

POSSE: DIREITO REAL SUBVERSIVO

POSSESSION: REAL SUBVERSIVE RIGHT

MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES*

RESUMO

A partir do tema-problema – estaria a autonomia da vontade excluída da criação e da modelação dos direitos reais? –, defende-se, considerando a situação da doutrina, a hipótese da posse como direito real subversivo. Discute-se, pois, a taxatividade e a tipicidade dos direitos reais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos reais. Limitação. Direitos subversivos. Posse.

ABSTRACT

From the problem-theme - would the autonomy of the will be excluded from the creation and modeling of real rights? - it is defended, considering the situation of the doctrine, the hypothesis of possession as a subversive real right. It discusses, therefore, the legal type and the typicity of the real rights.

KEYWORDS: Real rights. Limitation. Subversive rights. Possession.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Características dos direitos reais. 3 Direitos reais subversivos. 4 A posse: um direito real subversivo? 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do direito patrimonial, é reconhecida a distinção entre direitos obrigacionais e direitos reais. Os primeiros pressupõem uma relação intersubjetiva cujo objeto é uma prestação consistente em entregar coisa certa ou incerta, restituir, fazer ou não fazer algo. Os segundos, uma relação com sujeito passivo universal cujo objeto é um poder sobre determinada coisa.

Para Eduardo Espínola, “direitos reais são os que têm por objeto as coisas, conferindo ao titular um poder direto e imediato sobre elas, com exclusão de qualquer outra pessoa”.¹

A menção ao poder não pode ser traduzida como exercício ilimitado dos atributos do domínio, mas do poder-dever, do exercício

* Professor Adjunto de Direito Civil na UFMG. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
E-mail: mmilagres@ufmg.br

1 ESPÍNOLA, 2002. p. 12.

desses atributos em consonância com regras, princípios e valores da ordem jurídica.

Segundo Carvalho Santos, “no direito real concorrem dois elementos: a pessoa, sujeito ativo, e a coisa objeto do direito. No direito pessoal, três elementos: a pessoa, sujeito ativo, ou seja o credor, a pessoa, sujeito passivo, ou seja o devedor, e a prestação ou o fato que forma objeto do direito”.²

Em homenagem à teoria personalista, a relação, no âmbito dos direitos reais, continuaria intersubjetiva, não havendo, contudo, um sujeito passivo determinado. Não há, pois, como defender uma relação entre o sujeito e a coisa.

No entendimento de José de Oliveira Ascensão,³ “o direito real serve a função substancial da atribuição das coisas às pessoas, permitindo-lhes beneficiar da utilidade daquelas. Propiciar a uma pessoa vantagens derivadas duma coisa é assim a finalidade do direito real”.

Para Clóvis Beviláqua,⁴ “direito real é o poder jurídico da pessoa sobre uma coisa determinada, aderindo a ela, enquanto perdura, e prevalecendo contra todos”.

Darcy Bessone defende que existem direitos mais fortes e mais fracos. “O direito real seria apenas *mais forte* do que o obrigacional, por ter atributos que não próprios do direito das obrigações. Tais atributos são, principalmente, o direito de *seqüela* e o de *preferência*.”⁵

Subsiste, pois, a divergência sobre a melhor terminologia: direito das coisas ou direitos reais.

O Livro III do Código Civil de 2002, assim como o Código de 1916, manteve a terminologia Direito das Coisas, diferentemente do Código Civil francês, que atribui ao Livro IV a expressão Direitos Reais. Trata-se, assim, de expressões com conteúdos idênticos? Segundo Serpa Lopes,⁶ sim, como idênticos são os seus objetivos e a matéria jurídica de que se compõem.

2 CARVALHO SANTOS, 1937. p. 6.

3 ASCENSÃO, 2000, p. 13-14.

4 BEVILÁQUA, 2003. p. 301.

5 BESSONE, 1996. p. 6.

6 SERPA LOPES, 1964. p. 09.

Ao lado desse polo passivo universal – um poder imediato que o titular exerce sobre a coisa –, defende a doutrina clássica que, em razão da taxatividade (ou *numerus clausus*), os direitos reais são somente aqueles inscritos na lei. Não haveria, portanto, a possibilidade de inovação do quadro legal de direitos reais pela autonomia da vontade, pelo poder criativo, nem pela interpretação dos tribunais.

Em conclusão de sua dissertação de mestrado, André Pinto da Rocha Osorio Gondinho assim concluiu:

[...] a orientação vigente em nosso sistema jurídico manifesta-se ampla e pacificamente no sentido do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais. Assim é que não pode haver, em nosso ordenamento, um direito real, reconhecido como situação jurídica concreta, se não existir anteriormente norma legal que o preveja.⁷

Segundo o autor, a autonomia da vontade somente poderia “intervir na modelação dos direitos reais estatuídos em lei, sempre que isto [fosse] possível”.⁸ Não poderia, contudo, constituir novos tipos de direitos reais.

Lafayette Rodrigues Pereira, igualmente, defendia a impossibilidade de instituição convencional dos direitos reais.⁹

Também para Clóvis Beviláqua,¹⁰ “[...] o número dos direitos reais é sempre limitado nas legislações. Não há direito real, senão quando a lei o declara”.

Eduardo Espínola,¹¹ da mesma forma, acentua que os “[...] direitos reais admitidos pelo Código Civil são expressamente declarados e regulados, constituindo a especificação da lei um *numerus clausus*, isto é, não pode ser criado por convenção de qualquer natureza, algum outro tipo de direito real”.

7 GONDINHO, 2000. p. 153.

8 Idem, p. 154.

9 PEREIRA, 2003. p. 29: “[...] parece, pois, que é mais razoável a opinião de que o proprietário não pode constituir direitos reais ou ônus reais que não se acham estabelecidos e regulados pelas leis.”

10 BEVILÁQUA, 2003. p. 304.

11 ESPÍNOLA, 2002. p. 22.

Também para Darcy Bessone, em termos abstratos, somente a lei pode instituir direito real.¹²

Em comentário ao ordenamento jurídico italiano, Pietro Trimarchi¹³ aponta que os direitos reais são somente aqueles previstos em lei, não se podendo alterar seu regime jurídico, exceto em situações excepcionalmente reconhecidas pela própria lei.

O Código Civil argentino de 1871 (Ley 340/1869), em seu art. 2502,¹⁴ expressamente previa que os direitos reais somente poderiam ser criados pela lei. O atual Código Civil (Ley 26.994/2014), em seu art. 1884,¹⁵ estipula que é nula a configuração de um direito real não previsto em lei, bem como a modificação de sua estrutura.

Em comentário ao revogado art. 2502 do Código Civil, Guillermo Borda¹⁶ apontou que as pessoas podem constituir e transmitir direitos reais, mas não podem constituir ou criar outros diversos dos previstos em lei, pois todo regime dos direitos reais interessa de maneira direta e imediata à ordem pública. Se as pessoas pudessem criá-los, segundo suas conveniências, não tardaria um caos no regime da propriedade. Tal perspectiva, entretanto, parece confundir

12 BESSONE, 1996. p. 461.

13 TRIMARCHI, 2014. p. 101: “Questi sono in numero chiuso: si possono costituire, cioè, solo diritti reali espressamente previsti dalla legge, e non altri. Inoltre non è consentito di modificarne il regime legale, se non entro limiti assai ristretti, nei casi in cui ciò sia eccezionalmente ammesso dalla legge.”

14 Art. 2502. Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

15 Art. 1884. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

16 BORDA, 2008. p. 9: “[...] las personas pueden constituir y transmitir derechos reales; lo que no pueden hacer es constituir o crear otros derechos reales que aquellos que la ley admite. Esta solución se explica muy fácilmente. Todo el régimen de los derechos reales interesa de manera directa e inmediata al orden público. Si las personas pudieran crear los derechos reales que convinieran a sus intereses circunstanciales, no tardaría en producirse el caos en el régimen de la propiedad. Tal sistema sería inadmisibles. Por ello está vedado no solo crear derechos reales que la ley no admite, sino también modificar el contenido de los que la ley reconoce (art. 2502).”

propriedade com domínio, além de não reconhecer autonomia aos demais direitos reais, como se toda a lógica deles girasse em torno do direito de propriedade.

Também em comentário ao ordenamento jurídico argentino, Beatriz Areán¹⁷ enfatiza que a incidência da ordem pública no regime dos direitos reais é tão intensa que é conveniente estabelecer que aos particulares não somente é vedado criar outros direitos, como também modificar os reconhecidos. Nesse sentido, os direitos reais seriam qualificados não somente pela taxatividade, mas também pela tipicidade estrita. A moldura legal seria fechada, imune a qualquer variação, modificação. Todo o conteúdo dos direitos reais teria sua estrutura na norma legal.

Em comentário ao vigente Código Civil argentino de 2014, particularmente ao art. 1884, Miriam Smayevsky¹⁸ destaca a tipicidade estrita dos direitos reais e que a disciplina deles – seus elementos, conteúdo, aquisição, constituição, modificação, transmissão, duração e extinção – decorre exclusivamente da lei.

A temática é pacífica? Não se poderia reconhecer a outros direitos subjetivos patrimoniais a qualidade de direitos reais? De outro lado, todos aqueles inscritos no rol do art. 1225 do Código Civil brasileiro consistiriam em direitos reais autônomos? A registrabilidade seria pressuposto dos direitos reais? Os direitos reais já legalmente previstos não admitiriam variações? Tratar-se-ia de moldura legal fechada?

Nada disso é pacífico.

O propósito deste artigo é exatamente subverter essa lógica.

Defende-se que o princípio da taxatividade traduz a ideia de que os direitos reais não são somente aqueles inscritos no art. 1225 do Código Civil, mas sim aqueles que se ajustam à estrutura, aos princípios e às características dessa categoria jurídica. O reco-

17 AREÁN, 2008. p. 67: “La incidencia del orden público en el régimen de los derechos reales es tan intensa que se há considerado conveniente establecer que a los particulares no solo les esté vedado crear otros, sino que ni siquiera pueden modificar los reconocidos. Esta prohibición es lógica pues, como la ley fija el contenido de cada derecho real, la modificación de esos contenidos podría configurar la pretensión de crear un derecho real no permitido.”

18 SMAYEVSKY. Los derechos reales em el Código Civil y Comercial de la Nacion.

nhecimento do direito real vai além de uma limitada previsão legal expressa.

Como destacado por André Pinto da Rocha Osorio Gondinho,¹⁹ o princípio do *numerus clausus* não impediria a incidência da autonomia da vontade na modelação dos direitos reais já legalmente reconhecidos.

Manuel Albaladejo,²⁰ em análise da ordem jurídica da Espanha, defende a possibilidade de novos tipos de direitos reais – direitos reais atípicos –, sem uma regulamentação legal.

Romain Boffa, defendendo a possibilidade de criação de novos direitos reais, cunhou a expressão “direitos reais subversivos” (*droits réels subversifs*) como aqueles reconhecidos diretamente por decisões da Corte de Cassação, relativizando, pois, a teoria do *numerus clausus* dos direitos reais.²¹

Propõe-se, pois, o reconhecimento da posse como direito real subversivo. A temática poderia ir muito além, reconhecendo-se que, contemporaneamente, o objeto da posse não se limitaria ao corpóreo, ao material. Denis Mazeaud²² reconhece que a perspectiva da codificação oitocentista não atende à realidade do incorpóreo, dos valores imateriais, das criações e das invenções humanas. Enfim, a dinamicidade da vida vai muito além das discussões entre Savigny e Jhering envolvendo as conhecidas teorias subjetiva e objetiva da posse.

O tema não é pacífico. Trata-se de reconhecida controvérsia. Pensar novos direitos reais além da previsão expressa legal e, mais, atribuir eficácia não relativa à posse não são temas imunes a intensas críticas.

19 *Op. Cit.*, p. 154.

20 ALBALADEJO, 2003. p.27: “Estos derechos reales se llamarían atípicos, porque la ley no los regula en particular. Y, admitiéndolos, nuestra legislación adopta ante los derechos reales, no el sistema de *numerus clausus* (según el que no se pueden establecer más derechos reales que aquellos concretos que la ley fija), sino el de *numerus apertus* (o permissivo, de poder establecer los interesados, esos u otros que ellos configuren).”

21 BOFFA, 2016. p. 5-12.

22 MAZEAUD, 2016. p. 89-91.

2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS REAIS

Como já sublinhado, na estrutura do direito real, não há a figura do sujeito passivo determinado. O titular do direito exerce imediatamente poder sobre uma coisa. O objeto é, em regra, uma coisa, excepcionalmente um bem incorpóreo.²³ O exercício do direito se verifica, quanto à eficácia, de forma não relativa, vale dizer, com uma oponibilidade universal.

Quanto à excepcionalidade envolvendo bem incorpóreo no Código Civil brasileiro, poder-se-ia apontar a possibilidade de usufruto de títulos de créditos²⁴ e o penhor de direitos e títulos de crédito.²⁵

Um dos grandes pontos de destaque é que os direitos reais seriam figuras do tipo fixo, sem a possibilidade de inovação fora do quadro legal. O objeto das relações jurídicas seriam as coisas a partir da conhecida *summa divisio* entre móveis e imóveis.

Comentando o n.º 1 do art. 1306º do Código Civil português,²⁶ José de Oliveira Ascensão²⁷ conclui que as partes não poderiam criar direitos reais inominados.

O mesmo autor, em obra clássica sobre o tema,²⁸ destaca, porém, que “a imposição de um *numerus clausus* significa estratificar a vida social em determinado momento histórico, absolutizando o que era relativo por fazer secar a fonte da evolução”. Enfatiza que, mesmo na Alemanha, a dureza do *numerus clausus* é temperada pela elasticidade dos direitos reais, sobretudo a servidão.²⁹

23 Segundo Clóvis Beviláqua, o objeto do direito real é uma coisa corpórea e só, excepcionalmente, incorpórea (BEVILÁQUA, 2003, p. 306).

24 Art. 1395 do Código Civil. Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas.

25 Art. 1451 do Código Civil. Podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis.

26 Art. 1306º 1. Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.

27 ASCENSÃO, 2000. p. 153.

28 ASCENSÃO, 1968. p. 76.

29 Idem, p. 93.

Na defesa de uma taxatividade estrita, parece haver uma confusão entre taxatividade, tipicidade dos direitos reais e tipicidade das situações objeto de registro.

A defesa do fundamento legal dos direitos reais – de seus elementos estruturais terem previsão na lei, o que justificaria a taxatividade – não pode ser confundida com uma tipicidade. Os direitos reais, ou mesmo aqueles inseridos no rol do art. 1225 do Código Civil brasileiro, não apresentam uma estrutura estática, fechada, ao argumento de uma tipicidade estrita. De igual forma, nem toda situação objeto de registro configura um direito real. A própria posse, como se analisará, é exercida com eficácia *erga omnes*, apresenta-se autônoma em relação ao direito de propriedade, sendo também uma forma de poder sobre uma coisa. Pode-se apontá-la como direito real subversivo, que vai além da lista legal dos direitos reais. Poder-se-ia até mesmo ir muito além, defendendo-se a posse sobre o incorpóreo, sobre valores imateriais.³⁰ Não haveria um modelo unívoco de direitos reais.

De outro lado, a Lei n.º 6.015/1973 reconhece várias situações objeto de registro imobiliário que não podem ser definidas como suporte de direitos reais. Exemplificativamente: registro de contratos de locação imobiliária (art. 167, I, 3) e de convenções antenupciais (art. 167, I, 12). Trata-se de oponibilidade absoluta de direitos obrigacionais. Daí por que a tipicidade das situações objeto de registro não alcançaria, por si só, os direitos reais. Trata-se da realidade de fatos jurídicos com efeitos absolutos que não são necessariamente típicos.

Em verdade, não se pode mais aceitar, sem questionamentos, a ideia de um monopólio legal quanto à criação ou ao reconhecimento dos direitos reais.

Embora tenha defendido o *numerus clausus* dos direitos reais, José de Oliveira Ascensão³¹ afirmou que “qualquer figura – mesmo que nem sequer tenha sido desenhada por lei como um direito autônomo – pode ser qualificada como real, desde que nela se reconheçam as características fundamentais que assinalámos”.

30 Cf. BARBOSA, 2016.

31 ASCENSÃO, 2000. p. 157.

Igualmente, defende Manuel Albaladejo³² que os direitos reais pressupõem objetivamente a natureza do poder direto sobre uma coisa. Não se trata de mera questão legal ou voluntária, mas da essência dessa realidade.

Ao comentar o art. 674 do Código Civil brasileiro de 1916,³³ Carvalho Santos³⁴ afastou o caráter taxativo ou limitativo dos direitos reais, tendo defendido, inclusive, a criação convencional de novos direitos reais. Segundo ele, “por mais rigorosa que seja, a lei não pode contrariar a natureza das coisas, não sendo as categorias jurídicas irreduzíveis, como compartimentos estanques”.

Em verdade, apresentam-se taxativas as características dos direitos reais, não havendo, porém, uma limitação legal desses direitos.

Ainda que se defenda uma taxatividade dos próprios direitos, não se tem uma estrutura estática, fechada, imune às mudanças do nosso tempo.

Como bem destaca André Pinto da Rocha Osorio Gondinho:

[...] a admissão, portanto, em nosso Direito, do princípio do *numerus clausus* não impede que se acatem modificações dos direitos reais por obra da autonomia da vontade. Com efeito, o tipo de direito real tem todo um conteúdo acessório, que é vastamente moldável pela atuação dos sujeitos de direito interessados, através da substituição de disposições supletivas.³⁵

Ninguém desconhece o direito real de propriedade e, igualmente, não se pode limitar o seu conteúdo. Contemporaneamente, são diversas as manifestações de propriedade. Destaque-se, por exemplo, a multipropriedade imobiliária, a qual, segundo Gustavo Tepedino, “[...] seria um direito de propriedade caracterizado pela incidência sobre um *objeto demarcado no espaço e no tempo, iden-*

32 ALBALADEJO, 2003. p. 29-30.

33 São direitos reais, além da propriedade: I- a enfiteuse; II – as servidões; III – o usufruto; IV – o uso; V- a habitação; VI – as rendas expressamente constituídas sobre imóveis; VII – o penhor; VIII – a anticrese; IX- a hipoteca.

34 CARVALHO SANTOS, 1937. p. 14-16.

35 GONDINHO, 2000. p. 90.

tificador da unidade imobiliária em determinado turno anual".³⁶ A multipropriedade pode alcançar as seguintes espécies: societária, imobiliária, hoteleira e a multipropriedade como direito real limitado.

A noção de tipicidade estrita parece de difícil defesa. Mesmo os fatos constitutivos dos direitos reais se apresentam de forma dinâmica. Até a clássica divisão dos direitos reais em móveis e imóveis parece frágil pela realidade incorpórea, imaterial.

A própria enumeração do art. 1225 do Código Civil brasileiro merece questionamentos. Será que o "novel" direito de laje se ajusta à tipologia de um direito real autônomo? Com efeito, a Medida Provisória n.º 759/2016 reconheceu expressamente o direito de sobrelevação, superfície de segundo grau ou, popularmente, o direito de laje. Acrescentou-se, destarte, ao rol do art. 1225 do Código Civil o direito real de laje, como se tal direito não fosse uma expressão do direito real de superfície.

Entre nós, essa possibilidade já era objeto de interpretações doutrinárias. Inclusive, o Enunciado 568 da VI *Jornada de Direito Civil*³⁷ dispôs que "o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística".

O direito de laje nada mais é que uma expressão do direito real de superfície. Subverte a própria racionalidade do sistema o reconhecimento do direito de laje como direito real de laje, como se a mera inserção no rol do art. 1225 do Código Civil brasileiro tivesse, por si só, o poder de criação inovadora de direitos reais, ainda que o seu conteúdo não se ajuste a tal categoria jurídica.

Em outra perspectiva, pode-se afirmar que o *numerus clausus* não limita a capacidade do legislador; poderia limitar apenas a capacidade inovadora dos sujeitos privados.

Nessa perspectiva, e a posse? Seria um direito real? Poder-se-ia apontá-la como direito real subversivo? Trata-se, segundo José Carlos Moreira Alves,³⁸ de uma controvérsia multissecular.

36 TEPEDINO, 1993. p. 87.

37 Conselho da Justiça Federal. Enunciados da VI Jornada de Direito Civil.

38 ALVES, 1999, Vol. II, Tomo I. p. 69.

3 DIREITOS REAIS SUBVERSIVOS

Na dimensão funcional do direito das coisas, todas as formas de exercício do domínio devem objetivar a satisfação dos interesses legítimos do sujeito de direito.

Segundo Hannah Arendt:³⁹

[...] a objetividade do mundo – o seu caráter de coisa ou objeto – e a condição humana complementam-se uma à outra; por ser uma existência condicionada, a existência humana seria impossível sem as coisas, e estas seriam um amontoado de artigos incoerentes, um não mundo, se esses artigos não fossem condicionantes da existência humana.

As coisas não existem por si sós. Têm uma finalidade de promoção ou realização dos interesses das pessoas. E estas não podem exercer o direito subjetivo patrimonial em contrariedade a valores, princípios e regras do ordenamento jurídico. Há muito está superada a perspectiva de exercício ilimitado de direitos, mediante o desenvolvimento das teses de atos emulativos e do próprio abuso de direito.

Segundo José de Oliveira Ascensão,⁴⁰ “o direito real serve a função substancial da atribuição das coisas às pessoas, permitindo-lhes beneficiar da utilidade daquelas. Propiciar a uma pessoa vantagens derivadas duma coisa é assim a finalidade do direito real”.

Não haveria, destarte, um quadro hermético dos direitos reais.

Como bem destaca Manuel Albaladejo,⁴¹ o argumento segundo o qual os direitos reais interessam não somente aos titulares, mas também à sociedade, é suficiente, por si só, para reconhecer a possibilidade de novos direitos reais. A liberdade de estabelecer tais direitos não exclui a possibilidade de limites ao exercício da vontade.

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 1.546.165/SP,⁴² reconheceu o

39 ARENDT, 2000. p. 17.

40 ASCENSÃO, 2000. p. 13-14.

41 ALBALADEJO, 2003. p. 30/31.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.546.165-SP, Rel. p/acórdão Min. João Otávio Noronha, j. 26.4.2016.

caráter real da multipropriedade imobiliária, afastando a tese da taxatividade dos direitos reais inscritos no art. 1225 do Código Civil de 2002. Segundo o Ministro João de Noronha, a ordem jurídica vigente “não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais”.

Poder-se-ia questionar essa decisão do STJ ao argumento de que o *time sharing* ou a multipropriedade imobiliária é uma espécie de condomínio, uma forma especial de propriedade, não se lhe atribuindo, pois, uma inovação. De outro lado, tal forma de exercício de domínio compartilhado no tempo poderia ser pensada na perspectiva do direito obrigacional. Nesse sentido, também discutível a tese de um direito real autônomo. Ainda assim, entendeu o Tribunal que “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. 1225”.

Como já destacado, Gustavo Tepedino concluiu que a multipropriedade, a despeito de várias teses, pode ser pensada como um direito de propriedade, traduzindo “um direito de uso e fruição, em caráter exclusivo e perpétuo, de uma fração espaço-temporal do imóvel, formando unidade autônoma, de titularidade exclusiva, potencialmente plena, cuja peculiar utilização por turno decorreria não já da imposição de limites convencionais aos poderes do titular, mas da conformação da disciplina do direito ao seu objeto – delimitado no tempo e no espaço.”⁴³

Cláudia Lima Marques, citando o Professor da Universidade de Heidelberg, Erik Jayme, afirma que a multipropriedade também pode ser analisada na perspectiva contratual, como um “contrato múltiplo e complexo destinado a permitir a utilização habitacional de um imóvel, ou de um conjunto de imóveis, assim como dos serviços conexos a essa utilização, por um certo tempo a cada período do ano”.⁴⁴

43 Op. Cit., p. 88.

44 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de time-sharing em Brasil y a Protección de los consumidores: crítica al derecho civil en tempos postmodernos. *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre,

Romain Boffa⁴⁵ destaca que a Corte de Cassação não cessa de criar novos direitos reais: direito de fruição exclusiva sobre partes comuns de um imóvel em condomínio, direito real de fruição especial atribuído à perpetuidade de uma fundação e direito real de explorar as árvores situadas em solo de terceiro.

Para o autor, há um grande questionamento: como alcançar a conciliação entre a liberdade de criação de direitos reais e o respeito à ordem pública dos bens?⁴⁶ Diante disso, conclui que a constituição de novos direitos reais é possível, respeitando-se, porém, o direito de propriedade,⁴⁷ – que não é o único direito real e, à evidência, seu exercício encontra limites.

Nessa perspectiva dos direitos reais subversivos, destaca-se a velha controvérsia a respeito da natureza jurídica da posse.

4 A POSSE: UM DIREITO REAL SUBVERSIVO?

Jhering asseverou textualmente que “[...] a utilização econômica da propriedade tem por condição a posse. A propriedade sem a posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a competente escada para colher os frutos”.⁴⁸

Qual sua natureza jurídica?

Para Massimo Bianca,⁴⁹ a partir da interpretação do art. 1140⁵⁰ do Código Civil italiano, a posse não seria um direito, mas uma situação de fato (*signoria di fatto*), embora juridicamente

v. 2, n. 4, 2004. p. 85.

45 BOFFA, Romain, 2016. p. 84-85.

46 Idem, p.91: “Comment parvenir à concilier liberté de création des droits réels et respect de l’ordre public des biens?”

47 Idem, p. 94: “La constitution de nouveaux droits reels est possible, mais dans le respect du droit de propriété.”

48 JHERING, 2005. p. 14.

49 BIANCA, 1999. p.714-715.

50 Art. 1140 – Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale. (A posse é um poder sobre uma coisa que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real).

relevante. Elementos constitutivos da posse seriam o poder de fato (elemento objetivo) e a vontade do sujeito (elemento subjetivo) de ter a coisa como própria (*animus possidendi*).

Manuel Albaladejo,⁵¹ distinguindo a posse de coisas e a de direitos, afirma que a primeira é um direito real.

Guillermo Borda acentua que dizer que a posse é mera situação de fato contradiz a realidade. A posse é verdadeiro direito, um direito real, porque reúne todas as características dessa categoria jurídica: poder imediato sobre a coisa, ação *erga omnes* e falta de sujeito passivo determinado.⁵²

Com efeito, a posse não é um simples ou puro fato. Como adverte José Carlos Moreira Alves,⁵³ “Ninguém nega – negá-lo seria negar a evidência – que a posse seja um estado de fato disciplinado pelo direito, e, portanto, um instituto jurídico, e não um estado de fato indiferente à ordem jurídica”.

A posse é um interesse juridicamente reconhecido e protegido e, nesse sentido, não há como não reconhecer o direito de posse ou o direito à posse. Para Jhering, a posse, por sua própria estrutura, é um direito real (*jus in re*) - contrariando, assim, Savigny, que atribuía à posse a natureza de direito pessoal.

Entre nós, a controvérsia persiste.⁵⁴

Tito Fulgêncio⁵⁵ defendeu a teoria objetiva ao reconhecer que a posse é a propriedade atualizada, exteriorizada e visível.

À pergunta “se o possuidor tivesse um direito, qual seria o conteúdo desse direito?”, Darcy Bessone⁵⁶ responde que não seria o direito sobre a coisa, o *jus in re propria* ou o *jus in re aliena*. Segundo

51 ALBALADEJO, 2003. p. 51: “En mi opinión, la posesión de cosas es un derecho de naturaleza real; y la de derechos, uno de naturaleza real (así la del de usufructo) o personal (así, la del de renta vitalicia), según el derecho poseído.”

52 BORDA, 2008. p. 31: “Decir hoy que la posesión es una mera relación de hecho es afirmar un concepto que nada tiene que ver con la realidad jurídica. Todo ello explica la doctrina que ve en la posesión un verdadero derecho, tenga hoy pocos contradictores. Y dese luego, es un derecho real, porque reúne todos los caracteres de tal: relación directa con la cosa, acción erga omnes, falta de sujeto pasivo determinado.”

53 ALVES, 1999, Vol. II, Tomo I. p. 80.

54 Cf. MILAGRES, 2011.

55 FULGÊNCIO, 2008. p. 67.

56 BESSONE, 1996. p. 466-467.

o autor, protege-se a posse não em razão do direito de posse, mas em garantia à própria pessoa do possuidor. Assim, a posse seria um direito pessoal em outra acepção. Não se trata de objeto de uma prestação relativa, mas de um fato reconhecido a quem presumidamente é o proprietário da coisa ou a quem, de alguma forma, tem uma titulação para tanto.

Em desfavor da natureza real da posse, sobressai, para algumas vozes dissonantes, a ausência de publicidade do registro imobiliário, a qual não poderia ser levada a cabo sem um fundamento legal.

Já advertia Darcy Bessone que o direito real sobre imóveis somente deriva do registro imobiliário, no qual não há acolhida para a posse. Segundo ele, “não seria concebível o dualismo que levasse à coexistência de dois direitos reais, um derivado da matrícula e outro oriundo do fato possessório, em si mesmo, ambos incidentes sobre uma só e mesma prerrogativa jurídica”.⁵⁷

Ultrapassando esse primeiro obstáculo quanto à falta de oponibilidade *erga omnes* da posse, é o magistério de Clovis Beviláqua,⁵⁸ segundo o qual a posse é visível, uma manifestação de um direito real.

Os atos possessórios sobre uma coisa, notadamente de natureza imóvel, são visíveis por si só. Em regra, ninguém exerce o domínio sobre um imóvel ocultado do conhecimento de todos. A publicidade do direito sobre a coisa decorre da própria detenção física da coisa, razão por que não se pode falar em registro como pressuposto aquisitivo possessório.

Sendo a posse a exteriorização da propriedade, todos se sentem moralmente compelidos a respeitar o domínio alheio ainda que exercido pelo possuidor. A oponibilidade não relativa da situação possessória não se confunde com o registro imobiliário; ao revés, é natural. Se assim não fosse, estaria esvaziada a proteção dominial pelos interditos possessórios.

57 Idem, p. 471.

58 BEVILÁQUA, 1951, v. 1. p. 24.

A realidade é pródiga em situações de posse imobiliária desprovida ou desvinculada do título de propriedade, não se podendo falar em inscrição no registro imobiliário. Nem todo direito sobre imóveis é ou deve ser registrado; se fosse diverso, também não se admitiria o conteúdo predominantemente declaratório da sentença em procedimento de usucapião.

Segundo Menezes Cordeiro,⁵⁹ o exercício possessório é “perceptível, no espaço jurídico, pelos diversos membros da comunidade. A posse vê-se”.

Embora o Código Civil brasileiro, no art. 1196 - e na esteira dos códigos italiano e português -, pareça vincular a posse à propriedade,⁶⁰ no art. 1210, § 2º, reconhece sua autonomia e visibilidade, ao determinar que “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa”, em que pese, no art. 1212, afastar os efeitos dos interditos possessórios em relação a terceiro de boa-fé.

A posse deve encontrar proteção e reconhecimento autônomo no ordenamento jurídico. Ela presume a propriedade, mas nem todo possuidor é ou se pretende proprietário e, ainda assim, seu domínio parece produzir eficácia contra todos. Afigura-se reduzido o fundamento de sua defesa em atenção à propriedade. Deve-se protegê-la em homenagem ao titular da situação jurídica de possuidor. Daí a autonomia das ações possessórias em relação às petitórias.

O atual Código de Processo Civil brasileiro manteve a vedação da *exceptio proprietatis* no âmbito das possessórias. Segundo o art. 557, na pendência de ação possessória, é vedado, tanto ao autor

59 CORDEIRO, 2005. p.113.

60 Art. 1.196 do Código Civil brasileiro: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.140, Codice Civile italiano: Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. (A posse é o poder sobre a coisa que se manifesta numa atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real.)

Art. 1.251º do Código Civil português: Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.

quanto ao réu, propor ação de reconhecimento de domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Quanto às ações possessórias coletivas, enfatizou-se a mediação como mecanismo de resolução dos conflitos.⁶¹

A posse não é necessariamente uma emanção do direito de propriedade (*ius possidendi*); ela tem uma posição equidistante da propriedade. Nesse sentido, mostra-se mais acertada a disposição do Código Civil francês, segundo a qual “a posse é a detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito que nós temos ou que nós exercemos por nós mesmos, ou por um outro que a tem ou que a exerce em nosso nome”.⁶²

Embora a posse não esteja prevista expressamente no art. 1225 do Código Civil, não se lhe pode desconsiderar a natureza de direito real. Quanto a esse tópico, pertinente é a conclusão de Serpa Lopes:⁶³

A posse não foi contemplada expressamente como sendo um dos direitos reais. Isto, porém, não chega a ser um obstáculo, pois a questão do *numerus clausus* não influi no caso presente, se tivermos em vista que o princípio da hermeticidade dos direitos reais não exige uma norma legal expressa criando-os, isto é, que declare expressamente revestir-se do caráter de direito real uma determinada relação jurídica. É suficiente que os seus pressupostos coincidam com os de um direito real.

Consoante preleciona José Carlos Moreira Alves,⁶⁴ quando se pretende estudar a posse, “não se pode construir teoria estritamente lógica, em que se estabeleça, como premissa, concepção unitária da posse, e dela se extraiam consequências inelutáveis”.

Poder-se-ia afirmar que a posse pressupõe uma relação jurídica entre o titular do poder jurídico sobre uma determinada

61 Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto no §§ 2º e 4º.

62 Art. 2228. La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom.

63 SERPA LOPES, 1960, Vol. VI. p. 38.

64 ALVES, 1997. p. 4.

coisa e os terceiros em geral, que se devem abster de perturbá-lo no legítimo exercício desse domínio.

Essa relação, recaindo sobre um bem definido e caracterizada pela obrigação passiva universal, não se afasta da estrutura dos direitos reais.

Como bem aponta Orlando Gomes:⁶⁵

Se a posse é um direito, como o reconhece, hoje, a maioria dos juristas, é preciso saber se tem a natureza de um direito real ou pessoal. A circunstância de ceder a um direito superior, como o de propriedade, não significa que seja um direito pessoal. Trata-se de uma limitação que não é incompatível com o direito real. O que importa para caracterizar a este é o fato de se exercer sem intermediário. Na posse, a sujeição da coisa à pessoa é direta e imediata. Não há um sujeito passivo determinado. O direito do possuidor se exerce *erga omnes*. Todos são obrigados a respeitá-lo. Só os direitos reais têm essa virtude.

Em verdade, pode-se afirmar que a posse está tipificada em vários dispositivos do Código Civil, que regula sua aquisição, seus efeitos e sua extinção. A relação possessória se ajusta à estrutura de direitos reais e aos princípios dos direitos reais, inclusive com efeitos não relativos.

Segundo Orlando Gomes, mesmo que não se concorde com essa opinião, não há como deslocar o estudo da posse “do terreno onde moram os direitos reais”.⁶⁶

Mesmo que o direito do promitente comprador do imóvel não estivesse arrolado na lista do art. 1225 do Código Civil brasileiro, poder-se-ia reconhecer a natureza de direito real decorrente da promessa irretratável de compra e venda. O adquirente do imóvel, mediante o contrato preliminar, tem um título que fundamenta o exercício do seu poder sobre a coisa; não se trata, pois, de mera situação fática reconhecível em favor da pessoa do adquirente. Nesse sentido, ousa discordar de Darcy Bessone.⁶⁷ Não se trata de corpo estranho que gravita no âmbito do direito das coisas.

65 GOMES, 2010, p. 40.

66 Idem, p. 40.

67 BESSONE, 1996. p. 472.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual o direito de posse é oponível a terceiros ainda que advindo de contrato preliminar não registrado (Súmula 84). Reconheceu-se também o direito à adjudicação compulsória, a despeito do registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis (Súmula 239).

Ainda que se defenda – ao que parece equivocadamente – a necessidade da registrabilidade como pressuposto da natureza real de um direito, tem-se que o art. 167, I, 41, da Lei n.º 6.015/ 1973 reconhece o registro da legitimação de posse.

Como se observa, são variados os fundamentos que justificam a subversão à teoria segundo a qual os direitos reais são somente aqueles expressamente inscritos no art. 1225 do Código Civil brasileiro.

De outro lado, a inovação do quadro de direitos reais – ou a possibilidade de subversão de uma concepção tradicionalmente defendida – encontra limites na segurança jurídica, na proteção de legítimos interesses. Nesse sentido, parece muito discutível o entendimento consolidado na Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “[...] a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. Ainda que se reconheça o caráter real da posse e, principalmente, da hipoteca, não se pode afastar o critério da preferência dos direitos reais na hipótese de excussão. Se o direito de hipoteca é anterior à posse do promitente comprador do imóvel, não se lhe pode infirmar a eficácia ao argumento singelo da incidência da boa-fé objetiva ou da funcionalidade social dessa contratação. A boa-fé não afasta a proteção de legítimos interesses; ao revés, na sua multifuncionalidade, ela objetiva o estabelecimento e a manutenção de relações econômicas transparentes, equilibradas. A função social do contrato não afasta a tutela do crédito. Trata-se de reconhecimento de que o contrato é permeado e permeável à realidade que o circunda. Se o credor hipotecário precede ao promitente comprador imobiliário, não há como subverter a própria lógica e a economicidade das relações econômicas. Talvez a defesa dessa súmula se fundamente no direito social à moradia. Tratar-se-ia, à evidência, de uma outra

abordagem. O fato é que a ideia de subversão dos direitos reais pelo seu reconhecimento, inclusive judicial, não pode ser compreendida ou defendida como subversão à segurança jurídica, como abalo à confiança e ao interesse de terceiros de boa-fé.

5 CONCLUSÃO

Após essas breves discussões e respondendo aos questionamentos iniciais, pode-se concluir que são taxativas ou próprias as características dos direitos reais, não havendo, porém, uma limitação legal desses direitos.

Não se pode, outrossim, confundir taxatividade com tipicidade. A autonomia da vontade também pode incidir na modelação dos direitos reais já legalmente reconhecidos.

Além disso, nem toda situação objeto de registro configura um direito real. O registro, *de per si*, não atribui caráter real a um direito.

É preciso afastar a confusão entre taxatividade, tipicidade dos direitos reais e tipicidade das situações objeto de registro.

O rol do art. 1225 do Código Civil brasileiro não alcança todo o universo de direitos reais e não consiste em direitos reais necessariamente autônomos.

A posse é exercida com eficácia *erga omnes*, apresentando-se autônoma em relação ao direito de propriedade, sendo também uma forma de poder sobre uma coisa. Pode-se apontá-la como direito real subversivo, que vai além da lista legal dos direitos reais ou de uma concepção clássica de mera situação fática.

A posse não é um corpo estranho ao quadro dos direitos reais.

Reconhece-se a posse não somente em razão da proteção da pessoa do possuidor, mas pela própria situação jurídica de exercício de *ius in re*.

O reconhecimento judicial ou a incidência da autonomia da vontade na conformação de direitos reais não pode ensejar subversão à ordem de proteção e de segurança a interesses legítimos, à confiança dos sujeitos de direito. Direitos reais subversivos não são sinônimos de situações ofensivas à ordem jurídica. A ideia de

subversão decorre do necessário questionamento de concepções meramente formais, dissociadas de uma realidade socialmente aceitável.

REFERÊNCIAS

ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil: derecho de bienes**. 10. ed. Madrid: Edisofer, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, Vol. II, Tomo I.

AREÁN, Beatriz A. **Derechos reales**. 6. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana [The human condition]**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Ed. Minerva, 1968.

_____. **Direito civil: reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Direito civil da propriedade intelectual: o caso da usucapião das patentes**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003.

BIANCA, Massimo C. **Diritto civile: la proprietà**. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

BOFFA, Romain (Coord.) **L'avenir du droit des biens**. Paris: L.G.D.J, 2016.

BORDA, Guillermo A. **Manual de derecho civil: derechos reales**. 6. ed. Atualizado por Delfina M. Borda. Buenos Aires: La Ley, 2008.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código civil brasileiro interpretado: direito das coisas**. Vol. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados da VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/>

jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view >. Acesso em: 17 de abril de 2018.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A posse: perspectivas dogmáticas actuais**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gamas. Campinas: Bookseller, 2002.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 10. ed. Atualizada por Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de time-sharing em Brasil y a Protección de los consumidores: crítica al derecho civil en tempos postmodernos. **Cadernos da Pos-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, 2004, p. 83-110.

MAZEAUD, Denis. L'avenir du droit des biens: rapport introductif. In.: BOFFA, Romain (Coord). **L'avenir du droit des biens**. Paris; LGDJ, 2016. p. 89-91.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003.

PÉRINET-MARQUET, Hugues (dir.). **Propositions de L'Associatin Henri Capitant pour une reforme du droit des biens**. Paris: Litec, 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 3. ed. Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

SMAYEVSKY, Miriam. **Los derechos reales em el Código Civil y**

Comercial de la Nacion. Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Los-derechos-reales-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-De-La-Nacion.-Por-Miriam-Smayevsky.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

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

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato.** 20. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

Recebido em: 22/07/2017

Aprovado em: 04/05/2018