

REVISTA DE DIREITO PRIVADO

14
ABRIL-JUNHO
2003

COORDENAÇÃO:

NELSON NERY JUNIOR

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY

Ensino jurídico. Interdisciplinariedade. Espírito da nova Lei Civil – *Vacatio legis*. Isenção da lei. Comistão e comissão. Erro no Código – Função social do contrato. Código Civil de 2002 – Novo Código Civil. Princípios informadores e constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro – Direito e informação na Argentina – Responsabilidade por dano ambiental na Itália – Sociedades comerciais. *Affectio societatis e ligabilidade*. Elementos de caracterização – Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva – Contratos. Relativismo da autonomia da vontade e intervenção estatal – Direitos da personalidade no sistema legal brasileiro. Integridade psíquica e sua disciplina – Jurisdição internacional. Competência exclusiva e concorrente. Limites e expansão – Relações de consumo. Ônus da impugnação específica e presunção de veracidade dos fatos não contestados. Inexistência – Comércio internacional. Venda e compra – Direitos reais e pessoais. Limitação da autonomia privada – Código de Defesa do Consumidor. Institutos da prescrição e decadência – Sistema multilateral de comércio e cláusula social. Posição dos países latino-americanos.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NOS DIREITOS REAIS E PESSOAIS

LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direitos pessoais – 3. Autonomia privada e liberalismo – 4. Autonomia privada e ordem pública – 5. Direitos reais – 6. Direitos reais x direitos pessoais – 7. Conclusão – Bibliografia.

Palavras chaves: Autonomia da vontade – Autonomia privada – Direitos pessoais e direitos reais.

1. Introdução

Direito é um conjunto de normas ou regras de conduta,¹ normas e princípios que emanam das práticas e costumes da sociedade local. O direito pátrio revela o nível de desenvolvimento tendo como lei máxima a Constituição.²

Na formulação da noção dogmática de direito subjetivo surge a idéia de um campo de ação livre atribuído ou reconhecido ao indivíduo pela ordem jurídica, no qual os demais não podem intervir. Tal indivíduo é necessariamente qualificado como sujeito de direito,³ pessoa no sentido jurídico.

O conceito acima consubstancializou-se no século XIX, como sendo resultado de uma lenta evolução que passa pela atribuição a todos os seres da qualidade de sujeitos de direito, entendidos como livres e iguais, independentemente de vínculos feudais ou privilégios estamentais.

Tais idéias aparecem em sua plenitude na ordem jurídica que se instaurou com a Revolução Francesa.⁴ Na Declaração de Direitos de 1789 afirma-se que “os

⁽¹⁾ BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica* (trad). Bauru: Edipro, 2001, p. 17.

⁽²⁾ HORVATH JÚNIOR, Miguel. “Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional privado”. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional – Cadernos 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 15.

⁽³⁾ “A teoria tradicional identifica sujeito de direito com pessoa” (LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: RT, 2002. vol. 1, p. 92).

⁽⁴⁾ “Toda a concepção individualista do direito nasceu no século XVIII com a Revolução Francesa, cujo cerne compreendia a defesa dos direitos do homem por meio do es-

Nos direitos pessoais há dualidade de sujeito ativo (credor) e passivo (devedor). Esses direitos atribuem ao seu titular a ação pessoal que se dirige apenas contra o indivíduo que figura na relação jurídica como sendo sujeito passivo. Quanto ao objeto, este é sempre uma prestação do devedor. Em relação ao limite, o direito pessoal é ilimitado, sensível à autonomia da vontade, permitindo a criação de novas figuras contratuais que não têm correspondência na legislação; daí a categoria dos contratos nominados e inominados.¹⁴

Portanto, verifica-se que a autonomia da vontade¹⁵ exerce seu poder nos direitos pessoais, delimitados pela legislação que rege os contratos, bem como pela boa-fé e pela função social dos contratos,¹⁶ conforme prevê o Novo Código Civil.¹⁷

A palavra contrato provém do latim *contractus*, tendo surgido no primeiro século da era cristã, com o significado de convenção, pacto, transação. Muito acirrada é a controvérsia acerca da derivação daquilo que se conhece modernamente por contrato das categorias existentes no direito romano, discutindo-se amiúde se o contrato teria se originado do *contractus* ou do *nudo pactos (conventio)* e se o consentimento e a vontade foram ou não elementos presentes nas elaborações romanas.

⁽¹⁴⁾ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 12-15.

⁽¹⁵⁾ A autonomia da vontade, para Emilio Betti, consiste no poder que os sujeitos privados possuem de ditar as regras de seus interesses particulares, em relações recíprocas (HORVATH JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 18).

⁽¹⁶⁾ A função social do contrato é o princípio pelo qual o contrato cria e assegura direitos e deveres como instrumento do interesse dos contratantes e do interesse social, atendendo as restrições trazidas pelo dirigismo contratual.

Este dirigismo é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, mediante a emissão e aplicação de norma de ordem pública, o atendimento aos bons costumes relativos à moralidade social, a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-se, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se na boa-fé e na supremacia do interesse coletivo.

⁽¹⁷⁾ O art. 421 do diploma mencionado assegura que: "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

"A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Defronta-se com o vetusto princípio *pacta sunt servanda*, exaltado, expressamente, pelos Códigos Civil francês (art. 1.134) e italiano (art. 1.372) para, atenuando a autonomia da vontade, promover a realização de uma justiça comutativa. A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os contratos de adesão. O negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes. Esta, todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valorização da dignidade humana (art. 1.º da CF/88), deve prescrever a ordem econômica e jurídica" (ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil comentado*. Ricardo Fiúza (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 372-373).

Parece oportuno introduzir, aqui, uma distinção, explicitada por Enzo Roppo,¹⁸ que decompõe o conceito de contrato, identificando nele “*uma sequência, numa articulação de termos, marcando certos limites entre o que chama de contrato-operação econômica, contrato-conceito jurídico e teoria das obrigações contratuais*”. Afirma o autor que no âmbito da linguagem comum, “a palavra contrato é usada para designar a operação econômica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o ‘negócio’, em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda formalização legal, de toda mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica”. Mas, além dessa realidade econômico-social, aparece o contrato-conceito jurídico, “como formalização jurídica daquela (da operação econômica), isto é, como conquista da idéia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito e como construção da categoria científica idônea para tal fim”. Essa categoria, o contrato, é, por sua vez, conformada pela teoria das obrigações contratuais.¹⁹

Assim, é possível concluir que, enquanto sempre existiram operações econômicas (atos materiais de transferência da riqueza), os contratos, no sentido em que estamos habituados a entendê-los,²⁰ como categoria lógica e instrumento da sua formalização jurídica, são, ao invés, matéria de aquisição mais recente.

Não houve, no seio do direito romano, a elaboração de uma concepção de contrato enquanto categoria geral, abstrata, formalizadora. Álvaro Villaça Azevedo²¹ assevera que os romanos “não aceitavam uma categoria geral dos contratos, dado que toda a sistemática contratual romana tinha como único fundamento a tipicidade”. Os romanos não chegaram a atingir um grau de abstração teórica que permitisse a concepção do contrato como categoria autônoma e instrumental, liberta de uma certa atmosfera de magia e, em consequência, não chegaram à elaboração de uma teoria geral dos contratos, embora conhecessem o contrato enquanto operação econômica. Não estavam presentes, naquele tempo, as condições necessárias à configuração do contrato como categoria genérica.

Do antagonismo inicial dessas posturas até a afirmação do conceito moderno de contrato, por muitas modificações passou o pensamento jurídico; a par delas, verificaram-se mutações de caráter político, social e econômico.

(18) ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 23.

(19) “A teoria das obrigações contratuais tem como função caracterizar o contrato, abrangendo nesse conceito todos os negócios jurídicos resultantes do acordo de vontades, de modo a uniformizar sua feição e excluir qualquer controvérsia, seja qual for o tipo de contrato, desde que se tenha acordo bilateral ou plurilateral” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 3, p. 22).

(20) “Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, como escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 3, p. 31.).

(21) AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. Belém: Cejup, 1988.

3. Autonomia privada e liberalismo

A idéia de contrato enquanto categoria genérica, expressão da liberdade individual e seu instrumento, remete-nos aos séculos XVIII e XIX, especificamente à teoria jurídica que se corporificou no Código Civil Francês de 1804. Os homens não só criavam o Estado, para proteger seus direitos naturais – em cuja esfera não era dado ao Estado intervir – mas também suas relações interindividuais. Consagrou-se, aí, em toda a sua plenitude, o dogma da autonomia da vontade. Qualquer contrato, aceito pela vontade individual – que adquiriu status de soberana – seria dotado de ação a garanti-lo, tendo força de lei entre as partes contratantes.

Não deixa de ser significativo que as disposições relativas aos contratos se encontrem, no *Code*, no livro que trata dos *Modos pelos quais se adquire a propriedade*.²² Torna-se evidente que o contrato pressupõe a propriedade, assumindo, em relação a ela e num certo sentido, uma posição subordinada. A instituição jurídica do contrato, salienta Messineo:²³ “Es un reflejo de la institución de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita una riqueza (esto es, una propiedad) privada”.

O contrato aparece, inequivocamente, como um dos instrumentos de circulação da riqueza e aponta para a reação liberal à concepção da propriedade feudal e semifeudal, com os vínculos pessoais que implicava e suas conseqüências políticas e econômicas. Aí, a propriedade era uma espécie de condição para a liberdade. Dessa forma, com a Declaração de Direitos de 1789 e o Código de Napoleão, todos os homens são considerados livres; não porque aquela dependência desapareça, mas porque, já agora, todos são proprietários, quando menos de sua força de trabalho.

Significativamente, afirma Adam Smith²⁴ que: “A propriedade que cada homem tem de seu próprio trabalho é a fonte original de toda outra propriedade, e por isso a mais sagrada e inviolável. A propriedade de um homem pobre consiste na força e na destreza de suas mãos, e impedi-lo de aplicar sua força e destreza da maneira que ele acha mais apropriado, sem lesão a seu vizinho, é uma pura violação desta mais sagrada propriedade”.

O proprietário precisa ser livre para fazer circular sua riqueza, como bem lhe aprouver. O contrato aparece como instrumento dessa circulação e, portanto, manifestação da liberdade individual. Essas noções vão possibilitar a expansão do capitalismo. Na codificação francesa de 1804 o nexó central é o que liga a

⁽²²⁾ Os contratos estão dispostos na codificação francesa como sendo “modos de fazer circular a propriedade”.

⁽²³⁾ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 41.

⁽²⁴⁾ Adam Smith. In: GATTI, Emundo. *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 20.

propriedade ao contrato: a libertação da propriedade dos encargos feudais teria tido bem pouco significado se não tivesse sido acompanhada pela possibilidade de fazer circular os bens objeto do direito de propriedade, que era justamente garantida pela afirmação da plena liberdade de contratar.

O homem rege seus próprios interesses e vincula-se com autonomia, segundo seu livre querer, eis que sujeito de direito, qualidade que não depende de sua posição específica no grupo social, mas do fato mesmo de ser homem, livre e igual a todos os homens, igualmente qualificados de sujeitos de direito.

As funções do contrato se ampliam imensamente na passagem de um sistema econômico pouco evoluído a outro caracterizado pela dinâmica das operações econômicas, havendo estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado. Era, afinal, o tempo do *laissez faire*, “deixa-fazer”. O mercado é comum a todos. A idéia de que as relações se equilibram na *praxis* do mercado faz do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica, apoiando-se na liberdade, mas pressupondo, como condição operacional, também a idéia de igualdade. Essa igualdade não tinha que ser, nem podia ser, mais do que formal, do livre jogo das forças individuais resultaria o seu preenchimento substancial e nesse processo não podia, nem devia, o Estado intrometer-se, sem correr o risco de falsear todo o sistema.

Era a garantia de que o sujeito poderia regular suas relações com outro de acordo com seus próprios interesses da melhor forma possível, porque ambos eram livres, eram igualmente livres.

A igualdade e a liberdade transformam os homens, assim, nos melhores juizes de seus próprios interesses. Com os mesmos direitos, com as mesmas prerrogativas conferidas pela lei e com as mesmas condições de agir livremente no mercado, obrigando-se segundo o seu querer e as suas preferências, os indivíduos faziam justiça nas suas relações recíprocas: *qui dit contractual, dit juste*.

A teoria da autonomia privada baseou-se na idéia de que a regulamentação ideal de determinada relação é aquela fixada pela livre determinação das próprias partes envolvidas, por meio do contrato, que garante, formalmente, a vontade jurígena.

Indivíduos livres e independentes, senhores absolutos de suas atividades e de seus bens, unidos entre si por relações contratuais: eis a sociedade liberal, cujos eixos fundamentais são a propriedade e contrato.

A liberdade aparece, nesta época, como liberdade econômica. Há uma modificação fundamental em relação à idéia antiga de liberdade, ligada à esfera pública pensada como esfera política. Como salienta Hannah Arendt,²⁵ a esfera pública do *homo faber* não é mais um espaço político, mas o mercado de trocas, no qual as

(25) ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 31.

pessoas se encontram não como pessoas, mas como donos de mercadorias e valores de troca. A troca de mercadorias acaba sendo, aí, a principal atividade política.

“Verifica-se na teoria de Rousseau que o homem é um ser social que inicialmente era detentor de toda sua esfera de liberdade, podendo atuar livremente. A partir do momento em que os homens resolvem aderir ao contrato social, nota-se o sacrifício da vontade individual em troca da massa das vantagens do convívio social. Para Rousseau, o único caminho viável para obtenção do fim social permanente é a união da vontade geral com a vontade individual.

Neste contexto, surge a Lei como produto da vontade geral, estando acima da vontade individualizada do homem. Sobre esta submissão do homem à lei Kant leciona: ‘A consciência da necessidade de uma livre submissão da vontade à lei é consenso racional, consenso que perpetua uma violência inevitável que é preciso exercer sobre todas as inclinações, violência essa que deve ser exercida unicamente mediante o ditame da própria razão, constitui o respeito à lei’²⁶.

4. Autonomia privada e ordem pública

O próprio interesse público vai coincidir com a garantia de realização dos interesses privados, eis que tudo aquilo que fosse decidido pelas partes era, por linha de princípio, o modo ideal de conformarem-se os interesses em jogo. Em consequência, do conjunto dessas livres convenções em que cada um não persegue senão o seu interesse próprio, deste choque de egoísmos individuais, surge, infalivelmente, em virtude de leis naturais, não apenas o máximo de riquezas, mas a ordem, a felicidade a harmonia social.

É a idéia do Estado liberal puro, cuja meta é permitir que a liberdade de cada um possa expressar-se com base numa lei universal racional. Assim, a verdadeira finalidade do Estado deve ser apenas dar aos cidadãos tanta liberdade que lhes permita buscar, cada um deles a seu modo, a sua própria felicidade.

Isso não significa, contudo, que não houvesse uma concepção de interesse público. Pelo contrário: da afirmativa de que o interesse público se realizaria automaticamente com a realização dos interesses individuais resulta uma idéia bem delimitada de interesse público, pura e simplesmente entendido como a somatória dos interesses individuais, em cuja realização se efetiva e se esgota.

O interesse público materializar-se-ia justamente na garantia das condições de exercício dos interesses privados. Emergia, pois, o contrato, como instrumento privilegiado de realização dos interesses privados e, em consequência, do interesse público.

A tarefa do Estado, portanto, era fixar e garantir as regras básicas do jogo econômico que se desenrolaria no mercado, mágico regulador de todas as relações.

⁽²⁶⁾ HORVATH JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 17

Ultrapassado o período de culto quase místico às grandes codificações, essas concepções foram arduamente combatidas por críticos das mais diversas áreas do direito. Por um lado, percebe-se que uma visão liberal dessa natureza estava longe de refletir a realidade contratual. A liberdade e a igualdade formais não garantem, sempre, que a vinculação contratual se dê apenas em função do livre, espontâneo e consciente querer do sujeito. Cresce a visibilidade de que o contrato pode acabar por instrumentalizar a prevalência da parte mais bem aparelhada social, econômica e culturalmente.

Começam a aparecer, na teoria jurídica, expressões como *liberdade escravizante*, referindo-se, primeiro, às relações de trabalho para depois se estenderem a outros campos da atuação privada.²⁷ Duvida-se da fórmula “contratual = justo”.

Ademais, aparece também a noção de que o interesse público não se esgota no estabelecimento das condições de possibilidade de realização dos diversos interesses individuais. Ou seja, que nem sempre o interesse público coincide com a mera somatória dos interesses privados realizados, podendo, inclusive, contrapor-se a eles.

Do Estado se exige que interfira nas próprias relações contratuais, quer para procurar estabelecer um equilíbrio entre os contratantes, quer para garantir a efetivação do interesse público, que ganha conteúdo autônomo. No plano jurídico, o intervencionismo vai efetivar-se, além do mais, por meio do dirigismo contratual, que materializa, de certa forma, uma nova concepção do alcance da autonomia privada e, portanto, da liberdade negocial.

Entre os teóricos do dirigismo, Josserand²⁸ vai elencar, entre as causas do intervencionismo estatal, a primazia do social sobre o individual, a acumulação e concentração de capitais, a desigualdade entre os contratantes, a necessidade de proteger os indivíduos da tirania das sociedades.

Independentemente das considerações de lege ferenda que pudessem ser feitas, o certo é que as limitações à liberdade de contratar passaram a ser, dia a dia, mais vigorosas, em função da própria mudança na concepção do papel do Estado perante os problemas econômicos.

O Estado passa, de fato, de espectador silencioso, a ator principal no mundo econômico, mesmo nos países de tradição liberal mais arraigada, variando sua atuação conforme a ordem econômica e jurídica de que se trate.

Assim, conferiu-se, genericamente, ao Estado, a função de zelar pela realização de valores considerados prioritários para a ordem pública.

⁽²⁷⁾ Note-se que a liberdade de contratar fez com que os mais fortes “escravizassem” os mais fracos.

⁽²⁸⁾ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Buenos Aires: Bosch, 1950. p. 25.

Note-se que o alcance da expressão ordem pública vai variar, infinitamente, de acordo com as valorações da comunidade concreta de que se trate, na sua organização jurídica, econômica e social. Ou seja, a intervenção legislativa e jurisprudencial no domínio da autonomia privada se justifica de variadas maneiras, conforme o relevo e significado que se dê aos objetivos da ordem pública.

5. Direitos reais

Pode-se dizer que direito real é a relação jurídica em razão da qual o titular pode retirar do bem as utilidades que ele é capaz de produzir.²⁹

A ordem pública limita os direitos reais. O direito real³⁰ não pode ser objeto de livre convenção, está limitado e regulado expressamente por norma jurídica, constituindo essa especificação da lei um *numerus clausus*.

Eis porque é comum falar-se que no direito real há “imposição de tipos”, com o que se quer dizer que as partes não podem, por si mesmas, mediante estipulação, criar direitos reais com conteúdo arbitrário, mas que estão vinculados aos tipos jurídicos que a norma jurídica colocou à sua disposição.³¹

Para Bonnecase, o direito real traduz apropriação de riquezas, tendo por objeto um bem material, sendo oponível *erga omnes*. Direito real pode ser considerado como uma relação entre o homem e a coisa, que se estabelece diretamente e sem intermediário, contendo, portanto três elementos: o sujeito ativo, a coisa e a inflexão imediata do sujeito ativo sobre a coisa.³²

É mister notar que a autonomia da vontade nos direitos reais tem um campo de incidência muito pequeno em virtude de principalmente dois aspectos:

(i) por ser o direito real *erga omnes*³³ e

(ii) por gerar os direitos reais uma obrigação passiva universal, consistente no dever geral de abstenção da prática de qualquer ato que os atinja.

⁽²⁹⁾ Carlos Alberto Dabus Maluf. *Novo Código Civil anotado*, p. 1.094. “São direitos reais, pelo novo Código Civil, a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese” (art. 1.225).

⁽³⁰⁾ O direito real tratado neste capítulo está de acordo com a teoria acolhida em nosso ordenamento jurídico, portanto em conformidade com a teoria clássica ou realista.

⁽³¹⁾ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 4, p. 14.

⁽³²⁾ *Idem*, *ibidem*, p. 12.

⁽³³⁾ A grande maioria dos autores adota esta posição. Vide: DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, vol. 4, p. 13.

6. Direitos reais x direitos pessoais³⁴

Para ficar mais destacado a autonomia de vontade entre os dois direitos, assinalamos as seguintes diferenças gerais³⁵ entre direitos reais e pessoais:³⁶

i) Essência

Pela essência os direitos pessoais são uma faculdade, enquanto o direito real, um poder jurídico.

ii) Objeto imediato

O objeto imediato do direito pessoal é a pessoa do devedor, por meio de determinada conduta que deverá observar em benefício do credor, consiste sempre na obrigação positiva – de fazer, e a negativa – de não fazer. No caso dos direitos reais, o objeto imediato são as coisas.

iii) Número de elementos

O direito pessoal se integraria com três elementos (sujeito ativo, sujeito passivo e objeto), já o direito real somente teria dois (sujeito titular do direito e objeto).

iv) Relação mediata ou imediata

No direito pessoal existe uma relação indireta ou mediata entre o titular do direito e o benefício ou utilidade que esse direito implica a ele. Já no direito real, o benefício ou utilidade é obtido por seu titular diretamente da coisa, sem intermediação de ninguém.

v) Regime legal

O regime legal dos direitos pessoais domina o princípio da autonomia da vontade. Já os direitos reais estão dominados pelo princípio da ordem pública e somente se deixa uma pequena margem para a autonomia da vontade.

⁽³⁴⁾ Serão analisadas as diferenças gerais entre os direitos reais e pessoais, conforme a teoria clássica ou tradicional. Essa teoria é a adotada pelo nosso direito positivo.

⁽³⁵⁾ Diferenças gerais dadas pelo Prof. Edmundo Gatti, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, [s.d.], p. 64-74.

⁽³⁶⁾ “Teixeira de Freitas sustentava que somente existem duas classes de direito: ou o direito é das pessoas, obrigacionais inclusive, ou das coisas. O Prof. Miguel Reale, no entanto, entende que a divisão tricotômica obedece a critério mais rigoroso, não sendo possível reduzir os direitos pessoais – como por exemplo, os direitos ao próprio nome e imagem e todos os que versam sobre relações pessoais de família, – à categoria das relações obrigacionais.

Além disso, enquanto os direitos pessoais são absolutos, no sentido de serem oponíveis *erga omnes* – no que se assemelham aos direitos reais, – os direitos obrigacionais são relativos, oponíveis apenas aos que participam da relação” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 218).

vi) Número

A vontade dos particulares está livre para dar nascimento às mais variadas relações jurídicas pessoais, sendo que são ilimitados os números dos direitos pessoais. Algo muito distinto ocorre nos direitos reais, pois os particulares não podem dar nascimento a mais direitos que aqueles estabelecidos pelo ordenamento jurídico positivo, os chamados *numerus clausus*.

Observa-se nessa distinção que a vontade dos particulares é muito mais restrita nos direitos reais que nos direitos pessoais, portanto a autonomia da vontade será o poder que delimitará o “nascimento” das relações jurídicas nos direitos pessoais, ao invés de ser a norma como nos direitos reais.³⁷

vii) Nascimento

Os direitos pessoais nascem sempre de alguma das causas ou fontes que determina a lei e que consistem em atos jurídicos. Nos direitos reais, ocorre da mesma forma, mas nem sempre, pois em alguns casos basta a produção do ato jurídico para que nasça o direito real; em outros casos, é necessário que sobrevenha (ou proceda) outro ato para que se proceda a aquisição do direito.

viii) Oponibilidade

Por sua oponibilidade o direito pessoal é relativo, já o real é absoluto.

ix) Publicidade

Haja vista a relatividade dos direitos pessoais, a publicidade não é necessária, já no caso dos direitos reais, a publicidade é necessária, tendo em vista ser absoluta.

Verifica-se que entre todas as diferenças apresentadas esse trabalho se limita a analisar uma: o regime jurídico,³⁸ ou o limite dos dois tipos de direito.³⁹ Observa-se, entretanto, que as demais análises foram feitas porque elas demonstram por que a autonomia da vontade é a “lei dos direitos pessoais”.

A Profa. Maria Helena Diniz,⁴⁰ em relação ao limite dos direitos pessoais, preleciona que:

“O direito pessoal é ilimitado, sensível à autonomia da vontade, permitindo criação de novas figuras contratuais que não corresponde à legislação. É o caso dos contratos inominados”, como já foi dito acima.

⁽³⁷⁾ Verifica-se que o poder da autonomia da vontade é tão grande nos direitos pessoais, que ela poderia ser considerada “a lei dos direitos pessoais”.

⁽³⁸⁾ “O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua regime jurídico como sendo o conjunto de princípios, normas e categorias, que regem o funcionamento de determinado instituto jurídico” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. In: DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1999. t. 4, p. 94-95). Portanto o regime jurídico dos direitos pessoais são regidos pela autonomia da vontade.

⁽³⁹⁾ Conforme observa Maria Helena Diniz, *Curso de direito...*, cit., vol. 4, p. 12).

⁽⁴⁰⁾ Idem, *ibidem*, p.12.

O direito real não pode ser objeto de livre convenção, está limitado e regulado por norma taxativa, portanto a autonomia da vontade fica restrita a um único sujeito e a sua relação com sua coisa, que deverá estar devidamente em regularidade com as normas e, ainda, deverá estar de acordo com a ordem pública.

Vigora, assim, para os direitos reais, o princípio do *numerus clausus*, que veda aos indivíduos a utilização de formas ou figuras atípicas.⁴¹

7. Conclusão

As profundas transformações da sociedade, de ordem política, social e econômica, refletem-se nos direitos pessoais, transformando-os também, profundamente, o que não parece poder ser revertido simplesmente pelas tendências neoliberais.

Como conseqüência das transformações ocorridas nos direitos pessoais, várias figuras contratuais têm, hoje, configurações bem diferentes daquelas previstas no século XIX. Ocorre também que a própria dinâmica das operações econômicas, muito mais complexa e desenvolvida na sociedade atual, leva ao surgimento de figuras contratuais, por exemplo, inteiramente diversas, não facilmente redutíveis ao conceito de contrato como ele foi, até aqui, formulado – são os contratos inominados, como foi analisado acima.

Hoje, para além da velha polêmica entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, constata-se que, no que toca a constituição e a disciplina dos direitos pessoais, não só a vontade das partes desempenha um papel que não é decisivo, como, por vezes, permanece na sombra o próprio elemento de uma declaração contratual.

De fato, a declaração muitas vezes é substituída por comportamentos sociais típicos, como, por exemplo, aquele de aquisição de mercadorias numa máquina automática, traduzindo um fenômeno de objetivação, despersonalização e automatismo do contrato.

Ademais, aparece a contratação estandardizada, a contratação de massa, a contratação sob cláusulas gerais, como paradigmas de uma nova ordem cujos contornos, limites e significados emergentes estão ainda por ser definidos.

Essas situações diferenciadas não podem ser abrangidas, sem falseamentos, pela noção genérica de contrato, embora isso continue a ser feito, na doutrina. O contrato, instrumento de criação, modificação ou extinção de relações jurídicas subjetivas, vai perdendo sua generalidade operacional, que repousa, ainda, no princípio da autonomia privada. Verifica-se que, em algumas análises de contratos que partam daquela autonomia resulta paradoxal, a autonomia privada é, em grande número de casos, apenas uma sombra na modernidade globalizada vivida nos dias atuais. E nos direitos reais?

⁽⁴¹⁾ CHATEAUBRAIAND FILHO, Hindemburgo. Op. cit., p. 41-47.

Vamos analisar os direitos reais, sobre o ponto de vista da propriedade.⁴² No direito romano clássico, a posse – ou *possessio* – era já o produto duma confluência histórica entre institutos diversificados, e, mais precisamente, do *usus* e da *possessio* do *ager publicus*.⁴³

O *usus* correspondia ao efectivo controle material duma coisa. Tornava-se necessário para a aquisição da propriedade (*macipium*) duma coisa, nos seguintes termos: a transmissão duma coisa não se operava, automaticamente, por contrato; na seqüência deste, o adquirente era investido no controle material da coisa (no *usus*); quando esse controle se prolongasse por dois anos, no caso dos imóveis, ou por um, nos restantes casos, consumava-se a aquisição, por *usucapio*. Durante esse período de dois ou de um ano, o adquirente detinha o controle da coisa, mas não era ainda o seu dono: tinha, pois, de ser assistido, em juízo, pelo alienante.⁴⁴

Já a *possessio* do *ager publicus* corresponde a uma ordem muito diversa de considerações. Etimologicamente, *possessio* advém de *pots* (poder) e de *sedeo*, *sedere*, estar sentado. Significava, pois, estar sentado como dono ou senhor. Por seu turno – e em termos genéricos e simplificados – o *ager publicus* correspondia nos terrenos que, por conquista, Roma foi tomando, fora da cidade.⁴⁵

Juridicamente, a propriedade só era possível dentro do perímetro de Roma. As conquistas exteriores ficavam como que numa situação de propriedade pública. Porém, o seu aproveitamento era individual: o *ager publicus* era concedido, em parcelas, a cidadãos interessados, para que se procedesse ao seu aproveitamento. Assim, surgiram posições, de início precárias, mas que, com o tempo, vieram a consolidar-se e a granjear esquemas jurídicos de proteção. Tais esquemas foram sendo concedidos pelo pretor, na base da sua *auctoritas*, por meio dos *interdicta*. Um *interdictum* era uma injunção, que hoje diríamos de tipo administrativo, e que impunha ou proibia uma determinada atuação. Com o tempo, constituiu-se um conjunto concatenado de *interdicta* possessórias, que asseguravam uma tutela geral.⁴⁶

Portanto, em síntese, pode-se dizer que a propriedade surgiu, no direito romano, como produto da confluência de dois institutos: do *usus*, necessário para a aquisição da propriedade, por usucapião e da *possessio* do *ager publicus*, forma de aproveitamento das terras conquistadas por Roma. A *possessio* do *ager publi-*

⁽⁴²⁾ “A propriedade, na definição de Limongi França, é o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem” (FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 436).

⁽⁴³⁾ CORDEIRO, Antonio Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas atuais*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 7-8.

⁽⁴⁴⁾ Idem, *ibidem*, p. 9.

⁽⁴⁵⁾ Idem, p. 10.

⁽⁴⁶⁾ Idem, p. 11.

cus era tutelada por meio de medidas expedidas e flexíveis, de tipo administrativo, assentes na autoridade do pretor: os interditos.⁴⁷

A evolução romana conduziu à generalização da propriedade e da *usuca-pio*. Paralelamente, admitiu-se que a proteção interdital pudesse, também, servir ao proprietário.⁴⁸

Essa mesma evolução levou a conceder alguma tutela a situações de controle material em nome alheio: assim os casos do rendeiro, do depositário ou do comodatário; tais situações foram ditas *possessio naturalis* e, mais tarde, detenção.⁴⁹

Na Idade Média, a propriedade sobre as terras teve papel preponderante, prevalecendo o brocardo *nufe terre sans seigneur*. Inicialmente, os feudos foram dados como usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive, militares. Com o tempo, a propriedade sobre tais feudos passou a ser perpétua e transmissível apenas pela linha masculina.⁵⁰⁻⁵¹

Na evolução subsequente, o direito germânico introduziu a tutela da aparência e o papel da posse no tocante à aquisição da propriedade.⁵²

Por seu turno, o pensamento canônico possibilitou o alargamento da tutela possessória fora do âmbito dos direitos reais, facultando, ainda, a eticização da boa-fé.⁵³

O feudalismo desapareceu no cenário mundial com o advento da Revolução Francesa.⁵⁴

Na codificação francesa, o Código de Napoleão retratou a matéria da propriedade como sendo um direito real do ponto de vista da concepção pandectística,⁵⁵ haja vista que a lei não regulava mais como dispor da propriedade e, sim, a liber-

(47) CORDEIRO, Antonio Menezes. *A posse ...*, cit., p. 12-15.

(48) *Idem*, p. 16.

(49) *Idem*, p. 17.

(50) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito...*, cit., vol. 4, p. 100.

(51) "Os direitos feudais eram um obstáculo à instauração do modo de produção capitalista que requer a liberdade individual e, portanto, a supressão do *servaggio*; a liberdade econômica, portanto, a supressão das *banalités* e dos monopólios senhoriais; a unidade de mercado, portanto, a extinção do direito de primogenitura, do retrato feudal, do retrato gentilício, do direito de feudo-franco" (LEFÈBVRE, Georges. *Riflessioni sulla storia*. Roma: S. Riuniti, 1976. p. 167).

(52) *Idem*, *ibidem*, nota 46, p. 18-20.

(53) *Idem*, p. 19-20.

(54) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito...*, cit., vol. 4, p. 100.

(55) "Note-se que a concepção pandectística provém da teoria do senhorio, a qual tem feição quantitativa e que por sua vez parte do conjunto de prerrogativas que assistem ao proprietário. Essa teoria possibilita com facilidade distinguir a propriedade dos direitos reais, permitindo lembrar que ela é o direito real mais extenso que o ordenamento

dade dos homens e a autonomia privada corporificados “no contrato” estabelecia como dispor da propriedade.⁵⁶

O legislador francês seguramente excedeu-se. Reduziu, de forma drástica, a categoria dos direitos reais, enumerando algumas poucas figuras e estabelecendo-lhes limites de conteúdo e duração, embora sem introduzir uma regra expressa de *numerus clausus*. As razões determinantes de tal economia de tipos são pouco claras.⁵⁷

A propriedade, no sistema codificado francês, é o modo de aferir o sucesso de cada homem por meio do resultado do livre jogo do tráfico jurídico, em que o legislador é um grande árbitro de regras neutras que influenciem o menos possível nos resultados. Mais do que isso, afirma Eduardo Takemi Kataoka:⁵⁸ “É um direito absoluto no sentido de que somente encontra limites em escassa medida e, ainda assim, para garantir a paz pública e a fruição dos demais proprietários”.

Na Itália, a promulgação do Código de 1942 contribuiu, de modo especial, para a preservação da regra dos direitos reais, ou seja, a regra advinda do princípio da legalidade. As exigências do legislador fascista eram contrárias a qualquer forma de exacerbação das liberdades individuais. Tudo se colocava em razão do interesse social. A propriedade passava a ter uma nova função. Com isso, tendia-se a limitar a autonomia privada e a proteger apenas as manifestações dignas de proveito para toda a coletividade. As limitações foram impostas até no campo das obrigações em que a validade de um contrato atípico veio condicionada à existência de um correspondente interesse merecedor de tutela jurídica, isto é, relevante para o desenvolvimento econômico do Estado.⁵⁹

Observa-se que a autonomia da vontade será restrita à ligação da pessoa com a coisa, e essa ligação deverá estar em conformidade com a legislação, com os princípios que norteiam os direitos reais e a ordem pública.

A propriedade, pela sua complexa estrutura, pode ser entendida nos dias atuais como sendo direito subjetivo sob a ótica do proprietário, bem como é situação jurídica complexa pela conjugação direito-dever, ainda que limitada e real; pode ser entendida como expressão de liberdade e análoga aos direitos pessoais, tanto

jurídico garante sobre uma coisa. Nela acentua-se a situação de sujeição em que a coisa fica colocada em face do seu titular e já não apenas pertença, mas sujeita, como forma de salientar a ampliação da propriedade” (FONTES, André R. C. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas do direito civil constitucional*. São Paulo – Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 440).

⁽⁵⁶⁾ Idem, ibidem, nota 49, p. 21-30.

⁽⁵⁷⁾ DE VITA ANNA. *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 8-11.

⁽⁵⁸⁾ KATAOKA, Eduardo Takemi. In: TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 460.

⁽⁵⁹⁾ CHATEAUBRAIAND FILHO, Hindemburgo. Op. cit., p. 41-47.

pela titularização de uma peculiar espécie de *status*, quanto pela conexão da especial oponibilidade *erga omnes*.⁶⁰

O conceito clássico de propriedade não admite limitação, tanto assim elucidativo o conceito de Barbero⁶¹ de que: “A propriedade é o direito real no qual é o conteúdo o mais amplo, e virtualmente ilimitado, poder de gozo atribuído a um sujeito sobre determinado objeto”.⁶²

A propriedade, no ponto de vista histórico, sempre foi limitada, seja pelos perigos impostos a uma coletividade em razão dos acidentes geográficos e por inimigos silvestres, seja pela religião ou cultura de um povo. Constituem institutos unijulgados à propriedade e sempre se interpuseram entre o iníquo título jurídico e a hipotética propriedade absoluta, mantendo-se um mínimo de conteúdo. O limite⁶³ é contratual à propriedade como o ombro do corpo, preleciona Ludovico Barassi,⁶⁴ razão pela qual não se deve dizer que o limite seja uma exceção e a falta de limite do direito, uma regra. Nesse intervalo de termos em que se entrepõem os limites, determina-se o modo de exercício da autonomia privada, bem como o poder ou poderes que compõem o conteúdo da propriedade e, por isso, diz-se concretamente qual propriedade se titulariza.⁶⁵

Note-se que a autonomia privada não aparece nos direitos reais, por exemplo, visto que o proprietário tem espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem, somente. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica da propriedade.⁶⁶

Assim sendo, o campo de atuação da autonomia da vontade é muito restrito nos direitos reais, haja vista os *numerus clausus*. Sendo certo, por um lado, que a manutenção dos *numerus clausus* nos direitos reais é interessante sob o ponto de vista do melhor funcionamento do sistema, também é preciso levar em conta as demandas da práxis negocial. Indicativo seria, por exemplo, o surgimento do fenômeno da multipropriedade, ou dos contratos de *leasing*, como uma nova espécie de direito pessoal de gozo,⁶⁷ institutos que deverão ser discutidas em outra oportunidade.

⁶⁰ FONTES, André R.C. In: TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 440-441.

⁶¹ BARBERO, Domenico. *Il sistema di diritto privato*. Milão: Utet, 1993. p. 471-472.

⁶² “A não admissibilidade de limitação, no conceito clássico, significava ausência de limitação de qualquer gênero” (BASCHIERI, Gastone et al. *La costituzione italiana*. Florença: R. Nocchi, 1949. p. 226).

⁶³ A Constituição Federal é uma das fontes de limitação do direito real da propriedade, haja vista que o art. 5.º, XXIII, dispõe que: “a propriedade atenderá sua função social”.

⁶⁴ BARASSI, Ludovico. In: FONTES, André R. C. Op. cit., p. 445.

⁶⁵ FONTES, André R. C. Op. cit., p. 445.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 280.

⁶⁷ CHATEAUBRAIAND FILHO, Hindemburgo. Op. cit., p. 41-47.

Bibliografia

- ALLENDE, Guillermo L. *Panorama de derechos reales*. Buenos Aires: La Ley, 1967.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. Belém: Cejup, 1988.
- BAPTISTA MARTINS, Rodrigo. *A propriedade e a ética do capitalismo: uma teoria sobre os fundamentos do direito à propriedade e uma teoria sobre as origens do capitalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARBERO, Domenico. *Il sistema di diritto privato*. Milão: Utet, 1993.
- BASCHIERI, Gastone et al. *La Costituzione italiana*. Florença: R. Noceoli, 1949.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Unb, 1996.
- BRUGL, Biagio. *Instituciones de derecho civil*. México: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1946.
- CHATEAUBRAIAND FILHO, Hindemburgo. “Autonomia privada e tipicidade dos direitos reais”. *RT*, São Paulo, vol. 745, p. 41, 1997.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *A posse: perspectivas dogmáticas atuais*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 1999.
- COSSÍO, Alfonso de. *Instituciones de derecho civil*. Madri: Alianza, 1975.
- DE VITA ANNA. *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*. Milano: Giuffrè, 1969.
- DIEZ PICAZO, Luiz; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vols. 1 e 4.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3.
- _____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1999. t. 1 a 4.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (publico y privado)*. Buenos Aires: Helialista Srl, [s.d.].
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “O destino do contrato”. *Revista do Advogado*, ano III, n. 9.
- FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GATTI, Edmundo. *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, [s.d.].
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. “Juiz, um breve relato sobre a prestação jurisdicional e a lógica utilizada por esse operador do direito”. Texto a ser publicado na *Revista do Instituto Internacional de Direito*.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Estudos de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1950.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.
- LEFÈBVRE, Georges. *Riflessioni sulla storia*. Roma: S. Riuniti, 1976.
- LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999 (Caderno 1).
- _____. *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001 (Caderno 2).
- _____. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: RT, 2002. vol. 1.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problemática della proprietà*. Camerino: Università degli Stude di Camerino, 1971.
- _____. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional* (trad.). 2. ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VILLEY, Michel. *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires: Gherzi, 1980.

REVISTA DE
**DIREITO
PRIVADO**

Repositório autorizado de jurisprudência pelo TRF da 1.^a Região

Doutrina
Jurisprudência na íntegra
Jurisprudência comentada
Legislação

ISSN 1517-6290

006896



9 788520 368961

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS