórico um processo (escatológico) de preparação da atualidade”.⁴²

Ao contrário, a construção histórica do princípio da taxatividade foi levada a efeito em meio a uma série de avanços e retrocessos, o que leva vários autores a duvidarem da sua utilidade para o ordenamento jurídico pátrio.⁴³ Daí que, a despeito de constituir um referencial hermêutico, será somente a análise histórica que revelará o seu sentido e atualidade para o direito brasileiro.

2.2.1. A 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. “A propriedade liberal moderna não tem sua origem na propriedade romana, com a qual guarda insuperáveis diferenças de princípio”.⁴⁴ Assim conclui Maria Cristina PEZZELLA a sua dissertação de mestrado. De forma enfática, aponta para o equívoco de compreender a noção de propriedade a partir de uma perspectiva ahistória, que fundamenta o seu conceito contemporâneo naquele dos romanos.

Como adverte Fustel de COULANGES⁴⁵, na Roma Antiga, a propriedade possuía notável caráter de sacralização: o solo habitado por uma família romana seria 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 por 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, por ele protegido, para fazer-lhe as oblações sagradas.

⁴² FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a Temporalidade e o Direito. In.: *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: EDIBEJ, 1999. P. 79.

⁴³ Ver: SOARES, Danielle Machado. Condomínio de Fato: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴⁴ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. P. 218.

⁴⁵ “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: RT, 2003. P. 60.

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 este parcelamento se realizasse por meio de cerimônia religiosa: só a religião poderá dividir aquilo que, antes, ela própria proclamara indivisível. Da mesma forma, a Lei das Doze Tábuas não poupava o devedor, porém não admitia que a sua propriedade fosse confiscada com o intuito de sanar as dívidas adquiridas. Seria, sob esta perspectiva, bem mais fácil escravizar um homem do que lhe retirar o direito de propriedade. Somente em um momento ulterior, permitiu-se a venda das terras, mas exigindo-se, para isso, a formalidade de caráter religioso.⁴⁶

Já no plano teórico, 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*”.⁴⁷ Portanto, a criação dos direitos reais dependia de uma correlata tutela processual, por meio da *actiones*. Não obstante, nem toda situação de direito material era passível de tutela processual, o que significa dizer que as *actiones* eram típicas. Tal sistema teria se prorrogado na tipicidade dos *remedies*, vigente na jurisdição britânica até 1873.⁴⁸

Ademais, como informa Serpa Lopes, em Roma, os direitos reais eram limitados, clausurados pela lei, que apenas admitia, ao lado da propriedade, a enfiteuse, a superfície, modalidades de servidões e alguns direitos reais de garantia.⁴⁹ Aliás, até mesmo a servidão, figura típica do direito romano primitivo, não poderia ser constituída genericamente, mas somente em suas modalidades *iter, actus, via e aquaeductus*.

2.2.2. A perspectiva feudal

Em contraposição à experiência romana, o período medieval é marcado

⁴⁶ DE COULANGES, Fustel. *ob. cit.* P. 67.

⁴⁷ GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. *ob. cit.* P. 23.

⁴⁸ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob. cit.* P. 18.

⁴⁹ SERPA LOPES, Volume VI, Direito das Coisas, P. 35.

por uma complexa estrutura de direitos reais, tão disforme e assimétrica quanto a fragmentação do poder político vigente à época o permitia.⁵⁰ Neste particular período da história, verifica-se a concorrência de vários interesses legítimos de diversas pessoas sobre o mesmo bem.

Assim, 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 à dinâmica das relações de suserania e vassalagem.⁵¹ 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. O que realmente importava, segundo a lógica deste sistema, eram as relações mantidas de homem a homem que conduziam a obrigações recíprocas de suserania e vassalagem entre os nobres e de servidão para os demais.

Com isso, multiplicaram-se os desdobramentos da propriedade de modo a criar uma pluralidade de domínios sobre a mesma coisa. Daí que, na acepção de Eroulths CORTIANO JÚNIOR, “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”.⁵²

Trata-se, portanto, de uma estrutura assistemática e aberta de direitos reais. Consoante a lição do professor Paolo GROSSI:

A fronte della rigorosa tipicità classica, a fronte di un sistema di diritti reali concepito come chiuso, rigido e strettamente limitato, si afferma, in primo luogo, la tendenza, non solo, a concepire in modo asistemático il problema dei vari rapporti reali, bensì a ritenerli non già un 'numerus clausus' ma una serie aperta e potenzialmente indefinita, non una galleria predeterminati e assolutamente precisati, ma un grupo elástico di figure amorphe sommariamente e liberamente

⁵⁰ CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direito reais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 744, P. 42.

⁵¹ HUBERMANN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997. P. 128

⁵² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 24.

*determinate dalla consuetudine e delle quali è chiaro come minimo denominatore soltanto la loro radizazione nella cosa.*⁵³

2.2.3. Revolução francesa e modernidade

A noção do direito real como estrutura fechada, conhecida pelo Direito Romano, ressurgiu com a codificação napoleônica, que alterou a tendência medieval quanto à concepção do direito real. 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 ser previstas única e exclusivamente pela lei.⁵⁴

O ideal revolucionário de liberdade impôs uma forte reação contra as regalias do regime feudal. Segundo José Oliveira ASCENSÃO:

Chamou-se a atenção para a injustiça de muitas situações jurídicas costumeiras. Acentuou-se que a sujeição da agricultura a numerosas formas de rendas fundiárias consumia uma percentagem muito alta do produto da terra. Enfim, traçaram-se esquemas que representariam a maneira racional de distribuição das coisas e afastariam o sistema histórico. Também aqui, a razão poderia corrigir e substituir a tradição.⁵⁵

Desejava-se uma propriedade simplificada, isenta de todas as espécies de intromissão, capaz de garantir ao indivíduo um verdadeiro instrumento de luta. A propriedade passava a ser a própria evocação da liberdade individual.⁵⁶

⁵³ Tradução livre: "a frente da rigorosa tipicidade clássica, a frente de um sistema de direitos reais concebido como fechado, rígido e estritamente limitado, se afirma, em primeiro lugar, a tendência, não somente de conceber de modo assistemático o problema das várias relações reais, bem como reter-lhe não mais um 'numerus clausus' mas uma série aberta e potencialmente indefinida, não uma galeria predeterminada e absolutamente precisa, mas um grupo elástico de figuras amórficas sumariamente e liberalmente determinadas dos costumes e dos quais é claro como mínimo denominador apenas sua radicação na coisa" (GROSSI, Paolo. *Le situazione reali nell'esperienza giuridica medievale*. Padova: Cedam, 1968. P. 104).

⁵⁴ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob. cit.* P. 20-21.

⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 74.

⁵⁶ CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *ob. cit.* P. 42.

Assim, o legislador francês, embora sem apresentar uma regra expressa de *numerus clausus*, enumerou algumas poucas figuras de direito real, estabelecendo-lhes limites de conteúdo e duração. A razão desta economia talvez denunciase o receio de que pudesse se 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 como impossível negar que o sistema fechado serviu bem para perpetuar as conquistas obtidas.

Neste sentido, são claras as palavras do referido mestre lusitano: “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”.⁵⁷

Portanto, é forçoso reconhecer que a grande contribuição da Revolução Francesa, relativamente à matéria em foco, foi a introdução do princípio do *numerus clausus*. Tal conquista teve como elementos motivadores: (i) instrumentalizar a manutenção do *status quo* burguês e (ii) dar vazão e aplicabilidade a uma noção individual de propriedade.

2.3. Apreciação crítica do estatuto da clausura real no sistema jurídico brasileiro

Procurou-se, no ponto anterior, esboçar as origens históricas que se podem apontar para a adoção, em um primeiro momento, do *numerus clausus* nas ordens jurídicas que o acolheram e mantiveram. Não obstante, se historicamente o princípio da taxatividade foi erigido com o intuito de firmar o reconhecimento da propriedade como um direito de dispor sobre as coisas da maneira mais absoluta, é justo reconhecer que contemporaneamente uma série de limitações, vínculos e ônus relativizaram o próprio conteúdo do direito de propriedade.

Como ensina o professor Eroulths CORTIANO JÚNIOR:

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 75.

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-a 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.⁵⁸

Por outro lado, a manutenção do *status quo* burguês não está na pauta dos dias atuais, uma vez que a estrutura do Estado Democrático de Direito apregoa uma igualdade material entre as diversas classes sociais, impossibilitando o atendimento isolado das demandas de um setor estratificado da população, bem como o temor de um retorno ao sistema feudalista seria absolutamente infundado.

Por estes e outros motivos adota-se, em consonância com o pensamento de José Oliveira ASCENSÃO, a seguinte premissa: em princípio é um sistema de *numerus apertus* que deve existir. Ter-se-á de optar por um sistema de *numerus clausus* somente diante da impossibilidade de sua implantação. Isto porque:

Todo *numerus clausus* é um colete de forças imposto à vida. A espontaneidade social tem por si a capacidade de forjar na maioria dos casos os instrumentos que mais adequados se revelem a determinada situação (...) 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. E não se pense que os mesmos efeitos podem ser atingidos pela actividade legislativa, que vá escogitando os tipos que se revelem adequados. Para além da inevitável lentidão de todas as intervenções legislativas em matéria de direito civil, cremos que nem mesmo o mais sagaz e atento legislador poderia realizar esta tarefa.⁵⁹

No entanto, o transcurso histórico da formação do princípio da taxatividade ainda não é suficiente para sustentar-se uma posição de *jure constituendo* sobre este sistema. Cumpre analisar algumas afirmações de autores em favor do *numerus clausus*, pois estas permitirão embasar uma conclusão definitiva sobre o tema.

2.3.1. A oponibilidade erga omnes e as vinculações ocultas

O principal argumento dos autores que defendem a adoção do princípio da

⁵⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *ob. cit.* P. 162.

taxatividade na seara dos direitos reais atenta principalmente para a particular estrutura destas situações jurídicas. Como é cediço, uma conhecida e divulgada teoria jurídica, apoiada na concepção personalista de Direito formulada por Immanuel KANT, sustenta que o direito real é uma relação estabelecida entre o seu titular (proprietário) e todas as pessoas da coletividade, que estão obrigadas a se absterem de toda de qualquer ingerência quanto ao exercício do titular sobre a coisa.

Partindo desta concepção, “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”.⁶⁰ Contudo, sem questionar a atual validade da doutrina personalística, é necessário atentar-se ao fato de que há muito se consolidou a idéia de que nas relações obrigacionais também há dever geral de não-ingerência. Se o vínculo de crédito é estabelecido entre credor e devedor, nenhum interesse existe para que eventualmente um terceiro possa interferir na relação obrigacional.

Ademais, o reconhecimento de manifestações da autonomia da vontade em tema de direitos reais 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 sistema.

Nesta linha de raciocínio, José Oliveira ASCENSÃO tece as seguintes considerações:

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. É justamente função do legislador prever e excluir a tempo as situações deletérias. Esta é a forma normal de atuação: a admissão da autonomia privada não é um princípio absoluto, mas a sua exclusão não deve ser encarada como um meio de evitar dificuldade de previsão.⁶¹

Não é correto, portanto, limitar a um número fixo de tipos as figuras admissíveis sob este argumento.

⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 76.

⁶⁰ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob. cit.* P. 37-38.

⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 79.

Mais delicada, contudo, é a tese de que o *numerus apertus* favoreceria a criação de vinculações ocultas. O sistema, diz-se, funcionaria em prejuízo de terceiros que viessem a adquirir direitos sobre os bens. Logo, em sendo a oponibilidade elemento fundamental à caracterização dos direitos reais, a ausência de previsão legal poderia acarretar graves conseqüências para o “destino futuro das coisas”.

Sobre assunto, mais uma vez são precisas as considerações de Oliveira ASCENSÃO:

Bastaria a utilização dos meios atualmente existentes para garantir a necessária publicidade. 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 desposamento condição de existência das situações atípicas.⁶²

Há, porém, quem afirme que o sistema registral só pode funcionar eficazmente desde que o número de direitos registráveis esteja legalmente determinado. Este argumento será objeto de análise do subtítulo seguinte.

2.3.2. O correto funcionamento do sistema registral

Perpassada a crítica aos autores que fundamentam o *numerus clausus* na oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais e no receio de que se criem situações socialmente nocivas, é de se conhecer da opinião dos autores que fazem derivar o sistema taxativo da exigência dos registros públicos.

Tal posição é levada ao extremo por autores como Martin WOLF e Ludwig RAISER.⁶³ Segundo esta 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.

Por certo, não se pode olvidar de que o princípio do *numerus clausus* facilita a operacionalização do registro público, mas não é aceitável que esta regra se

⁶² ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 79-80.

⁶³ *Apud* ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.*; GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob. cit.*; CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *ob. cit.*

correlacione com a eficiência do sistema, até porque, nos países que recepcionaram o *numerus apertus* – como, por exemplo, a Espanha - existe um espaço profícuo de publicidade que garante o registro de direitos reais que não sejam típicos. Ademais, até mesmo na sistemática taxativa existe uma série de direitos reais que, por recaírem sobre coisas móveis, não são registráveis.⁶⁴

Outra questão que se coloca em desfavor dos autores que sustentam a posição em tela diz respeito ao fato de que é errado postergar-se as conveniências sociais em razão de vantagens meramente técnicas. “É natural que os órgãos de aplicação do direito tendam a esquecer do carácter instrumental de sua atividade e a justificar por elas as próprias soluções substanciais. Mas o ponto de partida parece-nos dever ser exactamente o oposto”.⁶⁵ O registro deve descobrir formas de servir a espontaneidade social e não o contrário.

Aliás, como será oportunamente explanado, não se pode afirmar que o conteúdo dos direitos reais está hoje completamente determinado em lei, o que não representa um inconveniente para o funcionamento dos registros públicos. Logo, o argumento do correto funcionamento do sistema registral também não se afigura como elemento passível de afastar a recepção do *numerus apertus*.

2.3.3. A ordem pública

Um derradeiro argumento que se aventa contra a invocação da autonomia privada está em afirmar que os particulares não podem modificar a regulamentação legal dos direitos reais, visto que esta seria de ordem pública.

Por ordem pública, entendem-se as situações jurídicas que interessam a terceiros, ao público em geral, como seria o caso dos dispositivos que regulamentam os direitos reais, pois interessa à comunidade a estabilidade nas transmissões de bens, a segurança nas convenções, etc...

⁶⁴ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob. cit.* P. 51.

⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 81.

Consoante José Oliveira ASCENSÃO⁶⁶, esta discussão teria gerado um interessante debate entre dois autores: DEMOLOMBE e LAURENT. Este último teria oposto ao primeiro as seguintes objeções ao regime da ordem pública:

(i) Em momento algum a própria lei estendeu as 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 derogassem as normas cogentes. Ademais, como sempre advertiu o professor Roberto LYRA FILHO, trabalhar com um conceito tão amplo, que aparece como “uma cortina de fumaça”, serve apenas para justificar uma posição que, no fundo, está assentada em interesses de outra ordem.⁶⁷

(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.

Com absoluta certeza, não será mediante a manipulação de princípios de extrema generalidade que emergirá uma conclusão para o tema proposto neste capítulo. Somente uma apreciação crítica do estatuto da clausura real poderá fornecer bases sólidas para o prosseguimento deste estudo.

2.3.4. Motivos pelos quais sustenta-se 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 oferecidos em desfavor do *numerus apertus* centra-se em uma visão ultrapassada da condição

⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 88.

proprietária, entendida aí como um direito de dispor sobre as coisas da maneira mais absoluta.

Não obstante, existe uma outra ordem de argumentos em razão da qual opta-se por sustentar a vigência do *numerus clausus* na seara dos direitos reais. Em primeiro lugar, é possível mencionar que se, em princípio, a atuação da autonomia da vontade na criação de situações jurídicas reais seria interessante, não se fizera uma delimitação, que deveria ser rigorosa, das condições em que esta poderia funcionar.⁶⁸ O caráter fragmentário das proibições legais só se explica pensando que o legislador não considerou possível nenhuma figura, para além daquelas que expressamente prevê. É só a propósito destas que nos surgem proibições para o futuro.

Em segundo lugar, como ensina CHATEUBRIAND FILHO:

Se a utilização de um meio de publicidade é capaz de satisfazer as exigências teóricas de um quadro aberto, no plano prático as coisas talvez não se resolvam sem algum sacrifício. Principalmente quando se pensa que além da oponibilidade existirão ainda outros requisitos constitutivos, talvez sutis, cuja qualificação estará sempre a cargo de um oficial de registro. Seria também de exigir-se uma perfeita estrutura cartorária que permitisse aos terceiros um rápido e sobretudo seguro reconhecimento das limitações impostas à res.⁶⁹

Portanto, é preciso analisar a questão levando em conta que o sistema de registro predial brasileiro não está adaptado à recepção de novas figuras. Qualquer sistema de *numerus apertus* exige uma regulamentação amplamente maleável, ao passo que o sistema registral pátrio é dotado de uma clara rigidez. Não por acaso, nos países que admitem o *numerus apertus*, a lei orgânica do registro predial é compatível com a publicidade de novas figuras. A Lei Hipotecária espanhola, por exemplo, admite a inscrição dos “*títulos em que se constituam, reconheçam, transmitam, modifiquem ou extingam direitos de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, hipoteca, censos, servidões e quaisquer outros reais*”.

Em um sistema como este, segundo André Pinto da Rocha Osório GONDINHO:

⁶⁷ LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Edições Nair Ltda, 1984. P. 10-11.

⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob. cit.* P. 90.

O Registro Público passaria, muitas vezes, a efetuar análises de “mérito” acerca da figura atípica criada pela autonomia da vontade, sempre no sentido de controlar a legalidade e legitimidade de tal criação. Não é demais registrar que esse controle sobre a intervenção da autonomia da vontade, em grande parte, deveria ser realizado por órgão administrativo ou judicial competente, a pedido do Oficial de Cartório, receoso de efetuar um registro, ou do titular do direito real atípico, cujo registro fora negado.⁷⁰

Assim, não se desconhece o fato de que a adoção de um sistema baseado no princípio do *numerus apertus* seria interessante, contudo a sua adoção dependeria de uma reforma na lei de registros públicos não apenas permitindo a constituição de situações atípicas, mas também instituindo um sistema de controle administrativo destas realidades, sempre em busca da proteção de interesses maiores.

Sem embargo, em que pese sustentar-se que o silêncio do legislador está fincado no pressuposto de que os direitos reais estão moldados em *numerus clausus*, não se deve desconsiderar as demandas da práxis social. Esta necessária tarefa de harmonização entre lei e realidade constitui uma empreitada a ser executada pelo operador do direito mediante a adoção de uma hermenêutica construtiva. Para tanto, contudo, será fundamental a compreensão do real significado do fenômeno da tipicidade dos direitos reais, objeto de análise do próximo capítulo.

⁶⁹ CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *ob. cit.* P. 46.

⁷⁰ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob. cit.* P. 56.

CAPÍTULO TERCEIRO – A TIPOLOGIA DOS DIREITOS REAIS

Neste capítulo, principia-se o estudo do princípio da tipicidade dos direitos reais propriamente dito. 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 de sua ascensão na seara do direito. Posteriormente, estabelecer-se-á uma distinção entre os conceitos de tipo e fatispécie, dada a proximidade com que a doutrina apreende estas duas realidades. Por fim, o capítulo será encerrado com uma análise apurada do conteúdo da tipicidade dos direitos reais e da sua configuração em tipos abertos, admitindo uma certa variabilidade do tipo em relação às especificidades do caso concreto.

3.1. A contribuição de Karl LARENZ: um breve excurso pela Metodologia da Ciência do Direito

O eminente jurista alemão Karl LARENZ, cujos estudos de grande valia foram para a realização deste trabalho, por todos os demais autores que se ocupam do polêmico tema, é enfático ao apontar para a existência de uma íntima conexão entre as regras jurídicas. Tal conexão possui relevância extrema, uma vez que seria responsável por inúmeras implicações na resposta que o ordenamento jurídico concede aos problemas ensejados pelo caso concreto. Desse modo, a compreensão do procedimento de realização do direito só é possível caso se leve em consideração tão importante fator. Para o autor citado, toda regra jurídica constituiria apenas uma pequena parcela de uma regulamentação muito mais ampla. As regras estariam sintonizadas entre si, exercendo, cada uma, a sua peculiar funcionalidade no interior de um contexto de regulamentação.⁷¹

⁷¹ Para uma análise mais aprofundada da qual algumas idéias foram tomadas como ponto de partida para o desenvolvimento deste tópico, ver: CUBEK, Rodrigo Moreto. *Direito e Situação: fenomenologia situacional do direito e as situações jurídicas no direito civil brasileiro*. Curitiba, 2002. 145 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Todavia, não se deve olvidar de 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, idênticas conseqüências jurídicas.⁷² Com vistas a cumprir a referida missão, o caminho mais curto, mas não necessariamente o melhor, parecia ser a formulação de previsões, conforme a estrutura de um conceito geral abstrato, às quais poderiam ser subsumidos todos os fenômenos da vida que apresentarem certas notas distintivas antecipadamente definidas. Assim, seria comum caracterizar, por meio de conceitos gerais abstratos, (a) as situações de fato a regular, (b) o conteúdo da regulação e (c) as conseqüências jurídicas produzidas.⁷³

A referida proposta, embasada na formulação de conceitos gerais e abstratos para regulamentação do fenômeno social, foi capitaneada pela Jurisprudência dos Conceitos e recepcionada concomitantemente pelo movimento codificador. Sem embargo, o pensamento abstracto possui como fator negativo a tendência crescente de esvaziamento de sentido. Nesta acepção, se é correto afirmar que, quanto maior for o grau de abstração, maior também será a potencialidade de alcance dos conceitos (relação direta), igualmente, é correto concluir que, para tanto, menor será o seu conteúdo (relação inversa). Um elevado grau de abstração impõe a minimização do conteúdo conceitual.⁷⁴ Deste modo, deixam-se de lado muitos dos traços particulares dos fenômenos da vida, e, sobretudo, aquele fundamental elemento que os une e determina a sua relevância para o direito.

Segundo Karl LARENZ, um dos efeitos nefastos do pensamento abstracto e dos conceitos gerais e abstratos foi justamente a equiparação radical entre as categorias de pessoa e sujeito de direito, genericamente concebido enquanto “titular de direitos e deveres”. Por certo, um conceito de pessoa em sentido jurídico, tão amplamente concebido e vazio de conteúdo, possibilitava uma manipulação teórica cuja

⁷² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª. ed. Trad: José Lamarego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. P. 622.

⁷³ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 623.

conseqüência era, de um lado, negar a personalidade a pessoas concretas, e de outro, afirmar a personificação de um patrimônio, a pessoa jurídica. Ora, o indivíduo não é depósito de direitos e deveres, mas a fonte dos quais estes emanam, devendo a personalidade ser reconhecida a todos os seres humanos sem distinções.⁷⁵

Assim, conclui LARENZ: “nenhum sistema foi em qualquer época perfeito nem fechado em si, de modo que todas as relações jurídicas e previsões normativas juridicamente significativas tivessem achado nele o seu lugar perfeitamente determinável”.⁷⁶ Logo, “quando o conceito geral-abstracto e o sistema lógico desses conceitos não são suficientes por si 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”.⁷⁷

Em apenas aparente paradoxo, no processo cognitivo do tipo, o primeiro passo a ser dado identifica-se com aquele pertinente ao pensamento abstractor: deve-se separar, a partir do objeto concreto, certas propriedades gerais, relações e proporções, designando-as com um nome. No segundo passo, porém, verifica-se a fundamental distinção: se, no pensamento abstractor, 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.⁷⁸ Desta maneira, 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 abstracta e a individualidade concreta.

Não obstante, Karl 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 Georg JELLINEK, na Teoria Geral do Estado.

⁷⁴ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 648.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 533.

⁷⁷ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 561.

⁷⁸ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 657.

Logo, dada a multiplicidade de usos conferida a esta 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) tipo médio ou de freqüência e tipo de totalidade ou configuração entre os tipos empíricos; e (ii) tipo imaginado, tipo ideal lógico, tipo ideal axiológico, tipo ideal normativo, tipo real normativo, *standarts* e tipo jurídico-estrutural, enquanto tipos não empíricos.⁷⁹

Dentre estes, 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 (a) conteúdos normativos e (b) correspectivos fenômenos da vida, admitindo-se a variabilidade e/ou ausência de alguns elementos na perspectiva do caso concreto. O conhecimento dos contornos do tipo processar-se-ia segundo os seguintes passos: (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.⁸⁰

Na acepção de Karl 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 uma variabilidade relativamente aos elementos do tipo, desde que não afetem o seu conteúdo estrutural-básico. Portanto, “os tipos jurídicos são em si próprios ‘sistemas móveis’ de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério diretivo. Como tais, podem ordenar-se em ‘séries de tipos’ que, por seu lado, podem ser concebidas como ‘sistemas móveis parciais’”.⁸¹

3.2. Fatispécie e tipo legal na formação das situações jurídicas reais

Antes de prosseguir com o presente estudo, faz-se mister uma breve

⁷⁹ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 657-666.

⁸⁰ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 666.

análise acerca da utilização da categoria *fatispécie* na seara jurídica, eis que a compreensão do fenômeno normativo fundamentada nesta noção possui um íntimo entrelaçamento com o processo legislativo de configuração por tipos.⁸²

Insta, deste modo, volver ao pensamento de Emílio BETTI, responsável pela introdução da noção de *fatispécie* nas teorizações do direito civil, em sua obra sobre as “Instituições de Direito Romano”. Segundo o autor o termo derivaria da expressão latina medieval “*facti species*”, cuja tradução seria “figura do fato”. Destarte, é preciso realizar uma séria advertência no sentido de que, ao traduzir a obra do professor Emílio BETTI⁸³ para o português, Fernando de MIRANDA acolheu o termo *fatispécie*, como aportuguesamento da expressão italiana “*fattispécie*”. 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.

Natalino IRTI⁸⁴, por sua vez, salienta que o termo 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. Segundo o autor este último modo de utilização seria bastante equivocado, pois a *fatispécie* constitui a descrição ou esquema de um fato e não, como ali se sugere, um fato real já verificado.

Tal posição aparenta, ainda que não expressamente, ser corroborada por José de Oliveria ASCENSÃO⁸⁵ que opta pela utilização do termo “*facti species*” em sua acepção original, ou seja, previsão ou hipótese legal que se encontra no antecedente de toda norma jurídica. Ante a ausência de uma expressão consagrada na linguagem

⁸¹ LARENZ, Karl. *ob.cit.* P. 533.

⁸² Algumas das idéias utilizadas para a redação deste tópico podem ser encontradas em: CUBEK, Rodrigo Moreto. *ob.cit.* P. 50-57.

⁸³ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, trad: Fernando de Miranda. Coimbra:Coimbra, 1969.

⁸⁴ IRTI, Natalino. *Introduzione allo Studio Del Diritto Privato*. CEDAM: Padova, 1994. P. 17.

⁸⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968. P. 20-22.

portuguesa para designar tal realidade, seria imprescindível dedicar um espaço para esclarecer as diferenças entre os termos *fatispécie* e tipo legal, eis que muitos autores atribuem o mesmo significado para ambas as expressões, utilizando-as como sinônimos.

Assim, segundo o mestre português, o significado do termo *fatispécie* seria evidentemente mais amplo, porque nem toda previsão legal, implica o recurso à tipicidade. Como dito anteriormente, o tipo legal é caracterizado por uma situação em que “a norma não se contentou com previsões ou determinações gerais, com conceitos que abrangessem indiscriminadamente todas as situações. Foi mais longe, modelou tipos: e os tipos determinam-se por referência a um conceito que concretizam”.⁸⁶ A par disso, é preciso pensar que, se a *fatispécie* está conectada à previsão genérica e abstrata, os tipos jurídicos não representam apenas uma invenção do legislador, mas, ao contrário, foram por ele encontrados na realidade social, impondo-se, em etapa posterior, a sua regulamentação. Os fenômenos da vida já existiam em sua concretude, havendo apenas o legislador os apreendido em sua tipicidade, adicionando-lhes as regras que entendeu pertinentes.

Ademais, quando entendida a *fatispécie* como “figura do fato”, é possível opor-lhe a máxima segundo a qual os tipos jurídicos não regulam apenas fatos, mas também situações jurídicas dotadas de relativa complexidade. Aliás, os fatos jurídicos podem aparecer isoladamente, ao passo que facilmente se verifica que o tipo é sempre encarado como um entre outros, entre iguais. “Implicitamente, os autores reconhecem que o tipo, no sentido propriamente jurídico, supõe sempre uma pluralidade, revela-se uma série ou catálogo de figuras”.⁸⁷

Todavia, em que pese a argumentação convincente de Natalino IRTI, não é possível descartar-se o posicionamento adotado por Fernando de MIRANDA ao traduzir a obra do professor Emílio BETTI. Neste diapasão, deve-se ressaltar que, tendo em vista o arcabouço teórico de BETTI, a escolha realizada por seu tradutor é plenamente justificável, pois a noção construída por este jurista italiano possui certa proximidade em relação àquela de *fatispécie* concreta.

⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob.cit.* P. 56.

Emílio BETTI destaca que haveria um nexo de causalidade, comparável àquele próprio dos fenômenos naturais, entre a fatispécie e a disposição encerrada pela regra jurídica.⁸⁸ Em se verificando os fatos previstos na regra jurídica (*fatispécie abstrata*), produzir-se-ia a *fatispécie (concreta)* que, por sua vez, constitui a causa de diversos efeitos jurídicos. Para o autor, a noção de fatispécie (concreta), seria preferível a idéia de fato jurídico, pois indicaria tanto o fato propriamente dito como, também, o estado de fato e de direito em que ele se enquadra.

De qualquer forma, adotando-se a distinção entre fatispécie abstrata e fatispécie concreta, é possível assinalar que à fatispécie abstrata aplicar-se-iam os critérios de diferenciação com relação ao tipo legal já expostos. Por sua vez, a distinção entre tipo legal e a fatispécie concreta também não apresentaria grande dificuldade, basta pensar que, mesmo tendo o legislador realizado uma previsão em lei valendo-se da técnica de tipificação, esta previsão pode, na prática, não se realizar, eis que, por razões históricas, aquela situação jurídica que em um determinado momento recebeu um tratamento específico do legislador, não mais se revela útil para a sociedade, isto é, caiu em desuso.

Portanto, o tipo é algo de mais concreto que a simples previsão legal ou conceito genericamente concebido, mas é algo de abstrato, em relação ao caso individual. Aliás, não poderia ser de outra forma, visto que é um leve distanciamento que permite a sua variabilidade e poder de adequação às situações de fato já concretizadas, com relação as quais não se confunde.

3.3. Uma necessária delimitação do conteúdo da tipicidade real

Quando se fala em tipicidade dos direitos reais, todos os autores da civilística contemporânea, ainda que implicitamente, fazem referência ao objeto desta como sendo os direitos reais em si mesmos. Todavia, a questão que em um primeiro momento deixaria de apresentar maiores complicações adquire importância quando se leva em conta que nem sempre o conteúdo do tipo corresponde de maneira idêntica ao

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob.cit.* P. 56.

⁸⁸ BETTI, Emílio. *ob.cit.*

conteúdo do direito real. Neste sentido, parece elementar que a propriedade pode sofrer uma variação sem que sejam afetados seus limites estruturais básicos.

Isto, contudo, tem conseqüências absolutamente relevantes para o presente estudo, pois enseja a abertura de um espaço de análise destinado à delimitação do conteúdo e extensão do princípio da tipicidade dos direitos reais. Tal empreitada será levada a efeito mediante o exame da posição de alguns doutrinadores acerca do conteúdo do direito de propriedade e sua correlação com o princípio da tipicidade.

3.3.1. A posição de Gustavo TEPEDINO: função estrutura da propriedade

Tradicionalmente, a doutrina cingiu o direito de propriedade em dois aspectos, um interno e outro externo. O interno diz respeito à relação entre o indivíduo e o bem da vida; e o externo se refere à relação entre esse e os demais indivíduos da sociedade.⁸⁹ Seguindo esta linha de raciocínio, o professor Gustavo TEPEDINO propõe uma classificação pouco mais complexa, aduzindo, em síntese, que a propriedade pode ser compreendida a partir de sua (i) estrutura e (ii) função.⁹⁰

Em verdade, a estrutura do direito de propriedade já seria dotada de um elemento interno ou econômico e outro elemento mais propriamente jurídico, normalmente denominado de elemento externo da propriedade. O elemento interno ou econômico do direito de propriedade é composto pelas faculdades de usar, gozar e dispor. É através do exercício dessas faculdades que o titular da propriedade pode obter vantagens econômicas decorrentes da situação proprietária. A faculdade de exclusão das ingerências alheias representa o elemento externo ou jurídico da propriedade. A união desses dois elementos, o econômico e o jurídico, representa a estrutura do direito de propriedade.⁹¹

Já o aspecto funcional da propriedade, objeto apenas de pronunciamentos recentes por parte da doutrina, possui um forte componente ideológico. Seria o aspecto

⁸⁹ WALD, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1995. P. 98.

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.: *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 311.

⁹¹ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob.cit.* P. 140.

dinâmico do direito de propriedade, referente a sua função, ou seja, o papel que a propriedade, ou mais propriamente, o direito de propriedade, desempenha nas relações sociais.

Todavia, como adverte o referido civilista, a variabilidade e a relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, não admite o seu aprisionamento em uma moldura abstrata. Chega-se, por esse caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula cada estatuto proprietário complementada pelas nuances do caso concreto.

Esta construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, um direito subjetivo por excelência, mas uma situação jurídica subjetiva típica e complexa, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.⁹²

Dito de outro modo, a propriedade privada revela-se “um direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode-se definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas”.⁹³

3.3.2. A formulação de Ricardo ARONE: distinção entre propriedade e domínio

Recentemente, um ramo progressista da doutrina encarregou-se de demonstrar de maneira inquestionável que o aspecto interno da propriedade, em verdade, corresponderia à categoria *domínio*. Conseqüentemente, propriedade e domínio seriam conceitos autônomos, ainda que complementares e indissociáveis.

Consoante a lição do professor Ricardo ARONE, “o domínio tem por objeto uma coisa e suas faculdades, não tendo um sujeito passivo, já a propriedade,

⁹² TEPEDINO, Gustavo. *ob.cit.* P. 321.

⁹³ TEPEDINO, Gustavo. *ob.cit.* P. 332.

tem por objeto uma prestação, tendo sujeito passivo e não sendo de natureza real”.⁹⁴ O domínio, pois, seria um complexo de direitos exercidos sobre o bem, comumente descrito sob a fórmula *ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*. A propriedade, por sua vez, seria caracterizada como um dever de abstenção dos demais indivíduos com relação à ingerência sobre a coisa, guardando uma natureza obrigacional.

Um forte indício de autonomia dos conceitos seria representado pelo princípio da exclusividade do domínio. Segundo esta máxima, o objeto não pode suportar a coexistência de faculdades da mesma espécie sobre si, eis que o domínio, em toda a extensão do bem, é uno e indivisível, de modo a que não existam dois *ius utendi*, dois *ius fruendi*, dois *ius abutendi*, etc... Ao contrário do domínio, a propriedade se mostra divisível, pois quando vislumbrada a compropriedade, pode ser precisado o quanto de tal direito pertence a cada um dos titulares, podendo o direito de um sujeito sobrepor-se ao do outro.⁹⁵

Assim, conclui o mestre gaúcho:

O domínio, por se tratar de vínculo real, entre sujeito e bem, é absoluto, em tese, eis que o bem não possui deveres, afora não ter possibilidades à pretensão do sujeito. Porém a propriedade, enquanto titularidade que é, não perfaz vínculo real, outrossim intersubjetivo, pessoal, relativo, dinâmico, orientado à inserção social, perfectibilizando obrigações negativas (dever de abstenção), mediante a orientação do exercício dominial.⁹⁶

Contudo, esta interessante discussão impele o estudioso do direito a questionar-se: estaria o domínio abrangido pelo princípio da tipicidade dos direitos reais? Em princípio, a resposta para tal questão deve ser negativa, eis que a titularidade pode apresentar uma indefinível gama de desdobramentos dominiais, como é facilmente vislumbrado no caso das servidões.

Tal posicionamento seria corroborado recentemente por Ricardo ARONE, em sua obra “Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados”, na qual, em que

⁹⁴ ARONE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 91.

⁹⁵ ARONE, Ricardo. *ob.cit.* P. 69-73.

⁹⁶ ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. São Paulo: Renovar, 2001. P. 177.

pese tomando o princípio da taxatividade em um viés próximo ao da tipicidade, afirma o seguinte:

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.⁹⁷

Logo, estar-se-ia caminhando em direção à fixação do conteúdo da tipicidade legal como um vínculo de titularidade, uma vez que esta orienta o próprio exercício do domínio. Ademais, se é certo que há um dever geral de abstenção com relação à propriedade, também é correto afirmar que este perdura até o momento em que indivíduo excede os poderes que lhe são atribuídos (e limitados) pela titularidade. Portanto, se há uma pretensão de não ingerência do titular em relação à coletividade, também a coletividade mantém uma pretensão de que o titular não extrapole, desnature ou vá além dos poderes estruturais que lhe são conferidos pela lei.

3.3.3. A leitura de parte da doutrina estrangeira: o direito real como situação jurídica complexa

É possível afirmar com segurança que, para doutrina estrangeira, o estudo dos direitos reais não pode prescindir de uma categoria mais ampla: a situação jurídica. Segundo o professor Pietro PERLINGIERI, as situações podem ser de ordem patrimonial ou de ordem pessoal e existencial. “No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos de personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário”.⁹⁸

⁹⁷ ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*; P. 337-338

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 106.

Seguindo este caminho, são também as considerações do professor José Oliveira ASCENSÃO, para quem “o direito real se inscreve sem dúvida entre as situações jurídicas de ordem complexa”.⁹⁹ Neste sentido, o direito real constitui uma situação jurídica complexa, compreendendo em seu interior outras relações menores, de ordem real, obrigacional e até mesmo simples fatos jurídicos com efeitos reais (obrigações *propter rem*).

Logo, se os estatutos proprietários são diversos em relação aos objetos, aos sujeitos, às destinações e mesmo aos patrimônios e às circunstâncias concretas, não existe um conteúdo mínimo da propriedade; existem sim os conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário que é necessário individualizar a partir de uma análise cuidadosa.¹⁰⁰

Dada a complexidade dos vínculos que formam os direitos reais, seu conteúdo pode variar de caso a caso, conforme a disciplina legislativa oferecida para cada tipo, ou mesmo em razão da inserção de uma relação menor dentro da situação jurídica de direito real. Todavia, o princípio da tipicidade é limitado ao “*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*”.¹⁰¹

É, portanto, neste espaço destinado a formulação da estrutura básica do direito real, isto é, a delimitação de seu conteúdo essencial, que estará fortemente presente o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Por derradeiro, é preciso realizar uma ressalva no sentido de que afirmar a tipologia taxativa dos direitos reais não implica, de qualquer modo, que sejam taxativos os fatos que criam, modelam, ou extinguem os indigitados fenômenos jurídicos. Muitas vezes não se encontra sequer uma tipologia, mesmo exemplificativa, destes fatos. Assim, de qualquer negócio jurídico, mesmo de um negócio jurídico inominado, pode

⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob.cit.* P. 56.

¹⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *ob.cit.* P. 231.

¹⁰¹ Tradução livre: é limitado pelo “conteúdo essencial do direito real, pelos 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” (NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: Cedam, 1988. P. 240.).

resultar a transferência ou modificação de um direito real já existente, a extinção de uma oneração ou qualquer outra vicissitude, independentemente de previsão legal.¹⁰²

3.4. As situações jurídicas reais como tipos abertos

Várias são as tipologias a serem consideradas pelo operador do direito ao proceder uma análise cuidadosa da seara dos direitos reais, motivo pelo qual ocupou-se do capítulo segundo desta monografia 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 estão adstritos à atividade do legislador, conformando uma tipologia taxativa. Entretanto, mais importante do que se questionar acerca da necessidade de previsão genérica em lei é problematizar a questão atinente à existência de tipos abertos ou fechados neste campo de estudo.

Para tanto, deve-se primeiramente pensar que, quando se utiliza a técnica de configuração por tipos, seja qual for a modalidade tipológica em questão, o legislador o faz sob determinado prisma, isto é, tendo em vista produção de um dado efeito prático. Mas 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.

Nas palavras de José de Oliveira ASCENSÃO:

O legislador tem de encerrar na descrição típica todos os elementos relevantes para a produção do efeito prático que se prossegue com a tipificação, mas não precisa encerrar nela tudo o que é necessário para a produção do efeito jurídico. Quando assim acontecer, o tipo representará um quadro ou descrição fundamental, que não exclui outros elementos juridicamente relevantes que lhe sejam exteriores.¹⁰³

Isso significa que o fato ou a situação em causa pode ter um conteúdo extra-típico, e por isso dizemos que o tipo é aberto.

¹⁰² ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob.cit.* P. 162-164.

Portanto, o legislador pode encerrar, na descrição do tipo, todos os elementos relevantes para a produção do almejado efeito prático, mas não precisa encerrar nela tudo o que é passível de ser descrito.

Quando isto acontece, o tipo representará um quadro ou descrição funcional que não exclui outros elementos juridicamente relevantes que lhe sejam exteriores. O fato ou a situação em causa pode ter, pois, um conteúdo extratípico, e por isso dizemos que é o tipo aberto. 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.¹⁰⁴

Este é o ponto central das relações entre direitos reais e autonomia da vontade, pois o conteúdo das situações reais, pelo menos nas suas linhas mestras, tem obrigatoriamente de estar fixado na lei. Contudo, muito embora não se possa variar o elenco legal daqueles direitos é absolutamente lícito, quanto a alguns deles, introduzir no respectivo conteúdo uma certa variabilidade. Assim sucede, por exemplo, com o usufruto (art. 1390 do Código Civil) e com as servidões (art. 1378 do Código Civil).

Respeitando-se o modelo legal, há ainda um amplo campo para a fixação pelas partes de aspectos juridicamente relevantes. O que confirma que o caráter aberto do tipo não é incompatível com a vigência de um *numerus clausus*: este exige que se respeitem as formas estabelecidas por lei, mas não exclui que nos quadros de uma forma legal, se estabeleçam, por meio da autonomia privada, o afastamento de regras supletivas.

Destarte, é preciso realizar uma ressalva no sentido de que, muito embora esta seja a regra, nada impede que o legislador, em determinado momento, opte por fixar tipos fechados, o que apenas em certas hipóteses seria consentâneo com o princípio da dignidade da pessoa humana, como é o caso dos direitos reais de garantia. Trata-se, contudo, de uma opção que somente poderá ser verificada casuisticamente, tarefa que deverá ser realizada conjuntamente pela doutrina e pela jurisprudência.

¹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *ob.cit.* P. 63.

¹⁰⁴ 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.

**CAPÍTULO QUARTO – UM ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO DE SITUAÇÕES QUE
CONFIRMAM O CARÁTER ABERTO DA TIPOLOGIA DOS DIREITOS REAIS**

Partindo-se do pressuposto de que é vedado à liberdade individual criar direitos reais, questiona-se, neste capítulo, acerca da possibilidade de modelação dos tipos já estabelecidos. Em sendo a seara dos direitos reais caracterizada por uma tipologia aberta, responsável pela fixação dos traços essenciais de cada tipo, estuda-se o papel da autonomia da vontade como fonte de modelação de seus conteúdos jurídicos. Assim, analisar-se-á, primeiramente, a possibilidade de disposição sobre o conteúdo do direito real de servidão; em um segundo momento, o objeto de estudo serão as obrigações *propter rem* e sua função de modelação do conteúdo do da direito de propriedade; posteriormente, as considerações estarão voltadas para o fenômeno do *shopping center*, e, por fim, estudar-se-á a multipropriedade imobiliária.

4.1. A disposição sobre o conteúdo da servidão

Dentre os denominados direitos reais sobre coisa alheia, verifica-se no Título V, Livro III, do Código Civil, as disposições atinentes às chamadas servidões prediais que, segundo definição corrente da doutrina, consistem no direito real que permite aumentar as utilidades de um imóvel, mediante restrição correlativa do direito real de gozo de um imóvel vizinho.

Como é sabido, o Código Civil não enumerou as modalidades de servidão, apenas previu genericamente o instituto mediante o disposto no artigo 1378 do Código Civil, que assim determina, *in verbis*:

Art. 1378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diviso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Por esse caminho, como observa André Pinto da Rocha Osório GONDINHO:

Tendo-se em vista que o direito real de servidão permite a utilização pelo proprietário do prédio dominante de utilidades do prédio serviente (conteúdo do tipo real de servidão) e que a variedade das utilidades que pode ser extraída de um prédio em favor de outro é muitíssimo ampla, é fácil compreender e admitir que, diariamente, são registrados em cartórios títulos constitutivos de servidões que, sem desprezar o tipo legal da servidão, fixam regras particulares e originais, fruto da intervenção da autonomia privada.¹⁰⁵

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*”.

Portanto, o direito atual consagra uma grande variabilidade de formas para as servidões, em contraposição ao antigo direito romano, no qual sua limitação decorria da tipicidade das ações (*actio*), não se podendo constituir genericamente, mas tão somente dentro daquelas modalidades previstas em lei (*iter, actus, via e aquaeductus*).

Não obstante, durante a invasão gaulesa, um incêndio em Roma trouxe a necessidade do aproveitamento do instituto na urbe, que antes estava praticamente adstrito à aplicação nas propriedades rurais. Como dá notícia Ricardo ARONE:

Na reconstrução, obra desorganizada, 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*).¹⁰⁶

Para além de um interesse privado, percebe-se que a servidão se desenvolveu, no sistema jurídico romano, como fruto de uma necessidade social, sendo paulatinamente ampliada, pelo alargamento de tal necessidade.

¹⁰⁵ 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. 98-99.

¹⁰⁶ ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. São Paulo: Renovar, 2001. P. 323.

Outro ponto interessante a ser ressaltado no tocante ao direito real em análise, diz respeito a sua característica peculiar de acessoriedade. A servidão guarda o atributo distintivo da impessoalidade, ou seja, não está vinculada diretamente ao seu titular, mas ao prédio dominante. Alienado o prédio dominante, com ele também seguirá a servidão, sem que isso tenha implicado disposição da mesma, pelo alienante, que é considerada intacta.¹⁰⁷

Portanto, uma vez constituídas e regularmente registradas, as servidões têm os mais variados objetos, desde que tenham 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 deste direito real não pode significar a criação de uma situação jurídica real atípica, isto é, que desfigure os limites do tipo legal da servidão, como seria, à guisa de ilustração, a constituição de uma servidão pessoal.¹⁰⁸

Como se sabe, não é possível uma ou mais faculdades individualizadas de gozo de um prédio, ou obter abstenção do exercício de uma dessas faculdades, em favor de sujeitos que não sejam determinados pela titularidade do direito real de gozo sobre um prédio vizinho. Tal circunstância impeditiva é existente por imposição do princípio da tipicidade.¹⁰⁹

Logo, além do respeito aos critérios objetivos, isto é, elementos estruturais da servidão, deverão ser obedecidos certos parâmetros com o intuito de: (i) evitar a destruição do conteúdo mínimo do direito de propriedade do prédio serviente; (ii) assegurar a observância do binômio necessidade-utilidade do prédio dominante, bem como atendimento aos interesses sociais que autorizam a instituição das servidões em geral.

4.2. As obrigações propter rem, ob rem ou in rem scriptae

As denominadas obrigações *propter rem*, consoante o entendimento

¹⁰⁷ ARONE, Ricardo. *ob.cit.* P. 326.

¹⁰⁸ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob.cit.* P. 103.

¹⁰⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968. P. 492.

comum da doutrina, constituem um verdadeiro dever jurídico de prestação, como qualquer relação obrigacional. Sua particularidade consiste na inerência à determinada coisa, que é objeto de um direito real, daí a expressão também utilizada para denominá-las: direitos reais *in faciendo*. Assim, o sujeito ativo e/ou passivo dessa modalidade de vínculo jurídico será determinado pela titularidade da relação jurídica de direito real.¹¹⁰

Segundo o saudoso professor Orlando GOMES:

Tais obrigações existem quando o titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada prestação. O direito de quem pode exigí-la é subjetivamente real. Quem quer que seja o proprietário da coisa, ou titular de outro direito real e, *ipso facto*, devedor da prestação. Pouco importa, assim, a pessoa em quem surgiu pela primeira vez. A obrigação está vinculada a coisa.¹¹¹

É predominante no direito brasileiro, o entendimento de que as obrigações *propter rem*, em decorrência de seus efeitos reais, encontram-se sujeitas ao princípio do *numerus clausus*. Ou seja, as obrigações *propter rem* não podem nascer simplesmente da pura vontade das partes, precisamente em vista das suas particularidades. Com efeito, o estatuto jurídico das obrigações *propter rem* compreende significativos desvios em relação aos princípios fundamentais que informam o Direito das Obrigações, pois (i) constituem uma exceção à regra de que as obrigações somente produzem efeitos entre as partes, projetando-se para os futuros adquirentes dos imóveis; (ii) seu abandono ou renúncia liberatória pode ser entendida como uma derrogação do princípio geral da responsabilidade patrimonial do devedor.¹¹²

Sem embargo, deve-se distinguir as hipóteses de obrigações *propter rem* meramente legais (por exemplo, a obrigação do proprietário do prédio serviente em concorrer para as despesas de construção de muro divisório) daquelas em que há autorização legal para o estabelecimento voluntário de relações jurídicas de caráter misto (por exemplo, as obrigações decorrentes da convenção de um condomínio sujeito

¹¹⁰ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob.cit.* P. 119-120.

¹¹¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19^a ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 24.

¹¹² GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob.cit.* P. 123-124.

à Lei 4.591/64 (Lei de Condomínios e Incorporações). Nesta última hipótese, seguindo a lição de André Pinto da Rocha Osório GONDINHO, “haverá modelação do conteúdo e exercício do direito real em questão”.¹¹³

Portanto, é através da constituição deste tipo de relação jurídica que será modificado, em parte, o conteúdo de um direito real específico. Na acepção de José OLIVEIRA ASCENSÃO:

Os titulares dos direitos reais podem criar, modificar, ou extinguir relações jurídicas reais simples; ou, dito em outras palavras, que as partes podem modificar a relação jurídica real complexa que medeia entre vários direitos. Surgem então relações de origem voluntária, que se contrapõe às que têm origem legal. Se acentuarmos este facto, não é evidente por os titulares de direitos reais poderem estar em relação; isso resultaria já dos princípios gerais. O que é importante acentuar é poder a relação assentar em estipulações de natureza real. Estas podem dar origem a autênticas relações jurídicas reais, submetidas portanto ao regime tão especial destas relações. Nomeadamente, elas transmitem-se ao adquirente de qualquer dos direitos reais em presença, mesmo que este não tivesse conhecimento da estipulação.¹¹⁴

Logo, por meio de relações jurídicas reais simples, por natureza, se modificam direitos reais complexos preexistentes. A mera referência ao *numerus clausus* não traz obstáculos à constituição destas relações. Contudo, é preciso ressaltar que a constituição das obrigações *propter rem* só se justifica quando corresponde à necessidade de evitar conflitos de interesse existentes entre os titulares dos direitos reais correlacionados. No caso da convenção condominial, por exemplo, tratam-se de obrigações 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.

4.3. Shopping Center e fruição remuneratória

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, uma vez que estes oferecem maiores opções em todas as áreas de atuação

¹¹³ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob.cit.* P. 125.

humana. O Brasil, por sua vez, não constitui uma exceção à regra, alcançando, nesta virada de milênio, índices de concentração urbana comparáveis aos dos países europeus.

Como reflexo desta realidade, percebe-se a formação de uma série de conglomerados empresariais denominados *shopping center*. Tais empreendimentos visam atender concomitantemente a inúmeros anseios da população, oferecendo um lugar onde se pode encontrar os mais variados produtos, com acesso fácil, segurança contínua, estacionamento e agilidade nas compras.

Na acepção de Ricardo ARONE, a estrutura física de um *shopping center* é a seguinte:

Um prédio, composto de unidades que constituem as lojas – as quais não têm caráter autônomo –, bem como área de uso comum, de livre circulação para o público e os lojistas, dentro do que pode se inserir inclusive estacionamento, do qual certas vagas podem estar vinculadas às unidades ou à administração, em consonância com a Convenção de Condomínio e a Escritura Declaratória de Normas Complementares, estando ambos documentos devidamente registrados no competente ofício.¹¹⁵

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:

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 frequência a propriedade de todo imóvel, dando apenas as lojas em locação, ou a outro título, razão pela qual se aplica por analogia a lei

¹¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968. P. 323.

¹¹⁵ ARONE, Ricardo. *ob.cit.* P. 309-310.

condominial, tendo em vista as despesas de manutenção e o regime das partes de utilização comuns.¹¹⁶

Portanto, existem duas hipóteses de configuração jurídica do *shopping center*: (i) primeiramente, o espaço no qual as lojas serão instaladas pode ser objeto de um contrato de locação, o que ocorre na maioria das vezes; (ii) em um segundo momento, a unidade comercial pode ser alienada para um lojista, o que não é tão comum, mas é notado com uma certa frequência (e.g.: Shopping Ibirapuera, em São Paulo).

Neste 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. Segundo o professor Darcy BESSONE:

O empreendedor, como visto, não é coartado por quaisquer ordenamentos superiores. Está livre para, ele mesmo, fazer seu direito. Fá-lo, em um primeiro passo, através da “escritura de normas gerais”, que é seguida por cinco instrumentos, a saber: a) regimento interno; b) estatutos das associações dos lojistas; c) instruções gerais para elaboração dos projetos de instalações; d) instruções gerais para a execução das instalações comerciais; e) contrato de locação.¹¹⁷

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)”.¹¹⁸

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. Em especial, no caso de alienação, o lojista detém a titularidade da unidade

¹¹⁶ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato*: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 73.

¹¹⁷ BESSONE, Darcy. O “Shopping” na lei do inquilinato. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 680, 1992. P. 158.

comercial, mas não pode modificar livremente o ramo empresarial em que exerce atividade mercantil, não pode decidir sobre o horário de funcionamento de seu estabelecimento, sujeita-se, ainda, a uma disciplina interna relativamente rígida. Tudo isso, entretanto, é disposto com finalidade de harmonizar o atendimento comercial dentro do empreendimento, oferecer melhor tratamento aos clientes e, conseqüentemente, aumentar o lucro dos lojistas.

4.4. A multipropriedade imobiliária

Expressão da criatividade da autonomia da privada, em meio à crise em que se encontrava mergulhado o setor imobiliário europeu nos anos setenta, o fenômeno da multipropriedade se expandiu para muitos países, adquirindo, igualmente, inúmeras denominações: (i) na França, foi chamado de *multipropriété*, *pluripropriété* ou, ainda, *propriété spatio-temporelle*; (ii) na Itália, recebeu a tradução de *multiproprietà* e *proprietà spazio-temporale*; (iii) em Portugal, foi recepcionado sob a designação de direito real de habitação periódica; (iv) na Espanha, *multipropiedad*; e (v) nos Estados Unidos da América, *time-sharing*.¹¹⁹

A multipropriedade tornou-se, pouco a pouco, uma opção de lazer (verdadeira “segunda casa”), apresentando-se como um produto atraente para a indústria turístico-hoteleira. Trata-se de uma realidade que, segundo o professor Gustavo TEPEDINO, pode ser conceituada como “uma relação jurídica de aproveitamento econômico de coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”.¹²⁰

Todavia, a variedade de denominações desta realidade é acompanhada por uma multiplicidade de conformações jurídicas que o respectivo fenômeno pode assumir. Dentre elas, é possível destacar: (i) multipropriedade societária: nessa modalidade, cria-se uma sociedade anônima que compra imóveis para que os seus acionistas utilizem, de acordo com as suas quotas, por um determinado

¹¹⁸ ARONE, Ricardo. *ob.cit.* P. 309-310.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. P. 01-02.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *ob.cit.* P. 01.

período do ano e de forma cíclica; (ii) multipropriedade imobiliária: neste caso, o indivíduo é efetivamente proprietário do bem durante uma faixa de tempo, podendo, então, utilizá-lo, porém sujeito a determinadas restrições contratuais; (iii) multipropriedade hoteleira, aqui o multiproprietário usufrui do imóvel durante um período e, durante o resto do ano, o imóvel será explorado por um hotel; (iv) direito real de habitação periódica¹²¹, trata-se de um direito real sobre coisa alheia, em que o multiproprietário adquire o direito de utilização do imóvel por períodos determinados, sendo o empresário proprietário do imóvel, gestor do empreendimento.¹²²

Dentre todas estas modalidades, interessa, ao presente estudo, a multipropriedade imobiliária que, por sua vez, foi inserida no Brasil a partir dos anos 80, adquirindo progressivamente importância. Nesta hipótese, 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, corresponde a um regulamento que estabelece a forma de uso das unidades, deveres e direitos de cada multiproprietário e da administração do empreendimento.

A doutrina foi pródiga na tentativa de qualificar a multipropriedade e, para tanto, diversos tipos reais devidamente previstos em lei ordinária foram utilizados: usufruto, uso, habitação, condomínio ordinário com pacto de indivisão, condomínio *pro diviso*, etc... Em obra especialmente dedicada ao tema, Gustavo TEPEDINO firmou entendimento no sentido de que a duplicidade do regime jurídico da multipropriedade (propriedade exclusiva e compropriedade) é compatível com o sistema jurídico brasileiro, dada a vigência da Lei n.º 4.591/64.¹²³

Tal assertiva, contudo, é baseada no fato de que:

Os princípios do *numerus clausus* e da tipicidade, mesmo que excluam da autonomia privada o poder de alterar o conteúdo típico dos poderes dispostos pelo legislador, não impedem a livre individuação do objeto do direito de propriedade, desde que respeitados, evidentemente, os limites da licitude e da

¹²¹ Recepcionado em Portugal pelo Decreto-Lei n. 355/81.

¹²² TEPEDINO, Gustavo. *ob.cit.* P. 03-04.

¹²³ TEPEDINO, Gustavo. *ob.cit.* P. 108.

possibilidade material da apropriação econômica não impedem a livre individualização do objeto do direito de propriedade.¹²⁴

Logo, diante da liberdade para a escolha do objeto da propriedade, campo reservado (inquestionavelmente) à autonomia privada pelo legislador, não é difícil admitir a compatibilidade do princípio do *numerus clausus* com a individualização do objeto do direito do multiproprietário através da sua dimensão temporal, juntamente com o usual critério espacial adotado para a individualização dos bens imóveis em geral. A multipropriedade traduziria, assim, a titularidade exclusiva em relação a uma fração espaço-temporal do imóvel.

Enfim, interessa ressaltar que a análise do fenômeno da multipropriedade demonstra não apenas que o intérprete detém certo manejo sobre o texto legal, como a atuação da autonomia da vontade, seja na modificação da realidade e formação novos suportes fáticos para a incidência de uma regra anteriormente prevista; seja na modelação do conteúdo do direito real, faz com que o princípio da tipicidade seja repensado, de modo a adequá-lo a uma nova e criativa realidade.

¹²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *ob.cit.* P. 106.

**CAPÍTULO QUINTO – CRITÉRIOS DE CONTROLE DA INTERVENÇÃO DA AUTONOMIA DA
VONTADE NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO REAL**

Até o presente momento deste estudo, observou-se que os tipos de direito real são tipos abertos, pois abrangem um conteúdo acidental ou complementar, não previsto originalmente na norma jurídica, por meio do qual a autonomia da vontade pode exprimir-se na modelação da situação real. Seguindo este raciocínio, faz-se mister analisar alguns possíveis mecanismos de controle desta atuação dos sujeitos de direito com vistas a evitar a criação de situações que, escondidas sob as vestes das denominações usuais, estão a violar o ordenamento e seus princípios fundamentais. Assim, procurou-se, primeiramente, estudar os limites e possibilidades da hermenêutica tipológica para, em seguida, focar os limites estruturais do tipo real e, por fim, examinar alguns princípios e regras que direcionam o exercício das situações proprietárias.

5.1. Limites e possibilidades hermenêuticas

Coerente com as premissas escolhidas, se fixado que a interpretação é a atividade por meio da qual, a partir de um texto ou enunciado, cria-se uma norma para o caso em apreço, nada mais natural que a proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem. E o conhecimento de toda e qualquer manifestação da linguagem pede a investigação de seus três planos fundamentais: (i) a sintaxe, (ii) a semântica e (iii) a pragmática.

Consoante a lição de Paulo de Barros CARVALHO:

O plano sintático é formado pelo relacionamento que os símbolos lingüísticos mantêm entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior ao sistema. O semântico diz respeito às ligações dos símbolos com os objetos significados. Tratando-se da linguagem jurídica, é o modo de referência à realidade: qualificar fatos para alterar normativamente a conduta. E o pragmático é o tecido pelas formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos.¹²⁵

¹²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 98.

O aspecto sintático se apresenta, no sistema normativo do direito, nas articulações das normas entre si. De ordem sintática é também a estrutura intranormativa. Pertencem ao plano sintático todos os critérios que se detêm no arranjo dos signos jurídicos. A boa disposição das palavras, na frase normativa, é condição para o sentido da linguagem. A chamada interpretação literal é um passo nesse longo caminho, e o método lógico de interpretação também opera no nível da sintaxe. Não há qualquer exagero em afirmar-se que os problemas relativos à validade das normas jurídicas e à constitucionalidade das regras do sistema são questões que têm um fundo sintático e, portanto, encontram aqui, um primeiro limite.¹²⁶

Semântica jurídica é o campo das significações do direito. É o meio de referência que as normas guardam com relação aos fatos e comportamentos tipificados. Essa relação é justamente a ponte que liga a linguagem normativa à conduta do homem, à realidade. O aspecto semântico caminha em direção ao complexo espaço das várias acepções que os vocábulos jurídicos podem assumir, quase sempre, multissignificativos e dinâmicos.¹²⁷

Contudo, para além do estudo da arrumação dos termos jurídicos dentro da fraseologia da lei (sintaxe) e da pesquisa dos seus significados (semântica), o conhecimento da linguagem do direito supõe a indagação da maneira como os sujeitos a utilizam dentro da comunidade em que vivem (pragmática). Como motivar a conduta, realizando os valores da ordem jurídica, é o grande tema da pragmática. Apresentam-se no campo da pragmática muitos problemas atinentes à eficácia, à vigência, à aplicação das normas jurídicas e, em especial, à valoração dos fatos.

O critério sistemático de interpretação há de envolver sempre os três planos. Se, por um lado, os métodos literal e lógico estão no plano sintático; por outro lado, os métodos histórico e teleológico, influem tanto no nível semântico quanto no pragmático. Neste sentido, buscando a relação entre o texto e seu objeto, bem como sua relação com a realidade e prática, estudou-se no último tópico do capítulo anterior a experiência da multipropriedade, como exemplo em que se afigura possível a

¹²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *ob.cit.* P. 98-99.

¹²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *ob.cit.* P. 98-99.

individuação do objeto do direito de propriedade, fracionado, nesta modalidade, em razão do tempo e não do espaço.

Tudo isso leva a crer, como já ressaltava Hans KELSEN, que “o direito a aplicar forma, em toda as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito, todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.¹²⁸

Não obstante, é fundamental salientar que a “moldura da norma”, permanecendo na metáfora de KELSEN, é a moldura do texto, “mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso”.¹²⁹ Ou seja, há igualmente uma “moldura dos fatos” que também determina a produção da norma jurídica. A norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir dos elementos que se depreendem do texto, mas também a partir dos elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir dos elementos da realidade. Vislumbram-se, assim, possibilidades e limites para a hermenêutica dos direitos reais.

5.2. Controle interno: limites estruturais da tipologia real

No decorrer do presente estudo, observou-se que a correta compreensão do princípio da tipicidade dos direitos reais impele o operador do direito a questionar-se acerca da intervenção da autonomia privada na delimitação do conteúdo e regulamentação dos direitos reais. Contudo, esta intervenção encontra limites na estrutura do tipo legal, ou seja, é limitado pelo conteúdo essencial do direito real, pelos aspectos que não podem ser derogados sem que seja alterada a identidade substancial do tipo.¹³⁰

Os aspectos marginais do direito real, passíveis de alteração pela autonomia privada, não adentram o conteúdo estrutural do tipo. Todavia, a regra é de que a liberdade dos sujeitos de direito vale neste caso somente quando autorizada.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 390.

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 32.

Trata-se, portanto, de uma autonomia *secundum legem*, e não aquela autonomia *praeter legem*, como se vislumbra no campo das obrigações.¹³¹ Assim, por exemplo, o artigo 1381 do Código Civil 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*”.

Sem embargo, o simples fato de estar-se diante de uma autonomia *secundum legem* não significa que a liberdade dos atores sociais esteja sempre limitada a aspectos pontuais do direito real. Consoante a análise realizada no capítulo anterior, o art. 9º da Lei n.º 4.591/64 (Lei de Condomínios e Incorporações) faculta o estabelecimento de uma convenção condominial na hipótese do condomínio horizontal, cuja instituição pode significar relevante alteração no conteúdo do direito de propriedade, desde que não seja afeta a essência do tipo.

Por outro lado, o conteúdo estrutural do tipo é formado por normas que, em razão da sua inderrogabilidade, são definidas como imperativas ou cogentes. Neste sentido, consideradas sob o ponto de vista da tipicidade, são normas que delimitam a eficácia real do direito, ou, ainda, sua oponibilidade frente a terceiros.¹³² A individuação de tais normas imperativas é, em alguns casos, relativamente simples. Assim sucede quando a lei explicitamente estabelece uma proibição como, por exemplo, a modificação da destinação econômica do usufruto (art. 1399 do Código Civil) ou a alteração da finalidade para qual foi constituída a servidão (art. 1385, §1º do Código Civil).

Em outros casos, porém, a lei prevê uma determinada situação sem estabelecer uma proibição ou permitir explicitamente uma derrogação. Para resolver adequadamente estas hipóteses, deve-se, primeiramente, levar em consideração os interesses de terceiros em relação à convenção das partes. Em segundo lugar, é preciso ter-se em mente o conteúdo substancial do direito real que - em um sistema como o nosso, de origem romana - é concebido essencialmente como o poder, ou seja,

¹³⁰ NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: Cedam, 1988. P. 240.

¹³¹ NATUCCI, Alessandro. *ob.cit.* P. 240.

¹³² NATUCCI, Alessandro. *ob.cit.* P. 241.

situação ativa que permite o aproveitamento do bem em direção a consecução de uma determinada finalidade.

Na acepção de Alessandro NATUCCI, *“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”*.¹³³ Não obstante, adverte o estudioso italiano, afirmar que as normas atinentes a faculdades e poderes relativas ao conteúdo substancial dos direitos reais sejam inderrogáveis, não significa a impossibilidade de qualquer disposição sobre elas por parte da autonomia privada.

Evidentemente, a regra constante do art. 1.394 do Código Civil (o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos) não pode ser afastada pelas partes, todavia é lícito dispor acerca da extensão dos poderes do usufrutuário. A disposição, aqui, é concebida como possibilidade de ampliar ou limitar o conteúdo do direito real, dentro de um esquema legal.

5.3. Controle externo: princípios que direcionam o exercício das situações proprietárias

Com efeito, é possível afirmar que o controle de legitimidade não pode se limitar à mera proibição do surgimento de situações jurídicas reais não previstas no ordenamento, como se as previsões normativas contidas na legislação ordinária fossem suficientes para os reclamos de um direito em vias de socialização. Por isso mesmo, procura-se neste ponto estudar alguns princípios e regras diretivas que possam balizar a intervenção da autonomia da vontade quando da sua incidência nas relações jurídicas reais, fazendo com que a atuação dos sujeitos de direito na modelação do direito real não se afaste dos valores recepcionados pelo Texto Maior.

5.3.1. A função social da propriedade

A Constituição brasileira de 5 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. Como 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 esta, considerada de maneira autônoma (art. 170, II e III).

A função da propriedade, segundo André Pinto da Rocha Osório GONDINHO, “torna-se social apenas a partir do momento em que o ordenamento reconheceu que o exercício da propriedade deveria ser protegido não no interesse do particular, mas no interesse coletivo da sociedade. Desde então, a titularidade da situação proprietária passa a implicar para o seu titular o respeito às situações não proprietárias”.¹³⁴

A função social da propriedade, todavia, não representa um ônus para o proprietário, pois, na realidade, a mesma visa simplesmente fazer com que a propriedade seja utilizada de modo social, cumprindo um fim a que se destina. Assim, se a propriedade rural deve ser produtiva, isto decorre, antes de qualquer coisa, da natureza lógica de sua destinação, a qual deve visar a produção e não a especulação. Não se poderia dizer, por absurdo lógico, que a obrigação de produzir seja um ônus para o titular de uma propriedade agrária.

Aliás, como assevera do professor Gustavo TEPEDINO, “o conceito de propriedade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos de tutela da propriedade”.¹³⁵ Logo, a função social da pode assumir o papel de garantia da propriedade privada, eis que, respeitando as situações existenciais e se mostrando produtiva no sentido econômico do termo, estará, em princípio, imune a desapropriação.

¹³³ Tradução livre: “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” (NATUCCI, Alessandro. *ob.cit.* P. 243) .

¹³⁴ 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. 141.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.: *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito* / organizado por Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 316.

Por outro lado, a função social da propriedade não se confunde com as restrições administrativas, pois não configura mero limite ao exercício do direito de propriedade, mas sim um princípio básico que incide no conteúdo do direito, fazendo parte de sua estrutura. Não se pode elaborar um conceito de propriedade sem função social, assim como a função social não reduz o conteúdo do direito de propriedade, mas atua de forma a complementá-lo.

O conteúdo da função social assume o papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações devem ser atuadas de maneira a promover e garantir os valores sobre os quais se funda o ordenamento.¹³⁶

Portanto, complementando o conteúdo da propriedade privada e evitando que esta seja utilizada com o intuito de agredir as situações existenciais, a função social da propriedade pode assumir um importante papel no controle e compatibilização entre a situação jurídica real, modelada pela atuação da autonomia da vontade, e os valores resguardados pelo ordenamento.

5.3.2. O abuso de direito

Os primeiros lineamentos do que hoje se convencionou denominar de “teoria geral do abuso de direito” foram formulados, indiscutivelmente, no âmbito dos direitos patrimoniais, mais especificamente, com o intuito de limitar o direito de propriedade, para somente depois expandir-se para a seara dos direitos obrigacionais. Por isso mesmo, o estudo do abuso de direito pode fornecer um parâmetro seguro para o controle do exercício da atividade privada sobre os direitos reais.

Com efeito, a análise das raízes históricas do tema em questão indica que a categoria do abuso, enquanto princípio regulador do exercício do direito, foi cogitado primeiramente na França. Trata-se dos excessos do *laissez-faire*, sobretudo no setor econômico. A postura abstencionista do Estado Liberal permitiu que houvesse excessos no exercício de direitos, em especial no âmbito do direito de propriedade, em que, tradicionalmente, sempre foi atribuída maior liberdade ao seu titular. E contra os

¹³⁶ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *ob.cit.* P. 144-147.

excessos causados pela política liberalista, os tribunais franceses passaram a adotar uma postura mais rígida quanto à valoração do exercício do direito pelo seu titular.¹³⁷

Como assinala 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”.¹³⁸

O instituto é, portanto, geralmente associado à deturpação do direito, em razão do desvio de sua finalidade social ou econômica, ou de 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 exercitado.

Compreende-se melhor o instituto quando se considera que o direito subjetivo é, na sua realização normal, o uso, e, na sua realização anormal, o abuso. Logo, somente quem é titular de uma situação subjetiva (no caso, de um direito real) pode dela abusar. Disso também decorre que só se pode abusar daquilo que se tem direito de fazer, não daquilo que não se pode fazer.¹³⁹

Não é unânime entre os juristas se o elemento intencional deve ou não fazer parte do instituto. Os que defendem ser necessário verificar se há ou não a intenção de prejudicar, compõe a chamada teoria subjetivista; aqueles que preconizam ser dispensada a análise acerca da intenção de prejudicar, para apenas limitar a constatação do abuso de direito, ao desvio da finalidade do instituto jurídico exercitado, compreendem a teoria objetivista.

No direito civil positivado, a teoria objetivista foi consagrada pela norma do 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”*.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Citação contida no livro: MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso de direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 27.

¹³⁹ CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. P. 125.

Se do ato abusivo decorre lesão ou dano, é cabível a respectiva responsabilização.

5.3.3. A boa-fé objetiva

O atual prestígio da boa-fé objetiva decorre da compreensão do sentido complexo da relação jurídica, e da pluralidade de seus múltiplos deveres, que põe em evidência a necessidade de ser fiscalizado o comportamento dos sujeitos que são titulares de uma determinada situação subjetiva. 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 112 do Código Civil: “nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.¹⁴⁰

Nas palavras de Judith MARTINS-COSTA, o significado da boa-fé objetiva pode ser apreendido em sua origem legislativa, qual seja, o § 242 do BGB, que aponta para um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.¹⁴¹

Logo, entendida a boa-fé como um dever de lisura, baseado no que faria o homem reto, dotado da devida probidade, tem-se como seu conseqüente necessário o respeito aos interesses do outro, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado como um todo.

Neste sentido, acredita-se que a boa-fé objetiva é uma norma de proteção voltada para sistemas abertos, como é o caso da tipologia real, pois permite o controle de qualquer tipo de criação individual, estabelecendo “outros deveres não expressos na relação de subsunção entre a situação fática e hipótese legal”.¹⁴² Ou seja, sua generalidade faz com que ela se constitua num “modelo hábil à elaboração de um

¹⁴⁰ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001. P. 126.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica da relação obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 411.

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *ob.cit.* P. 393.

sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social”.¹⁴³

Ademais, uma vertente progressista da doutrina vem sustentando a possibilidade de aplicação subjetiva da boa-fé objetiva. Este aparente paradoxo resta solucionado quando se pensa que a boa-fé é calcada no *standard* do homem médio, cuja identificação é quase impossível em um país marcado pela diversidade cultural e pelas desigualdades sociais, como é o caso do Brasil.

Ora, como esclarece Paulo NALIN:

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.¹⁴⁴

A aplicação do princípio da boa-fé, portanto, deve 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.

Por derradeiro, o simples fato de ser uma categoria estudada tradicionalmente no campo dos direitos obrigacionais não obsta sua aplicação como parâmetro para imposição de limites à atuação da autonomia da vontade nas relações jurídicas reais. Aliás, o próprio Código Civil abre espaço para a aplicação deste princípio quando, por exemplo, determinada em seu artigo 1410, inc. 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 as importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1395”*.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *ob.cit.* P. 382.

¹⁴⁴ NALIN, Paulo. *ob.cit.* P. 131.

CONCLUSÃO

Ao longo desta jornada, muitas das conclusões alçadas já foram expostas ao leitor no decorrer da redação do trabalho. Ocupa-se, porém, deste espaço para, tendo em vista imperativos de clareza e síntese, destacar algumas e apontá-las novamente de modo resumido.

1. Em regra, a categoria sistema pode ser entendida como conjunto de elementos organizados e estruturados entorno de princípios, representando estes a referência de organização e finalidade do sistema. Os princípios, em verdade, constituem mandados de otimização, ou seja, estão caracterizados pelo traço da possibilidade de cumprimento em diversos graus, não estando sujeitos à lógica do tudo ou nada.

2. Trabalhar com um conceito aberto do sistema significa, para o Direito, reconhecer a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais. Por isso mesmo, é inegável que os princípios representam opções valorativas básicas, cuja gestação, é determinada pelos dados sociológicos, culturais e históricos que condicionam toda a organização da sociedade em cada momento e em cada lugar.

3. A interpretação é a atividade que se presta a transformar textos em normas. Trata-se, por certo, de uma atividade ideológica, pois a compreensão do texto se encontra determinada pela realidade dentro da qual o operador do direito está inserido. Tudo isso ressalta o importante papel dos princípios na interpretação, uma vez que estes conformam, na maioria das vezes, verdadeiras opções fundamentais sobre a organização de certa seara do conhecimento jurídico.

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 de criação, pela autonomia da vontade, de outras categorias de direitos reais que não as estabelecidas em lei; o segundo significa, que o estabelecimento destes 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, desta 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. Não se desconhece que a adoção de um sistema baseado no princípio do *numerus apertus* seria interessante, contudo, mesmo discordando-se dos argumentos tradicionalmente oferecidos pelos civilistas em favor do *numerus clausus*, o fato é que o caráter fragmentário das proibições legais, bem como a considerável rigidez do sistema de registros públicos brasileiro, só se explica pensando que o legislador não considerou possível nenhuma figura, para além daquelas que expressamente prevê.

7. A proposta capitaneada pela Jurisprudência dos Conceitos no sentido de formular conceitos gerais e abstratos para regulamentação do fenômeno social possui como fator negativo a tendência de esvaziamento de sentido. Neste diapasão, o emprego do pensamento tipológico é vantajoso, pois, considerando o tipo como “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.

8. Os direitos reais se inscrevem na categoria das situações jurídicas de ordem complexa, compreendendo em seu interior outras relações menores. Dada a complexidade dos vínculos que formam os direitos reais, seu conteúdo pode variar de caso a caso, todavia o princípio da tipicidade sempre incidirá com relação ao seu conteúdo essencial, isto é, aos aspectos que não podem ser alterados sem que seja desfigurada a identidade 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 na originalmente 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 de seus conteúdos jurídicos. A título de exemplo, pode-se assinalar o poder de disposição sobre o conteúdo da servidão e do usufruto; a constituição de uma obrigação *propter rem* que, como relação simples, modificará o conteúdo da situação jurídica real complexa; as convenções condominiais presentes na propriedade horizontal, no *shopping center* e na multipropriedade imobiliária; e, até mesmo, a individuação do bem a partir da formação de um suporte fático inovador.

11. A intervenção da autonomia privada na delimitação do conteúdo e regulamentação dos direitos reais encontra limites no conteúdo estrutural do tipo legal, sendo este formado por normas definidas como imperativas ou cogentes. Normalmente, tais normas são indicativas de poder, ou seja, uma situação ativa que permite o aproveitamento do bem. Contudo, a imperatividade não significa a impossibilidade de qualquer disposição, desde que concebida como possibilidade de ampliar ou limitar o conteúdo do direito real, dentro de um esquema legal.

12. Além dos limites internos do tipo legal, a intervenção da autonomia da vontade nas relações jurídicas reais pode ser controlada por meio de princípios e regras que orientam o exercício das situações proprietárias ou a atuação dos sujeitos de direito na esfera privada. Neste sentido, as categorias da função social da propriedade, do abuso de direito e da boa-fé objetiva, podem constituir um referencial importante para que a atuação da autonomia da vontade na modelação dos direitos reais não se afaste dos valores recepcionados pela Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARONE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares em direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARONE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. São Paulo: Renovar, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BESSONE, Darcy. O “Shopping” na lei do inquilinato. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 680, 1992.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, trad: Fernando de Miranda. Coimbra:Coimbra, 1969.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Caloustre Gulbekian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principialização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, n.98, ano 25, out/dez. 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CHATEUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Autonomia privada e tipicidade dos direito reais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 744.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: RT, 2003.

CUBEK, Rodrigo Moreto. *Direito e Situação: fenomenologia situacional do direito e as situações jurídicas no direito civil brasileiro*. Curitiba, 2002. 145 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DOMANSKI, Marcelo. *Posse: da segurança jurídica à questão social: (na perspectiva dos limites da tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamim, a Temporalidade e o Direito. In.: *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: EDIBEJ, 1999.

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.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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.

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. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª. ed. Trad: José Lamarego. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 1997.

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.

LISBOA, Daniel. *Para a reconstrução da teoria dos direitos reais: o numerus clausus, a tipicidade e a autonomia privada*. Curitiba, 2002. 48 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Edições Nair Ltda, 1984

MARQUES NETTO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In.: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1998.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso de direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica da relação obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do Processo Penal Brasileiro*. In.: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ªed. Coimbra: Coimbra, 1996.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: Cedam, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo XVIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

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

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Betti X Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 39. Curitiba: UFPR, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Mutipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In.: *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzione di diritto civile*. 33ª ed. Milão: CEDAM, 1992.

WALD, Arnoldo. *Direito das Coisas*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001.