

FACULDADES SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS – FASASETE
GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO VÍTOR GONÇALVES ARAUJO

AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA
TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS

SETE LAGOAS / MG

2021

FACULDADES SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS – FASASETE
GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO VÍTOR GONÇALVES ARAUJO

AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA
TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade Santo Agostinho
de Sete Lagoas, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Esp. Celso Gonçalves
Pires.

SETE LAGOAS / MG

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

PEDRO VÍTOR GONÇALVES ARAUJO

**AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA
TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade Santo Agostinho
de Sete Lagoas, como parcial requisito
para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Sete Lagoas, ____ de _____ de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Celso Gonçalves Pires
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

Dedico este trabalho à minha mãe Elza e ao meu pai Jaime. Não em forma de sua obra, pois é insignificante perto do que realmente merecem, mas como símbolo de agradecimento após longos vinte e três anos de luta para minha criação e formação, mas que, a cada instante, está mais próximo de se findar. Por último, porém mais importante, à Deus, Ele que é o Senhor dos Exércitos, e que torna possível todas as realizações.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a todos os professores da Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas que, durante esta longa caminhada, participaram da minha formação, com imensurável presteza e dedicação.

Agradeço ao professor Celso Gonçalves Pires, mentor que sempre nutri grande admiração pela qualidade pessoal e profissional que ostenta, pela oportunidade de tê-lo como orientador no meu Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço aos profissionais/professores que tive a oportunidade de ser subordinado, aprendendo a exercer, enquanto estagiário, as atividades pertinentes ao profissional do Direito. Externalizo meus cumprimentos a todos em nome da Dra. Camila Cortes Rezende Silveira Dantas e Dra Cíntia Marques Chaves.

Agradeço, por fim, aos meus colegas de turma que sempre estivera lado a lado, ombreando a árdua, porém gratificante, trilha acadêmica. Espero ter a oportunidade de encontra-los futuramente, realizados nos anseios que hoje se fazem meras expectativas e sonhos.

RESUMO

O atual Código Civil apresenta de forma taxativa, em seu artigo 1225, as situações jurídicas que configuram Direitos Reais, dessa forma, ficam desamparadas as demais situações que possuem os mesmos elementos configuradores do instituto, quais sejam, a faculdade de usar, gozar, dispor e reaver o bem de seu domínio, todavia, não estão presentes no mencionado artigo. Ocorre que, não raras vezes, estas situações são provenientes da autonomia privada das partes, ou seja, são derivadas do Direito Pessoal. Temos como exemplo o contrato de Time Sharing, onde o usuário dispõe de todos os elementos pertinentes ao Direito Real, contudo, o seu direito específico não incide sobre o bem em si, mas sobre a cota do tempo de uso. Destarte, a aplicação do sistema *numerus clausus* traz, por consequência, a não aptidão destas situações jurídicas, exteriores ao artigo 1225 do Código Civil, aos direitos inerentes ao Direito Real.

Palavras-chave: Direitos Reais. Direitos Pessoais. Taxativa. Autonomia Privada.

ABSTRACT

The current Civil Code presents in a definitive way, in its article 1225, as legal issues that configure Real Rights, thus, they are helpless as other situations that have the same configuring elements of the institute, which are, the faculty of using, enjoying, disposing and again the good of your domain, however, are not present in the article. It happens that, not infrequently, these hypotheses come from the private autonomy of the parties, that is, they are derived from Personal Law. We have, for example, the Time Sharing contract, where the user has all the elements pertinent to the Real Rights, however, his specific right does not apply to the good itself, but to the quota of the time of use. As a result, the application of the *numerus clausus* system consequently leads to the non-choice of these legal causes, external to Article 1225 of the Civil Code, to the rights inherent to Real Law.

Keywords: Real Rights. Personal Rights. Taxative. Private Autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO PESSOAL	11
1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PESSOAL	13
1.1.1 Autonomia privada das partes	14
1.1.2 Força obrigatória dos contratos	16
1.1.3 Relatividade dos efeitos obrigacionais	18
1.1.4 Função social dos contratos	19
1.1.5 Boa fé e da probidade	21
2 DIREITOS REAIS	24
2.1 DIREITO DAS COISAS X DIREITOS REAIS – DISTINÇÃO CONCEITUAL	25
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS REAIS	26
2.2.1 <i>Numerus Clausus</i> e Tipicidade	26
2.2.2 Publicidade	28
2.2.3 Absolutismo	29
2.2.4 Sequela	30
2.2.5 Preferência	32
3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS E DIREITOS PESSOAIS	33
4 DISTINÇÃO DOS DIREITOS REAIS E DIREITOS PESSOAIS À LUZ DAS TEORIAS CLÁSSICA/REALISTA E UNITÁRIA PERSONALÍSTA	36
4.1 AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES E O OS DIREITOS REAIS	38
5 TIMESHARING	44
5.1 RECURSO ESPECIAL Nº 1.546.165 – TIME SHARING COMO MODALIDADE DE DIREITO REAL	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	55

INTRODUÇÃO

É cediço que o princípio adotado pelo Código Civil pátrio é o da tipicidade dos direitos reais, adotando, para tanto, a aplicação do sistema *numerus clausus*, que impõe a impossibilidade de criação de novos direitos reais se não em virtude lei.

Ao decorrer da presente pesquisa buscaremos compreender os institutos dos direitos reais e pessoais, analisando suas principais características e singularidades, especialmente à luz das teorias aplicáveis.

São duas as teorias que circundam o âmbito dos direitos reais, determinando desde sua concepção até o alcance de seus efeitos. Sendo elas, a teoria clássica ou realista e a teoria unitária personalista.

A teoria realista, adotada pelo Código Civil, determina que o direito real é o poder imediato da pessoa sobre a coisa. Diante deste cenário, por não haver a influência do direito pessoal sobre o real, não há falar em interferência das partes sobre tal relação jurídica, razão pela qual as normas inerentes aos direitos reais possuem natureza cogente e são apresentadas de forma taxativa. Contudo ficam desamparadas, à luz desta teoria, relações jurídicas surgidas pela autonomia das partes em que se tem presente o poder imediato da pessoa sobre a coisa, porém, não estão contempladas no rol dos direitos reais, como por exemplo, o contrato de locação, comodato e a multipropriedade imobiliária (time sharing).

Por outra sorte, a teoria unitária personalista, no qual se firma a hipótese da presente pesquisa, afirma que o direito das coisas é uma relação jurídica estabelecida entre pessoas, mas, intermediada por coisas. Deste modo, observa-se a interferência imediata da autonomia privada das partes na relação entre pessoa e coisa. Entende-se, por essa teoria, que não há diferenciação entre direitos reais e pessoais, senão o sujeito passivo da relação jurídica. Enquanto no direito pessoal o sujeito passivo é determinado, no direito real o sujeito passivo é indeterminado, sendo a obrigação passiva universal, onde a coletividade deve exercer o dever de abstenção.

O marco teórico basea-se, portanto, nas ideias aduzidas pela teoria unitária personalista dos direitos reais, daí a incidência abstrata da autonomia privada das partes nas relações jurídicas classificadas como reais e, por consequência, para além dos previstos de forma taxativa. Assim, outros surgem, justamente porque, para esta teoria, a relação jurídica estabelecida não se dá diretamente entre o sujeito e a própria

coisa, conforme acentua Diniz (2011), e sim entre o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto.

Com respaldo nas teorias apresentadas, buscando promover uma análise detida da aplicação epistemológica dos direitos reais no contexto fático contemporâneo, da visão doutrinária e jurisprudencial, partiremos em busca da resposta que justifique a razoabilidade em delimitar de forma taxativa os direitos reais.

Para isso, a pesquisa será desenvolvida sob a perspectiva do método indutivo, partindo de uma constatação particular e avançando ao campo fático e teórico para alcançar uma conclusão. Conterá, para tanto, sua estrutura formatada por seis capítulos.

No primeiro capítulo, veremos a definição de Direitos Pessoal, bem como os principais princípios que regulam as relações desse ramo do direito.

Já no segundo capítulo discorreremos sobre os direitos reais e os principais princípios a ele atinente.

No tocante ao terceiro capítulo, analisaremos as principais características de ambos os institutos em formato comparativo para diferenciarmos, na prática, a aplicação de cada um.

No quarto capítulo, emergiremos nas teorias clássica/realista e unitária personalista para compreendermos as consequências na adoção de cada uma, além de verificar a atual influência da autonomia privada no âmbito dos direitos reais.

Por fim, no quinto capítulo, analisaremos uma decisão proferida pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, concernente a modalidade contratual Time-sharing, apreciando os argumentos suscitados pelos ministros da corte superior quanto a adoção do sistema *numerus clausus* dos direitos reais.

A presente pesquisa tem por objetivo geral demonstrar a inviabilidade dos direitos reais serem previstos de forma taxativa, conforme apresenta o artigo 1225 do Código Civil.

No que tange os objetivos específicos, temos por finalidade estudar os elementos e características dos direitos reais e pessoais, compreender a familiaridade entre o direito pessoal e o direito real, analisar as teorias Realista/Clássica e Unitária Personalista, verificar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema.

1 DIREITO PESSOAL

O Direito Pessoal, também denominado de Direito Obrigacional ou de Créditos, não possui definição legal de seu conceito e qualquer definição se apresentará passível de críticas, pois se trata de tarefa bastante difícil (VENSOSA, 2013).

Em síntese, o direito das obrigações se resumem em um arcabouço de normas que regula relações jurídicas patrimoniais, cujo objeto é a prestação, positiva ou negativa, de um sujeito a outro. Nas palavras do professor Carlos Alberto Gonçalves:

Pode-se dizer que o direito das obrigações consiste num complexo de normas que regem relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito de outro. Disciplina as relações jurídicas de natureza pessoal, visto que seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou seja, a ação ou omissão do devedor tendo em vista o interesse do credor, que, por sua vez, tem o direito de exigir o seu cumprimento, podendo, para tanto, movimentar a máquina judiciária, se necessário. (GONÇALVES, 2011, p.18)

É por meio das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico. Pode-se afirmar que o direito das obrigações retrata a estrutura econômica da sociedade e compreende as relações jurídicas que constituem projeções da autonomia privada na esfera patrimonial (GONÇALVES, 2011). Leciona Maria Helena Diniz sobre a influência do direito obrigacional:

O direito das obrigações exerce grande influência na vida econômica, em razão, principalmente, da notável frequência das relações jurídicas obrigacionais no moderno mundo consumerista. Intervém ele na vida econômica, não só na produção, envolvendo aquisição de matéria-prima e harmonização da relação capital- trabalho, mas também nas relações de consumo, sob diversas modalidades (permuta, compra e venda, locação, arrendamento, alienação fiduciária etc.) e na distribuição e circulação dos bens (contratos de transporte, armazenagem, revenda, consignação etc.). (GONÇALVES, 2018, p.20)

Neste aspecto, o Direito Pessoal se aplica em face à existência de uma obrigação entre sujeitos, primordialmente de cunho patrimonial.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, consistem no conjunto de bens, direitos e obrigações de uma pessoa natural ou jurídica, sendo suscetíveis de estimação pecuniária, dividindo-se em pessoais e reais (DINIZ, 2018).

Obrigação, por conseguinte, é o vínculo jurídico transitória entre duas pessoas (naturais ou jurídicas) mediante o qual uma pessoa é obrigada a realizar uma prestação em favor de outra pessoa. Segundo Álvaro Vilaça de Azevedo:

É a relação jurídica transitória de natureza e econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa cujo inadimplemento enseja este executar o patrimônio daquele, para satisfação de seu crédito. (AZEVEDO, 2000, p.31)

A relação jurídica, nesse aspecto, estrutura-se ela pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, determinada prestação.

Destarte, a relação obrigacional comporta três elementos essenciais: os sujeitos (elemento subjetivo), o objeto (elemento objetivo) e o vínculo jurídico (elemento abstrato).

As partes integram o elemento subjetivo da obrigação, tendo que estar presente no mínimo dois sujeitos, sendo eles o sujeito ativo ou credor e o sujeito passivo ou devedor. Tendo o primeiro o direito de exigir o cumprimento da obrigação do segundo.

A polaridade da relação obrigacional apresenta, de um lado, o sujeito ativo (credor) e, de outro, o sujeito passivo (devedor). Poderão ser múltiplos os sujeitos ativos e passivos. O sujeito ativo tem interesse em que a prestação seja cumprida. Para que a tutela de seu direito protegido tenha eficácia, o credor pode dispor de vários meios que a ordem jurídica lhe concede. Assim, pode o credor exigir o cumprimento da obrigação (art. 331) ou a execução, que e sua realização coativa. (VENOSA, 2013, p. 14)

O objeto é sempre uma conduta ou ato humano: dar, fazer ou não fazer. E se chama prestação, que pode ser positiva (dar e fazer) ou negativa (não fazer). Objeto da relação obrigacional é, pois, a prestação debitória (GONÇALVES, 2011, p.41). Na visão de Silvio de Salvo Venosa, o objeto na relação pessoal:

Trata-se do ponto material sobre o qual incide a obrigação. Cuida-se da prestação, em última análise. Essa prestação, que se mostra como atividade positiva ou negativa do devedor, consiste, fundamentalmente, em dar, fazer ou não fazer algo. Constitui-se de um ato, ou conjunto de atos, praticados por uma pessoa: a realização de uma obra, a entrega de um objeto ou, sob a forma negativa, a abstenção de um comerciante de se estabelecer nas proximidades de outro, por exemplo. (VENOSA, 2013, p. 15)

Já o vínculo jurídico da relação obrigacional é o liame existente entre o sujeito ativo e o sujeito passivo e que confere ao primeiro o direito de exigir do segundo o cumprimento da prestação (GONÇALVES, 2011).

Tal vínculo, segundo Carlos Roberto Gonçalves, possui dois elementos, o débito e a responsabilidade.

O primeiro elemento é o comportamento legal exigido do devedor pela lei, qual seja, satisfação da obrigação nos moldes do pactuado. O segundo elemento, em sua esfera, proporciona ao credor, uma vez não cumprida a obrigação, de exigir a sua realização por meio judicial.

O vínculo jurídico compõe-se de dois elementos: débito e responsabilidade. O primeiro é também chamado de vínculo espiritual, abstrato ou imaterial devido ao comportamento que a lei sugere ao devedor, como um dever ínsito em sua consciência, no sentido de satisfazer pontualmente a obrigação, honrando seus compromissos. Une o devedor ao credor, exigindo, pois, que aquele cumpra pontualmente a obrigação. O segundo, também denominado vínculo material, confere ao credor não satisfeito o direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, submetendo àquele os bens do devedor. (GONÇALVES, 2011, p. 45)

Merece consignar que o direito pessoal está localizado no livro I da parte especial do Código Civil, e as modalidades pela qual se exterioriza se dá por meio de rol exemplificativo, adotando o sistema *numerus apertus*.

1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PESSOAL

O direito pessoal é norteado por princípios que regem as relações obrigacionais, tutelando-os desde o momento de sua formação até o instante de sua extinção.

Por se tratar de um ramo do direito no qual a sua execução ocorre mediante a expressão volitiva das partes, que possuem autonomia para determinar o conteúdo de suas obrigações, é de suma importância que haja regras para determinar limites legais durante o seu exercício, para que o mesmo não ultrapasse suas finalidades e interesses sociais coletivos.

Neste sentido, os princípios cumprem importante papel no que tange a delimitação do conteúdo dos negócios jurídicos, bem como possui atuação hermenêutica quando se faz necessário a sua interpretação.

A partir deste momento passamos a estudar os principais princípios que tangenciam os direitos obrigacionais para que fique claro, primordialmente, as principais peculiaridades do direito pessoal.

1.1.1 Autonomia privada das partes

Segundo Gonçalves (2011, p. 41) desde o surgimento dos contratos no Direito Romano já estava presente a liberdade dos contratantes de pactuar com quem quisessem, sobre o que quisessem e da forma com que quisessem, sendo tal liberdade fundamentada pela autonomia da vontade das partes.

Contudo, ainda acrescenta Gonçalves (2011, p.41), que o princípio da autonomia da vontade das partes ganhou ênfase após a Revolução Francesa, em razão dos fortes ideais de liberdade, igualdade e fraternidade em todas as áreas, inserindo a liberdade também no campo contratual.

Etimologicamente, o termo autonomia tem origem no grego autós, que significa próprio, a si mesmo, e nomos, que significa norma, lei, ou seja, significa sob esse aspecto, auto-governo ou o direito de criar as suas próprias regras. Orlando Gomes define autonomia privada como:

O poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão. Outros conceituam a autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. (GOMES, 2001, p.22)

Este princípio é considerado basilar do Direito Civil, e surge proporcionando aos particulares a autonomia em regular, segundo seus próprios aspectos volitivos, as relações que decidirem pactuar. Isso permite as partes criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou alheias. No raciocínio de Francisco Amaral:

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, numa esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições,

legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. (AMARAL, 2008, p.213)

Segundo Arnold Wald (2010, p.210), a autonomia privada se manifesta de duas maneiras: a liberdade de contratar, pela qual as partes são livres para decidir se desejam realizar o contrato; e o da liberdade contratual, que é a possibilidade de determinar o conteúdo e a modalidade do contrato.

Na visão de Maria Helena Diniz (2011, p. 40), autonomia privada é o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Este poder jurídico que confere as partes autonomia em pactuar o conteúdo da relação é derivado do próprio ordenamento jurídico, em outros termos, somente é válida se suas disposições estiverem consoante determina o direito.

A previsão de normas legais que regulam o direito obrigacional, regido pelo princípio da autonomia privada das partes, não tem o objetivo de cercear de algum modo a livre manifestação de vontade dos particulares no momento da formação da relação obrigacional, mas tão somente garantir que esta situação jurídica que possui efeito entre as partes não prejudique terceiros estranhos a ela, além de assegurar, por vezes, a integridade da parte mais frágil da obrigação, como nas relações consumeristas. Neste sentido leciona Francisco Amaral Neto:

Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes: a primeira, como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.(NETO, 2003, p. 343)

É segundo este aspecto legal que temos a distinção entre os institutos da autonomia privada e autonomia da vontade.

A autonomia da vontade traduz no fato de que o indivíduo ao nascer já a traz consigo, sendo prescindível sua regulamentação. Portanto, se dois indivíduos resolvem pactuar determinada relação obrigacional coordenada pelas respectivas manifestações volitivas, esta teria de ser respeitada mesmo que contrária a lei.

O princípio da autonomia da vontade, desenvolvido no século XIX, sob influência da doutrina econômica liberal, funda-se sobre uma análise filosófica individualista dos direitos subjetivos. Partindo-se da premissa de que os indivíduos, em sua essência abstrata (Estado de Natureza), são livres e iguais, conclui-se que nada os pode obrigar, salvo o seu consentimento. Assim, a origem única das normas jurídicas, por definição obrigatórias, é o acordo de vontades. (Pargendler, 2004, p.04)

Com o passar do tempo e a aproximação da sociedade com o Estado, seguindo a teoria do contrato social do filósofo Thomas Hobbes, a manifestação de vontade dos indivíduos fora mitigada, posto que agora deve priorizar não mais o interesse individualista apenas, mas primordialmente o coletivo e social.

Portanto, a denominação autonomia privada veio substituir a carga individualista e liberal da autonomia de vontade ao Direito, pois, resta analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características internas (Naves, 2014, p. 94).

1.1.2 Força obrigatória dos contratos

O princípio da força obrigatória dos contratos, também conhecido como *pacta sunt servanda*, exterioriza a força vinculante das convenções e contratos firmados entre as partes.

No âmbito do direito obrigacional, regido pelo princípio da autonomia privada, os sujeitos possuem livre iniciativa para realizarem negócios jurídicos de seus interesses, regulando inclusive todo o seu conteúdo.

Ocorre que, após ser acordado por todas as partes, se formará um vínculo obrigacional que gerará lei entre os sujeitos, onde todos os integrantes estarão obrigados a cumprir o teor do contrato.

O princípio da força obrigatória, denominado classicamente *pacta sunt servanda*, traduz natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social. De nada valeria o negócio, se o acordo firmado entre os contraentes não tivesse força obrigatória. (GAGLIANO, 2007, p.38)

Este princípio prestigia a segurança jurídica, pois, ao firmarem contrato terão as partes certeza de que o pactuado terá de ser cumprido, sob pena de responsabilização.

Desse modo, pelo fato do contrato ter efeito de lei entre as partes, em face de seu descumprimento, terá os sujeitos da relação obrigacional a possibilidade de acionar a intervenção do Estado para que, de forma coercitiva, assegure a sua execução em face do agente que não se dignar a promover sua satisfação. Assim leciona Maria Helena Diniz:

[...] o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constituiu. (DINIZ, 2016, p.48)

Merece consignar que há meio de defesa a ser suscitado em juízo pelo executado que, inicialmente, teria descumprido sua parcela obrigacional no contrato.

Trata-se do instituto *exceptio non adimplenti contractus*, em tradução livre, exceção do contrato não cumprido. Nesse caso, o executado deverá demonstrar que somente não cumpriu com sua prestação obrigacional pelo fato da outra parte também não ter o feito.

Verifica-se a incidência deste instituto, por exemplo, no âmbito dos contratos sinalagmáticos, onde se vislumbra uma reciprocidade de obrigações entre as partes, sendo que, ao teor do art. 476 do Código Civil, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Outro princípio decorrente do *pacta sunt servanda* é a intangibilidade do contrato. Este princípio determina que uma vez acordado e firmado o conteúdo da convenção por meio da manifestação volitiva de todos os sujeitos envolvidos, este não poderá ser alterado unilateralmente. Nesse sentido, ensina Silvio de Salvo Venosa:

Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato. Ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz, como princípio, intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral. As atenuações legais que a seguir estudaremos alteram em parte a substância desse princípio. A noção decorre do fato de terem as partes contratado de livre e espontânea vontade e submetido sua vontade a restrição do cumprimento contratual porque tal situação foi desejada. (VENOSA, 2013, p. 393)

Ocorre que esse princípio tem sido mitigado e relativizado ao longo do tempo. A título de exemplo, a teoria da imprevisão, representada pela cláusula *rebus sic stantibus*, é uma exceção da força obrigatória dos contratos.

Este termo tem origem dolatim e seu significado é “estando as coisas assim”, portanto, o conteúdo do contrato somente será adimplido se no momento de seu cumprimento as condições das partes forem as mesmas do momento em que o contrato fora pactuado.

Evita-se, dessa forma, a onerosidade excessiva por situação que não tenha tido previsibilidade, nem resultado por sua vontade ou culpa, e que tornaria o cumprimento do contrato extremamente difícil e oneroso a um dos integrantes.

1.1.3 Relatividade dos efeitos obrigacionais

O princípio da relatividade dos efeitos obrigacionais traduz-se na ideia de que somente as partes integrantes da relação obrigacional estabelecida por meio do contrato poderá ser atingida por seus efeitos, não tendo a capacidade de alcançar terceiros estranhos a relação.

Este princípio é conhecido pelo axioma *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*”, que tem por significado: o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.47), funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato somente se produzem em relação às partes, àqueles que manifestam a sua vontade vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros em seu patrimônio. Neste sentido também leciona o magistério de Orlando Gomes:

Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra, não é possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação comporta, somente, as partes. Em síntese, ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra a vontade se dele depende o nascimento do crédito ou da dívida. (GOMES, 2011, p. 43)

Nesse aspecto, considera-se a relação obrigacional como uma esfera, onde os direitos e obrigações de seus integrantes produzem efeitos dentro dela. Por terem sido criadas neste círculo fechado, mediante a autonomia da vontade das partes, não se pode exigir que um terceiro que não integre a relação tenha o conhecimento dela, deste modo, seus efeitos não podem ser impostos a ele. Conforme descreve o autor Rodrigues Júnior:

De acordo com o dogma da autonomia da vontade, não se podia exigir daquele que fosse estranho ao contrato, o conhecimento da existência ou do conteúdo de um contrato, bem como não se podia exigir uma atuação positiva ou negativa diante desse contrato, devendo-se respeitar, somente a produção de seus efeitos. (JÚNIOR, 2004, p.14)

A relatividade dos efeitos obrigacionais tem sido mitigada em virtude do princípio da função social dos contratos, onde doutrinadores considera o contrato um fato social. Assim assevera o civilista Caio Mário da Silva Pereira:

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O homo economicus estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primário. (PEREIRA, 2003, p.11)

Destarte, em que pese os efeitos obrigacionais não alcançarem terceiros estranhos a relação estes não possuem a prerrogativa de interferir de forma a impedir a realização dos mesmos, sob dos efeitos contratuais serem oponíveis a eles, além de eventual responsabilização.

Pode-se então concluir que, à luz da nova principiologia contratual, a função social e o abuso de direito constituem fundamento para a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por este. (NEGREIROS, 2002, p. 255)

Neste sentido Renata Munhoz Soares (2019) assevera que a tutela externa do crédito se fundamenta no descumprimento do princípio da função social do contrato, a partir da noção de que os integrantes de uma sociedade devem observar os efeitos do contrato firmado pelas partes.

1.1.4 Função social dos contratos

O princípio da função social dos contratos está materializado no Código Civil em seu artigo 421, que dispõe: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social.

Para Miguel Reale (1998, p.30), o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade

como lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida.

Em vista disso, em que pese as partes terem autonomia para contratar, esta não é uma garantia absoluta, pois algumas regras devem ser observadas quanto ao seu conteúdo e objeto do contrato.

Isso ocorre porque o referido princípio visa priorizar o interesse coletivo em detrimento do individual externalizado no negócio jurídico. Deste modo, há uma limitação no princípio da autonomia privada das partes quando esta esteja em confronto com algum interesse social. No entendimento do jurista Pontes de Miranda:

Nos negócios jurídicos bilaterais e nos negócios jurídicos plurilaterais, o acordo ou a concordância pode atender a conveniência dos figurantes, mas ferir interesses gerais. O direito tinha de considerar vinculadas as pessoas que se inseriram, como figurantes, em negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tendo, porém, de investigar se houve, ou não, ofensa a interesses gerais ou a interesse de outrem. (MIRANDA, 1984, p. 39)

A função social dos contratos está intimamente ligada a ideia de finalidade e propósito social da existência do contrato, sendo a circulação de riqueza e o alcance de fins comuns.

Nesta medida a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social (GONÇALVES, 2012, p.26).

Este princípio deverá ser observado em dois aspectos, um individual, relativo aos interesses das partes integrantes da relação obrigacional, e outro público, que diz respeito ao interesse da coletividade sobre o contrato, conforme ensina o civilista Carlos Roberto Gonçalves:

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. (Gonçalves, 2012, p.26)

Quando se refere ao cumprimento da função social dos contratos sob o aspecto individual, está se direcionando ao seu aspecto interno, verifica-se, portanto, o contexto do contrato em relação aos sujeitos integrantes da relação pessoal, a existência ou não de abusividade sobre alguma das partes que poderá gerar algum tipo de nulidade.

Já o aspecto público, diz respeito aos efeitos que serão causados a sociedade, logo, o contrato firmado não poderá oferecer qualquer tipo de prejuízo à ordem pública, conforme dispõe o art. 2.035 do CC/2002: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

1.1.5 Boa fé e da probidade

O princípio da boa-fé está prevista no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil que, em seu artigo 422 determina: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Ao estabelecer este princípio nas relações obrigacionais, a normativa civil visa garantir a probidade das partes que integram a relação contratual, de modo que nenhuma delas aja de forma a tentar prejudicar outrem. Termos como lealdade, cooperação, transparência, eticidade e segurança são indispensáveis para a configuração da boa-fé no âmbito contratual.

Consoante o professor Clóvis Do Couto e Silva a boa-fé pode atuar por vezes por meio de cunho subjetivo, derivado do conhecimento ou não das partes sobre determinadas circunstâncias, e em outras à aquisição de direitos, por meio de deveres para além daqueles que a contrato instituiu. Vejamos:

A boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos. Seria fastidioso enumerar as diferentes formas de operar desse princípio nos diversos setores do direito. Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos. (SILVA, 2006, p.33)

Para tanto, o princípio da boa-fé se exterioriza por duas nuances, a boa-fé objetiva e a subjetiva. No magistério de César Fiuza:

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no

desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo.

[...]

A boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra. (FIUZA, 2006, p.410)

. A boa-fé subjetiva, portanto, diz respeito à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro, ou, então, à convicção justificada de ter um comportamento conforme o direito. É a boa-fé de crença (LOBO, 2020, p. 440).

Importante consignar, que a boa-fé subjetiva ainda poderia se subdividir em duas espécies: psicológica e ética, conforme explica o professor Fernando Noronha (AGUIAR, 2012, p.193):

Discute-se sobre se, para se ter como caracterizada a boa-fé subjetiva, basta a mera ignorância do interessado sobre a real situação que tem diante de si, como se entende na concepção chamada de psicológica, ou se é exigível que o estado de ignorância seja desculpável, como é sustentado nos quadros do chamado entendimento ético da boa-fé, que, aliás, é o predominante. (NORONHA, 1994, p.133)

Por seu turno, a boa-fé objetiva é regra de conduta das pessoas nas relações jurídicas, principalmente obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. (LOBO, 2020, p. 440).

Entende-se então que essa nuance é um fator externo ao sujeito, que deve seguir uma conduta pautada na honestidade e lealdade à convenção estabelecida na relação obrigacional. Segundo o ex Ministro do STJ, Ruy Rosado Aguiar Júnior:

A boa-fé objetiva estabelece um dever de agir de acordo com padrões socialmente recomendados. Trata-se de uma cláusula geral, expressão do princípio de lealdade, que o juiz utilizará para verificar, nas circunstâncias daquele caso, qual a conduta que satisfaria essa exigência de lealdade (quanto a cuidado, informação, proteção, cumprimento da prestação, etc.). Assim criada pelo juiz a regra de conduta, será feita a verificação entre a conduta devida, segundo a boa-fé, e a conduta efetiva, concluindo-se pela ilicitude da que dela destoa. (AGUIAR, 2012, p.191)

Judith Martins-Costa (2000, p. 427), assevera serem imputadas à boa-fé objetiva três funções principais, “a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a

de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”. Essas funções são denominadas na doutrina como interpretativa, integrativa e limitativa.

2 DIREITOS REAIS

Clóvis Beviláqua conceitua os direitos reais como “o complexo de normas reguladores das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”. O conceito elaborado pelo idealizador do Código de 1916 ainda é atual (ROSENVALD, 2018, p.32).

Essa relação entre o homem e a coisa suscetível de apropriação confere ao titular de direito real o chamado *jus in re*, que significa direito à coisa. Deste modo, o direito real pode ser exercido sem a colaboração de terceiros, excluindo a concorrência e autorizando a busca da coisa onde quer que ela esteja (RODRIGUES, 2009, p. 5).

O entendimento adotado para justificar os direitos reais como o domínio direto do homem sobre a coisa está amparado pela teoria clássica/realista adotada pelo Código Civil pátrio, não obstante, esta teoria não é aceita por todos e é sobre este aspecto que se funda a presente pesquisa e, por essa questão, não passaremos neste momento a analisar as teorias que tangenciam os direitos reais, o que será feito no próximo capítulo.

O Direito Reais se comporta dentro do livro Direitos das Coisas, estando presente no Título II. São direitos subjetivos que são exercidos por pessoas titulares de determinados direito e que estão, por consequência do princípio da tipicidade, estritamente descritos no CC em seu art. 1225 e legislação espça.

Adotado o princípio da tipicidade – em similitude ao princípio da reserva legal do Direito Penal -, não será autorizada aos particulares a criação de outros direitos reais, além daqueles expressamente consignados em lei. Toda limitação ao direito de propriedade que não esteja prevista no ordenamento jurídico como direito real possuirá natureza obrigacional. (FARIAS e ROSENVALD, 2006)

São os direitos reais àqueles elencados no artigo 1225 do Código Civil, sendo eles: a propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o direito do promitente comprador do imóvel; openhor; a hipoteca; a anticrese; a concessão de uso especial para fins de moradia; a concessão de direito real de uso; a laje. Além dos presentes nos artigos 1361 e 2038, sendo eles, respectivamente, a alienação fiduciária e enfiteuse.

2.1 DIREITOS REAIS X DIREITO DAS COISAS – DISTINÇÃO CONCEITUAL

Contemporaneamente, ainda há ampla discussão no âmbito doutrinário a respeito da diferenciação entre as nomenclaturas Direito das Coisas e Direitos Reais.

Parte dos autores consideram as expressões sinônimas, outros defendem que são distintas.

Autores como Arnaldo Rizzardo e Flávio Tartuce intitulam suas obras como Direito das Coisas (referente ao estudo apenas dos institutos do art. 1225 do CC), enquanto os autores Pablo Stolze e Orlando Gomes as denominam de Direitos Reais.

Para Sílvio de Salva Venosa (2009, p.19), nada impede o uso indiferente das duas denominações para identificar o mesmo compartimento do Direito Civil, considerando a origem do vocábulo reais das palavras latinas *res* e *rei*, que significam coisa.

Em contra partida, no entendimento do professor Adriano Stanley os termos direito das coisas e direitos reais são distintos:

As expressões Direitos Reais e Direitos das Coisas, não são sinônimas. Poderíamos dizer que a expressão Direito das Coisas constitui o gênero, e os Direitos Reais a espécie. O direito das coisas compreende o direito de posse e os direitos reais, nas suas formas: direito real sobre coisa própria. (STANLEY, 2009)

Nesse sentido também leciona o jurista Nelson Rosenthal, asseverando que Direito das Coisas possui significado mais amplo, portanto não pode ser tido como sinônimo de Direitos Reais.

Insta acentuar que o direito das coisas não pode ser compreendido exatamente como sinônimo de direitos reais. Possui configuração mais ampla, abrangendo, além dos direitos reais propriamente ditos, capítulos destinados ao estado da posse – cuja natureza jurídica é controversa, tida por alguns como de direito obrigacional – e dos direitos de vizinhança, classificados como obrigações mistas ou propter rem. (ROSENTHAL, 2018, p.33)

Embora não seja pacificado a respeito da nomenclatura adequada, verifica-se que, por uma questão técnico-jurídica, se faz mais correto a distinção das expressões.

Visto que Direitos Reais referem-se aos direitos subjetivos que são exercidos pelas pessoas titulares de determinados direitos presentes no art. 1225 do CC, por outra sorte, quando se fala em Direito das Coisas, não está exclusivamente se

direcionando aos direitos do artigo anteriormente referido, estão incluídos, além destes, o direito de posse e vizinhança.

Para efeito de interpretação da presente pesquisa adotaremos como autônomos ambos os termos, referindo o Direito das Coisas como gênero e os Direitos Reais como espécie.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS REAIS

Assim como nos direitos pessoais, os direitos reais também são norteados por normas hermenêuticas que auxiliam na sua interpretação e aplicação. Portanto, a partir deste momento nos dedicamos a estudar e compreender os principais princípios que guiam os direitos reais.

2.2.1 Numerus Clausus e Tipicidade

O princípio *numerus clausus* tem sua origem no direito romano, tendo sua incidência mais marcante na Revolução Francesa, após o sistema feudal, em decorrência do fortalecimento do direito de propriedade. Assim ensina o autor José de Oliveira Ascensão:

O *numerus clausus* inscreve-se, ou pelo menos pode-se inscrever, neste movimento. Abolidos os vínculos feudais é instaurada uma nova ordem dos direitos sobre a coisa, um sistema fechado serve à maravilha para perpetuar as conquistas obtidas; tudo o que se não adaptar ao esquema legislativo é rejeitado (ASCENSÃO, 1968, p.79).

O atual Código Civil, afinado a doutrina majoritária, adota o sistema *numerus clausus*, de modo que os direitos reais são apresentados no art. 1225 e legislação esparsa sejam enumerados de forma taxativa, não se admitindo as modalidades surgidas exterior ao crivo do legislador.

O Código Civil dedicou o título II do Livro III ao Direito das Coisas. Este rol taxativo, composto de dez incisos, caracterizadores da limitação dos direitos reais, foi submetido a uma ampliação, com a publicação da Lei n. 11.481, de

31 de maio de 2007, cuja redação acrescentou, dentre outros, dois incisos no artigo 1.225 e outros dois incisos no artigo 1.473. (GOMES, 2012, p. 434)

Não obstante não haver vedação legal no sentido de criação de novos direitos reais, devido ao absolutismo dos direitos reais, derivado de sua eficácia *erga omnes*, maior parte da doutrina aderiu a linha de taxatividade dos direitos reais, de modo a evitar que a autonomia privada surja de forma a comprometer a segurança jurídica de terceiros. Nesse aspecto leciona Venosa:

Somente a lei pode criar outros direitos reais. Embora não tenhamos conceito peremptório em nosso ordenamento, como, por exemplo, o do art. 2.502 do Código argentino (os direitos reais somente podem ser criados pela lei), outra não pode ser a conclusão em nosso sistema. (VENOSA, 2013, p. 25)

Merece consignar ainda a diferença entre os *numerus clausus* e tipicidade. Embora muito difundido pela doutrina como sinônimos, devido à grande proximidade entre as definições, ambos guardam distinções entre si.

O princípio *numerus clausus*, ao ser adotado pelo ordenamento jurídico aos direitos reais, direciona a legitimidade exclusiva do poder legislativo para realizar sua regulamentação jurídica, como as suas modalidades, amplitudes, restrições e limitações. Portanto, é de competência dos legisladores a configuração geral dos direitos reais.

A tipicidade, nesse sentido, é decorrência do *numerus clausus*, o que significa que somente são direitos reais aqueles elencados no art. 1225 do Código Civil, além dos descritos em legislações espaciais. Destarte, a tipicidade determina de forma taxativa quais são as exatas modalidades abrangidas pelo instituto, além de determinar todo o seu conteúdo, sem haver desvios que não estejam previstos pela norma.

O sistema do *numerus clausus* manifesta-se através da taxatividade e da tipicidade, que, embora sejam tratadas indistintamente, não se confundem. A primeira refere-se à reserva legal para a criação dos direitos reais. Estes, por sua vez, possuem um conteúdo típico determinado pelo legislador. Assim, segundo o princípio da tipicidade, são inalteráveis os elementos que definem a estrutura essencial de cada direito real, pois, se assim não fosse, seria possível burlar a taxatividade dos direitos reais através da modificação do conteúdo do tipo. (ASCENSÃO, 1968, p. 328)

Em suma, o sistema *numerus clausus* se relaciona ao princípio da reserva legal, onde somente o poder legislativo tem a exclusividade de legislar sobre determinado assunto, e a tipificação é sua decorrência, apresentando de forma inequívoca quais direitos pertencem aquele âmbito, determinando ainda, todo seu conteúdo.

2.2.2 Publicidade

A publicidade é o princípio do qual deriva o absolutismo dos Direitos Reais. Portanto, estes direitos somente possuem seus efeitos oponíveis a terceiros, *erga omnes*, por sua efetivação ter de levar em consideração, de forma imprescindível, a publicidade destes atos. Afinal, somente se pode responsabilizar terceiros estranhos a relação se estes tivessem ou devessem ter conhecimento sobre ele.

O princípio da publicidade não é um instituto novo, pois sempre se buscou ao decorrer da evolução histórica do direito formas de garantir o cumprimento de forma eficaz. Segundo Angel Montes o mesmo já era observado nas relações jurídicas realizadas no direito grego. Vejamos:

No direito grego, as celebrações de negócios jurídicos em mercados, em praças públicas ou na presença de três vizinhos davam conta de fornecer a tais negócios a publicidade almejada, tornando os direitos ali adquiridos oponíveis a terceiros, na medida em que celebrados publicamente (MONTES, 2005. p. 45).

No direito brasileiro, a publicidade da aquisição de direitos reais sobre bens imóveis ocorre por meio a tradição, conforme art. 1226 do CC: “Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição”.

Já no que concerne a aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, o fundamento se encontram no art. 1227 do CC: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos, salvo os casos expressos neste Código”.

Portanto, merece consignar que sem um meio eficaz de publicidade, não se terá um direito real oponível a terceiros, uma vez que estes o desconhecerão.

Observe que, tem-se resguardado o princípio da segurança jurídica, que visa a proteção do terceiro de boa-fé que, por algum motivo, acaba por se envolver em direitos alheios.

2.2.3 Absolutismo

Quando se fala em direito real o temos como um ramo absoluto, isso significa dizer que o seu titular, ao exercer as suas faculdades, o faz com efeito *erga omnes*, ou seja, oponível a toda sociedade, que tem o dever de respeitá-lo, exigindo-se, por tanto, uma conduta negativa de abstenção, de modo a não interferir na relação entre o titular do direito real e a coisa que se encontra sob seu domínio. Leciona o Jurista Nelson Rosenvald:

O absolutismo é o traço básico no qual a dogmática sempre se apegou para apartar os direitos reais dos direitos obrigacionais, tradicionalmente marcados pela relatividade. Os direitos reais são excludentes, pois todos se encontram vinculados a não perturbar o exercício do direito real – *jura excludendi omnis alios*. De fato, nas obrigações não há poder jurídico sobre um objeto oponível a toda a coletividade. Pelo contrário, somente surge uma faculdade jurídica de um credor exigir uma atuação positiva ou negativa do devedor, pautada em um comportamento. Tal atuação somente poderá ser reclamada relativamente ao sujeito passivo da relação, não atingindo imediatamente terceiros estranhos ao vínculo. Se, eventualmente, um terceiro intervir ilicitamente em um negócio jurídico, induzindo a relação obrigacional ao inadimplemento, a sua responsabilidade perante o credor será extracontratual. (ROSENVALD, 2018, p.34)

Neste ponto, difere-se dos direitos obrigacionais que são relativos, isso ocorre pela razão dos efeitos da relação contratual somente atingir as partes integrantes, não alcançando terceiros estranhos à relação, obedecendo, deste modo, ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Na visão do professor Francisco Liberal Fernandes (2015, p.15), a distinção entre direitos absolutos e relativos atende-se à eficácia subjetiva dos direitos e à identificação ou não dos respectivos sujeitos passivos. Portanto, um direito é relativo ou é absoluto conforme o sujeito passivo seja, respectivamente, determinado ou determinável, ou indeterminado.

Por outro lado, o absolutismo dos direitos reais não decorre do poder ilimitado de seus titulares sobre os bens que se submetem a sua autoridade. Há muito tempo,

a ciência, do direito relativizou a sacralidade da propriedade (ROSENVALD, 2018, p.35).

Nessa esteira, é importante compreender que o absolutismo refere-se a oponibilidade de seus efeitos a terceiros, e não à prática das faculdades inerentes a seu titular.

Neste último caso, para o controle das faculdades decorrentes de um titular de real, temos princípios limitadores como o abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, e a função social da posse, fundamentada no inc. XXIII, art. 5º da Constituição Federal.

2.2.4 Sequela

Conforme a teoria realista adotada para o âmbito dos direitos reais, o mesmo se traduz na relação entre pessoa e coisa, neste caso, o direito é *jus in re* (direito à coisa), distintamente do direito pessoal que se exterioriza pelo *jus ad rem* (direito a uma coisa). Os direitos reais aderem à coisa, sujeitando-a imediatamente ao poder de seu titular, com oponibilidade erga omnes.

De forma geral, é possível entender as razões pelas quais os direitos reais são conhecidos como *jus in re*. Enquanto o titular de direito real submete o bem da vida ao seu poder, sem a necessidade de colaboração da atividade de terceiros, o titular do crédito somente terá acesso “à coisa” mediante uma conduta cooperativa do devedor, no sentido de dar, fazer ou não fazer. Enfim, as relações de direito real caracterizam-se pelo verbo ter (poder sobre bens); já os direitos obrigacionais, pelo verbo agir (demandar comportamentos alheios). (FARIAS, ROSENVALD, 2018, p. 35)

Dessa forma, em virtude do absolutismo que atribui caráter erga omnes aos direitos reais, no qual se direciona a toda coletividade, gera-se o chamado direito de sequela, que nada mais é que a possibilidade do seu titular perseguir a coisa independentemente de quem indevidamente a detenha (GOMES, 2006), sem sequer ter de contestar qualquer ato jurídico que a circundei-a.

O atributo da sequela é a mais eloquente manifestação da evidente situação de submissão do bem ao titular do direito real. Pelo fato de não existir relação jurídica entre a pessoa e a coisa, porém apenas entre pessoas, todos os bens se encontram em estado de pertinência ao exercício dos poderes pelos seus titulares. A sequela decorre do absolutismo dos direitos reais, pois se posso exigir de todos um dever de abstenção, nada me impede de retirar o bem do poder daquele que viola tal comando. (FARIAS, ROSENVALD, 2018, p. 37)

Imaginemos o seguinte exemplo: O indivíduo A é proprietário de um imóvel, devidamente registrado no cartório de imóveis, onde reside com sua família. Durante o período de férias o proprietário do imóvel juntamente com a família viaja para outra cidade.

Ocorre que, no período de sua ausência, o indivíduo B, verificando que não havia ninguém na residência, a invade e posteriormente celebra contrato de compra e venda com o indivíduo C, que por sua vez, desconhecendo os vícios que tangenciam o negócio jurídico, efetua o pagamento e passa a residir na casa.

Ao retornar para o domicílio e perceber que este está ocupado pelo indivíduo C, o real proprietário deverá demandar a tutela jurisdicional para retomar o domínio de seu domicílio.

Neste caso é possível observar que o sujeito A é titular do direito real de propriedade, destarte, o seu direito recai sobre a coisa (*jus in ré*) e, conseqüentemente, ao perseguir a coisa e pleitear a reintegração de posse este não necessitará de comprovar a invalidade do contrato de compra e venda, mas tão somente a sua titularidade da propriedade. É aposição típica de quem se baseia em razões absolutas (ASCENSÃO, 1968 *apud* CORRÊA E SOARES, 2013, p. 09).

O mesmo não ocorre no direito pessoal, em decorrência de sua eficácia ser inter-partes a sua oposição não é cabível a terceiros que não integrem a relação jurídica obrigacional.

Em que pese o surgimento do instituto da tutela externa dos créditos, conforme assevera o enunciado 21 do CJF ao determinar que, “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”, tendo por finalidade a responsabilização de terceiros pela violação do direito de crédito alheio com fulcro no princípio da função social dos contratos, o mesmo somente é aplicado nos casos em que o terceiro tenha conhecimento da respectiva relação jurídica, adverso aos direitos reais que não há que se falar em conhecimento ou não do terceiro da relação jurídica anteriormente existente.

[...] quando conheça na sua existência e configuração mínima, então aquele dever geral de respeito concretiza-se, passa a configurar como um concreto dever de respeito, que se incrusta na esfera jurídica desse terceiro e limita então sua liberdade de agir. O conhecimento do crédito constitui uma

condição de oponibilidade efetiva do direito de crédito a terceiros. (SANTOS, 2012, *apud* Sobral, 2012)

A título ilustrativo, o indivíduo A se compromete a vender um imóvel a B, ocorre que acaba por vendê-lo a C, neste caso, por ser uma relação obrigacional, o indivíduo B não poderá reivindicar o imóvel de C, visto que não fazia parte da relação jurídica inicial e desta não tinha conhecimento, mas apenas poderá intentar o pleito indenizatório em face de A.

2.2.5 Preferência

Por fim, temos o direito de preferência, restrito aos direitos reais de garantia este proporciona ao titular a obtenção da satisfação do crédito com o valor do bem dado em garantia, sendo que havendo concurso de credores, ressalvadas as hipóteses legais, terá preferência no respectivo quadro, consoante leciona o magistério de Orlando Gomes:

[...] consiste no privilégio do titular do direito real em obter pagamento de um débito com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Havendo concurso de credores, a coisa dada em garantia é subtraída da execução coletiva, pois o credor real, v. g., pignoratício ou hipotecário – prefere a todos os demais. (ROSENVALD, 2018, p. 39)

Este princípio decorre da eficácia absoluta e oponibilidade erga omnes dos direitos reais, dado que quem o possui pode opô-lo contra toda coletividade.

Constituído o direito real de garantia, a responsabilidade da obrigação se concentra sobre determinado bem do patrimônio do devedor. Para o caso de inadimplemento, tem o credor o direito de se satisfazer sobre o valor desse bem, afastando outros credores que tenham apenas direito pessoal contra o devedor, ou mesmo direito real de inscrição posterior. (GOMES, 2012, p.20)

Nota-se, todavia, a relativização do direito de preferência dos direitos reais nos últimos anos, o que ocorre em razão do surgimento dos privilégios legais, criados para a proteção de créditos de grande importância social, tais como os acidentários e os trabalhistas. (CARENHO, GREGUI, 2019).

3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS E DIREITOS PESSOAIS

Quando falamos em direitos reais e pessoais inevitavelmente nos deparamos com características específicas de cada ramo, e este fato é indiscutível, até mesmo porque o que se questiona nesta pesquisa não é a distinção de características entre os dois institutos, porque de fato elas existem, mas tão somente a irrazoabilidade do sistema *numerus clausus* aplicado aos primeiros, por meio do princípio da tipicidade, determinando os direitos reais de forma taxativa, enquanto aos segundos segue o chamado sistema *numerus apertus*, expondo os direitos pessoais por meio de rol exemplificativo.

Veremos mais à frente, ao compreendermos as teorias realista/clássica e unitária personalista que, se necessário, considerar-se-ia os direitos reais como integrante do direito pessoal, guardando, entretanto, suas especificidades.

Para tanto, antes de avançarmos a tal discussão, passaremos a entender as principais características dos direitos reais comparados aos direitos pessoais pessoais.

a) Quanto ao sujeito:

Os direitos reais por se tratar da relação jurídica entre pessoa e coisa, consoante teoria clássica/realista adotada pelo Código Civil, onde o direito real se traduz no domínio do sujeito sobre a coisa com oponibilidade erga omnes, temos na relação o sujeito ativo, ora indivíduo que detém o domínio da coisa, e o sujeito passivo, na ocasião, sendo toda a coletividade, que por sua parte se espera uma conduta negativa de abstenção, onde a sociedade como um todo deve se abster de prejudicar o direito real do sujeito ativo.

O Direito Pessoal, regula as relações entre sujeitos decorrentes da autonomia privada das partes, resultada pela expressão do desejo de pactuar determinada prestação patrimonial de um sujeito em proveito de outro. À vista disso, é necessário que haja mais de um indivíduo na relação, e que estes sejam determinados ou determináveis, sendo o sujeito ativo o credor e o sujeito passivo o devedor, onde cada um, nos limites das obrigações instituídas, possui o dever de cumprir com as respectivas prestações.

b) Quanto ao objeto:

O objeto nos direitos reais é a coisa, portanto, o titular possui o direito *jus in re* (direito à coisa). Exercido de forma autônoma pelo sujeito ativo titular do direito real, que possui as faculdades de exercer as atribuições inerentes ao bem, sem ter a necessidade de qualquer conduta do sujeito passivo da relação (a coletividade).

Já no direito pessoal o objeto é o direito subjetivo do sujeito ativo de exigir o cumprimento de determinada prestação do sujeito passivo, portanto, é titular de um direito *jus ad rem* (direito a uma coisa). Deste modo, para a satisfação da obrigação pactuada é necessária uma conduta, ativa ou omissiva, do sujeito ativo da relação. Sendo que em caso de não cumprimento pelo devedor, busca-se a tutela jurisdicional para determinar o cumprimento da respectiva prestação.

c) Quanto a duração:

O direito real por se tratar de um direito *jus in re*, na qual submete-se o bem ao seu poder, sendo prescindível a participação de um terceiro para a efetivação de seu domínio, possui caráter perpétuo/permanente, não se extinguindo pelo não uso (excetuado os casos previstos em lei, como a desapropriação e a usucapião).

Os direitos obrigacionais, por sua vez, são transitórios, tem início com o pacto entre as partes e se extingue pelo seu cumprimento, ou demais modalidades de extinção das obrigações.

d) Quanto a formação:

O sistema *numerus clausus* regula os direitos reais, dessa forma, somente poderão ser considerados como tais as hipóteses jurídicas previstas em lei. O art. 1225 do Código Civil apresenta o rol taxativo dos direitos reais. As normas inerentes aos direitos reais possuem natureza cogente, ou seja, de aplicação imediata, devendo ser, obrigatoriamente, respeitadas pelas partes que não possuem a opção de negligencia-las ou acrescentar novas regras.

As hipóteses de direitos pessoais são apresentadas de forma exemplificativa pelo Código Civil, uma vez que a sua ocorrência tem por fundamento o princípio da autonomia privada das partes, que possuem total liberdade para determinarem o

negócio jurídico a ser realizado e as condições da prestação, de forma que as normas inerentes ao direito obrigacional tem natureza dispositiva, não sendo obrigatória a sua aderência e tendo a flexibilidade de determinar novas regras.

e) Quanto ao exercício:

Diferentemente do Direito Pessoal, que se exige uma conduta, positiva ou negativa, de uma figura intermediária, ora devedor, no direito real não se faz necessário a presença de um sujeito passivo. Deste modo, o sujeito ativo pode exercer as faculdades de seus direitos subjetivos de forma autônoma.

Ao contrário dos direitos reais, que o direito recai sobre a coisa, podendo o sujeito ativo exercer os atributos de forma autônoma, no direito pessoal isso não ocorre, uma vez que o direito não recai sobre a coisa, mas sim sobre a possibilidade de exigir o cumprimento da prestação acordada. Portanto, para que haja o efetivo exercício pelo credor, é necessário a presença de uma figura intermediária, o devedor, e deste a promoção de uma conduta, na qual irá satisfazer a prestação acordada.

f) Quanto a ação:

A ação para garantir a tutela do direito real de seu titular poderá ser exercida contra qualquer indivíduo que detenha a coisa indevidamente, pelo fato do sujeito passivo ser universal e sua oponibilidade ter eficácia erga omnes, ou seja, perante toda a sociedade.

Nos direitos pessoais o efeito do pacto é inter-partes, por conseguinte, somente gera efeitos e pode ser oponível perante os sujeitos imediatamente envolvidos na relação obrigacional.

4 DISTINÇÃO DOS DIREITOS REAIS E DIREITOS PESSOAIS À LUZ DAS TEORIAS CLÁSSICA/REALISTA E UNITÁRIA PERSONALÍSTA

Conforme ensina o jurista baiano Orlando Gomes (2012, p.10), não há critério indiscutível para distinguir o direito real do direito pessoal. Dado que as divergências se reduzem fundamentalmente à contraposição da teoria clássica, dita realista, à teoria personalista, não há interesse em alargar o campo em que proliferam.

Ao que se refere a teoria realista, o direito real se exterioriza como o poder imediato da pessoa sobre a coisa no qual se exerce com eficácia *erga omnes*, gerando um dever geral de abstenção por toda a coletividade.

O direito pessoal, por sua vez, opõe-se unicamente a uma pessoa, de quem se exige determinado comportamento, positivo ou negativo.

A Teoria Realista, também denominada Clássica, advoga que os direitos reais não se confundem com os direitos pessoais, existindo, portanto, duas classes de direitos completamente distintos, devendo ser compreendido como Direitos Reais aquele conjunto de direitos em que a relação é traçada direta e imediatamente entre o sujeito ativo e a própria coisa material. Logo para esta teoria os direitos têm como sujeito passivo o próprio bem, não havendo a participação de nenhuma pessoa intermediando a formação do vínculo. (AGRIÃO; DIAS; FRANCESCHET, 2016, p.20)

Em contraposição à referida teoria apontaram-se duas principais objeções: (i) não se pode haver relação jurídica senão entre pessoas; (ii) a oponibilidade a terceiros não é peculiaridade dos direitos reais, mas característica de todos os direitos absolutos. (GOMES, 2012, p.12)

Adverso a de possibilidade uma relação jurídica entre pessoa e coisa, Caio Mário afirma que todo direito se constitui entre humanos, independente da indeterminação subjetiva. Vejamos:

Não obstante o desfavor que envolve a doutrina personalista, ela continua, do ponto de vista filosófico (especialmente metafísica), a merecer aplausos. Sem dúvida que é muito mais simples e prático dizer que o direito real arma-se entre o sujeito e a coisa, através de assenhoreamento ou dominação. Mas, do ponto de vista moral, não encontra explicação satisfatória esta relação entre pessoa e coisa. Todo o direito se constitui entre humanos, pouco importando a indeterminação subjetiva, que, aliás, em numerosas ocorrências aparece sem repulsas ou protesto. [...] A teoria realista seria então mais pragmática. Mas, encarada a distinção em termos de pura ciência, a teoria personalista é mais exata. (PEREIRA, 2004, p. 04)

Ademais, de um lado, há direitos historicamente classificados como direitos reais que não se apresentam, todavia, como poder imediato do titular sobre a coisa. Nesta situação apontam-se os direitos de garantia e as servidões negativas.

Contudo, do outro lado, direitos que implicam esse poder imediato sobre a coisa e não obstante estão incluídos entre os direitos pessoais. Tais são o direito do locatário e do comodatário. (GIORGIANNI *apud* GOMES, 2012, p.13).

Em oposição à teoria realista, em face da inconformidade na aceitação da existência de uma relação jurídica entre pessoa e coisa, surgiu a teoria unitária personalista, que teve sua primeira formulação empreendida pelo autor alemão Windscheid, elevando a categoria de pessoais os direitos reais.

Segundo a teoria unitária personalista, os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas e intermediada por coisas, toda via, a diferença entre os dois regimes se encontra no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal o sujeito passivo é uma pessoa determinada, em outra via, os direitos reais teria como sujeito passivo pessoa indeterminada, configurando, dessa maneira, uma obrigação passiva universal cujo da coletividade se espera uma obrigação negativa, a abstenção. Na visão de Maria Helena Diniz:

Para a Teoria personalíssima, não pode ser a instituição de uma relação jurídica diretamente entre a pessoa do sujeito e a própria coisa, uma vez que todo direito, passando a considerar esse direito como uma obrigação passiva e universal. Para os personalistas, três são os elementos constitutivos do direito real: o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto (DINIZ, 2011, p.26)

Os que resistem à teoria personalista apontam duas objeções quanto a sua aplicação (GOMES, 2012, p. 14): (i) a obrigação passiva universal é distinta da obrigação comum que liga um devedor a seu credor, pois esta é um elemento do passivo daquele. Neste aspecto, explica o autor que ninguém pensaria em inscrever no passivo de seu patrimônio a obrigação de respeitar os direitos reais de outrem. Portanto, a obrigação passiva universal não é uma obrigação no sentido estrito da palavra, é uma regra de conduta; (ii) a obrigação de respeitar os direitos de outrem não é especial dos direitos reais; existe para todos os direitos, mesmo os de crédito, assim como o demonstra, notadamente, a responsabilidade do terceiro, autor ou cúmplice da violação de uma obrigação contratual.

Orlando Gomes (2012, p.15) afirma que o retomo à doutrina clássica está ocorrendo à luz de novos esclarecimentos provindos de análise mais aprofundada da

estrutura dos direitos reais. Segundo o jurista, os partidários dessa doutrina preocupavam-se apenas com as manifestações externas desses direitos, particularmente com as consequências da oponibilidade erga omnes, objetivadas na sequência. Dessa forma, passam a atentar para a estrutura interna do direito real, ressaltando que o poder de utilização da coisa, sem intermediário, é o que caracteriza os direitos reais.

Já o autor Silvio Venosa (2013, p.11) afirma que, qualquer que seja a corrente adotada, cumpre não esquecermos ser o direito real projeção da própria personalidade sobre a coisa. Em que pese o autor não ter definido preferência sobre as teorias, teceu que o traço definidor dos Direitos Reais é o domínio sobre a coisa.

4.1 AUTONOMIA PRIVADA E OS DIREITOS REAIS

No atual ordenamento jurídico os direitos reais estão condicionados ao sistema *numerus clausus*, ou seja, a sua criação ocorre somente por lei, sendo vedado, desse modo, as figuras atípicas criadas por meio da autonomia privada, o que acarreta na imposição do regime pessoal a essas modalidades, por não estarem previstas em legislação. Assim leciona o professor Orlando Gomes:

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. (GOMES, 2012, p.22)

O sistema *numerus clausus* implica sempre a existência de um catálogo, de uma delimitação de direitos reais existentes. Quer dizer, significa que nem todas as figuras que cabem no conceito de direito real são admitidas, mas tão somente as que forem previstas como tal (TEPEDINO, 1993, p.82).

A razão pela qual se adota o princípio da taxatividade reside em sua eficácia *erga omnes*, que tem por consequência a imposição dos efeitos jurídicos contra toda a coletividade.

Por esta razão, a autonomia privada não possui influências no campo dos direitos reais, uma vez que a adoção do sistema *numerus aperthus* acarretaria em grave insegurança jurídica no que concerne a imposição de efeitos derivados de negócios jurídicos estabelecidos por particulares contra terceiros estranhos a relação obrigacional. Assim leciona André Gondinho:

A principal razão da exclusão da autonomia privada do rol de fontes criativas de figuras reais decorre da eficácia absoluta dessa espécie de direito, pois não seria lícito à vontade humana criar vínculos jurídicos oponíveis erga omnes. Ademais, a autonomia da vontade poderia criar entraves ao tráfego jurídico, sob o ponto de vista econômico-social, dificultando, ainda, o prévio conhecimento de terceiros acerca da existência de figuras reais atípicas onerando a coisa. (GONDINHO, 2001, p. 153-154)

Neste sentido também se extrai da manualística de Silvio Rodrigues (2002, p. 09), ao determinar que o direito real é uma espécie que vem munida de algumas regalias importantes, tais a oponibilidade *erga-omnes* e a sequela, de modo que a sua constituição não pode ficar à mercê do arbítrio individual.

Diversos outros países, além do Brasil, também adotaram o sistema *numerus clausus* dos direitos reais, dentre os quais podemos citar: Argentina (art. 2502 do Código Civil Argentino), Portugal (art. 1306 do Código Civil Português), França, Japão (art. 175 do Código Civil Japonês), China (art. 757 do Código Civil Chinês).

Por outro lado, na Espanha prepondera o princípio *numerus aperthus*, resolvendo a divergência quanto à eficácia *erga omnes* por meio de um sistema eficiente de registros dos direitos reais e semelhantes (GONDINHO, 2001, p.80). Ainda afirma o autor que lá surgiram poucos casos de direitos reais absolutamente novos, preferindo-se a modificação dos protótipos já existentes e tipificados.

Seguramente, a possibilidade de criação e regulação de negócios jurídicos e seu respectivo conteúdo é um fato que ocasiona preocupação ao legislador, realidade perceptível ao analisar os oitenta artigos destinados a disciplina da teoria geral dos negócios jurídicos (art. 104-184 CC), onde impera a autonomia privada, em detrimento do único artigo que regula os atos jurídicos em sentido estrito (art. 185 CC), que por sua vez não se verifica a atuação desimpedida da vontade privada.

Segundo o professor André Cordeiro a adoção do sistema *numerus clausus* nada mais é do que uma herança histórica e cultural derivada do antigo império romano.

[...] não deriva da estrutura dos direitos nem do seu regime: trata-se, pura e simplesmente, duma clivagem histórico-cultural derivada de, no Direito romano, certos direitos se defenderem através da *actio in rem*, enquanto outros, estruturalmente similares, davam azo a *actiones in personam*. A clivagem em causa sobreviveu às codificações. Não vale a pena remar contra ela. Os direitos pessoais de gozo, estruturalmente reais, mas que, por provirem de situações jurídicas defendidas, no Direito romano, por *actiones in personam*, não são, hoje, reconhecidas como reais. Sendo puramente sistemática, esta clivagem tem consequências a nível do regime: bloqueia, no tocante à aplicação de certos institutos reais, as normas que não sejam predispostas, pela lei, como aplicáveis. (CORDEIRO, 1999, p.72-73, grifo nosso).

Há uma situação conformista na idealização da imutabilidade do direito real na doutrina atual, e que se faz essencial um maior estudo para definir novos contornos à conceituação secular dos direitos das coisas para atingir as necessidades da sociedade atual (LIMA, 2007).

De fato, a autonomia privada é responsável pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento dos institutos jurídicos, a imposição do *numerus clausus* acabaria por ceifar o dinamismo necessário para o desenvolvimento social. Assim assevera o professor Márcio Pugliesi:

O aperfeiçoamento das instituições decorrentes do direito de propriedade, advindas com a modernidade dos tempos atuais, está se realizando através da doutrina e dos arestos, enquanto que o direito positivo, nessa parte, anacrônico e paupérrimo, paira adormecido e inerte, ignorando a evolução cultural, sociológica, econômica e real que há boa data exige igual comportamento do acompanhamento e evolução jurídica. (PUGLIESI, 1996, p. 739, *apud* LISBOA, 2002)

Embora há alguns anos o entendimento doutrinário e jurisprudencial permeasse no sentido de que o princípio da tipicidade predominaria sobre os direitos reais, atualmente verifica-se que a distinção entre direitos reais e pessoais não se mostra tão destoante assim.

Outros autores como Paulo Nader, com inspiração em Pontes de Miranda, compreendia que, não obstante o sistema *numerus clausus*, a interpretação era de que a imposição do princípio é a necessidade do direito ser criado pelo Poder Legislativo dentro do devido processo institucional, sendo que, superado essa questão e reunindo o novo direito as nuances de um direito dito como real, se fazia prescindível a sua inclusão no específico artigo que se encontram os demais direitos reais.

O art. 1.225 do Código Civil apresenta o elenco dos direitos reais, mas isto não significa que não possa haver outras modalidades além das enumeradas. Caso surjam, em ei, outras figuras jurídicas com as características de direito real, embora sem esta rotulação, a hipótese será de novos direitos reais. Pontes de Miranda foi enfático a este respeito, referindo-se ao dispositivo semelhante do Código de 1916: “A existência de direitos reais limitados fora do art. 674 não infirma o princípio de ‘*numerus clausus*’ dos direitos reais limitados. O princípio apenas diz que é preciso que se crie algum direito real, para que a lista do art. 674 (hoje, art. 1.225) cresça”. (NADER, 2013, p.943, grifo nosso)

Já para Gustavo Tepedino (1993, p.83) a flexibilidade se encontra no conceito de tipicidade dos direitos reais, onde os mesmos devem ser estritamente previstos pela obra do legislado e incluso no respectivo rol, toda via, o seu conteúdo é aberto, possibilitando ampla incidência da autonomia privada no momento de sua modulação.

Com efeito, a aplicação da autonomia particular no conteúdo dos direitos reais é de fácil percepção quando analisamos, por exemplo, o direito de uso e fruto, o que possui natureza dispositiva em relação à extensão de uso e gozo da coisa, desde que não altere a sua substância.

Ademais, também se vislumbra tal ocorrência nas servidões, que tem por consequência as diversas formas de utilidade do prédio serviente, com aplicação, inclusive, de institutos do direito pessoal como a aplicação do princípio da *supressio*, boa-fé objetiva e vedação a comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*), conforme ementa parcial em sequência.

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. **DIREITOS REAIS. SERVIDÃO DE ÁGUA. ESTABELECIMENTO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. EXTINÇÃO PELA AUTOSSUFICIÊNCIA EM CAPTAÇÃO DA ÁGUA PELO PRÉDIO DOMINANTE, POR FONTE INDEPENDENTE. AÇÃO PLEITEANDO O CUMPRIMENTO DA SERVIDÃO.** PROPOSITURA POR CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO UNITÁRIO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE O PRÉDIO SERVIENTE E A UNIÃO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO PELO TRIBUNAL LOCAL. CONSIDERAÇÃO DE QUE FOI IMPLEMENTADA A CONDIÇÃO ESTABELECIDA PARA QUE SE EXTINGUISSE A SERVIDÃO. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, EM SEU ASPECTO DE VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS. SUPRESSIO.** EQUÍVOCO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO INCIDENTAL DA INEFICÁCIA DO REGISTRO PÚBLICO. NECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA INAPLICÁVEL PARA GERAR A EXTINÇÃO DE UM DIREITO, NA ESPÉCIE. DEVER DE COLABORAÇÃO ADIMPLIDO PELOS TITULARES DO PRÉDIO DOMINANTE. NECESSIDADE DE ÁGUA. BEM PÚBLICO ESSENCIAL À VIDA. PONDERAÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRIVILEGIAR O USO COMERCIAL DA ÁGUA EM DETRIMENTO DE SEU USO PARA O ABASTECIMENTO DAS NECESSIDADES HUMANAS. RECURSO

ESPECIAIS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (STJ – Resp: 1124506RJ 2009/0030733-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/06/2012, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012, grifo nosso)

Leciona o jurista Eduardo Nunes de Souza (2015, p.148, a dissociação entre direitos reais e autonomia privada ignora ao menos dois aspectos fundamentais. De um lado muitos direitos reais (primordialmente os limitados, de fruição ou garantia) dependem de negócio jurídico que os institua, e de do outro, a existência de considerável grau de autonomia no conteúdo destes direitos no momento de seu exercício.

Conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho (1978, p. 14):

O princípio mais aceito é o da liberdade das convenções, admitindo-se como direitos reais, não somente os enumerados na lei, senão também todos os que possam resultar das convenções que importem em decomposição do domínio e possam por sua vez formar direitos reais distintos, sem ofensa à ordem pública. (Cfr. FRAGA, ob. cit., n. 55; PLANIOL, RIPERT e PICARD, ob. cit., n. 48; BAUDRY-CHAUVEAU, ob. cit., n. 193).

Ainda segundo José de Carvalho, considerar como pessoais os direitos que como modalidades de domínio participam de sua substância é que não é possível, assim como possível não seria deixar esses direitos que, evidentemente não são pessoais, fora do campo dos direitos reais, somente porque não estão contemplados na enumeração do texto legal.

Fato é, não há nenhuma vedação expressa pelo ordenamento jurídico que sequer faça menção quando a taxatividade dos direitos reais. Nessa linha de pensamento assevera Whashington de Barros Monteiro:

Outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador, ou pelas próprias partes, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores sustentam este ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes. (MONTEIRO, 2009, p. 12)

Esta mesma situação foi objeto de fundamento por dois magistrados em pauta de julgamento ainda nos anos de 1943 e 1950. Os ex ministros do Supremo Tribunal Federal, Castro Nunes e Orosimbo Nonato, demonstrada na obra do autor Maurício Gondinho Delgado (2001, p.31 *apud* LISBOA, 2002), firmaram entendimento no

sentido de que o rol dos direitos reais era meramente exemplificativo, em vista da ausência de disposição legalque previsse o contrário. Vejamos:

Conforme acentua Carvalho Santos, citando Lacerda de Almeida, Philadelpho Azevedo, Affonso Fraga e Amoldo Medeiros, **a enumeração do artigo 674 do Código Civil é apenas exemplificativa, não esgotando as variadas figuras dos direitos reais (...). Os elementos históricos confirmam ser meramente enunciativa a disposição do Código Civil.** De fato, Clovis Bevilacqua no seu projeto não afastou do direito então vigente (...) Ademais, não podia o legislador ignorar a doutrina já firmada no sentido de admitir a criação de outros direitos reais quando não houvesse disposição expressa na lei proibindo e vedando essa faculdade (...). (NUNES, Agravado de Petição nº. 10.694 de 05.11.1943, grifo nosso)

Esse dispositivo nem pode ter a virtualidade de limitar os direitos reais. Desde que estes se delinham com o seu conteúdo específico e a sua fisionomia própria não há que procurar sua menção naquele dispositivo para verificar-lhe a caracterização. Já Lacerda de Almeida observava não haver o Código Civil mencionado as modalidades de todas as figuras variadas dos direitos reais. **O caráter real de uma situação prende-se à sua natureza mesma e não ao conceito do legislador.** Demonstrou-se que parte, em brilhante página jurídica, Philadelpho Azevedo (...). E o prof Amoldo Medeiros da Fonseca trouxe àquela conclusão argumentos terminativos e cabais (...) Mas, a controvérsia relacionada com esses problemas ¹⁸elevam-se nos altiplanos da doutrina e qualquer que seja a solução eleita ela não se mostrará contra texto expresso de lei. (NONATO, Recurso Extraordinário °. 7.858 de 05.02.1950, grifo nosso)

Ora, o que não parece razoável é a limitação da autonomia privada, como efeito a cisão no desenvolvimento social e econômico, em virtude da incapacidade do Estado em promover a efetivação do princípio da segurança jurídica por outros meios como o desenvolvimento de sistema de registros que abarque não somente os direitos reais, e através de aplicação de princípios atinentes ao direito pessoal como a boa-fé e a probidade. Afinal, não será qualquer direito oriundo da autonomia da vontade particular que se amoldaria como real, mas tão somente aqueles que reunir em sua estrutura a essência dos direitos reais, primordialmente, o domínio sobre uma coisa.

Não se olvide, porém, e nunca se escapou dessa evidência no curso da história, que a projeção jurídica da pessoa sobre a coisa deve ter sempre em mira o aspecto da dignidade e do desenvolvimento do homem na comunidade social (VENOSA, 2013, p. 11).

5 TIME SHARING – MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

O Time Sharing, denominado no Brasil como multipropriedade imobiliária, ocorre quando o mesmo bem tem vários proprietários, cada um com direito a uso exclusivo por um período determinado de tempo. Essa modalidade foi regulada no país pela lei 13.777/18 que alterou o Código Civil. A definição legal do termo se encontra no art. 1358-C do referido diploma:

Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada. (Art. 1358-C, lei 13.777/2018)

A multipropriedade, portanto, apresenta como traço fundamental e singular a divisão, no tempo, entre inúmeras pessoas, da utilização do mesmo imóvel, mediante um sistema de rodízio, fracionando-se o ano em períodos (MARQUES, 2010, p.411). Neste mesmo sentido ensina Gustavo Tepedino:

[...] com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua. (TEPEDINO, 1993, p. 1)

A título ilustrativo imaginemos o seguinte exemplo, uma casa de praia possui doze proprietários, onde cada um terá o direito de uso com exclusividade do bem por o período de um mês durante o ano, esta modalidade de fruição do bem se configura como multipropriedade ou time sharing. Nota-se que o direito do titular não recai sobre o imóvel em si, mas da fração ideal de tempo.

Conforme ensina Silvio de Salvo Venosa (2020, p. 441) o fenômeno social nasceu da procura da classe média por uma residência de férias na praia ou na montanha. Os empresários optaram por um sistema que facilitasse o acesso a essa segunda propriedade ao grupo social ao qual não convém ou não pode manter vários imóveis concomitantemente.

O instituto representa um novo modelo de fruição associado, pela doutrina, à tendência de valorização da função social do domínio imobiliário (art. 5º, XXIII, Constituição Federal), ampliando seu potencial de uso ao extirpar os

períodos de desocupação e ociosidade, facilitando o acesso a tais bens através do compartilhamento dos custos e contribuindo, com isso, para a universalização do alcance de um segundo imóvel (não-residencial), especialmente para fins turísticos e relacionados ao lazer. (CUEVA, 2014, p. 6)

Esta modalidade é destinada primordialmente ao condomínio de locais destinados ao turismo e ao lazer, de modo que haja o integral aproveitamento econômico do bem, uma vez que estará ocupado e sendo utilizado durante todo o período do ano.

Sem embargo, a multipropriedade possibilita melhor aproveitamento de um imóvel, com investimento reduzido, ou seja, custos de aquisição e manutenção menores, o que, conseqüentemente, propicia maior acesso à propriedade, quer seja voltado para o lazer ou o exercício da atividade profissional ou, ainda, para fim diverso. Promove, assim, a própria função social e econômica da propriedade, devendo esta ser aplicada a todos os multiproprietários, consoante artigo 5º, incisos XXII e XXIII, e artigo 170, incisos II e III, ambos, da CF/88. (SIQUERA e NOGUEIRA, 2017, p. 2)

A lei que regulou a multipropriedade imobiliária traçou algumas características marcantes a esta modalidade de propriedade.

O imóvel objeto do time-sharing é indivisível, não se sujeita, portanto, a ação de divisão ou extinção de condomínio, e inclui em sua composição as instalações, os equipamentos e o mobiliário destinados a seu uso e gozo (FILHO, 2019, p.20).

O tempo mínimo que poderá ser adquirido de uso do bem é de sete dias, contudo, um dos proprietários pode adquirir mais frações de tempo para utilizar do bem com exclusividade por um período maior de tempo durante o ano. Ainda é possível que no ato de instituição de multipropriedade se limite a quantidade de fração de tempo que poderá ser utilizado por uma mesma pessoa.

É possível ao titular de uma fração de tempo emprestar, alugar ou até mesmo alienar o seu direito de uso exclusivo do bem, no seu respectivo período de tempo, a um terceiro, sendo prescindível a autorização dos demais proprietários do bem.

Merece consignar, que a alienação não recai diretamente sobre o bem, mas tão somente a fração de tempo que o proprietário faz jus ao exercer o uso da propriedade com exclusividade.

A instituição da multipropriedade é realizado por ato entre vivo ou testamento, registrado no competente cartório de registro de imóveis, devendo constar daquele a duração dos períodos correspondentes a cada fração de tempo.

A administração do imóvel e de suas instalações e equipamentos imobiliários ficará sob a responsabilidade da pessoa que for indicada no ato de instituição de condomínio em multipropriedade, não tendo indicação, o sujeito que for eleito em assembleia geral dos condôminos.

5.1 RECURSO ESPECIAL Nº 1.546.165 – TIME SHARING COMO MODALIDADE DE DIREITO REAL

Trata-se de um recurso especial que fora interposto por Magnus Landmann consultoria empresarial S.C Ltda, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nos autos do tribunal de origem o Condomínio Week Inn promoveu ação de execução contra Jorge Karam Incorporações e Negócios Ltda em virtude de dívida condominial.

Em sede de execução foi decretado ordem de penhora sobre a totalidade de um imóvel, ocorre que o referido está registrado na modalidade de Time-Sharing (condomínio em multipropriedade), onde a recorrente é titular da quota de 2 semanas ao ano, razão pela qual foi interposto embargos de terceiros com a finalidade de impedir a penhora do imóvel.

Em primeiro grau o magistrado julgou improcedente o pedido pleiteado nos embargos ao entender que, “a relação jurídica ofertada à embargante por conta da cessão de direitos na qual figurou como cessionária se revestia de natureza obrigacional e não de direito real”. Por consequência não poderia gerar efeitos a terceiros que não integrassem a relação inicial.

Inconformada com a decisão de piso a recorrente interpôs recurso de apelação, que também não foi provido pelo tribunal, entendendo que o objeto compartilhado é registrado no nome de uma pessoa centralizadora que, por sua vez, organiza e promove a venda das quotas do bem para os demais sujeitos, tendo portanto, natureza obrigacional.

DESPESAS DE CONDOMÍNIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. REVELIA NÃO CONFIGURADA. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TEMPO COMPARTILHADO OU TIME SHARING). PENHORA DOS IMÓVEIS SOBRE OS QUAIS INCIDE A MULTIPROPRIEDADE. MANUTENÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS. RELAÇÃO OBRIGACIONAL. A revelia do réu não enseja necessariamente a procedência total da pretensão do autor.

Empreendimento, objeto de tempo compartilhado, registrado em nome de pessoa centralizadora, que concede e organiza sua utilização periódica, gera relação de direito obrigacional com os multiusuários. Recurso desprovido. (UJ-SP – APL: 0159779-07.2008.8.26.0100, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 11/02/2014, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2014)

Irresignada com o julgado proferido pelo órgão colegiado, a empresa Magnus Landmann interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça. Inicialmente foi negado provimento pelo tribunal recorrido, nos termos do inciso I, do art. 1030 do Código de Processo Civil. Ato subsequente, opôs agravo em recurso especial, ocasião que foi provida pelo STJ e recebido o recurso especial para análise da matéria.

Em relação ao voto do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, inicialmente fez breves considerações a respeito contrato de time-sharing (multipropriedade) e posteriormente passou a discorrer sobre a sua natureza jurídica.

Para o relator, em que pese haver forte proximidade do instituto ao direito real, não são poucas as diferenças entre a multipropriedade e as formas típicas de direitos reais.

Inicialmente destaca que, apesar do caráter perpétuo do contrato de time sharing, as faculdades de uso, fruição e disposição da propriedade são limitadas ao período de tempo anual previamente estabelecido.

Registra ainda sobre o vínculo de destinação do bem, tratando-se de elemento essencial ao negócio jurídico, que atribui ao titular o uso para determinado fim, no caso, turístico-residencial, de forma que não possui o multiproprietário a liberdade de escolha de um modo de uso ou fruição que desvincule o bem do seu destino originário.

Outro ponto importante é a impossibilidade do multiproprietário efetuar qualquer modificação no imóvel ou no mobiliário a ele integrado, mesmo a título de melhoramento.

Segundo o ministro, essas situações não esgotam o amplo cenário de diferenças da multipropriedade e as espécies de direitos reais, todavia, permite afirmar que o contrato de time-sharing não se amolda, na integralidade, a categoria de direitos reais. Afirma, especialmente, pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro adotar um princípio *números clausus* para os direitos reais, não admitindo a criação de novo direito real se não por lei específica.

Corroborando ao princípio da tipicidade que norteia os direitos reais, o relator ainda faz alusão ao disposto na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), na qual menciona que no registro de imóveis serão anotados os atos de direitos reais sobre imóveis, reconhecidos em lei.

Art. 168. No Registro de imóveis serão feitas: [...] § 1º No registro de imóveis serão feitas, em geral, a 'transcrição', a 'inscrição' e a 'averbação' dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis, reconhecidos em lei inter vivos e causa mortis, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para sua disponibilidade.

Alerta ainda das possíveis consequências do reconhecimento da possibilidade de criação de novos direitos reais de maneira livre, o que ocasionaria um ambiente de insegurança jurídica aos negócios imobiliários diante da impossibilidade de se prever as formas variadas e criativas de novos direitos reais e os efeitos jurídicos que manifestariam.

Por final, ressalta que a responsabilidade do pagamento das cotas de despesas de condomínio (dívida propter rem), pertence ao proprietário e ao compromissário comprador e, uma vez que o direito adquirido pela recorrente possui natureza real, nada impede a penhora da totalidade do imóvel registrado no nome do administrador dos contratos de time-sharing relacionado ao referido bem.

Destarte, concluiu que o contrato de time-sharing não garante direito real, mas se trata apenas de um dos diversos direitos pessoais possíveis ao rol exemplificativo apresentado pelo código civil, razão pela qual é cabível a penhora do imóvel registrado sob multipropriedade. Nestes termos, o ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva negou provimento ao recurso.

Em seguida foi proferido o voto do Ministro João Otávio de Noronha. Inicialmente, o ministro define que a questão básica que versa a lide dos autos consiste em saber a natureza jurídica que se submete o regime da multipropriedade imobiliária, real ou obrigacional, que levará a efeito o alcance da constrição judicial sobre o bem.

Para sustentar o seu exame sobre a matéria o Ministro inicia citando os ensinamentos de Gustavo Tepedino, que assevera que os direitos reais e obrigacionais se distinguem por dois aspectos primordiais. Em suas palavras os direitos reais possuem por objeto imediato uma coisa na qual o seu titular poderá

exercer as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver com eficácia erga omnes, e sem a intervenção de terceiros.

Ressalta ainda que todas essas características estão presentes e portanto conferem caráter real a multipropriedade, e que o contrato de time-sharing nada mais é que um instrumento pela qual se define o objeto do direito e a organização entre os multiproprietários. Além de que a limitação nos poderes, como relatado pelo voto do Relator, onde o multiproprietário não poderá fazer alterações no bem, se trata apenas de mera coordenação e demarcação de esferas jurídicas de cada titular, não tendo a capacidade por si de retirar o caráter real da relação.

Sabe-se que os direitos reais se diferenciam dos direitos pessoais por dois aspectos essenciais. Os direitos reais têm por objeto imediato uma coisa, com a qual se estabelece seu titular um liame estreito, direto, sem intermediário. A situação jurídica assim constituída tem caráter absoluto, criando um dever jurídico negativo, prevalecente contra todos – erga omnes –, que deverão respeitar o exercício do direito, abstendo-se de qualquer ingerência. O vínculo jurídico, portanto, adere à coisa sobre a qual incide e tem eficácia generalizada, já que todas as pessoas devem respeito às situações jurídicas de direito real (por isso mesmo chamadas de direito absoluto).

[...]

De tais considerações decorre o caráter real da multipropriedade imobiliária. O vínculo jurídico que se instaura adere imediatamente ao bem imóvel sobre o qual incide, servindo o contrato, embora imprescindível, unicamente para definir o objeto do direito e disciplinar a relação entre os multiproprietários, e entre estes e a empresa promotora, à qual é delegada a função de gerir o imóvel. Entretanto, a recíproca limitação (espaço-temporal) de poderes não é fator de intermediação, senão de mera coordenação e demarcação de esferas jurídicas, não retirando, pois, a natureza real do direito do multiproprietário, com prevalência erga omnes." (Multipropriedade Imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 58/59.)

Afirma que a multipropriedade está acobertada por princípios que encerram os direitos reais, e que apesar de ser considerada como relação obrigacional por muitos, possui fortes características do instituto da propriedade, especialmente em um contexto que não se reprime a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema *numerus clausus*.

Segundo o Ministro, mesmo sob a vigência do Código Civil de 1916 já se questionava o caráter fechado dos direitos reais, citando como exemplo o jurista Pontes de Miranda. E prosseguiu citando doutrinas que apoiavam-se no sentido de admitir a criação de novos direitos reais por não haver vedação expressa na lei.

Assevera que sob égide da lição doutrinária, considerando que o estatuto civil não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais e que os atributos dos direitos reais se harmoniza ao novo instituto, pelo vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, lhe proporcionando as faculdades de uso, gozo e disposição da fração ideal do bem, ainda que seja um objeto compartilhado pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo, chega seguinte conclusão:

- a) a multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e
- b) o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição de que é cotitular para uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano

Complementa dizendo que, em que pese a ausência de tratamento normativo somado a intensa divergência doutrinária a respeito de sua natureza jurídica, a resolução do caso é necessária para resolver a questão da possibilidade da criação ou não de outros institutos do direito real que não seja por lei.

Registra que, levando em conta a tipicidade e o sistema *numerus clausus*, em circunstâncias como as apresentadas aos autos, verifica-se a superação da legislação em vigor pelos fatos sociais, de modo que não pode se inibir o julgador de, interpretando as recentes mutações das relações jurídicas, prestar a tutela jurisdicional na qual a parte interessada faz jus.

Pelos argumentos expostos, o Min. João Otávio de Noronha dá provimento ao recurso especial a fim de reformar o acórdão do Tribunal *a quo*, determinando a insubsistência da penhora sobre a totalidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade.

Com o voto do Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva negando provimento ao recurso e do Ministro João Otávio de Noronha lhe conferindo provimento, restou o voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que acabou por acompanhar a divergência e dar provimento ao recurso, sob o fundamento que o referido voto representa um avanço no sistema brasileiro, além do contrato de time-sharing já haver sido alvo de proteção pelos Ministros Aurélio Bellizze e Moura Riveiro

em outras oportunidades. Ressaltou, ainda, que o novo instituto é extremamente útil socialmente e que necessita da proteção para que se confira segurança aos adquirentes dessas frações de propriedade.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME-SHARING). NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO REAL. UNIDADES FIXAS DE TEMPO. USO EXCLUSIVO E PERPÉTUO DURANTE CERTO PERÍODO ANUAL. PARTE IDEAL DOMULTIPROPRIETÁRIO.PENHORA. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.1. O sistema time-sharing ou multipropriedade imobiliária, conforme ensina Gustavo Tepedino, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer no qual se divide o aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento) entre os cotitulares em unidades fixas de tempo, assegurando-se a cada um o uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano.2. Extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de *numerus clausus*.3. No contexto do Código Civil de 2002, não há óbice a se dotar o instituto da multipropriedade imobiliária de caráter real, especialmente sob a ótica da taxatividade e imutabilidade dos direitos reais inscritos no art. 1.225.4. O vigente diploma, seguindo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais. Além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietáriosde espaço e turnos fixos de tempo. 5. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art.1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição.6. É insubsistente a penhora sobre a integralidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade na hipótese em que a parte embargante é titular de fração ideal por conta de cessão de direitos em que figurou como cessionária.7. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1546165/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 06/09/2016)

Destarte, por dois votos a um, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu procedente os embargos de terceiro e declarou a multipropriedade imobiliária (time-sharing) como direito real, afastando, portanto, a penhora sobre a totalidade do imóvel.

CONCLUSÃO

É notório que a propriedade e os direitos reais, que se exterioriza mediante o domínio do homem pela coisa, guardam relevante importância na sociedade mundial, afinal, toda nação se ascende em torno do desenvolvimento do conceito de propriedade.

Com efeito, os conflitos humanos de maiores vultos ocorreram em virtude da busca incontrolável pelo domínio da propriedade.

Os enfrentamentos pela supremacia da propriedade ocorrem desde o surgimento do primeiro homem de nossa espécie (*homo sapiens*), por volta de 300 mil anos atrás, onde já se registravam disputas pelo domínio territorial. A partir deste marco o mundo sempre foi palco de grandes litígios pela mesma razão.

Podemos citar a ascensão do Império Egípcio (2686 – 2181 a.C), a escalada do império Romano (27 – 476 d.C), o surgimento do feudalismo na Idade Média (500 – 1500), a eclosão das duas Grandes Guerras (1914 – 1918 e 1939 – 1945), e por fim, a simbólica Guerra Fria, onde as duas super potências à época, Estados Unidos e União Soviética, buscavam a hegemonia mundial, por meio da produção em massa de materiais bélicos.

Assim, verifica-se que os direitos reais, com maior brilhantismo a propriedade, sempre ocuparam importante espaço na vida social dos humanos, portanto, se justifica maior atenção à sua tutela.

A evolução da sociedade está em constante e dinâmico aprimoramento, razão pela qual se verifica a ocorrência de quatro revoluções industriais em pouco mais de duzentos anos.

Com o direito não se faz distinção, quando a sociedade evolui é obrigação do direito acompanhá-la. Neste aspecto, o refinamento das instituições decorrentes dos direitos reais, notadamente a propriedade, advém das necessidades sociais contemporâneas e por vezes pelo aperfeiçoamento da doutrina.

Em contrapartida, enquanto as instituições do direito evoluem cada vez mais rápido, o poder legislativo, decorrente do direito positivo, se mostra inerte, ignorando a evolução, não conseguindo acompanhar o avanço cultural, econômico, e sociológico. Talvez esse fato justifique cada vez mais o ativismo judicial na esfera legiferante.

Ademais, nota-se o direito real e o direito pessoal, dois grandes amos do direito patrimonial, em constante processo de aproximação, sem guardar uma distinção tão rígida como já avistada antes.

Está cada vez mais comum, por exemplo, direitos obrigacionais oponíveis a terceiros (instituto da tutela externa do crédito) e direitos reais surgidos de fontes atípicas (contrato de time-sharing), razão pela qual tem-se a necessidade de associação dos dois ramos.

Contudo, a proposta não implica na exclusão dos direitos reais, mas tão somente a sua inclusão no ramo patrimonial, de forma a estabelecer os direitos reais como advindas de relações pessoais e intermediada por coisas. Assim, apesar de pertencer ao direito pessoal, teria suas características resguardadas, como a aderência, sequência, preferência e a oponibilidade *erga omnes*.

Por outro lado, se faz compreensível a insistência na adoção do sistema *numerus clausus* para os direitos reais, afinal, há uma preocupação em relação a oponibilidade coletiva de seus efeitos, característica intrínseca do instituto. Assim, não seria lícito a vinculação de terceiros estranhos a relação derivada da vontade do particular ao objeto do contrato livremente acordado por estes. Ademais, há grande possibilidade de criação de negócios jurídicos prejudiciais à ordem pública.

Não obstante o receio com a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais, que passaria a integrar os direitos pessoais e, por consequência, sujeitando-se a incidência da autonomia privada dos particulares na sua criação e formatação, referida controvérsia poderia ser controlada por meio de limitação a possibilidade de criação desordenada de inéditas figuras reais e estipulação de conteúdos com ônus prejudiciais.

No primeiro aspecto, poderia se limitar a criação de novos direitos reais somente nas modalidades em que houver o domínio imediato da pessoa sobre a coisa. No segundo aspecto, somente seria oponível a terceiros os direitos que, em seu conteúdo amoldado pelas partes não contrariar princípios como a boa-fé, a ordem e a prevalência do interesse coletivo. Além de, se necessário, a exigência de registro de tais contratos.

Outra possível solução para o conflito, preservando, neste caso, o princípio *numerus clausus*, seria a adoção de tipos reais abertos, onde as modalidades se manteriam a cargo do poder legislativo, mas seu conteúdo aberto a faculdade dos particulares em adequá-los perante sua necessidade.

Afinal, como já dito, a Espanha, país em que se adota o sistema *numerus apertus* para os direitos reais, não se verificou grande incidência na criação de novas figuras, mas sim a preferência pela adequação das já existentes.

A comunicação dos direitos reais com a autonomia privada é o esforço necessário para se acompanhar o desenvolvimento social e consequentemente o avanço econômico do país.

Não se faz razoável, para tanto, o óbice à criação de novas figuras de direitos reais por particulares, pelo receio do surgimento de novas figuras nocivas à ordem pública, especialmente quando se há mecanismos o seu controle.

Concluí-se, portanto, que insistir na adoção do sistema *numerus clausus* em um ramo do direito dinâmico como os Direitos Reais resulta na estagnação do desenvolvimento nacional, nutrido por consequências negativas à nação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Proteção da boa-fé subjetiva**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, 2012.

AGRIÃO, Renan; FRANCESCHET, Júlio César; DIAS, Wagner Inácio. **Direito Civil: direito das coisas**. 3. ed. Jus Podvm: Mato Grosso, 2020.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Tipicidade dos Direitos Reais**. Lisboa: Dedalus, 1968.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria Geral das Obrigações**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRENHO, Fernanda Augusta Hernandez; Gregui, Pedro Antônio Martins. **Análise do Gênero Direitos Reais Diante do Direito das Coisas e dos Direitos Pessoais**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7763>. Acesso em 07 out. 2019.

CORRÊA, Cláudia Franco; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **Uma Análise Crítica ao Princípio Numerus Clausus dos Direitos Reais sob a Perspectiva da Função Social da Posse**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec62f93b5e03666f>. Acesso em: 12/09/2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das obrigações. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERNANDES, Francisco Liberal. **Direitos Reais em Timor-Leste**: uma introdução. 1. ed. Porto: CIJE, 2015.

FILHO, José Arthur. **Lei nº 13.777/18 - O Regime Jurídico da Multipropriedade**: Importância para o mercado financeiro. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2019/05/6-JOSE-ARTHUR.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das obrigações. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

GOMES, Orlando. **Contratos**. 23. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012.

JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. **A doutrina do terceiro cúmplice**: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

LISBOA, Daniel. **Para a reconstrução da teoria dos direitos reais**: o numerus clausus, a tipicidade e a autonomia privada. Monografia - (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Judith Costa. **A Boa-fé no Direito Privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTES, Angel Cristóbal. **Direito Imobiliário Registral**. Porto Alegre: SAFE, 2005

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito das coisas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito pela Perspectiva da Autonomia Privada**. 2. Ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. **Autonomia Privada**. Revista CEJ. 09 dez 1999. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs/index.php/revcej/article/viewArticle/235/397>. Acesso em: 19 dez. 2017.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Washigton de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil**: direito das coisas. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARGENDLER, Mariana Souza. **A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada**: O abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa. Disponível em http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm. Acesso em 27 jul. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel Vicente. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito das coisas. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito das coisas. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Cristiano Chaves de Farias Nelson. **Curso de Direito Civil**: reais. 14. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2018.

SANTOS, J. M. Carvalho dos. **Código Civil brasileiro interpretado**. 13. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1978.

SOBRAL, Cristiano. **A função Social do contrato**. Disponível em: www.professorcristianosobral.com.br/.../função_social_do_contrato. Acesso em: 04 de abril de 2012.

SILVA, Clóvis Verrísimo do Couto **A Obrigação como Processo**. 1. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; NOGUEIRA, Mônica de Sá Pinto. **Multipropriedade Imobiliária**: conceito ainda em elaboração no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Notas sobre o papel da autonomia privada no exercício de situações jurídicas de natureza real**. Revista Brasileira de Direito Civil, 2015.

STANLEY, Adriano. **Direito Civil**: direitos das coisas. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.546.165/SP. Terceira Turma. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 06/09/2016.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: reais. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnold. **Direito Civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010