

REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS REAIS: LANÇANDO O OLHAR SOBRE UM RAMO EM CRISE

THOUGHTS ABOUT THE CONCEPT OF PROPERTY RIGHTS: AIMING A BRANCH IN CRISIS

Henry Gabriel Colombi Barbosa Ferreira*

RESUMO

O presente artigo busca trazer algumas reflexões teóricas acerca da conceituação doutrinária dos direitos reais como espécie de direitos subjetivos patrimoniais. O trabalho justifica-se em razão da escassez de aprofundamento teórico acerca do tema. Traz-se a perspectiva histórica dos antecedentes da figura, desde o direito romano, passando pela Idade Média até a recepção da Teoria Realista pelo Código Napoleão. Expõe-se, então, o conceito trazido pela Teoria Personalista, o primeiro a cientificamente identificar os direitos reais com a teoria dos direitos subjetivos. Por fim, são trazidas as críticas contemporâneas à Teoria Personalista, como ênfase na proposta de José de Oliveira Ascensão, que sugere um critério estrutural-funcionalista que permite isolar, dentre os direitos subjetivos patrimoniais, os direitos reais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil. Direitos Reais. Relações Jurídicas. Direitos Subjetivos.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Antecedentes históricos e a teoria realista. 2. O desenvolvimento da noção de direito subjetivo e a teoria personalista. 3. Críticas à teoria personalista e a proposta de José de Oliveira Ascensão. Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: COLOMBI, Henry. Reflexões sobre o conceito de direitos reais: lançando o olhar sobre um ramo em crise. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 4, n. 2, Porto Alegre, p. 104-121, dez. 2019.

ABSTRACT

This article aims to bring some theoretical reflexions concerning the doctrinal concept of property rights. The effort justifies itself by the lack of detailed studies about the topic. First, it is presented an historical perspective of the institute's antecedents, returning to roman law, passing by the middle ages, until its reception, as Realist Theory, by the Code Napoléon. It is so presented the concept brought by the Personalist Theory, the first one to scientifically identify property law with the theory of subjective rights. At last, some contemporary criticism to the Personalist Theory are brought, with emphasis to José de Oliveira Ascensão's proposal, which suggests a structural-functionalist criterion that allows to isolate, between patrimonial subjective rights, those ones which can be categorized as property rights.

KEYWORDS

Private Law. Property Rights. Legal Relationships. Subjective Rights.

INTRODUÇÃO

A conceituação dos direitos reais é tarefa que poucos doutrinadores brasileiros tentam levar a cabo de maneira detida.¹ De modo amplo, as construções teóricas sobre os direitos

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, 2019). Mestrando em Direito (UFMG). Advogado.

¹ O recorte do trabalho limita-se à análise do estado da arte da doutrina brasileira. Não se afirma que na doutrina estrangeira se faça melhor exposição do tema. As observações de Ascensão a respeito indicam justamente o contrário, mas a verificação de suas afirmativas desbordaria o objeto do trabalho (ASCENSÃO, 1987).

reais nas obras gerais costumam ser tímidas e frequentemente são feitas a propósito da distinção entre estes e os direitos obrigacionais.² Trata-se de demonstração clara de que o ramo se ressentia de um desenvolvimento teórico autônomo, buscando-se apoiar nas formulações de seu gênero próximo para uma caracterização por exclusão.

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (2010) ressalta a escassez de produção sobre o tema e seu impacto sobre a qualidade dos estudos que, de uma forma ou de outra, se assentam sobre as bases teóricas pouco firmes dos Direitos Reais:

O civilista experimenta grande dificuldade ao trabalhar com os institutos do direito das coisas, e isto se deve em razão da ausência de sistematização de uma teoria geral que possa servir de apoio para o estudo específico de cada um destes temas, partindo de uma base comum que se aplique a todos. Na falta de tal suporte, os resultados colhidos terminam por ser casuísticos, quando não contraditórios entre si (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 39).

A afirmação do autor não poderia ser mais acertada. A inconsistência de uma base de apoio satisfatória para o âmbito dos Direitos Reais leva que os estudos específicos voltados a este tema não consigam prosperar de maneira estável.

Mais recentemente, algumas poucas obras monográficas dedicaram-se, no contexto jurídico brasileiro, a investigar, sob o prisma teórico, a conceituação dos direitos reais. Destacase as teses de doutoramento de Roberta Mauro Medina Maia (2013) e de Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (2010), acima citado, que serão aproveitadas no desenvolver do presente artigo. A disparidade é clara tendo em vista a pluralidade de estudos de relevo que se dedicam a temas teóricos do Direito Obrigacional. De fato, a observação que fez José de Oliveira Ascensão para o contexto português é também atual para o cenário brasileiro: “Direito das Coisas é um ramo que se pode, sem exagero, considerar em crise” (ASCENSÃO, 1968, p. 13).

Preliminarmente, é necessário precisar que a expressão “direitos reais” pode fazer referência tanto a uma categoria de direitos que se individualiza em meio ao gênero mais amplo dos direitos subjetivos quanto ao ramo do direito objetivo que a regula e à ciência que sobre ele se faz.³ O que releva para a análise proposta é a sua caracterização como espécie de direito

² As linhas teóricas dos manuais inevitavelmente tangenciam o assunto, verificando essas considerações com maior ou menor força desde as obras mais antigas às mais recentes. A propósito, remeta-se às obras: (PEREIRA, 2004, p. 21); (BEVILÁQUA, 2003, p. 304); (LOPES, 1964, p. 9); (BESSONE, 1988, p. 3-12); (GOMES, 2012, p. 7-20); (PEREIRA, 2011, p. 39); (FARIAS, 2015, p. 11).

³ Adota-se, para evitar ambiguidade, a grafia Direitos Reais – com iniciais maiúsculas – quando se refere ao ramo do direito objetivo e sua ciência e a forma minúscula – para se referir aos direitos reais como categoria interna dos direitos subjetivos. José de Oliveira Ascensão prefere atribuir ao ramo do direito objetivo a denominação de Direito das Coisas (1987, p. 18). A opção para o direito brasileiro não se demonstra tão adequada tendo em vista que a sistemática do Código Civil de 2002 parece sugerir que a lei atribui um sentido próprio à expressão “Direito das Coisas”, que parece designar um ramo mais amplo que congregaria as disciplina jurídica dos direitos reais e da posse.

subjetivo. Isso porque entende-se que os sentidos de Direitos Reais como ramo do direito objetivo e como ciência gravitam em torno de sua definição como direito subjetivo, razão pela qual, ao se precisar este sentido, os sentidos dos demais também se aproveitarão dessa contribuição.

Com intuito de lançar alguma luz sobre esse tema tão relevante e pouco explorado, o presente artigo se dividirá em três partes. A primeira será dedicada a uma retrospectiva histórica, abordando desde o direito romano até a recepção da Teoria Realista pelo Código Napoleão as figuras análogas ao que atualmente se compreende por direitos reais. A segunda procederá à apresentação da Teoria Personalista, a primeira a encarar o tema sob o viés científico, subsumindo os direitos reais à teoria do direito subjetivo. A terceira, então, mapeará a caracterização geral das críticas contemporâneas a essa teoria, com ênfase na proposta de José de Oliveira Ascensão. Derradeiramente, seguem algumas reflexões a título de considerações finais.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A TEORIA REALISTA

As primeiras noções de direitos reais, como é a regra nos temas civilísticos, vão procurar os autores nos antecedentes romanos,⁴ e veem naquele ordenamento a distinção existente entre a *actio in rem* e a *actio in personam* como fundamento remoto da distinção entre direitos reais e obrigacionais. No entanto, a presença de termos que remetam ao que presentemente se entende por direitos reais e de meios de defesa de posições substantivas que atualmente seriam a eles reconduzidas, não significa dizer que, já em Roma, essa categoria do pensamento jurídico se fazia presente.

Manlio Sargenti aponta que certamente já havia em Roma alguma noção substantiva de pertencimento de uma coisa a um sujeito e que o direito dispunha de meios de tutelá-la (1957, p. 746). No entanto, não se faz possível, na opinião do autor, transpor para as categorias dogmáticas modernas essas noções tão peculiares do pensar romano sem que se cometam graves distorções. Não se pode negar, no entanto, que as noções lançadas pelos romanos influenciaram as posteriores formulações que posteriormente viriam a culminar na concepção dogmática moderna que se tem da categoria dos direitos reais.

No caminho desse processo se põe o direito medieval, em cujo contexto é gestada a chamada teoria realista – ou clássica – dos direitos reais. Os juristas desse período buscaram

⁴ Assim o faz Roberta Mauro Medina Maia (2013, p. 32-35) bem como Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (2010, p. 15-21). A mesma pesquisa faz José de Oliveira Ascensão (1987, p. 527).

dar explicações acerca da natureza da posição substantiva que estaria subjacente à *actio in rem* romana. Os responsáveis pela efetiva transposição da *actio* romana para o campo substantivo – *jus* – foram os Glosadores (MAIA, 2013, p. 35-39). Essas construções foram sucessivamente adotadas pelos Comentadores e influenciaram posteriormente a disciplina dos direitos reais do próprio *Code Napoléon*, o qual eleva a propriedade – entendida como o domínio incondicionado da pessoa sobre a coisa – como o conceito fundamental do Direito Privado (MAIA, 2018, p. 35-39). A construção da teoria realista pode ser concebida como um processo, que se inicia com as ilações dos glosadores – que transpuseram a *actio* para o *jus* –, mas que se estrutura de maneira definitiva no contexto do *Code Napoléon*.

Explicado seu contexto histórico, importa mencionar o conteúdo da formulação estruturada. A teoria realista parte da compreensão dos direitos reais como poderes diretos e imediatos da pessoa sobre a coisa. Vale dizer, o titular exerce sobre a coisa suas faculdades – sua posição de domínio – independentemente da cooperação de terceiros. Sobre a teoria realista, disserta Caio Mário da Silva Pereira:

Para a doutrina realista, o direito real significa o poder da pessoa sobre a coisa, numa relação que se estabelece diretamente e sem intermediário, enquanto que o direito de crédito requer sempre a interposição de um sujeito passivo, devedor da prestação, independentemente de consistir esta na entrega de uma coisa, na realização de um fato, ou numa abstenção (PEREIRA, 1998, p. 2).

Por mais que sejam interessantes as buscas por fundamentos históricos, de uma estruturação teórica dos direitos reais propriamente ditos – como são compreendidos pela consciência jurídica contemporânea – somente se pode falar a partir do desenvolvimento da noção de direito subjetivo. Afinal, os direitos reais nada mais são do que uma espécie daqueles. Anteriormente à estruturação desta noção, mais adequado seria falar de uma noção substantiva de pertencimento – como Sargenti diz ser a dos romanos, guardadas, por óbvio, as devidas proporções – e não propriamente de direito real. A própria teoria realista, portanto, tendo em vista não se fundar em uma compreensão estruturada de direito subjetivo, não se prestaria a justificar propriamente o que hoje se entende por “direitos reais”.

Entende-se a ousadia da proposição, tendo em vista que a teoria realista – ou clássica – é apresentada pela doutrina como a primeira tentativa de explicação dos direitos reais, já tomada a expressão em sentido próprio. No entanto, pela linha de raciocínio que se desenvolve, tomando por base a noção de direito subjetivo, entende-se ser mais correto considerar a teoria realista um dado pertinente à formulação primitiva do que viria a se tornar a categoria dos direitos reais, o que somente se cogita com o advento da noção de direito subjetivo.

Por ter sido a noção de direito subjetivo operada pela pandectística calcada no pensamento kantiano, não havia um ambiente teórico suficiente desenvolvido para uma estruturação de direitos reais em sentido próprio à época da formulação da teoria realista. O próprio Windscheid, tido como o maior responsável pelo desenvolvimento do conceito de direito subjetivo, esposou da doutrina personalista nas primeiras versões da sua *Pandectas*. Apenas com o amadurecimento do entendimento do direito subjetivo e de suas implicações, o autor viu-se obrigado a adequar sua posição, neste particular, ao pensamento mais adequado ao sistema que o posterior desenvolvimento de sua própria obra possibilitou.⁵

2 O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO E A TEORIA PERSONALISTA

O direito subjetivo é um dos temas mais complexos da Teoria do Direito. Incontáveis teorias se prestam a explicá-lo, negá-lo ou reafirmar sua relevância. Sua origem, no entanto, pode ser com alguma facilidade precisada. Trata-se de um produto da modernidade (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 117-118). Seu *germen* se encontra nas renovações filosóficas que se operaram no século XVIII e reestruturaram o pensamento ocidental em torno dos valores da liberdade e igualdade formal. Especialmente relevantes são os pensamentos de Immanuel Kant que, com sua concepção de autonomia moral e da vontade ética da pessoa, influenciaram a primeira Pandectística, dando sustentação à formulação do conceito de direito subjetivo, dentre outros importantes conceitos fundamentais do Direito Privado (WIEACKER, 2004, p. 43). Essa importância do pensamento kantiano para o desenvolvimento do Direito Privado é apontada por Wieacker:

A Ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o direito privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral. Aqui se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação [...]. A isto corresponderam as grandes figuras do sistema do direito privado: o direito subjectivo como poder de vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjectiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no conceito; as pessoas colectivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas (WIEACKER, 2004, p. 717).

⁵ É o que relata José de Oliveira Ascensão (1987, p. 529, nota 1).

Kant formulou ele próprio uma doutrina do direito (KANT, 1853)⁶ na qual elabora uma noção de direito subjetivo como faculdade de obrigar – mediante coerção – lastreada na noção do direito como forma de coexistência dos arbítrios (BOBBIO, 1997, p. 71, 75-79; HECK, 2002). No entanto, o conceito de direito subjetivo que se introduziu e que se consagrou como clássico no âmbito jurídico não foi o diretamente proposto por Kant, mas sim o que foi formulado posteriormente pelos juristas pandectistas – nomeadamente Windscheid – com base em sua filosofia da autonomia moral da pessoa. É a formulação de Windscheid que é exposta nas obras introdutórias de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil como a teoria pioneira a buscar explicitar o conceito de direito subjetivo.⁷ A semelhança das formulações e a inspiração kantiana da construção pandectista é, no entanto, inegável, não sendo exagero afirmar que Kant seria o verdadeiro precursor da noção de direito subjetivo.

A partir do desenvolvimento desse conceito, foi possível elaborar uma definição de direito real mais consistente (MAIA, 2013, p. 39). O responsável pela crítica à teoria realista e por lançar as bases do que viria a se tornar a teoria personalista é ninguém menos do que o próprio Kant. O autor, em sua obra Elementos Metafísicos da Doutrina do Direito (1853),⁸ expõe que “a definição ordinária do direito sobre uma coisa (*jus reale, jus in re*), a saber ‘o direito *contra todos os possuidores desta coisa*,’ é uma boa definição do nome” (KANT, 1853, p. 88)⁹ e então indaga, desafiando a posição realista:

Mas o que é que faz eu poder reivindicar uma coisa exterior em relação a qualquer um que seja o detentor e o constranger (*per vindicationem*) a me reestabelecer na posse? Esta relação jurídica exterior seria uma relação *imediate* do meu arbítrio [no sentido de vontade] a uma coisa corporal? (KANT, 1853, p. 88).¹⁰

No entanto, partindo-se do pressuposto que lhe parece incontornável de que a todo direito corresponde uma obrigação, o filósofo conclui que, nesta situação, se estabeleceria uma

⁶ Trata-se da primeira parte da obra “Metafísica dos Costumes”, intitulada “Doutrina do Direito”.

⁷ Nesse sentido procedem no campo da Introdução ao Estudo do Direito: Miguel Reale (2004, p. 251); Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 118-119); A. L. Machado Neto (1988, p. 155). No campo da introdução ao Direito Civil se delongam no tema, adotando a referida posição: Orlando Gomes (2010, p. 8); Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 27-28).

⁸ Trata-se da primeira parte da Metafísica dos Costumes escrita pelo filósofo alemão. Os excertos adiante colacionados foram traduzidos pelo autor de maneira livre com base na tradução francesa de Jules Barni, *Éléments Métaphysiques de Doctrine du Droit*, publicado pela livraria Auguste Durand, a qual está disponível no portal on-line “Gallica” da Bibliothèque Nationale de France. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6571553h/f12.vertical>>. Acesso em fevereiro de 2018.

⁹ No original: “*La définition ordinaire du droit sur une chose (jus reale, jus in re) à savoir ‘le droit envers tout possesseur de cette chose,’ est une bonne définition de mot*”.

¹⁰ No original: “*Mais qu’est-ce qui fait que je puis revendiquer une chose extérieure auprès de quiconque en serait le détenteur e le contraîne (per vindicationem) à m’en remettre en possession? Ce rapport juridique extérieur serait-il un rapport immédiat de mon arbitre à une chose corporelle*”.

relação jurídica entre pessoa e coisa, estando a própria coisa obrigada em relação ao titular de direito real sobre ela. E bem pontua que “é absurdo conceber a obrigação de uma pessoa em relação a uma coisa e *vice-versa*” (KANT, 1853, p. 88).¹¹ Nesse sentido, inserido dentro de sua metafísica moral, estrutura um pensamento pelo qual toda a comunidade de indivíduos em um estado civil – no sentido de sociedade estatal organizada – seria possuidora comum de todas as coisas e, pela vontade comum, permitiriam a constituição de um direito de aproveitamento particular em relação a uma coisa em favor de cada indivíduo, obrigando os demais a se abster de molestá-lo.

As ideias de Kant exerceram grande influência sobre a Pandectística, a qual formulou e divulgou no seio do meio jurídico a corrente que ficou conhecida como teoria personalista, assentada na noção do direito real como relação jurídica absoluta que vincula a coletividade a uma “obrigação passiva universal” negativa de respeitar a posição do titular. Sobre a teoria personalista, discorre Orlando Gomes:

Impressionados com a sustentada inexistência de uma relação jurídica entre pessoa e coisa, muitos autores adotaram a teoria personalista, segundo a qual os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, como os direitos pessoais. A diferença está no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal, esse sujeito passivo – o devedor – é pessoa certa e determinada, no direito real, seria indeterminada havendo, neste caso, um obrigação passiva universal, a de respeitar o direito – obrigação que se concretiza toda vez que alguém a viola (GOMES, 2010, p. 3).

A teoria personalista, ao vincular direitos reais e relação jurídica absoluta coloca nesses termos a clássica distinção entre aqueles e os direitos de crédito. Enquanto os direitos reais constituem uma obrigação universal de conteúdo negativo – dever de abstenção –, a qual detém um polo passivo indeterminado e um polo ativo ocupado pelo titular, os direitos de crédito são obrigações relativas, nas quais ambos os polos são bem determinados – credor e devedor.

A teoria personalista consubstancia a maior representação do pensamento liberal no que concerne ao campo dos Direitos Reais. Isso se infere tanto de seu artífice, maior expoente do iluminismo liberal alemão, quanto do teor de suas ideias, fundadas em uma “vontade comum” da sociedade, trazendo as conhecidas ideias de um contrato social, assentado na igualdade formal dos indivíduos.

Como todo o produto do liberalismo filosófico e econômico que se manifesta no Direito Privado, será também a teoria personalista submetida a severas críticas das doutrinas posteriores. E assim como a doutrina realista foi por ela desbancada, a doutrina personalista, após

¹¹ No original: “Il est donc absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses et réciproquement”.

ser tida por verdade incontestada, “do ponto de vista filosófico, a merecer aplausos” (PEREIRA, 1998, p. 3), passa a ser alvo de críticas pelas doutrinas mais modernas. E cada uma delas, em verdade, antes de desabonarem, engrandecem o primeiro artífice da teoria personalista, Immanuel Kant, que sobretudo valorizava o pensar autônomo.

3 CRÍTICAS À TEORIA PERSONALISTA E A PROPOSTA DE JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

A teoria personalista foi confrontada em vários flancos. Figuras intermediárias, como as obrigações *propter rem* e os ônus reais, ambos fazendo derivar do direito real não um dever de abstenção, mas um dever positivo de prestar não se enquadravam na explicação personalista. A evolução científica do direito demonstrou a existência de novas figuras que, a par de serem absolutas, não se podiam reduzir aos direitos reais – os direitos da personalidade. A percepção da heterogeneidade dos direitos reais ensejou questionamentos acerca de sua unidade, levando a crer que seu elemento unificador seria externo, apenas uma “força” mais intensa derivada de sua publicidade.

Posteriormente, sobretudo com o surgimento da questão da responsabilidade do terceiro cúmplice pela violação do crédito, a linha do que seria absoluto e do que seria relativo se tornou embaçada, pois tanto em relação ao direito real quanto ao direito de crédito haveria uma obrigação passiva universal, ou melhor, um dever geral de abstenção derivado do próprio princípio do *neminem laedere*. Pode-se dizer que as doutrinas modernas, animadas pelo propósito de reavivar as estruturas tão arcaicas dos direitos reais, se preocuparam antes de um esforço crítico de desconstrução.¹² A reformulação do conceito ficaria para depois. E aí se insere a obra de José de Oliveira Ascensão (1987),¹³ o qual, para os fins deste trabalho, será adotado como marco teórico para o conceito de direito real, pois oferece a formulação que se entende mais acurada e consistente.

O autor propõe-se à elaboração de uma teoria geral dos direitos reais. Em sua obra “Direito Civil: Reais”, à qual se somam outros livros e artigos sobre temas de Direitos Reais,

¹² Para mais detalhes da crítica às teorias personalistas que se desenvolveram no direito contemporâneo, que aqui não serão pormenorizadamente analisadas, remete-se às obras de Roberta Mauro Medina Maia (2013, p. 44-60) e de Orlando Gomes (2010, p. 2-7).

¹³ O autor refere-se ao conceito de direitos reais tanto no capítulo VI da parte introdutória da obra, quanto no apêndice I do livro. Faz-se aqui uma síntese do seu pensamento, abstenendo-se de referir às páginas específicas, salvo citação direta, pois sua ideia é construída de maneira discursiva e exemplificativa ao longo de toda a obra, não sendo possível individualizar as passagens sem perda.

oferece uma estruturação consistente que, por mais que seja elaborada tendo em vista o ordenamento português, o qual apresenta diferenças de relevo em relação ao sistema brasileiro, pode ser tomada – com os devidos cuidados – para a investigação a que se propõe. É necessário acentuar que a distinção mais dramática entre os ordenamentos português e brasileiro diz respeito à forma de transmissão de direitos reais. O direito lusitano, rendendo-se à influência do Código Napoleão, aderiu ao sistema de transmissão *solo consensu* ao passo que o direito brasileiro seguiu fiel ao sistema romano de transmissão, que somente se opera com a tradição ou com a transcrição (NACATA, 2015).

Ascensão, congregando as críticas e formulações das doutrinas que se seguiram à teoria personalista, elabora um conceito estruturalista-funcional. Distinguindo dentre os demais direitos subjetivos, define os direitos reais como: “direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito” (ASCENSÃO, 1987, p. 56). O autor, para individualizar os direitos reais, vale-se de três diferentes critérios. Dois de viés estrutural: a absolutidade e a inerência; e um de viés funcional: a afetação funcional da coisa aos interesses de um sujeito. E demonstra, ao largo de sua exposição, que cada um deles é necessário para que se individualize o “verdadeiro sentido” dos direitos reais como categoria de direitos subjetivos aos quais a lei dá regramento específico.

As doutrinas personalistas empenharam todos seus esforços na construção da noção de direitos reais como direitos absolutos, e nesses termos reestruturou-se a dicotomia cujas raízes remotas remontavam à Roma entre aqueles e os direitos de crédito. Essa contribuição é da maior relevância. Por mais que tenha havido críticas às formulações personalistas, jamais se contestou que os direitos reais são absolutos. Antes, buscou-se confrontar a distinção conferindo aos direitos de crédito a absolutidade. No entanto, do que as teses personalistas não se dão conta é que no universo dos direitos absolutos se incluem mais direitos subjetivos do que simplesmente os direitos reais. Logo, as explicações relativas à obrigação passiva universal, ainda que fossem corretas, se prestariam a caracterizar não os direitos reais como espécie, mas o gênero mais compreensivo dos direitos absolutos, nos quais se incluiriam também os direitos da personalidade e os direitos autorais.

Logo, para individualizarem-se os direitos reais faz-se necessário adicionar um outro critério, a somar-se ao da contraposição absolutidade/relatividade, a fim de reduzir ainda mais esse espectro. Esse critério, claramente baseado nas formulações de Michele Giorgianni (1957), Ascensão vai buscar na noção de inerência do direito à coisa.

No entanto, esses dois cortes estruturais ainda não se demonstram suficientes para uma definição compreensiva, pois, do mesmo modo em que há direitos absolutos que não sejam

reais, há direitos inerentes que tampouco o são. É o caso, por exemplo, das obrigações *propter rem*, que, apesar de serem inerentes a uma coisa, refere-se a um modo mediato de determinação do polo passivo de um crédito. Ascensão chega a reconhecer que a confluência entre absolutidade e inerência acaba por compreender todos os direitos reais. No entanto, esse conceito seria puramente estrutural, não trazendo todas as cores de um conceito completo (ASCENSÃO, 1987, p. 65). Por esta razão, traz um novo elemento, de cunho funcional, que consolida a categoria autônoma dos direitos reais: a afetação funcional a da coisa aos interesses do sujeito.

Buscou-se demonstrar apenas as linhas gerais das razões que levaram Ascensão a elaborar seus conceitos fundados em três critérios. Adiante, serão aprofundados cada um deles na concepção conferida pelo autor. Pensa-se que os três critérios podem ser empregados como instrumento de categorização escalonada a fim de identificar no ordenamento jurídico os direitos subjetivos que detém caráter real. Desta forma, tem-se uma ferramenta útil para analisar situações jurídicas trazidas pelas inovações legislativas a fim de qualificá-las no que tange à sua realidade. Desse modo, é possível saber se a elas se aplicam as disposições legais que visam a regulamentar os direitos reais de modo geral, em outras palavras, se acaso se submetem à tão pouco desenvolvida – mas decerto existente e necessária – Teoria Geral dos Direitos Reais. Não é outra a intenção do autor ao traçar esses critérios:

[...] a utilidade principal do conceito de direito real está em ele corresponder a uma figura e a um regime legal. Há ínsita na lei, como dissemos, uma noção de direito real, a que é atribuído um determinado regime. É essa a noção que é necessário captar (ASCENSÃO, 1987, p. 53-54).

Portanto, importante ter consolidada a compreensão de cada um dos três critérios de categorização dos direitos reais.

1. *Os direitos reais como direitos absolutos.* Quanto ao critério da absolutidade, é necessário ter em mente que a concepção de Ascensão difere da formulada pela teoria personalista. Se toda a noção de direitos reais como direitos absolutos construída pelos pensamentos que seguiram a linha kantiana se funda em uma relação jurídica entre o titular e toda a coletividade, o autor rompe com essa perspectiva, negando o postulado mais fundamental do personalismo. Para ele, não corresponde a todo direito um dever e, portanto, não se trava entre o titular de um direito real e a coletividade uma relação jurídica (ASCENSÃO, 1987, p. 542).

A própria noção de relação jurídica de polo passivo indeterminado parece a Ascensão inadmissível, pois, ao seu ver, “toda relação é a ordenação dum ente a outro ente, na base de uma afinidade que entre eles se descobre” (ASCENSÃO, 1987, p. 539), devendo ser esses

entes determinados. Nesse sentido, o que se diz acerca de serem os direitos reais absolutos significa atribuir-lhes a característica de não serem relativos (ASCENSÃO, 1987, p. 56), o que é justamente o oposto do que concebia a teoria personalista.

A relatividade diz respeito ao direito que é assentado em uma relação jurídica, cujo elemento básico se encontra em um esquema de sujeitos determinados submetidos a um vínculo recíproco. O que podem fazer valer em juízo estes sujeitos no contexto de uma relação jurídica são as razões particulares que têm referentes à sua contraparte. Assim é o crédito na relação credor-devedor. Nos direitos absolutos a lógica não se aplica. O que há nesta categoria é uma situação fática que recebe tutela do ordenamento. Por esta razão, em juízo, não se invocam razões particulares em razão de um sujeito determinado pelo esquema de uma relação jurídica. As razões são gerais, determinadas pelo ordenamento. Assim são os direitos reais, mas também o são os direitos da personalidade. O ordenamento protege a situação de ser pessoa e garante sua dignidade, independentemente dos demais indivíduos que possam influir neste quadro. Por esta razão, pode ser feita valer em juízo a proteção à pessoa, independentemente das razões particulares que o lesado tenha contra o lesante, ou *vice-versa*. O mesmo opera-se com o titular de um direito real.

Os direitos absolutos consubstanciam, assim, ao invés de relações, situações jurídicas. Decorrem de uma *valoração socialmente relevante* que a ordem jurídica opera ao atribuir os bens aos sujeitos. Sobre os direitos reais como direitos absolutos explica o autor:

A atribuição das coisas, sendo embora sempre socialmente relevante, não se faz relacionando entre si um número determinado de sujeitos, a quem se outorgam posições correlativas. Faz-se atribuindo a um sujeito ou a sujeitos dados um domínio reservado de actuação, que todos os outros têm que respeitar (ASCENSÃO, 1987, p. 542).

De relação jurídica no campo dos direitos reais cogita-se somente no caso de uma situação ser ameaçada ou violada. Apenas diante dessa contingência nasce uma relação jurídica de polos bem determinados, a que se trava entre o titular e o ofensor. Trata-se, no entanto, de algo accidental, que foge à estruturação básica do direito real. Nas palavras de Ascensão “a relação surge acessoriamente na vida destes direitos, mas não é constitutiva deles” (1987, p. 57).

2. *Os direitos reais como direitos inerentes a uma coisa.* A inerência aparece como o segundo critério distintivo dos direitos reais dentre os direitos subjetivos. Significa dizer que o direito real se incorpora à coisa que lhe é objeto de modo tão firme que permanece a coisa vinculada ao seu titular a despeito de quaisquer circunstâncias jurídicas ou materiais que a

envolvam. É Michele Giorgianni – responsável pela formulação do critério – que traz sua mais clara tradução. Para o autor, a inerência verifica-se:

[...] quando o ordenamento jurídico atribui, à descrita ligação funcional entre o poder e a coisa, a virtude de tornar possível ao titular a satisfação de seu interesse, qualquer que seja a essência da relação de fato ou de direito que envolve a coisa (GIORGIANNI, 1957, p. 742).¹⁴

Em síntese, Ascensão refere que a inerência importa que *a coisa continua a ser objecto do direito real mesmo que passe por mil mãos*. A doutrina mais clássica vale-se de uma esclarecedora descrição metafórica. Diz-se que os direitos reais se aderem à coisa *uti lepra cuti*, vale dizer, como a lepra à pele (GOMES, 2012, p. 20).¹⁵ A inerência à coisa, por vincular o direito real ao seu objeto, permite distingui-los dos demais direitos absolutos, pois não há como cogitar um direito da personalidade ou autoral que seja inerente a uma coisa, pois as coisas não lhes tocam a estrutura. Mas, para além disso, reforçam a distinção operada entre os direitos reais e os direitos de crédito.

Esse critério, conforme já referido, foi formulado por Michele Giorgianni. O autor, no entanto, entende ser este o critério definitivo para distinguir dentre o universo dos direitos subjetivos os direitos reais (GIORGIANNI, 1957, p. 751).¹⁶ José de Oliveira Ascensão, lado outro, apesar de se assentar incondicionalmente nas formulações teóricas de Giorgianni no que diz respeito à caracterização da inerência como critério, entende necessário justapô-la a dois outros para uma identificação completa dos direitos reais em meio aos direitos subjetivos.

A categoria da inerência permitiu a Giorgianni (1957, p. 748-753) estabelecer a distinção entre os direitos reais de gozo e os direitos creditícios, cuja prestação consiste em garantir à contraparte o gozo de uma coisa própria. Trazendo para o plano concreto, como diferenciar um usufruto de um comodato ou de uma locação – abstraindo dessa última o fato de ser onerosa? Sabe-se, e a tradição jurídica que remonta aos romanos indica, que, enquanto o como-

¹⁴ No original: “[...] quando l’ordinamento giuridico attribuisce, al descritto collegamento funzionale tra il potere e la cosa, la virtù di rendere possibile al titolare il soddisfacimento del suo interesse, qualunque sia l’essenza dei rapporti di fatto o giuridici che involgeranno la cosa”.

¹⁵ O autor emprega a metáfora a propósito da sequela. No entanto, como bem aponta Ascensão, a sequela é uma consequência da inerência. A vinculação *uti lepra cuti* é a inerência, a sequela é o efeito que dela decorre, trata-se do poder que tem o titular do direito real de satisfazer os interesses para os quais a coisa lhe foi adaptada a despeito de quaisquer relações jurídicas que a ela se sobreponham (ASCENSÃO, 1987, p. 57, nota 1, p. 553).

¹⁶ Nas palavras do autor: “A nostro avviso, la qualifica di diritto reale costituisce invece il risultato di un’altra e diversa classificazione dei diritti patrimoniali. Oltre che in base alla diversità della struttura del potere concesso al titolare, è infatti possibile esaminare e classificare i diritti patrimoniali da un altro punto di vista; e cioè da quello che riguarda il collegamento e la inerenza del potere del titolare rispetto ad una cosa”.

dato e a locação são direitos obrigacionais, o usufruto é direito real, nesse sentido, basta perquirir a colocação desses tipos no sistema de divisão em livros do Código Civil. Enquanto o comodato (art. 579 e ss.) e a locação (art. 565 e ss) estão situados no livro do Direito das Obrigações, o usufruto (art. 1.390 e ss.) é elencado como um dos tipos contemplados no livro dos Direitos das Coisas. No entanto, de um ponto de vista mais imediato, parece não haver diferença, tendo em vista que qualquer uma das três figuras garante um direito de gozo sobre a coisa que lhe constitui objeto.¹⁷ A diferença está no fato que, enquanto no usufruto esse direito de gozo é inerente à própria coisa, no comodato e na locação não o são. Desta maneira, as circunstâncias que envolvem a coisa não afetarão o usufruto. Sendo a coisa alienada, por exemplo, a propriedade transfere-se, mas o usufruto, inerente à coisa, não é afetado.

No caso do comodato e da locação, no entanto, por serem eles circunstâncias que envolvem a coisa, havendo alienação, suas existências não obstarão que o proprietário se valha da seqüela, pondo fim ao gozo do locatário ou comodatário sobre a coisa, que só poderão buscar a reparação contratual contra o antigo locador ou comodante pelo inadimplemento. Isso porque, não obstante serem referentes à coisa, não são a ela inerentes.¹⁸

3. *Os direitos reais como direitos funcionalmente dirigidos à afetação de uma coisa aos interesses de um sujeito.* Trata-se do último critério apresentado por Ascensão para individualizar os direitos reais dentre os direitos absolutos. Diferentemente dos dois primeiros, não se refere à estrutura, mas sim à funcionalidade dos direitos reais. O próprio autor admite que uma distinção suficiente dos direitos reais em meio aos direitos subjetivos poderia ser feita apenas com os dois critérios estruturais. Isso porque, ainda que haja direitos subjetivos que são absolutos, mas não são reais, e direitos subjetivos que são inerentes, mas não são reais, não haveria direito subjetivo que fosse absoluto e inerente que não seja real (ASCENSÃO, 1987, p. 65).

No entanto, o autor elabora este último critério com base na diferenciação de direitos inerentes que não são reais. Há direitos que se vinculam à coisa que, no entanto, a elas se referem unicamente a fim de determinar de forma mediata o sujeito passivo de uma obrigação. É o caso das obrigações *propter rem*. Não são elas direitos reais. Para que consubstancie um

¹⁷ Objeto imediato do usufruto e objeto mediato do comodato e da locação, nos quais os objetos imediatos são as prestações de deixar à contraparte o gozo da coisa.

¹⁸ Coisa diversa procede na locação imobiliária urbana por prazo determinado na qual haja se estipulado cláusula de vigência e que tenha sido registrado no Registro de Imóveis, nos termos do art. 8º da Lei de Locações (Lei nº 8.245/91) e 167, I, 3, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73). Neste caso, pela cláusula de vigência, a determinação do prazo e o registro, o direito do locatário passa a ser inerente a coisa. Ainda que “passe por mil mãos”, pode o locatário fazer valer contra qualquer que seja, independentemente das circunstâncias, seu direito de permanecer até o termo da locação. Que outra conclusão que não considerar a locação com cláusula de vigência registrado um direito inerente e, por ser também absoluto e funcionalmente afetado aos interesses do locatário, um direito real?

direito real o direito inerente – e absoluto – deve ser funcionalmente dirigido à afetação de uma coisa aos interesses de um sujeito. Ou seja, deve atribuir ao titular a satisfação de um interesse que será suprido pela coisa.

Considerado esse critério de forma abstrata, parece correto, porém, de uma obviedade que dispensa consideração ou já abrangido pelo conceito de inerência. O direito real só faz sentido se seu titular puder aproveitar-se da coisa, seja dela gozando diretamente, seja utilizando-a como garantia de obrigações ou assegurando a expectativa do titular ter a coisa em seu poder.¹⁹ É esta a função do direito real, afetar a coisa aos interesses da pessoa. É por esta razão que a distinção é feita a propósito dos direitos inerentes não reais, pois nesse campo a linha é tênue. Essa tensão estabelece-se internamente a algumas figuras categorizadas como ônus reais. Trata-se de um dos temas de direitos reais que mais ensejam discussões na doutrina. Uma boa noção de ônus reais traz Orlando Gomes, são eles “prestações periódicas devidas pela pessoa que está no gozo de certo bem, enquanto o desfruta” (GOMES, 2012, p. 20).

Na visão de Ascensão, alguns ônus reais seriam direitos reais e outros não o seriam, apesar de serem inerentes a uma coisa. A distinção seria justamente a afetação funcional da coisa aos interesses do titular. Nas obrigações *propter rem*, na qual o credor dos créditos inerentes aos imóveis seria mero titular de uma obrigação mediatamente determinada por um direito real de gozo de uma coisa, e não o beneficiário de um direito real ter-se-ia um direito inerente, que, por sua vez, não seria real. Coisa diversa passaria com o beneficiário da demídia, no direito real de colônia.²⁰ Por esse ônus o titular faz jus a receber uma percentagem dos frutos da terra onerada. Portanto, participa do aproveitamento da terra, o que vale dizer que a coisa está funcionalmente afetada aos seus interesses (ASCENSÃO, 1987, p. 64).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto é possível perceber que, apesar do tratamento superficial que tem dedicado a doutrina brasileira, o tema da conceituação dos direitos reais é fecundo e complexo. De fato,

¹⁹ Direitos reais de gozo, garantia e aquisição, respectivamente.

²⁰ A colônia é um direito real peculiar à realidade portuguesa, que, no entanto, foi já abolida naquele país. Sua estrutura peculiar, no entanto, faz conservar o interesse científico no seu estudo. O direito de colônia consiste em um direito real limitado. Por ele o proprietário confere ao colono o direito de gozo sobre o solo e a este também pertencerão as benfeitorias que houver feito sobre o solo. O proprietário segue, no entanto, participando do aproveitamento da coisa, pois faz jus a uma percentagem dos frutos que advierem da terra a ser paga periodicamente. Essa prestação constitui um ônus real – pois ensejado por um direito de gozo correlato, a colônia – denominado demídia. Não se alterou o exemplo, fundado sobre um direito real estranho ao ordenamento pátrio, pois não se identificou direito real que semelhantemente constitua um ônus real que represente ele mesmo um direito real, por importar no aproveitamento da própria coisa. A explicação retira-se de José de Oliveira Ascensão (1987, p. 577-579).

a ordenação de qual tipo de direito subjetivo se submeterão ou não à regulação legalmente destinada aos direitos reais são totalmente dependentes do conceito adotado.

A exemplo, tem-se as obrigações *propter rem*, que em uma categorização baseada na inerência, conforme propõe Michele Giorgiani, seriam direitos reais, ou os direitos da personalidade que, defrontados com a insuficiente conceituação personalista tradicional, seriam qualificados como direitos reais, em um total contrassenso, apenas por deter natureza absoluta. Lado outro, categorias tradicionalmente identificadas com o ramo dos Direitos Reais seriam excluídas em uma consideração realista, que a compreende como poder direto e imediato sobre a coisa, como é o caso da hipoteca, no qual o titular do direito real não exerce qualquer poder direto e imediato sobre a coisa hipotecada.

Por esta razão, tendo em consideração as críticas ao conceito realista e, posteriormente, ao conceito personalista de direitos reais, identifica-se como mais completa e satisfatória a definição estrutural-funcionalista de José de Oliveira Ascensão, que conceitua direitos reais como sendo “direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito” (ASCENSÃO, 1987, p. 56).

O debate, no entanto, aqui não se encerra, pretendendo-se a presente contribuição ser apenas um início de discussão. A uma, por ser a proposta de José de Oliveira Ascensão moldada tendo em vista o contexto do ordenamento jurídico português, são necessários maiores aprofundamentos a fim de que se assegure que sua estruturação não esbarra em alguma peculiaridade porventura aqui desconsiderada do direito pátrio. A duas, apesar de precisa e bem estruturada, a proposta de Ascensão conta com mais de trinta anos de formulação, sendo necessário que se aprofunde a pesquisa a fim de avaliar a pertinência de suas construções ao contexto atual, sobretudo no que concerne ao advento das novas tecnologias e das novas formas de uso e aproveitamento de bens corpóreos, os quais, afinal, constituem o *locus* de regulação dos direitos reais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. *A Relação Jurídica Real no Direito Contemporâneo*: por uma teoria geral do direito das coisas. 2010. 169f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais*. 4ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora LTDA, 1987.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Vol. I. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait, ver. Estevão Rezende Martins. 4ª ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. V. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GIORGIANNI, Michele. Diritti Reali (Diritto Civile). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. V. Turim: UTET, 1957.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HECK, José N. Direito Subjetivo e Dever Jurídico Interno em Kant. *Kant e-prints*. Campinas, vol. I, nº 4, p. 1-16, 2002.

KANT, Emmanuel. *Éléments Métaphysiques de Doctrine du Droit*: première partie de la Métaphysique des mœurs. Trad. Jules Barni. Paris: Auguste Durand, 1853.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: O que é o Esclarecimento?. Trad. Luiz Paulo Rouanet. *Cátedra Unesco UnB*. Disponível em: <https://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/04/Immanuel-Kant.-O-que-%C3%A9-esclarecimento.pdf>. Acesso em fevereiro de 2018.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. VI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NACATA JUNIOR, Edson Kiyoshi. Tradição romanista e soluções de continuidade no direito obrigacional brasileiro: a eficácia translativa do contrato no Projecto de Joaquim Felício dos Santos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, vol. 5, ano 2, p. 35-68, out.-dez. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 24ª ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. I. Ed. fac-símilar. Prefácio de Sálvio de Figueiredo. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARGENTI, Manlio. Diritti Reali (Diritto Civile). Vol. V. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: UTET, 1957.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

Recebido em: 15/10/2018

Aceito em: 02/12/2019

