

APONTAMENTOS SOBRE A NATUREZA TÍPICA DOS DIREITOS REAIS

Gerson Amauri Calgaro^{*}

Resumo: Este trabalho tem por objetivo: revisitar algumas posições acerca da natureza jurídica dos direitos reais; direcionar o foco da abordagem para o reconhecimento da natureza típica dos direitos reais. Para tanto, faz-se pequena revisão na doutrina nacional e estrangeira e busca-se cotejar estes estudos com a compreensão da legalidade que impera na ordem jurídica nacional.

Palavras-chave: Direitos reais; Tipicidade.

Sumário: 1 Premissas; 2 Direitos reais; 2.1 Distinção entre Direito Real e Direito Pessoal; 2.2 Conceito e Natureza Jurídica do Direito Real; 2.3 Características dos Direitos Reais; 2.3.1 Sujeitos de direito; 2.3.2 Objeto; 2.3.3 Direito de seqüela; 2.3.4 Direito de preferência; 2.3.5 Ações reais; 2.3.6 Classificação dos Direitos Reais; 3 Tipicidade; 3.1 Tipo e Tipicidade; 3.2 Enumeração Taxativa; 4 Tipicidade dos direitos reais; 4.1 Direito Comparado; 4.2 Direito Nacional; 5 Conclusões; 6 Bibliografia

1. PREMISSAS



Como bem delimitou Orlando Gomes¹, a importância do Direito das Coisas está no fato de regular “o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utiliza-

^{*} Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pelo UNIFIEO. Professor de Direito Civil e Processual Civil. Advogado.

¹ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 1.

ção econômica”.

Em nosso sistema, tal matéria vem regulada no Livro III, da Parte Especial, nos artigos 1.196 a 1.510, do Código Civil Brasileiro, sob o *nomem iures* “Do Direito das Coisas”.

Convém, ainda, esclarecer que, se o direito das coisas disciplina situações jurídicas que dizem respeito a bens que podem ser apropriados pelo ser humano, evidente está que ele inclui somente os “direitos reais”, expressão esta que foi preconizada por Savigny e que vem sendo aceita pela maioria da doutrina e dos Códigos.

Tamanha a importância desta situação jurídica, que já os romanos se preocuparam em estabelecer direitos e obrigações, visando suas implicações para a sociedade.

Fato de maior relevância, para o Direito, é estabelecer se os direitos reais presentes nas legislações codificadas, seriam exemplificativos ou taxativos, se podem ser criados, modificados ou extintos por acordo entre as partes, ou só por força de lei.

Com isso, temos por objetivo, neste trabalho, traçar algumas considerações acerca dos Direitos Reais, esboçar breve relato sobre a tipicidade como instituto jurídico, e mais detidamente, prendermo-nos na discussão sobre a natureza da enumeração dos direitos reais

2. DIREITOS REAIS

2.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO REAL E DIREITO PESSOAL.

No direito real temos uma “relação” entre a pessoa e a coisa, enquanto no direito pessoal, uma relação entre pessoas. Deste modo, resulta como uma das principais diferenças entre os dois gêneros de direitos quem seja o sujeito passivo numa relação – identificar a outra parte – nos direitos pessoais e a

inexistência *a priori*, do sujeito passivo nos direitos reais. Críticos a esta definição dizem ser os direitos reais, na verdade, oponíveis a todos, sendo, portanto, sujeitos passivos dessa relação todas as pessoas, o que na verdade mantém a impossibilidade da individualização da parte passiva da relação, tal qual acontece nos direitos pessoais, onde a colaboração dessa é indispensável ao exercício do direito.

Outro diferencial entre os dois direitos é o seu objeto. Enquanto no direito real o objeto do direito é a própria coisa, no direito pessoal o objeto é uma obrigação de fazer, não fazer ou de dar. Portanto, no direito real há um poder sobre a coisa – *jus in re*, enquanto no pessoal, há um direito na coisa – *jus ad rem*, decorrente de ser ela objeto da obrigação².

Sendo o direito real, em face da posição acima referida, um poder sobre a coisa exercido contra todos, o titular deste direito têm, para não vê-lo perturbado, prerrogativas da sequela e preferência, além da ação real.

2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL

Para definirmos o direito real, mister nos reportarmos à lição de Lafayette Rodrigues Pereira³: “é o que afeta a coisa direta e indiretamente sob todos ou sob certos respeitos e a segue em poder de quem quer que a detenha”.

Silvio Rodrigues contribui dizendo:

é o direito que se prende à coisa, prevalecendo com a exclusão da concorrência de quem quer que seja, independentemente para o seu exercício da colaboração de outrem e conferindo ao seu titular a possibilidade de ir buscar a coisa onde quer que se encontre, para sobre ela exercer seu direito.(...) Representa, enfim, como direito subjetivo que é, um conjunto de prer-

² BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p.4.

³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das coisas. 5ª ed. 1º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 11.

rogativas sobre a coisa, de maior ou menor amplitude.⁴

Vale dizer, o direito real se apresenta como uma situação de poder imediato e direto do homem sobre a coisa.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS.

Como consequência do que já foi exposto acerca dos direitos reais, cabe agora delimitarmos suas mais peculiares características.

Para tanto, analisaremos os seguintes temas; sujeitos de direito, objeto, direito de sequela, direito de preferência, ação real.

2.3.1 SUJEITOS DE DIREITO

Nos direitos reais, segundo a teoria clássica, há um só sujeito, pois pode, o titular, exercê-lo sem interposição de quem quer que seja. Os direitos reais não criariam obrigações para terceiros.

Maria Helena Diniz⁵, fazendo alusão a Orlando Gomes, afirma: “quando muito, pode-se admitir, com os partidários da teoria personalíssima, que os direitos reais geram uma *obrigação passiva universal*, consistente no dever geral de abstenção da prática de qualquer ato que o atinja”. Mas, como ensina Darcy Bessone⁶, o próprio idealizador da *obrigação passiva universal*, o francês Planiol, substituiu esta concepção pela do *devedor indeterminado*, levando Orlando Gomes a concluir que considerando o aspecto enfatizado pela teoria personalista, verifica-se que o direito real só encontra um sujeito passivo concreto no momento em que é violado, pois, enquanto não há violação, se dirige contra todos, em geral, e contra nin-

⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 5. Direito das Coisas. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 5

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 4. Direito das Coisas: 13ª ed. São Paulo, Saraiva. 1997. p. 10

⁶ BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 5

guém, em particular.⁷

A posição que entendemos ser a mais consoante o sistema vigente, personalista e baseado nos princípios de eticidade, operabilidade e socialidade do Direito Civil⁸, pode ser encontrada em Luciano de Camargo Penteado.

Este ator esclarece a insuficiência do modelo dogmático da relação jurídica para explicar o Direito das Coisas e propõe seja este tema analisado sob a teoria da situação jurídica, teoria esta desenvolvida por Paul Roubier em França nos início dos anos de 1960⁹ e de vem analisado por Rosa Maria de Andrade Nery em sua premiada obra¹⁰.

Situação jurídica é termo pouco explorado na Ciência do Direito. Doutrinadores que atuam nas várias disciplinas jurídicas falam em “situação jurídica” como posição ou condição do destinatário da norma ou daquele que vivencia situações de vantagem ou desvantagem perante outros sujeitos de direito. Mas são poucos os que forneçam uma noção ou conceito de situação jurídica.

Adota-se, neste sentir, a conceituação proposta por Paul Roubier, para quem a situação jurídica é sempre condição ou posição jurídica objetivamente imputada ao homem e nas quais ele se encontra por efeito das regras jurídicas de eleição¹¹.

De qualquer modo pode falar-se que o regime proprietário é uma situação jurídica dotada de complexidade, ou seja, uma *situação jurídica complexa*, absoluta, não relativa, pela qual o titular ingressa num contexto de direito absoluto e de deveres respeitante à coletividade como um todo, mas também a grupos de sujeitos componentes da mesma (Estado, indivíduos,

⁷ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 6

⁸ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, a. 87, vol. 752, 1998, *passim*.

⁹ ROUBIER, Paul. Droits subjectives et situations juridiques. Préface de Davis Deroussin. Paris: Dalloz, 1963, 2005.

¹⁰ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: RT, 2008. 320 p.

¹¹ ROUBIER, Paul. Droits subjectives et situations juridiques. Préface de Davis Deroussin. Paris: Dalloz, 1963, 2005, p. 73

proprietários)¹².

2.3.2 OBJETO

Objeto no direito real pode ser tanto coisa corpórea, como, muito excepcionalmente, coisa incorpórea. Neste passo, concordamos com a doutrina de Luciano de Camargo Penteado. Este autor da nova geração dos notáveis civilistas pátrio esclarece que os direitos reais implicam propriamente coisas corpóreas e, fato excepcional, os bens incorpóreos se colocariam como objeto do direito real. Assim ele doutrina:

Se o ente for corpóreo e passível de apropriação e tiver função de utilidade para o sujeito (valor econômico), pode ser objeto de direito real. Caso falte o requisito corporeidade, é necessário que a lei preveja, expressamente, modos de transferência específicos que remeta, também expressamente, o regime de transferência ao de um dos direitos reais instituídos, ou ainda que, de antemão, diga que tal ou qual direito real pode se exercer sobre determinados bens imateriais.¹³

2.3.3 DIREITO DE SEQUELA

Este é prerrogativa do titular de direito real, em decorrência de sua natureza *erga omnes*. Assim sendo, pode o dono da coisa segui-la onde quer que se encontre, independente de quem a detenha.

Segundo Orlando Gomes:

Direito de sequela é o que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor. Para significá-lo, em toda a sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam usurpações; acompanhará sempre a coisa. Se grava determinado bem, como no caso de servidão, ne-

¹² PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2008, p. 69-70.

¹³ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2008, p. 53.

nhuma transmissão o afetará, pois, seja qual for o proprietário do prédio serviente, terá de suportar o encargo¹⁴.

2.3.4 DIREITO DE PREFERÊNCIA

Este direito só atinge os direitos reais de garantia, gerando um privilégio de obter-se, contra todos os credores, a satisfação de uma dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente a sua satisfação. “Em suma, a coisa dada em garantia é subtraída à execução coletiva”¹⁵.

2.3.5 AÇÃO REAL

Ação real é toda ação que tenha por fundamento (*causa petendi*) a propriedade, mesmo que o pedido seja a posse, com acontece, *e. g.*, nas ações de imissão na posse¹⁶.

2.3.6 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS REAIS

Os direitos reais podem, dentre as inúmeras maneiras descritas pela doutrina, serem classificados tendo em vista seu objeto, ou sua finalidade.

Baseados no objeto, podemos classificar os direitos reais em direitos sobre coisa própria – *jus in re propria*, sendo exemplo único a propriedade, ou direitos sobre coisa alheia – *jure in re aliena*, onde encontramos todos os demais direitos enumerados no artigo 1.225, do Código Civil, e os decorrentes de legislação esparsa.

Quanto a finalidade, duas classes se destacam: direitos reais de gozo, e direitos reais de garantia. Nesta última classe

¹⁴ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 16-7

¹⁵ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 9

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012. p. 1.389 e 1.390

se enfileiram o penhor, a hipoteca, e a anticrese.

3. TIPICIDADE

3.1 TIPO E TIPICIDADE

Quando falamos em tipicidade, ou tipos na ciência jurídica, devemos primeiramente proceder a individualização deste conceito, para não o ter confundido com a previsão ou hipótese legal, que se encontra no antecedente de toda a norma jurídica; esta afeta às designações *Tatbestand*, do direito alemão e *factispecie*, do sistema italiano. Nestes casos, busca-se denominar aquelas previsões legais pertinentes ao direito penal, por exemplo, onde, a conduta humana deve subsumir-se a classe prévia de normas.

No presente trabalho, importa-nos o estudo do tipo, que na visão de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁷ “traduz uma descrição ordenada a que podem ser reconduzidas as realidades pretendidas”, como *tipo real*, ou seja, aquele que pode ser considerado como essência; como tipo empírico. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão,

particularmente ao tipo empírico recorre o legislador, e isto em qualquer de suas subespécies: o tipo normal, e o tipo de frequência. O primeiro representará as características médias de uma categoria de seres; o segundo é determinado estatisticamente, pois traduz a maior verificação.¹⁸

Em decorrência deste raciocínio, os doutrinadores que se ocupam da teoria do tipo, têm procurado tirar ensinamentos práticos. Em duas áreas distintas pode-se ver esta influência, como no estudo da evolução da norma, tornado mais claro se confrontada esta evolução com a evolução das circunstâncias,

¹⁷ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Direitos Reais*. V. 1. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda. 1979. p. 460.

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Tipo*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 73. São Paulo: Saraiva. p. 293

ou do tipo em que esta norma se apoiava; outra área que se vale desta teoria é a integração da norma, pois a realidade em que ela foi concebida servirá de esteio quando verificada a existência de lacunas, na lei.¹⁹

Outro problema que se nos apresenta surge quando o legislador recorre a tipicidade na elaboração de normas, construindo taxativamente modelos que se impõem ao trabalho dos interpretes. Indo além, quando o legislador elabora normas, cujos conceitos jurídicos não coincidem com os tipos reais. No primeiro caso, deparamo-nos com as espécies normativas em que há um *numerus clausus*, ou seja, há uma limitação legal à interpretação da norma; no segundo caso, em consequência do poder de arbítrio do legislador, ele não está preso àquilo que acontece, e as suas finalidades o levam muitas vezes a opor-se a uma prática existente ou a procurar introduzir novas formas de conduta²⁰.

3.2 ENUMERAÇÃO TAXATIVA

Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro assevera:

Quando numa zona do ordenamento jurídico vigora o princípio da tipicidade, o número de realidades reconduzíveis aos tipos previstos é finito; são apenas aquelas que resultam da própria tipicidade e nada mais. O seu número é fechado: há *numerus clausus*.²¹

Muitas designações sinônimas são atribuídas a este instituto, as mais correntes em nosso sistema são, *e. g.*, tipo fechado, enumeração taxativa, enumeração exaustiva.

Como consequência verificamos que: onde imperam os

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Tipo. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 73. São Paulo: Saraiva. p. 293

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Tipo. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 73. São Paulo: Saraiva. p. 294

²¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Direitos Reais. V. 1. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda. 1979. p. 462

conceitos abstratos e faltar uma norma jurídica aplicável ao caso concreto ocorre a chamada lacuna da lei²². Por outro lado, onde temos tipicidade normativa, se faltar a norma aplicável ao caso concreto, não ocorre o fenômeno da lacuna legal.

Concluimos, então, que a falta da tipicidade normativa, em tudo quanto não caiba no universo destas normas, não é jurídico.

4 TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS

4.1 DIREITO COMPARADO

Enorme esforço tem despendido a doutrina acerca da natureza taxativa, ou não, da enumeração dos direitos reais, nas mais variadas codificações ocidentais.

Já o direito romano reconhecia, ao lado da propriedade, um pequeno número de direitos reais, especialmente definidos²³, dentre eles vale citar as servidões prediais e pessoais, enfiteuse, superfície, fidúcia, penhor e hipoteca²⁴.

Com o advento da Idade Média, ocorreu um progressivo abandono deste sistema de enumeração dos direitos reais, em decorrência, principalmente, do sistema de concessão e formação de propriedades, particulares do feudalismo, gerando grandes disputas, com enormes prejuízos a exploração de bens. Na Idade Moderna, agravou-se a situação, na Europa, em decorrência da enorme concentração de poder nas mãos absolutistas.

Em fins do século XVIII, com o advento da Revolução Francesa, enormes mudanças foram impostas pelos revolucio-

²² Para ENGLISH, a lacuna é uma “incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico”. (Introdução ao pensamento jurídico. 7ª ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 276)

²³ VENOSA, Silvio Salvio. Direitos Reais. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 1998. p. 34.

²⁴ MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 93.

nários nas formas de constituição e uso das propriedades, pois eles entendiam que a distribuição das terras entre os membros do povo, terminaria de vez com o ilimitado poder da nobreza e os enormes ônus decorrentes do sistema feudal de propriedade.

Amparados nos princípios liberais, tanta em França, como Alemanha, já no começo do século XIX, estabeleceram-se princípios de liberdade de propriedade, junto com a liberdade de contratar. Sem dúvidas, novos conflitos advieram pelo abuso da liberdade, o que levou a um contínuo processo de onerar-se a propriedade com novos encargos. Mas estes novos encargos, previstos nas legislações, relacionavam-se, principalmente, aos direitos públicos, com intuito fim de garantir a ordem jurídica.

Em assim sendo, já o Código Napoleônico, de forma esparsa, deixou estabelecido quais seriam os direitos reais, mas não se pode concluir a contento ser esta enumeração taxativa, ao contrário, reporta-nos Silvio Rodrigues, ter a Corte de Casação de França optado pelo sistema exemplificativo²⁵.

Por outro lado, o direito alemão, segundo Enneccerus, voltou a adotar o sistema romano de *numerus clausus*²⁶.

Emidio Pacifici-Mazzoni, em sua obra sobre o direito civil italiano, ao discorrer sobre os direitos reais, discorre: “il nostro Codice riconosce quattro categorie di diritto reali: la proprietà, le servitù, l’enfiteusi e I privilegi e ipoteche”²⁷, mas não se perde na discussão sobre a natureza desta enumeração. Mas, outro eminente doutrinador italiano, Alberto Trabuchi,

²⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 5. Direito das Coisas. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 8.

²⁶ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, v. 3. Derecho de cosas. Trad. Blas Pérez Gonsález e José Alguer. Buenos Aires: Bosch. 1948. p. 7.

²⁷ “nosso Código reconhece quatro espécies de direitos reais: a propriedade, a servidão, a enfiteuse e os privilégios e hipoteca” (tradução livre). PACIFICI-MAZZONI, Emidio. Istituzioni di Diritto Civile Italiano, v. III. 3ª ed. Firenze: Eugenio e Filippo Cameli. 1884. p. 3

deixa claro ser taxativa tal enumeração²⁸.

Continuando a análise da legislação estrangeira, Portugal apresenta uma enumeração fechada, como bem descreve José de Oliveira Ascensão:

a lei pode concretizar os conceitos a que recorre, enunciando tipos. Uma série de tipos, especificadores de um conceito, origina uma tipologia, que pode ser taxativa. Diz-se que os direitos reais são *numerus clausus* para significar que há uma tipologia taxativa de direitos reais²⁹.

O caso mais explícito de tipicidade dos direitos reais acontece na Argentina. Pela letra do artigo 2.502, de seu Código civil, em sua primeira parte: “*Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley*”.

Por outro lado, Salvat, apresentando o artigo 2.503, entende ser a enumeração dos direitos reais ali expressamente contida de caráter enunciativo, e justifica tal posição com o argumento de que existem outros direitos reais que o próprio Código civil regulamenta, ou que podem resultar de outras leis.³⁰

4.2 DIREITO BRASILEIRO

Frente a exposição acima, conclui-se que, em maioria, os sistemas ocidentais de codificação preferem uma enumeração exaustiva, no que tange aos direitos reais. Certo que, tal procedimento, visa a proteção da propriedade, e a garantia de paz social.

Cabe-nos agora traçar um perfil, baseados em alguns dos principais doutrinadores nacionais, da forma como nosso sistema enfrenta tal questão.

²⁸ TRABUCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 8ª ed. Padova: Cedam. 1954. p. 423 e 424.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais*, 4ª ed. Lisboa: Coimbra Editora Limitada. 1976. p. 249.

³⁰ SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesus de Menendez. 1927. p.3-5.

Nosso Código Civil, em seu artigo 1.225, dispõe:

Art. 1.225. *São direitos reais, além da propriedade:*

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

Depreendemos, deste artigo, ter em nosso sistema, uma limitação legal dos direitos reais à propriedade, e àqueles descritos no artigo supra mencionado.

Tal entendimento não é unânime e tem gerado certo desconforto a possibilidade de o legislador criar novas previsões de direitos reais, fora do Código.

Frente a tal comportamento legislativo, alguns doutrinadores de vergada, dentre eles Lacerda de Almeida e Philadelpho de Azevedo, tem se posicionado ao lado daqueles que, fundamentando-se na parêmia *ejus est interpretari legem cujus condere*³¹, argumentam que no projeto, elaborado por Clóvis estava expresso no equivalente ao artigo 1.225 que *somente* se consideram direitos reais, além da propriedade, os arrolados na lei. Por outro lado, argumentavam também poder ser o domínio decomposto em tantos direitos quantos sejam as frações de utilidade econômica que da coisa se obtém, impossibilitando determinar-se, em um texto legal, o número destes direitos³².

³¹ “interpretar incumbe àquele a quem compete fazer as leis”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 90.

³² BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 9.

Entrementes, Washington de Barros Monteiro, abeberando-se no direito gaulês, entende ser exemplificativa a enumeração do artigo *supra*, e justifica dizendo ser possível às partes criarem direitos reais, desde que não contrariem a ordem pública³³.

Não obstante, *data maxima venia*, aos eminentes doutrinadores, firmou-se, contemporaneamente, o entendimento de tratar-se a enumeração do artigo 1.225, do Código Privado Nacional, *numerus clausus*.

Orlando Gomes, em sua obra sobre os direitos reais, delimita claramente esta tese no seguinte trecho:

O proprietário da coisa pode constituir apenas os direitos reais especificados na lei. Não tem a liberdade de criá-los, devendo conformar-se com os tipos regulados legalmente e com o conteúdo que a lei lhe atribui. Outras espécies que não as definidas na lei são inadmissíveis. Diz-se, por isto, que a constituição dos direitos reais obedece ao sistema *numerus clausus*, ao contrário da formação dos contratos, na qual, vigorando o princípio da liberdade de estruturação do conteúdo, prevalece o sistema de *numerus apertus*. Em consequência, toda limitação ao direito de propriedade que não esteja previsto na lei como direito real tem natureza obrigacional.³⁴

Complementa ainda, o eminente professor baiano, na mesma obra, ensinando-nos que

os direitos reais são absolutos. Implicam, portanto, o dever a toda a gente de respeitá-los, dever que não pode derivar da vontade de quem cria o direito. Há de resultar, inelutavelmente, da lei. Há de preexistir à criação do direito. Assim, a delimitação legal corresponde à natureza do direito.

Posição assemelhada tomam Maria Helena Diniz e Silvio Rodrigues, sendo que para esta “o direito real não pode ser objeto de livre convenção, estando limitado e regulado expressamente por norma jurídica”³⁵, e para esse, “uma espécie de

³³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito civil, v. 3. Direito das Coisas. 33ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 11

³⁴ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 10.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 4. Direito das Coisas:

direito que vem munido de algumas regalias importantes, tais a oponibilidade *erga omnes* e a seqüela, de modo que a sua constituição não pode ficar à mercê do arbítrio individual”³⁶.

Em alusão aos primórdios das legislações modernas, Pontes de Miranda³⁷ relata a influência enriquecedora do encontro do direito romano clássico com o direito germânico, culminado na publicação do *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB, que exerceu profunda influência no Código Civil brasileiro, e anuncia em um só fôlego: “os direitos reais são em número limitado”.

Cabe ressaltar ainda a postura definitiva de Silvio Salvio Venosa³⁸, Darcy Bessone³⁹ e Carlos Bittar⁴⁰, de serem os direitos reais *numerus clausus*.

Por outro lado, Carlos Bittar⁴¹, bem como Silvio Rodrigues⁴², independente de não termos em nossa legislação ordem expressa, como no Direito argentino, para serem criados direitos reais somente mediante lei, mencionam ser possível a ampliação do elenco do artigo 1.225 pelo legislador, frente aos interesses públicos de defesa dos economicamente mais fracos e segurança do crédito, e privados de preservação do patrimônio imobiliário individual, dentre outros.

Outros direitos reais regulados ou não pelo Código são:

1. a posse, que independente da discussão de ser situação de fato ou direito, gera direitos reais (artigos 1.196 a 1.224 do Código Civil);

13ª ed. São Paulo, Saraiva. 1997. p. 14.

³⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 5. Direito das Coisas. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 9.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo XI. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983. p. 59

³⁸ VENOSA, Silvio Salvio. Direitos Reais. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 1998. p. 33 e 34.

³⁹ BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 9.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p.22.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense. 1991. p. 22 e 23

⁴² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 5. Direito das Coisas. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p.10

2. o registro do compromisso de venda e compra, a cessão e a promessa de cessão de compromisso de compra e venda (Lei 6.015/73 artigos 167, I, 9);
3. a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares e do espaço aéreo sobre eles (Decreto-Lei 271/67, artigos 7º e 8º);
4. a locação de prédio, com cláusula de vigência em caso de alienação (Lei 6.015/73, artigo 167, I, 3; Código Civil, artigo 576; Lei 8.245/91, artigo 8º);
5. a alienação fiduciária (Decreto-Lei 911/69, artigo 1º);
6. a caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária, tanto de direitos decorrentes de contrato de alienação de unidades habitacionais vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, quanto de empréstimos destinados ao financiamento da construção ou da venda de unidades imobiliárias (Lei 4.864/65, artigos 22 e 23; Decreto-Lei 70/66, artigo 43);
7. o uso da derivação de águas (Decreto 24.643/34, artigo 50).

5 CONCLUSÃO

Frente a tudo o que foi exposto nestas modestas linhas, e com respeito aos doutrinadores consultados, concluímos deste trabalho:

1. Serem os direitos reais classe especial de direito, por ser oponível *erga omnes* e ter a garantia da sequela;
2. A impossibilidade de serem criados direitos reais pela livre convenção entre as partes;
3. A tipicidade decorrer da necessidade de prévia legislação que venha regular os conflitos e os direitos das pessoas;
4. O elenco do artigo 1.225, do Código Civil, ser exaustivo;
5. Outras leis também regularem direitos reais;



6 BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Reais, 4^a ed. Lisboa: Coimbra Editora Limitada. 1976. 625 p.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Tipo. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 73. São Paulo: Saraiva. p. 290-8.
- BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2^a ed. São Paulo: Saraiva. 1996. 499p.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense. 1991. 225 p.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Direitos Reais. V. 1. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda. 1979. Séries: Cadernos de ciência e técnica fiscal, 114. p. 458 - 471.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 4. Direito das Coisas: 13^a ed. São Paulo, Saraiva. 1997. 512 p.
- ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 7^a ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 393 p.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, v. 3. Derecho de cosas. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Buenos Aires: Bosch. 1948. 674 p.
- GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991. 416 p.
- MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. xix, 209 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direi-

- to. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984. 426 p.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo XI. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983. 497 p.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito civil, v. 3. Direito das Coisas. 33ª ed. São Pulo: Saraiva. 1997. 413 p.
- NEGRÃO, Theotonio. Código Civil e Legislação Civil em Vigor. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997. 1.068p.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2012. 2.286 p.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: RT, 2008. 320 p.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio. Istituzioni di Diritto Civile Italiano, v. III. 3ª ed. Firenze: Eugenio e Filippo Cameli. 1884. 770 p.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2008, 494 p.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das coisas. 5ª ed. 1º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. xx, 514 p.
- REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 87, vol. 752, p. 22-30, jun. 1998.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 5. Direito das Coisas. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1997. 410 p.
- ROUBIER, Paul. Droits subjectives et situations juridiques. Préface de Davis Deroussin. Paris: Dalloz, 1963, 2005. iii, 451 p.
- SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales. Buenos Aires: Libreria y Casa Editora de Jesus de Menendez. 1927. 320 p.
- TRABUCHI, Alberto. Istituzioni di Diritto Civile. 8ª ed.

Padova: Cedam. 1954. 874 p.

VENOSA, Silvio Salvio. *Direitos Reais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 1998. 413 p.