

*A relação jurídica de direito real e a
relação jurídica de direito obrigacional.
Obrigação Propter Rem. O condomínio
de fato, irregular ou atípico, e a
obrigação de rateio das despesas.*

ANTONIO CARLOS DE SÁ*

*INTRODUÇÃO. I. A RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO
SUBJETIVO. CLASSIFICAÇÕES. II. ORIGEM HISTÓ-
RICA DA DISTINÇÃO: O DIREITO ROMANO E O
DIREITO INTERMÉDIO. III. AS TEORIAS QUE PRO-
CURAM EXPLICAR A DISTINÇÃO. IV. CRITÉRIOS
DE DISTINÇÃO. V. OBRIGAÇÕES PROPTER REM E
OUTRAS FIGURAS HÍBRIDAS. VI. O CONDOMÍNIO
DE FATO E O PROBLEMA DA OBRIGATORIEDADE
DE CONTRIBUIR PARA AS DESPESAS COMUNS. VII.
CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.*

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, tentarei fazer algumas observações e trazer alguns dados que nos permitam analisar esta difícil distinção, comumente apresentada pela doutrina como aspecto vinculado à própria essência das obrigações,¹ entre os denominados direitos de crédito ou pessoais, de um lado, e os direitos reais, de outro. Da mesma forma, e como corolário desta primeira análise, adentrarei no exame da chamada obrigação *propter rem*.

* Procurador do Município do Rio de Janeiro.

1 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil, II, 6. ed., Rio: Freitas Bastos, 1995. p. 17.

Longe de outorgar foros de definitividade às questões propostas, cumpre-me, em verdade, trazer a lume as nuances que envolvem o problema, estabelecendo alguns pontos de partida, segundo diversos entendimentos, possibilitando, após as idéias que serão aqui colhidas, um futuro e mais profícuo desenvolvimento do tema, atendendo a um escopo essencialmente provocativo.

Pretendo iniciar esta árdua tarefa partindo do conceito de relação jurídica, passando pela caracterização do direito subjetivo e suas classificações, com o fito de demonstrar a origem da distinção ora em debate.

Em seguida, imperioso volvermos à infância do direito, objetivando identificar a possível origem da distinção no direito romano, estabelecendo uma breve evolução histórica do tema, para, logo após, mergulharmos nas várias teorias que pretenderam – e pretendem – definir a questão.

Após oferecer algumas das tendências mais modernas a respeito do assunto, e sem perder o passo, segue-se o exame da denominada obrigação real, quase que resultado da própria dificuldade em que se constitui o estabelecimento de lindes seguros para os conceitos de “direitos de crédito” e “direitos reais”.

Ao final, então, tema atual, pinçado da práxis, e que está a gerar controvérsia, não tendo ainda merecido o devido tratamento por parte da doutrina e da jurisprudência, não existindo até o momento uma orientação segura.

I. A RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO SUBJETIVO. CLASSIFICAÇÕES.

Como já alertado anteriormente, há que se zarpar para esta aventura de uma análise, ainda que sumária, da relação jurídica e dos institutos correlatos advindos deste exame, justo porque constituem o germe da distinção em tela. Não pretendo, à evidência, investigá-los sob seus vários prismas porque estaria a me afastar demais da proposição em debate. Limitar-me-ei, portanto, a traçar noções básicas, apenas com o fito de possibilitar o esboço de um raciocínio a ser seguido ao longo do trabalho.

O homem, em sua vida social, relaciona-se com seus semelhantes e estabelece relações de dois tipos, basicamente: relações de cooperação e relações de concorrência. Os homens estão em relação de

cooperação quando os seus esforços se conjugam na obtenção de um resultado comum, e estão em relação de concorrência quando cada um deles persegue, de per si, um mesmo objetivo, sem aquela conjugação de esforços. Exemplo da primeira hipótese pode ser a compra e venda, em que um colabora entregando o objeto e ou outro pagando o preço estabelecido. Já a relação entre vizinhos serve para exemplificar a relação de concorrência, pois um não ajuda em nada o outro, cada um quer gozar os seus respectivos direitos de propriedade de forma plena, que nascem e se desenvolvem paralelos, jamais se encontrando.²

Estas relações que os homens estabelecem entre si são infinitas; contudo, se constituem em relação jurídica apenas aquelas relações sociais qualificadas pela norma jurídica.

Constata-se, de plano, que, segundo este ponto de vista, a relação jurídica é sempre uma relação social, ou seja, uma relação entre os homens — intersubjetiva. E, neste ponto, enxergando na relação jurídica o estabelecimento de um liame exclusivamente entre homens — e jamais entre homem e coisa —, deixo antever, desde já, o posicionamento por mim adotado dentre a plêiade de teorias que, pretendendo delinear a distinção entre direitos de crédito e direitos reais, serão mais adiante desafiadas.

A relação jurídica possui dois elementos: o direito e o dever. Em toda relação jurídica encontramos este elemento básico, denominado dever jurídico, e que é deduzido do comando da própria norma jurídica que qualifica aquela relação. Ou será o dever de fazer aquilo que a norma ordena, ou então o dever de respeitar os efeitos jurídicos da norma. Se o sujeito que está adstrito ao cumprimento deste dever procede diversamente, violando a norma, a este dever corresponde um direito da outra pessoa de exigir o seu cumprimento.³

A relação jurídica será simples ou complexa, na medida em que nela encontremos, respectivamente, apenas um direito a que corresponde um dever ou vários direitos e deveres. A relação de locação, por exemplo, é

2 DANTAS, *San Tiago*. Programa de direito civil, 3. ed., rev. e atualizada por Gustavo Tepedino ... [et al], Rio: Forense, 2001. p. 111.

3 Ibidem. p. 112-113.

complexa, pois tanto ao senhorio quanto ao locatário cumprem diversos direitos e deveres: ao locador cabe o dever de garantir o uso pacífico da coisa, ao que se contrapõe o direito do inquilino de exigir tal comportamento; de outra parte, ao locador é outorgado o direito de exigir o pagamento do aluguel, dever a que está adstrito o locatário.

O dever jurídico apresenta-se por meio de duas espécies de comportamentos: positivo (fazer) ou negativo (sofrer alguma coisa ou abster-se). O direito apresenta-se sob a feição de pretensão jurídica ou poder de exigir um daqueles comportamentos por parte de quem está adstrito ao dever. Esta pretensão jurídica se chama direito subjetivo.

Considerando que o *prius* na ordem jurídica é a norma e que o direito subjetivo é um *posterius*, uma emanção dela, podemos defini-lo utilizando a conceituação lançada por Manuel A. Domingues de Andrade, como “a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer) (...)”.⁴ De todo não destoa desta definição a conhecida assertiva formulada por Caio Mário da Silva Pereira quando, após conceituar o direito objetivo como o “comando estatal, a norma ditada pelo poder público”, refere-se ao direito subjetivo como a “projeção individual da norma”.⁵

Por outro lado, quanto ao dever jurídico, apropriando-nos, uma vez mais, da conceituação traçada por Manuel A. Domingues de Andrade, podemos dizer que neste, correspondendo ao direito subjetivo nos termos acima definidos, “o direito objectivo ordena ao respectivo sujeito (obrigado) que observe um dado comportamento positivo ou negativo (fazer ou deixar de fazer alguma coisa). Se o sujeito do dever procede diversamente, violando essa norma, o direito objectivo autoriza o titular do direito subjetivo a pedir o obter que sejam adoptadas contra aquele (...) determinadas providências coactivas (...)”.⁶

4 Teoria geral da relação jurídica, I, Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão). p. 3. Calha observar que a definição desse autor é, na verdade, mais extensa e inclui também os direitos potestativos; circunstância, contudo, que não invalida a importação do conceito relativo aos direitos subjetivos.

5 Instituições de direito civil, I, 10. ed., Rio: Forense, 1987 (1. ed., 1961). p. 11.

6 Op. cit. p. 16-17.

Há inúmeras situações criadas pela norma jurídica, em favor de uma pessoa, que se distinguem do direito subjetivo, especialmente o direito potestativo, a faculdade jurídica e a situação jurídica. Da mesma forma, habitualmente, são feitas algumas distinções entre o dever jurídico e outras figuras, alusivas ao estado de sujeição e ao ônus jurídico, estas, principalmente, para delimitar a concepção do termo obrigação. Não pretendo alongar-me aqui a diferenciar cada uma das mencionadas situações, cuja conceituação básica é de todos conhecida, pois que desbordaria do tema proposto, à exceção da situação jurídica, figura cujo delineamento será mais tarde retomado. Cabe apenas asseverar que a concepção de “obrigação” é aqui usada num sentido restrito ou técnico, como espécie de dever jurídico, para caracterizar as chamadas relações creditórias ou obrigacionais, em que há um vínculo jurídico patrimonial entre pessoas determinadas, por virtude do qual uma delas, o devedor, deve realizar uma dada atividade positiva ou negativa (prestação) em benefício de outra, o credor, que tem o direito de exigi-la, embora, não raras vezes, utilize-se a expressão como sinônimo de elemento passivo da relação jurídica.

Isto posto, passo a um aspecto em que a análise até aqui efetuada adquire ponto de confluência com o tema proposto. Trata-se da classificação dos direitos subjetivos. Também aqui não se pretende trazer à baila todos os critérios classificatórios adotados pela doutrina, mas aludir apenas àqueles que nos interessam de perto.

A primeira classificação que se pode realizar nos direitos subjetivos diz respeito à divisão entre direitos relativos e direitos absolutos. A distinção se dá sob o prisma do dever jurídico ou, por outra, da eficácia da relação jurídica. Quando o dever jurídico é imposto a determinadas pessoas, implicando na exigibilidade específica de uma prestação de alguém, temos o direito subjetivo relativo. Quando o dever jurídico toca à generalidade das pessoas, ou seja, possui eficácia universal, temos o direito subjetivo absoluto. Exemplo clássico de direito absoluto é a propriedade, em que há o proprietário como titular do direito, sendo portadores do dever jurídico a generalidade dos homens, dever este de se absterem de perturbar o senhorio. O mais claro exemplo de direito relativo é o de crédito, em que um determinado devedor está obrigado para com o credor por certa quantia.

Dividem-se os direitos absolutos em direitos da personalidade, cujo objeto está na personalidade do titular (a vida, a liberdade, a honra, o nome, etc.), e direitos reais, cujo objeto está no mundo exterior. Os direitos relativos podem ser, por um lado, de crédito ou pessoais,⁷ importando na exigibilidade de uma prestação relativamente a uma pessoa ou grupo de pessoas, e, por outro, de família, alusivos a deveres concernentes às relações familiares (pátrio poder, casamento, parentesco).

Sem embargo das nomenclaturas acima alinhadas, outra há que toma como critério a patrimonialidade, separando os direitos subjetivos em patrimoniais e extrapatrimoniais. Com base nesta sistematização, encontram-se compreendidos nos direitos patrimoniais os direitos reais e os direitos de crédito; já os direitos extrapatrimoniais abrangem os direitos da personalidade e os de família.

Sob o prisma desta última catalogação, dois grupos de direitos, cujo traço comum é a patrimonialidade, têm, ao longo do tempo, gerado controvérsia entre os juristas no que tange à sua efetiva distinção, por isso que, habitualmente, isolados para análise comparativa, em matéria de classificação dos direitos subjetivos. São eles os direitos de crédito e os direitos reais.

Digladiam-se os doutrinadores, desde o direito intermédio, na precisa delimitação destas suas espécies de direitos subjetivos, cuja relevância foi desde logo destacada, justamente por se encontrarem relacionados com o patrimônio, com as relações jurídicas que envolvem os bens economicamente apreciáveis, ocasionando, portanto, reflexos não apenas jurídicos, mas também, e principalmente, econômicos, por se vincularem umbilicalmente à satisfação de interesses deste naipe.

Assim, portanto, está situada a *vexata quaestio* ora posta em debate: a distinção entre os direitos de crédito e os direitos reais, critérios de classificação dos direitos subjetivos — e, mais, direitos subjetivos patrimoniais —, categoria que se constitui em um dos elementos essenciais da relação jurídica, contraposto ao outro elemento, o dever jurídico.

7 Caio Mário da Silva Pereira (cf. op. cit. p. 35) critica esta última denominação, direitos pessoais, salientando que, em verdade, “todo o direito é pessoal”, pois que exprime uma faculdade atribuída à pessoa de seu titular.

II. ORIGEM HISTÓRICA DA DISTINÇÃO: O DIREITO ROMANO E O DIREITO INTERMÉDIO

A noção de direito subjetivo, ponto de partida necessário, como visto, para a confeitura do conceito de direito real e de direito de crédito — e, portanto, da distinção entre estes —, não a conheciam os romanos. Pouco afeitos eram os romanos às abstrações, segundo notícia Schulz,⁸ asseverando Michel Villey⁹ que estes só teriam conhecido instituições jurídicas objetivas (*personae, res, actiones*), conquanto autores haja que refutem tal concepção, como o faz Pugliese,¹⁰ sustentando que os conceitos da teoria geral moderna devem servir para traduzir o direito romano em linguagem inteligível.

Realmente não fizeram os romanos, teoricamente, uma distinção entre o direito objetivo e o direito subjetivo, no entanto reconhece-se que tinham noção da existência de atribuições jurídicas às pessoas, o que corresponderia, modernamente, ao direito subjetivo.

Em verdade, uma determinada situação da vida real era reconhecida como jurídica, em Roma, não por uma norma jurídica consagrada, mas porque era tutelada pelo então existente sistema de ações.¹¹ Sendo assim, não conheciam os romanos estes dois conceitos — direito real e direito pessoal ou de crédito. Foi, contudo, mediante a via processual que esta diferença se patenteou.

Com efeito, distinguíam os romanos, no seu sistema de ações, a *actio in rem* e a *actio in personam*, correspondendo a primeira à ação real, em que o autor postulava o seu direito sobre a coisa, sendo o réu

8 I principii del diritto romano, trad. Arangio-Ruiz, p. 37 e ss. apud MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano, 11. ed., Rio: Forense, 1998, p. 89.

9 Estudios en torno de la noción de derecho subjectivo, Valparaíso: Ed. Universitarias, 1976, p. 99.

10 “Res corporales”, “res incorporeales” e il problema del diritto soggettivo. In: Studi in onore di Vincenzo Arangio-ruiz, nel XLV anno del suo insegnamento, III, p. 233 e ss. apud MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano, 11. ed., Rio: Forense, 1998, p. 89.

11 Conforme A. Menezes Cordeiro, in: Direitos reais, Lisboa: Lex Ed. Jurídicas, 1993 (reimpressão da ed. de 1979), p. 16: “(...) uma situação da vida real era reconhecida como jurídica não por, em abstracto, uma norma jurídica a abarcar, em determinados termos, na sua previsão, mas porque, em concreto, o seu titular podia dirigir-se ao magistrado e pedir certas providências”.

a pessoa que se colocou entre o autor e a coisa, e a segunda à ação pessoal, proposta contra determinada pessoa (o devedor), em que o autor reclama o cumprimento de determinada obrigação.

Tal distinção é contemporânea da época do processo formular,¹² quando o magistrado, após ouvir as partes, determinava o ponto litigioso, inserindo em sua fórmula a questão que o *judex* (juiz popular) deveria solucionar. A fórmula variava em consonância com o seu objetivo, ou seja, conforme se tratava de um direito de propriedade, usufruto ou servidão (*actio in rem*, denominada *vindicationes*), ou, ao revés, fosse o réu obrigado para com o autor por dar ou fazer alguma coisa (*actio in personam*, denominada *condictiones*). No primeiro caso, não importava a figura do réu, pois relevava apenas verificar a efetiva existência ou não de um direito de propriedade do autor; na segunda hipótese, punha-se o autor em face do réu, objetivando que este cumprisse a obrigação ou respondesse por ela.

Essas, portanto, as bases da distinção entre direitos reais e direitos de crédito, lançadas pelo direito romano; conquanto não os tenham definido os romanos abstratamente, conceituando-os como divisões do direito subjetivo, vislumbraram-nos no âmbito processual, através das mencionadas ações, a exprimir, no fundo, a diferenciação concretizada posteriormente.

Os glosadores medievais, laborando sobre todo esse material provindo do direito romano, é que criaram a categoria dos direitos subjetivos, introduzindo, então, os conceitos de *ius in re* e *ius in personam*. Assim, a divisão entre direitos reais e pessoais ou de crédito não se

12 *Os romanos conheceram, sucessivamente, três sistemas de processo civil: o das ações da lei (legis actiones); o formulário (per formulas), acima mencionado, e o extraordinário (cognitio extraordinaria). Os dois primeiros correspondem a uma fase da tutela dos interesses em que ainda perduravam elementos da justiça privada; apenas no último sistema, da cognitio extraordinaria, é que a justiça passa a ser pública, monopolizada pelo Estado. Nos dois primeiros vigorava a ordo iudiciorum privatorum (ordem dos processos civis), em que se dividia a instância em duas fases sucessivas: a in iure, que se desenrolava diante de um magistrado, e a apud iudicem, processada diante do iudex, que é um particular e não funcionário do Estado. No processo formulário, o magistrado proferia a fórmula, um documento escrito em que fixava o ponto litigioso e outorgava ao juiz popular o poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique ou não provada a pretensão do autor, isto nos limites da própria fórmula elaborada na fase in iure.*

deveu, propriamente, ao direito romano, mas, indubitavelmente, foi dele deduzido. Da existência das ações *in rem* e *in personam* e da investigação de suas causas, os glosadores extraíram, como corolário, a conclusão da existência dos direitos a elas correspondentes.

Tal distinção, contudo, não se afigurava, ainda, muito precisa, pois que, por influência do direito canônico, identificou-se uma terceira figura, denominada *ius ad rem*, a interpor-se entre o *ius in re* e a *obligatio*, para traduzir aquela situação que precedia ao surgimento de um direito real, como a do comprador antes da transferência do domínio, posta depois em esquecimento com a absorção pelo *ius in personam*. Seguiu-se, posteriormente, outra categoria intermédia, denominada obrigação *propter rem*, esta, até hoje geradora de controvérsias, a cuja análise retornaremos mais adiante, no capítulo próprio.

III. AS TEORIAS QUE PROCURAM EXPLICAR A DISTINÇÃO

Corolário desta dedução efetivada pelos glosadores medievais, identificando, não apenas a categoria do direito subjetivo, mas, primordialmente, a divisão entre direitos pessoais (*rectius*: de crédito) e direitos reais, foi o surgimento de diversas teorias que se esforçaram para conceituá-los, delimitando abstratamente as características que diferenciam cada uma das mencionadas espécies.

A primeira doutrina dedicada a conceituar os direitos reais, diferenciando-os dos direitos de crédito, originou a teoria clássica ou realista, considerada por Demogue¹³ verdadeiro produto histórico do direito romano, no *iter* da evolução anteriormente mencionada, por confundir o direito com seu objeto. Segundo esta teoria, o direito real seria uma relação jurídica entre o homem e a coisa, a estabelecer-se diretamente, sem necessidade de intermediário, contendo, portanto, dois elementos: o sujeito ativo e a coisa. Esclarecedora, neste sentido, a lição de Demolombe, ao estabelecer que o direito real “*est celui qui crée entre la personne et*

13 *Traité des obligations en général, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923. p. 3. Notions fondamentales de droit privé, Paris: 1911. p. 406 e ss.*

la chose une relation directe et immédiate; de telle sorte qu'on n'y trouve qui deux éléments, savoir: la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l'objet".¹⁴ Perfilham este entendimento, dentre outros, e além do já citado doutrinador francês, Mourlon,¹⁵ Aubry et Rau¹⁶ e, no direito pátrio, Silvio Rodrigues.¹⁷ Por outro lado, o direito pessoal se constituiria em uma relação entre pessoas, abrangendo sujeito ativo, sujeito passivo e a prestação que ao primeiro deve o segundo. Tal é a concepção dualista, que intenta traçar nitidamente a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito.

À corrente tradicional, opôs-se a teoria personalista, cuja construção tem suas bases assentadas em conceito expressado por Immanuel Kant,¹⁸ segundo o qual não é de ser aceita uma relação jurídica instituída diretamente entre pessoa e coisa, na medida em que todo direito, correspondente a um dever jurídico, constitui-se, necessariamente, em elemento de uma relação entre pessoas. Assim, a partir de Windscheid propagou-se a idéia de que a relação jurídica era obrigatoriamente intersubjetiva, ocasionando a formulação da mencionada doutrina personalista, segundo a qual os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, possuindo, a exemplo dos direitos de crédito, igualmente três elementos: sujeito ativo, sujeito passivo e o objeto. A diferença é que, nos direitos de crédito, o sujeito passivo é pessoa certa e determinada, enquanto que, nos direitos reais, ocupa o pólo passivo da relação toda a coletividade, à qual corresponde o dever de respeitar o direito do proprietário, abstendo-se da prática de atos lesivos. Nestes termos, exemplificadamente, no direito de propriedade, que é o direito real por excelência, o sujeito ativo é o proprietário, o passivo, toda a coletividade, e o objeto, a coisa sobre a qual recai o direito.

A teoria personalista busca alocar o direito das obrigações (direitos de crédito) no centro de todo o direito civil, neste abrangendo todas as relações jurídicas civis, incluindo o direito real, unidas pelo tra-

14 Cours de code de Napoléon, vol. IX, Paris, n. 464.

15 Répétitions écrites sur le premier examen du code Napoléon, 8. ed., rev. por Demangeat, Paris: 1869, Tomo I, n. 1.334. Apud RODRIGUES, Silvio. Direito civil, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 6.

16 Cours de droit civil français, vol. II, Paris: 1869, n. 172.

17 Op. cit. p. 5-6.

18 Principes métaphysiques du droit, Trad. de Joseph Tissot. p. 88.

ção comum da personalidade. Aderiram a esta corrente, dentre outros, Ferrara, Ortolan,¹⁹ Ripert, Roguin,²⁰ Ginossard²¹ e, por aqui, de forma explícita, Caio Mário da Silva Pereira.²² Contudo, coube a Marcel Planiol emprestar-lhe o prestígio de seu nome, desenvolvendo-a, inicialmente, em sua obra *Traité élémentaire de droit civil*,²³ em que, partindo da premissa alusiva à impossibilidade da instituição de uma relação jurídica que não seja entre pessoas, sustenta que há no direito real uma obrigação. Não há imediatamente um devedor, mas este surgirá no momento em que se verificar uma lesão do direito, asseverando que, em verdade, há uma obrigação passiva universal, uma obrigação de abstenção de todas as pessoas. Mais tarde, sofrendo a objeção de que faltaria a esta obrigação passiva universal o imprescindível conteúdo patrimonial, não se podendo chamar toda a humanidade a responder por ela, Planiol modificou sua teoria — embora não a retificando em sua essência —, no tratado que elaborou em colaboração com Ripert,²⁴ substituindo esta concepção pela do devedor indeterminado. Haveria um dever geral ou universal de respeito, mas a figura do devedor somente seria determinada quando o direito fosse violado.

Ainda nesta linha de pensamento, que procura alocar os direitos reais nos direitos das obrigações, Demogue procura negar toda e qualquer diferença técnica ou específica entre os direitos reais e os de crédito, pois para ele apenas existem, respectivamente, direitos fortes e fracos com a mesma natureza. O problema, então, seria de intensidade do direito. O direito real seria apenas mais forte que o direito de crédito, por ter atributos que não são próprios deste último, como a seqüela e a preferência.

Com o mesmo objetivo unitarista, porém em sentido contrário, surge a teoria impersonalista, que, tal qual a doutrina personalista, pretende amalgamar o direito real e o direito de crédito, desta vez, contu-

19 Apud RODRIGUES, *Sílvio*. Op. cit. p. 6.

20 *La science pure, I e II*. p. 637 e ss.

21 *Droit réel, propriété et créance, Paris, 1960*.

22 Op. cit. Vol. IV. p. 3.

23 *Traité élémentaire de droit civil, 7. ed., Paris: 1915, Tomo I. ns. 2.158 e ss.*

24 *Traité pratique de droit civil français, Paris: 1926, Tomo III, n. 44.*

do, o primeiro absorvendo o segundo. Intenta, desta forma, despersonalizar a obrigação, patrimonializando-a, abrangendo todas as relações jurídicas pelo traço comum da realidade. Este o pensamento de Gaudemet²⁵ e Saileilles²⁶, que se baseiam na idéia de que toda a obrigação possui um fundo patrimonial, um valor econômico, independente da pessoa do devedor. Trata-se da objetivação da obrigação, transformando-a em um direito sobre a respectiva prestação, justamente numa espécie de direito real.

Ao lado destas concepções outras surgiram, igualmente pretendendo obstaculizar a teoria clássica, porém de menor relevância. Thon e Schlossmann²⁷ entendem que o direito real não existe como direito subjetivo não passando de um mero expediente. A exigência de abstenção geral em relação à coisa seria, antes de tudo, uma norma de direito objetivo, uma necessidade social. Em sua teoria institucional, Hauriou afirma que nos grupos sociais, formadores de instituições, surgem e se desenvolvem estados de fato, que, com o decurso do tempo, se transformam em situações de direito, são legitimados pela lei. Assim ocorre com o direito real, cuja fonte foi representada por este corpo social, esta instituição, e que, transformado de situação de fato em situação de direito, deve ser respeitado porque assim determina a lei. M. I. Carvalho de Mendonça²⁸ assevera que a teoria institucional, na verdade, tende a explicar a origem social dos direitos reais, mas não a sua natureza jurídica.

As correntes unitaristas, e especialmente a doutrina personalista, fundada na teoria da obrigação passiva universal, gozaram de intenso fastígio no passado, tendo sofrido, entretanto, objeções que lhe arrefeceram o entusiasmo das primaveras iniciais, tanto assim que o próprio Planiol, como já asseverado linhas acima, retificou alguns aspectos de sua tese. A abstenção da coletividade, ponto nodal para a tese personalista, segundo Serpa Lopes,²⁹ não representa a verdadeira essência do direito real, mas apenas

25 *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris: 1898. p. 30 e ss. Apud FRA-GA, Direitos reais de garantia. p. 18.

26 *Théorie générale de l'obligation*.

27 Apud MENDONÇA, M. I. Carvalho de. Do conceito jurídico dos direitos reais.

28 *Introdução ao direito das coisas*. Rio: 1915. p. 73-75.

29 Op. cit. Vol. II. p. 23.

uma simples consequência do poder direto e imediato do titular do direito sobre a coisa. Marty et Raynaud,³⁰ por sua vez, criticam a existência deste sujeito passivo universal, pois, ao contrário do que acontece nos direitos de crédito, ninguém pensaria em inscrever no passivo do seu patrimônio a obrigação de respeitar os direitos reais de outrem. Objeta-se, igualmente, que a obrigação de respeitar os direitos de outrem não é especial dos direitos reais, mas existe para todos os direitos, mesmo os de crédito. Quanto a esta objeção, diferenciam os autores, de um lado, a oponibilidade *erga omnes*, própria dos direitos reais, e o dever jurídico geral de respeitar os direitos de outrem, ou seja, o *neminem laedere*. No direito real, se desconheço a propriedade alheia, molestando-a, ataco-a no seu exercício elementar; já no direito de crédito, se impeço alguém de cumprir determinada obrigação, não descumpro o dever inserido naquela relação, mas sim desrespeito a “reserva de espaço jurídico que todos têm que respeitar”.³¹

Diante do antagonismo das teorias precedentes, principalmente a clássica, de um lado, e a personalista, de outro, diversos autores procuraram superar as diferenças e conciliar as vantagens de ambas. Desta forma de pensar surgiram as teorias mistas ou ecléticas.

Com efeito, a teoria personalista, pretendendo dar caráter puramente obrigacional aos direitos reais, despreza aquele aspecto peculiar dos direitos reais e que os diferencia dos outros ramos do direito civil, e especificamente dos direitos de crédito, que é o fato de se traduzirem em um poder direto e imediato sobre uma coisa. De outra parte, não se pode aceitar a formulação da teoria clássica que configura o direito real como uma relação homem/coisa e, deixando de lado a obrigação passiva universal, esquece que o direito se afirma sempre numa relação intersubjetiva. Diante deste quadro, as teorias ecléticas objetivaram harmonizar, dentro do conceito de direito real, o poder direto e imediato sobre a coisa com a obrigação passiva universal. Em linhas gerais, esta corrente salienta dois aspectos na conceituação de direito real: um aspecto interno, traduzido neste poder direto e imediato do sujeito sobre a coisa, e um aspecto externo, que se revela numa relação jurídica entre o titular do direito real e todas as demais pessoas, adstritas à já analisada obrigação passiva universal.

30 Droit civil. Vol. I, n. 301 e ss.

31 FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de direitos reais, 2. ed., Lisboa: Quid Juris, 1997. p. 45.

Neste sentido, Inocêncio Galvão Telles³² diferencia os direitos reais e de crédito justamente pelo conteúdo das duas espécies de direito subjetivo. Pelo lado externo, há um dever negativo e universal nos direitos reais, mas tal não basta para defini-lo, fazendo-se imprescindível verificar que, internamente, há um “poder jurídico que recai, de modo directo e imediato, sobre uma *coisa*” e que “varia de direito para direito: assim, não é o mesmo na propriedade e no usufruto ou na servidão”. Semelhante poder, segundo o autor, não existe nos direitos de crédito, “mesmo quando estes se referem, indirectamente, a coisas. Entre o credor e a coisa interpõe-se a *pessoa* do devedor”.

Ajusta-se perfeitamente a este entendimento o propalado pelo jurista mexicano Manuel Borja Soriano, ao concluir que “*para definir el derecho real es preciso considerar los dos aspectos bajo los cuales se presenta. Bajo su aspecto interno el derecho real representa un poder jurídico directo sobre la cosa. Bajo su aspecto externo lo que aparece es la obligación general que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa; obligación pasiva que es distinta de la individual que caracteriza al derecho personal*”.³³

Parece não discrepar, também, desta corrente, Orosimbo Nonato,³⁴ pois, conquanto não identifique, explicitamente, a existência de aspectos interno e externo da relação jurídica de direito real, tende a manter o conceito tradicional, propugnado pela teoria clássica, mas expungindo as suas “exagerações”. Afirma o autor que “é a senhoria direta, o poder imediato do titular sobre a coisa, o traço conspícuo do direito real”, asseverando, porém, “a consistência do argumento de ser inadmissível a relação jurídica entre pessoa e coisa”. De fato, reconhece Orosimbo Nonato o mérito da teoria personalista em “golpear mortalmente o conceito metafísico e absoluto da propriedade”, repulsando “o absurdo de um direito fora das relações de solidariedade humana e do ambiente de consórcio civil”, ao mesmo tempo em que ressalta aquele poder jurídico imediato da pessoa sobre a coisa como característica fundamental do direito real.

32 Manual de direito das obrigações, *Tomo I, 2. ed., Coimbra Editora, 1965. p. 69.*

33 Teoría general de las obligaciones, *Tomo II, 3. ed., Editorial Porrúa, 1960 p. 89-90.*

34 Curso de obrigações, *vol. I, Rio: Forense. p. 35-40.*

Orlando Gomes³⁵ também ressalta a importância de uma estrutura interna do direito real, na qual estaria salientado o poder de utilização da coisa, prisma sob o qual constata um “retorno à doutrina clássica”. Afirmo o insigne jurista que o critério mais adequado para distinguir os direitos reais dos direitos de crédito é o modo de seu exercício. Citando De Page, assevera que a característica principal que diferencia uma espécie de direito da outra reside no fato de que os direitos reais exercem-se diretamente, sem a interposição de quem quer que seja, enquanto os direitos de crédito supõem necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito. Assim, o proprietário exerce o domínio, utilizando a coisa, sem ser preciso qualquer intermediário. Já o comodatário, titular de um direito de crédito, para que possa utilizar a coisa emprestada, necessita da intervenção, da colaboração, do comodante.

A propósito da relevância da intervenção do sujeito passivo para satisfação do titular do direito, destaca Emilio Betti que na relação jurídica de direito real a satisfação do direito do credor independe de um comportamento externo (do devedor), independe do que chama de uma atividade de cooperação. Esta tem função meramente secundária; importa, sim, o poder do titular do direito, a realizar-se imediatamente. Assim leciona o mestre italiano: *“Ahí está la cuestión: en la obligación el vínculo del deudor es la premisa del derecho del acreedor; en el derecho real, en cambio, la limitación del sujeto pasivo es la consecuencia del derecho del titular. Esta es, en nuestra opinión, la razón profunda por la cual el interés que funda el contenido del derecho real no puede nunca – como tal – tener por objeto un comportamiento ajeno; el comportamiento ajeno podrá ser, como mucho, condición para hacer posible al titular la realización del propio interés. El comportamiento ajeno tiene aquí una función puramente secundaria, accesoria e inservible para la explicación del derecho real”*.³⁶

Intentando dispor-se para além da corrente mista ou eclética, está Luís A. Carvalho Fernandes,³⁷ professor da Faculdade de Direito da Universi-

35 Direitos reais, 10. ed., Rio: Forense, 1991, p. 5.

36 Teoría general de las obligaciones, trad. para espanhol José Luis de los Mozos, Tomo I, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid. p. 11.

37 Op. cit. p. 34-52.

dade Católica Portuguesa. Afirma o jurista português que as teorias mistas produzem mera síntese verbal, faltando sempre delinear o elemento interno e o elemento externo de cada direito real, não se prestando para caracterizar “o” direito real, enquanto categoria jurídica. De seu turno, deixa patente que a distinção deve ser feita com base em três notas características: a absolutidade, a inerência e a afetação. A absolutidade corresponderia à natureza absoluta de que se revestem os direitos reais, no sentido de as faculdades conferidas ao seu titular serem oponíveis *erga omnes*. A inerência se traduziria na inseparabilidade entre a coisa e o direito, de forma a não se poder desvinculá-la deste, sendo perseguida onde se encontrar; esta nota se desenvolve em outras duas: a seqüela e a prevalência. Por último, recorre o mencionado jurista à idéia de afetação, ou seja, de vinculação entre o sujeito e a coisa. Alerta, porém, o autor, que não se cuida da mera vinculação da coisa ao titular do direito real, como até agora se tem vislumbrado, mas sim de afetação no sentido de aproveitamento imediato das utilidades da coisa, sendo certo que a imediatidade significa a exclusão da atividade de cooperação por parte do devedor.

Por derradeiro, no direito pátrio, adota a posição mista o Prof. Darcy Bessone,³⁸ embora incorporando a noção de aderência a que se refere o aludido jurista luso. O autor divide em dois os elementos típicos da realidade, um interno, representado pelo senhorio ou poder sobre a coisa, configurando a verdadeira substância do direito real, e outro externo, constituído pelo que chama de “absolutismo” — Luís A. Carvalho Fernandes prefere o vocábulo “absolutidade” —, que torna o direito oponível *erga omnes*. Aduz ainda o mestre mineiro que consequência deste último elemento é a inerência, pela qual o direito adere à coisa, acompanhando-a ininterruptamente.

Inconformados com todas estas correntes, alguns autores, como Emilio Betti, Orlando Gomes e Torquato Castro, recorreram à noção de situação jurídica, visando a encontrar melhor enquadramento para a divisão dos direitos subjetivos patrimoniais entre direitos reais e direitos de crédito.

A noção de situação jurídica, contudo, partiu daqueles que procuravam negar a existência do direito subjetivo. Esta a concepção de Duguit³⁹ que afirmava não existir senão direito objetivo; todos seriam

38 Direitos reais, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7.

39 Traité de droit constitutionnel, 3. ed., Paris, 1927.

submetidos ao direito objetivo, não haveria nenhuma faculdade ou poder oriundo da projeção concreta da ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento. Para ele, existiriam, sim, situações jurídicas, que se desdobrariam em situação jurídica objetiva e situação jurídica subjetiva. No primeiro caso, ela deriva da norma diretamente ou por efeito de um ato de vontade, como ocorre na hipótese do eleitor, do filho reconhecido, do proprietário. O segundo caso ocorre, quando a situação é especial ou particular a uma ou mais de uma pessoa determinada e temporária, desaparecendo com o exercício da via de direito que a sanciona, como na hipótese de uma compra e venda, em que há um exercício pessoal de um poder geral, que se extingue com a conclusão do contrato, cujo conteúdo a lei não pode alterar, mas cujo cumprimento pode dispensar o interessado.

Não é esta a concepção atual de situação jurídica. Modernamente, pretendem os autores adeptos desta teoria abstrair da idéia de relação jurídica, escapando do problema da sua intersubjetividade, especialmente no que tange à análise da relação jurídica de direito real. Buscam estes um conceito genérico, capaz de compreender toda e qualquer situação da vida social regulada pelo direito, sem negar a existência do direito subjetivo, como inicialmente fez Duguit. Não se cuida, portanto, de categoria que se substitui à de direito subjetivo, ou à de relação jurídica em sentido próprio, senão que antes as compreende, porque nela se podem conter todas as posições dos sujeitos de direito em face dos objetos jurídicos: estados, faculdades, poderes, direitos, pretensões, deveres, ônus e sujeições. Constitui-se, portanto, numa concepção mais ampla que as de direito subjetivo, dever jurídico e relação jurídica, abarcando-as, com o fito de fornecer “uma interpretação mais realista e ajustada à vida prática do direito”.⁴⁰

Há situações que se dizem relacionais, pois que incidem sobre elas normas jurídicas que estabelecem entre dois ou mais sujeitos contrapostos, um vínculo individual direto e concreto pelo qual um deles (sujeito passivo) tem o dever de prestar ao outro (sujeito ativo) o objeto a que este tem direito. Em outras situações, chamadas por Olímpio Costa Júnior de uniposicionais,⁴¹ haveria um único sujeito isoladamente posicionado

40 COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*, São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13.

41 Op. cit. p. 18.

em face do objeto, que lhe é atribuído diretamente pela norma, sem a interferência de outrem. Nesta linha de raciocínio, as situações jurídicas reais são aquelas em que o objeto é deferido ao sujeito diretamente pela norma, numa relação imediata de poder sobre a coisa, com exclusão da participação de outrem. Sob este ponto de vista, não se pode negar uma espécie de retomada da concepção clássica, não para estabelecer uma relação jurídica entre pessoa e coisa, mas tão-somente para expressar a existência de uma conexão direta e concreta dos homens com as coisas, como categoria diversa das relacionais, porém abrangidas por uma conceituação genérica consubstanciada na situação jurídica. Consagra-se, desta forma, a dicotomia, pretendendo, porém, simplificá-la, conceituar o direito real como situação jurídica cuja função é atribuir coisas a pessoas, ao passo que o direito de crédito corresponderia também a uma espécie de situação jurídica incumbida de estabelecer, entre as pessoas, formas jurídicas de cooperação.

Pietro Perlingieri alude, igualmente, à noção de situação jurídica, porém a concebe de maneira diversa da acima mencionada. Com efeito, refere-se o professor italiano à concepção de relação jurídica; entretanto, para ele, não é fundamental à sua estrutura o sujeito, ocorrendo, em verdade, entre centros de interesses ou entre situações subjetivas.⁴² Nesta ordem de idéias, desapareceria a relevância da discussão relativa a operar-se a relação jurídica de direito real entre sujeito e coisa ou apenas entre pessoas.

Possui o autor, também, uma visão diversa do direito subjetivo. Este, ao invés de representar um interesse ou poder individual, cede lugar à situação subjetiva, que sofre uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas e princípios gerais, especialmente os constitucionais. Assim, o ordenamento somente reconhece a propriedade de um bem ou a titularidade de um crédito se e enquanto o direito for exercido em conformidade com as mencionadas regras; em assim não ocorrendo, o interesse não será reconhecido nem tutelado. Daí decorreria, por exemplo, que quando uma certa propriedade não cumpre a sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

42 *P. ex., doações a nascituros, promessa de recompensa, etc. Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses (situação debitória e creditória).*

Nesta linha de pensamento, inaceitável para Perlingieri, a velha distinção entre direitos absolutos e relativos, utilizados para distinguir os direitos reais dos de crédito, na medida em que, com fulcro nos princípios constitucionais de solidariedade e igual dignidade social, a relação entre credor e devedor possui relevância externa, impondo-se a todos o dever de respeitá-la, responsabilizando-se quem impedir o seu adimplemento, e, por outro lado, também, outorgando-se ao titular da situação uma pretensão a sua conservação em relação a todos.

Afirma, ainda, o referido autor que há diversas situações mistas que têm caráter típico e tradicional dos direitos reais e das relações obrigacionais, como a locação de uma habitação. A referida contraposição entre dever genérico e dever específico não corresponde a todas as situações reais, como nas situações reais de gozo, em que, ao lado do dever genérico por parte de terceiros, existe também uma relação entre centro de interesses específicos (usufruto X nua-propriedade, servidão X direito do prédio serviente). Não haveria, assim, uma precisa separação entre situações creditórias e reais, havendo que se analisar concretamente caso a caso, averiguando-se: 1) a existência, a qualidade e a quantidade da cooperação que um sujeito é obrigado a dar para o alcance do resultado que constitui o conteúdo da situação subjetiva; 2) a existência do direito de seqüela; e 3) a presença do direito de preferência. Desta forma, tomando em conta as normas contidas no direito civil italiano, pode o proprietário de um prédio constituir em favor do prédio vizinho uma servidão não aparente, fazendo surgir uma situação subjetiva real, na qual incide o direito de seqüela. Nas mesmas circunstâncias, pode este proprietário entabular um direito de passagem, mas apenas a título pessoal, não estando tal situação tutelada pela seqüela, extinguindo-se o direito em caso de alienação. Vê-se que o mesmo interesse pode ser satisfeito com situações diversas, creditórias ou reais, porém estas são identificadas, em cada caso, por força da qualidade e da intensidade da tutela.

De tudo quanto foi dito, verifica-se que não há, em verdade, um critério único e seguro para definir, abstratamente, a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito, podendo-se afirmar, por outro lado, que a necessidade da dicotomia permanece, conquanto o entendimento esposado por Perlingieri mereça ser objeto de estudos mais

entranhados, com vistas ao seu profícuo desenvolvimento, na esteira do movimento de constitucionalização do direito civil, o que refoge ao âmbito do presente trabalho. Tenho para mim, todavia, conforme já havia anunciado no início deste artigo, que, por ora, não há como escapar, tanto no caso dos direitos reais como na hipótese dos direitos de crédito, da noção de relação jurídica como vínculo intersubjetivo, ou seja, uma relação entre pessoas, jamais entre homem e coisa, como sugere a concepção clássica.

IV. CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

Ainda que se possa identificar inúmeros pontos de contato, apura-se a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito de forma pontual, com base em alguns traços distintivos básicos, identificados pela doutrina.

a) O primeiro grande traço distintivo diz respeito à eficácia dos direitos reais e dos direitos de crédito. Como corolário da distinção já referida entre direitos absolutos e direitos relativos, afirma-se que os direitos reais têm eficácia absoluta, ou seja, valem *erga omnes*; inversamente, os direitos de crédito são relativos, isto é, em função de se dirigirem a uma ou mais pessoas determinadas, têm como correlato um dever particular.

Não cumprida a obrigação inserida em uma relação jurídica creditícia, só contra o devedor pode, em princípio, ser instaurada a respectiva ação (salvo a adoção do pensamento lançado pelo Prof. Perlingieri). Só ele é parte legítima nesse processo, do lado passivo da relação.

Do caráter absoluto dos direitos reais decorrem dois importantes atributos: o direito de seqüela e o direito de preferência ou de prevalência.

O direito de seqüela (*droit de suite*) consiste no poder que o titular tem de exercer o seu direito seguindo ou perseguindo a coisa, onde quer que ela se encontre, mesmo que na posse de terceiro. Por exemplo, o dono da coisa pode reivindicá-la, não só de quem dela se apropriou indevidamente, mas também do terceiro a quem o detentor (locatário, comodatário, depositário, etc.) abusivamente a tenha vendido, alugado ou emprestado (arts. 524 e 623, II, CC). Pode faltar o direito de seqüela se a eficácia em relação a terceiros estiver dependente de registro e o adquirente do direi-

to não o tiver registrado: se “A” tiver adquirido o direito de usufruto sobre um prédio de “B”, que mais tarde vendeu a “C”, sem ter feito ressalva, não poderá o usufrutuário “A” opor seu direito sobre a coisa ao novo proprietário se não o tiver transcrito antes de registrada a transmissão da propriedade (arts. 676 e 715).

O direito de preferência consiste no poder atribuído ao titular de afastar todos os direitos incompatíveis com o seu, que posteriormente se tenham constituído sobre a mesma coisa. É a aplicabilidade do princípio *prior tempore potior iure*: o primeiro direito real em data constituído sobre a coisa prevalece sobre os demais. Quando estiverem constituídas duas ou mais hipotecas sobre o mesmo prédio (art. 812), o titular da primeira terá o direito de ser pago, com preferência, não apenas em relação aos credores comuns, mas também em relação aos titulares das hipotecas posteriormente constituídas sobre o prédio.

Este critério da preferência pode sufragar, contudo, no caso de a eficácia do direito real em relação a terceiros depender de registro, prevalecendo aí não o primeiro em data, mas o primeiro que tiver sido registrado: entre duas hipotecas sobre o mesmo prédio prevalece a que tiver prioridade de inscrição no registro (arts. 848, 833, par. único e 759). A preferência também é derogada frente aos créditos privilegiados (art. 1.557), como são exemplos os créditos salariais.

b) O segundo grande critério distintivo alude ao objeto dos direitos reais e de crédito. Nos direitos reais o titular exerce imediatamente os seus poderes sobre a coisa, ou seja, sem a necessidade da cooperação de outrem. Estes apenas não devem interferir no domínio do titular do direito. Diria o Prof. Ebert Chamoun⁴³ que tem estes um dever de abstinência, ou seja, a pessoa deve não fazer o que normalmente não faria. Se ela normalmente não molestaria a propriedade alheia, e deve assim manter-se, trata-se de uma abstinência (em contraposição à tolerância — dever de não fazer o que normalmente faria: caso da servidão de passagem. Normalmente o proprietário repeliria a passagem, mas se a constituiu não repele, ou seja, não faz o que normalmente faria).

43 Apostila do curso de direito civil. *Ministrado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara em 1972. Impresso sem responsabilidade da cátedra.*

Já os direitos de crédito necessitam da colaboração de um intermediário entre o credor e o objeto da prestação, ou seja, colaboração do devedor. Mesmo nas obrigações de dar coisa certa, é indispensável o ato de entrega da coisa pelo devedor: esta é a prestação, o objeto da obrigação.

Diz-se que no caso dos direitos reais há um direito sobre a coisa e no dos direitos de crédito há apenas um direito à coisa.

c) O terceiro grande critério diz respeito ao fato de atenderem os direitos reais aos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade, enquanto para os direitos de crédito vigora o princípio do *numerus apertus* e da liberdade negocial (atipicidade).

Em decorrência do princípio do *numerus clausus*, só se podem constituir os direitos reais previstos na lei (art. 674 e outras leis extravagantes). Em decorrência do princípio da tipicidade não é lícito aos particulares modificar o conteúdo das figuras reguladas na lei.

Inversamente, no que tange aos direitos de crédito, o princípio do *numerus apertus* permite que as pessoas constituam outras relações obrigacionais além das que a lei expressamente prevê, vigorando também a ampla liberdade negocial para que os particulares modifiquem o conteúdo das figuras legalmente previstas.

Este princípio do *numerus clausus* sofre a objeção de alguns autores, que entendem ser possível a criação pelas partes de outros direitos reais que não aqueles previstos em lei. Esta a posição de Washington de Barros Monteiro,⁴⁴ entendendo que não há proibição expressa da criação de novos direitos reais pelas partes, ressalvando apenas o respeito ao princípio de ordem pública. Este também é o pensamento de Afonso Fraga, Lacerda de Almeida, Carvalho Santos e Philadelpho de Azevedo. Afirmam, essencialmente, que no projeto do Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua estava expresso que somente se consideram direitos reais, além da propriedade, os arrolados na lei e que o advérbio somente foi suprimido.

44 BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 11.

Parece-me, contudo, que o princípio deve ser mantido, porque: 1) gozando os direitos reais de eficácia absoluta não seria conveniente que os particulares pudessem criar livremente direitos que perturbem o comércio jurídico. Por exemplo, o dono de determinada fazenda que concede ao vizinho o direito de pescar na pequena lagoa ali existente; trata-se de mero direito de crédito. Se ele pudesse revestir de eficácia real a faculdade concedida, esta opor-se-ia a qualquer futuro adquirente do prédio; e, 2), a organização da propriedade e a definição dos instrumentos jurídicos que servem de base à exploração dos bens (sobretudo os imóveis) constituem matérias de interesse de ordem pública.

d) Outras características: os direitos de crédito se extinguem com seu exercício, ao passo que nos direitos reais, o uso dos poderes conferidos ao titular os vivificam; os direitos reais tendem a constituir relações duradouras e até perpétuas, enquanto os direitos de crédito tendem à transitoriedade.

V — OBRIGAÇÕES *PROPTER REM* E OUTRAS FIGURAS HÍBRIDAS

Ao lado dos direitos de crédito e dos direitos reais, surgem algumas figuras híbridas, localizadas em casos limítrofes, em que difícil se afigura o enquadramento em uma das duas espécies de direito subjetivo. São elas um misto de obrigação e de direito real.

A primeira destas figuras é a denominada obrigação *propter rem* ou *ob rem*, ou ainda obrigações reais. Há uma obrigação real sempre que o dever de prestar vincule quem for titular de um direito sobre determinada coisa, sendo a prestação imposta precisamente por causa dessa titularidade da coisa. É o caso da obrigação imposta ao condômino de concorrer para as despesas de conservação da coisa comum (art. 624); da obrigação de os proprietários de imóveis confinantes concorrerem para as despesas de construção e conservação dos tapumes divisórios (art. 588, § 1.º) ou de demarcação entre os prédios (art. 569).

No tocante à sua estrutura, a obrigação real é uma verdadeira relação de crédito. Mas funcionalmente a obrigação real está ligada a determinada coisa, afastando-se dos moldes comuns de transmissão dos direitos de crédito. Na obrigação real, a substituição do titular passivo opera-se por via

indireta, ou seja, com a aquisição do direito sobre a coisa a que o dever de prestar se encontra ligado: se alguém adquirir uma quota do condomínio, é sobre o novo condômino que recai a obrigação de concorrer para as despesas de conservação da coisa.

As obrigações *propter rem* têm, portanto, conotação dos direitos reais e dos direitos de crédito. Guardam traços de ambos. A dívida na obrigação *propter rem* surge da proximidade do devedor com a coisa, tal qual nos direitos reais, ainda que o obrigue pessoalmente a um certo credor. No caso do condomínio, é a pessoa, o condômino, que está obrigada; no entanto, aquela obrigação deflui do fato de ser aquela pessoa o proprietário. No momento em que aliena o imóvel, o devedor deixa de ser ele e passa a ser o novo condômino. Constitui característica básica das obrigações reais o fato de o devedor liberar-se a partir do momento em que ele abandona a coisa, diz respeito a este a dívida contraída até o momento em que ele é titular. As obrigações reais se diferenciam dos ônus reais, como adiante melhor se explicitará, pois que este corresponde a um dever jurídico de natureza real, que incide sobre o direito de propriedade, sobre o direito real alheio.

O acima referido modo especial de substituição (ou sucessão) só vigora, no entanto, enquanto a obrigação real, continuando ligada a determinada coisa, se não autonomiza. Por exemplo, o adquirente de uma quota do condomínio deve concorrer para as despesas a partir da data da aquisição, não respondendo pelos débitos anteriores. Verdadeira subversão a esta regra foi a norma originalmente prevista pelo art. 4.º, parágrafo único, da Lei n.º 4.591, de 1964 (Lei de Condomínios e Incorporações), regedora do condomínio especial, que responsabilizava o adquirente da fração autônoma do condômino pelos débitos do alienante em relação ao condomínio (hoje, este dispositivo determina a prova da quitação no ato da alienação).

Outra consequência importante das obrigações reais refere-se à possibilidade de exoneração do devedor, o que ocorrerá com o chamado abandono liberatório. Pode o devedor exonerar-se da obrigação correlativa, renunciando ao direito sobre a coisa, ou seja, abandonando-a, tal qual acontece com os direitos reais. É o caso do inventor, previsto pelo art. 604 do Código Civil: o dono da coisa achada pode exonerar-se da recompensa a menos que o dono prefira abandoná-la.

Outra destas figuras híbridas alude aos ônus reais. Os ônus reais são também verdadeiras obrigações, normalmente de prestações periódicas, que recaem sobre o titular de determinada coisa, e que, uma vez constituídas, ficam ligadas à coisa, como, *e.g.*, a renda constituída sobre determinado imóvel (arts. 1.424).

Também aqui a obrigação recai sobre quem for o titular de determinada coisa. A diferença é que nas obrigações reais o titular da coisa só responde, em princípio, pelos vínculos constituídos na vigência do seu direito. O condômino que adquiriu o seu direito em 1997 não responde pelas despesas de conservação da coisa comum relativas ao ano de 1995 ou 1996. Já no ônus real, porém, o titular da coisa responde mesmo pelo cumprimento de obrigações constituídas antes da aquisição do seu direito: a obrigação pelo pagamento da renda constituída sobre imóvel incumbe ao adquirente do prédio gravado, mesmo em relação às rendas vencidas antes da alienação (art. 750).

Também considera a doutrina ônus reais os impostos relativos a imóveis, tal qual o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), obrigando-se o adquirente do imóvel a pagar os impostos em dívida relativos à coisa adquirida, mesmo os relativos a exercícios anteriores à alienação.

Para exprimir essa idéia, diz-se, por vezes, que nos ônus reais quem deve é a coisa e não a pessoa.

A terceira destas figuras híbridas alude às obrigações com eficácia real. São aquelas que, sem perderem o seu caráter essencial de direitos a uma prestação, de direitos de crédito, se transmitem ou são oponíveis a terceiros que adquiram direito sobre determinada coisa. É o caso típico da locação quando oponível ao terceiro adquirente da coisa locada (art. 8.º da Lei n.º 8.245, de 1991). São as obrigações do locador para com o locatário, que, ao contrário da regra da eficácia relativa dos direitos de crédito, se transmitem ao novo titular do domínio sobre a coisa.

No caso das obrigações reais, trata-se de vínculo que, nascendo sem destinatário determinado, recai sobre quem quer que seja o titular de um direito sobre a coisa, a transmissão da obrigação faz parte do estatuto real do instituto em jogo. Na hipótese das obrigações com eficácia real, a lei

estende a terceiros os efeitos de uma obrigação (ou de uma posição contratual) constituída entre determinadas pessoas, sem que tal obrigação faça parte do conteúdo do direito real adquirido pelo terceiro.

VI. O CONDOMÍNIO DE FATO E O PROBLEMA DA OBRIGATORIEDADE DE CONTRIBUIR PARA AS DESPESAS COMUNS

Conforme asseverado na introdução do presente trabalho, traz-se a lume tema de grande relevo e interesse prático, relacionado com os efeitos causados pelo surgimento dos chamados condomínios de fato, antes com o fito de provocar uma maior reflexão, sob a luz dos conceitos e dos posicionamentos teóricos acima colacionados, do que outorgar uma solução definitiva para os problemas apresentados.

O chamado condomínio de fato, atípico ou irregular vem se proliferando nas grandes cidades. Corresponde àqueles aglomerados de proprietários que se reúnem informalmente, comportando-se como condôminos sem que haja, no entanto, uma efetiva situação condominial. É o que ocorre normalmente quando se colocam guaritas em certas ruas com cancelas. Tais ruas constituem vias públicas, não se inserindo numa estrutura condominial. Os moradores daquela comunidade, porém, convivem como se estivessem no âmbito de uma relação condominial; por isso são chamados de condomínios de fato, irregulares ou atípicos.

O fato é que, diante da violência urbana e da carência de serviços públicos que deveriam ser prestados pelos entes políticos responsáveis, nas grandes cidades começaram a se proliferar estas situações em que os próprios moradores se reúnem em associações de moradores ou em comunidades informais com o objetivo de financiarem a segurança comunitária e, em alguns casos, serviços que atendam a todos os lotes de moradores, fixando estes o rateamento das despesas suscitadas por tais serviços.

Ab initio, é preciso fazer uma distinção relevante: estes condomínios de fato em muito se diferenciam do chamado condomínio fechado, aquele previsto no art. 8.º da Lei n.º 4.591, de 1964 (Lei de Condomínios e Incorporações). Com efeito, a referida norma prevê a organização condominial em terrenos não edificados, de tal sorte que se tenha um condomínio, ver-

dadeiro e próprio, estabelecido por meio de casas, com ruas internas que são, na verdade, ruas particulares, ou melhor, área comum dos condôminos. Nestes casos, aplica-se *tout court* a Lei 4.591, de 1964, bem como as regras estabelecidas na convenção do condomínio, não havendo dúvida quanto à imposição do rateio das despesas.

Desta forma, ao nos depararmos com uma rua fechada por uma cancela ou uma guarita, teremos que primeiramente analisar a estrutura jurídica desta situação fática a fim de verificar se estamos diante de um condomínio fechado, constituído nos termos do art. 8.º da Lei 4.591, de 1964 — e, nestes casos, tratar-se-á tão-somente do fechamento de uma área comum, pois a rua, constituindo apenas um espaço além dos terrenos ou unidades autônomas, não será um logradouro público —, ou, ao contrário, se estamos diante de um condomínio aparente, cuidando-se na verdade, do ponto de vista jurídico, de um loteamento. Pode-se afirmar, portanto, apropriando-nos das palavras do Prof. Gustavo Tepedino,⁴⁵ que “o condomínio fechado é um condomínio especial com aparência de loteamento; e o condomínio de fato, irregular ou atípico nada mais é que um loteamento com aparência de condomínio”.

Os problemas jurídicos que surgem no condomínio de fato são inúmeros, interessando-nos, neste trabalho, aqueles relativos às despesas geradas por esta estrutura irregular, notadamente as de segurança.⁴⁶ O rateio destas despesas deve se dar entre todos os beneficiários, ou seja, todos os moradores daquela rua atendidos por tais serviços. Quando os moradores que constituem este aparente condomínio criam uma associação comunitária, não há a menor dúvida de que os seus integrantes, como associados, terão que arcar com o rateio das despesas utilizadas para a prestação dos serviços objetivados. O problema se dá quando não há esta associação regularmente efetuada, ou quando existe a associação, mas nem todos os moradores se associam. Indaga-se se, juridicamente, seria possível uma associação compulsória.

45 Novas figuras imobiliárias, *palestra proferida para Tele-Jur Cursos Jurídicos em Vídeo*, 1998.

46 Calha observar que há, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, o Decreto n.º 14.168, de 8 de março de 1996, que regulamentou a colocação de guaritas e traves basculantes nos logradouros públicos, não solucionando, porém (até por não se encontrar a matéria na sua esfera de competência), a questão civilística, tratando-se de regra que visa a mera ordenação da situação urbana.

A jurisprudência entende que, em regra, não seria possível esta associação compulsória, ou a imposição de taxas, sob a alegação de que todos os moradores seriam implicitamente associados, já que beneficiados por aqueles serviços. A rigor, nos termos do art. 5.º, inciso XX, da Constituição da República, o associacionismo é essencialmente fruto da autonomia privada; segundo a dicção deste dispositivo, “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, de sorte que não se poderia pensar numa associação compulsória de tais moradores, pura e simplesmente. A maioria dos julgados entende que em face da liberdade de se associar, tutelada constitucionalmente, não é possível a cobrança de tais taxas, senão quando os moradores, voluntariamente, estejam associados, encontrando-se, portanto, automaticamente vinculados ao pagamento destas despesas.⁴⁷ Por outro lado, alguns julgados consideram que são exigíveis tais taxas de todos os moradores, estejam eles associados ou não. Os julgadores que entendem ser possível a cobrança, ou seja, que entendem ser esta exigível em relação a todos os moradores atendidos pelos serviços, afirmam que esta exigibilidade decorre da proibição do locupletamento sem causa como princípio geral do direito civil brasileiro. Entendem que a exigibilidade decorre do fato de que o legislador não admitiria que um morador pu-

47 Neste sentido: 1) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 5.ª Câmara, Ap. 11.882/90, Rel. Juiz Amaury Nogueira, j. em 25/9/91: “Inexistindo condomínio nos termos da lei, mas tão-somente uma sociedade civil constituída com a finalidade de atender aos interesses comuns dos proprietários de imóveis de loteamento, não há cogitar-se de cobrança de cotas condominiais. Exigir-se a permanência de alguém nos quadros de uma associação na qual ingressou espontaneamente, importa em afronta à garantia constitucional assegurada no art. 5.º, inciso XX, da Constituição Federal”; 2) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 7.ª Câmara, Ap. 2712/93, Rel. Rudi Loewenkron, j. em 28/4/93: “ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. BEM COMUM. DIREITO À DESVINCULAÇÃO. DISTINÇÃO DE CONDOMÍNIO IRREGULAR. É direito da unidade residencial conforme regra inserida em seus estatutos, deixar de fazer parte de associação de moradores de área delimitada por discordar dos serviços recebidos, quando a integração não indissolúvel. Esse direito adequa-se ao inciso XX do art. 5.º, da C.F. Pedido o desligamento não pode o chamado super-condomínio ignorá-lo, continuando a exercer uma vigilância dispensada e exigindo o preço em contrapartida”; 3) Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 8.ª Câmara, Ap. 6666/95, Rel. Valéria Maron, j. em 7/8/96: “Cotas condominiais. Condomínio irregular. Inexistência de condomínio regularmente constituído. Reconhecida a presença em juízo do ‘condomínio’ como sociedade de fato, suas decisões só obrigam aos participantes da sociedade, não a terceiros”.

desse se beneficiar dos serviços sem arcar com as despesas.⁴⁸ Há ainda quem fale em abuso do direito de não se associar por parte do morador que, atendido pelos serviços, não queira pagar as despesas. E há ainda quem sustente constituir esta situação uma verdadeira gestão de negócios em favor de todos os moradores associados ou não.

O Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, aderiu à corrente que entende ser exigível a contribuição, mesmo dos moradores não integrantes da associação, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa, sem adentrar no exame da natureza jurídica da obrigação em jogo. Neste sentido, os arestos proferidos pela 4.^a Turma, no Agravo de Instrumento n.º 171.731/RJ, em que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e pela 3.^a Turma, no Recurso Especial n.º 139.952/RJ, em que foi relator o Ministro Waldemar Zveiter; deste último, a ementa segue abaixo transcrita:

CIVIL — AÇÃO DE COBRANÇA — COTAS CONDOMINIAIS — CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO NÃO REGISTRADA — LOTEAMENTO — CONDOMÍNIO HORIZONTAL

(...)

II — Um condomínio, ainda que atípico, caracteriza uma comunhão e não se afigura justo, nem jurídico, em tal cir-

48 Neste sentido: 1) *Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 4.ª Câmara, ap. 8.016, Rel. Juiz Mauro Nogueira, j. em set/95*: “... vigora o princípio da autonomia da vontade, de modo que, ao aderir à constituição de um centro comunitário dentro do loteamento, para desfrute de todos os titulares de unidades autônomas, com serviços próprios de vigilância, conservação e outros, o adquirente do lote assume obrigação de contribuir para as despesas comuns ... O que importa, mais, é que o condomínio tem existência fática, contrata empregados, faz recolhimentos previdenciários. Existe uma administração da área comum”; 2) *Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, 7.ª Câmara, ap. 1935/93, Rel. Juiz Rudi Leowenkron, j. em 31/3/93*: “Cotas condominiais. Cobrança. Condomínio de fato. Vedação do enriquecimento sem causa. Se o condomínio existe, sendo ele um prédio de apartamentos, há despesas comuns que pedem rateio para que não haja lucros de quem se beneficia dos gastos mas se recusa contribuir com a sua parte”; 3) *Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, 7.ª Câmara, ap. 1823/89, Rel. Juiz Pedro Ligiero, j. em 19/4/89*: “Loteamento fechado. Condomínio atípico. A falta de jurisdicalização do condomínio não libera a parte de cumprir obrigação que livremente aceitou quando aderiu, na aquisição de sua propriedade, ao rateio das despesas comuns. Condomínio atípico. Eficácia do registro. Efeitos entre partes e ante terceiros”.

cunståncia que um participante, aproveitando-se do ‘esforço’ dessa comunhão e beneficiando-se dos serviços e das benfeitorias realizadas e suportadas pelos outros condôminos, dela não participe contributivamente.

Esta posição, embora louvável para fazer justiça a todos que se sacrificam em prol da comunidade, suscita objeções. Em algumas hipóteses, será evidente o enriquecimento sem causa e, portanto, não será difícil a exigibilidade de tais taxas, mas em outras hipóteses haverá dificuldades em se caracterizar o locupletamento. É o caso de um morador que, não aderindo voluntariamente à associação, se recuse ao pagamento por discordar da administração desta, ou daquele que considera desnecessária esta segurança, por, v.g., possuir meios próprios de vigilância do seu patrimônio.

Não obstante, a despeito da hipótese de adesão voluntária, parece-me que a única construção que poderia vincular o morador não associado — nos casos acima, em que não se poderá caracterizar o enriquecimento sem causa — seria aquela sustentada por alguns juristas,⁴⁹ mas ainda sem uma orientação jurisprudencial e doutrinária segura, relativa à construção de uma obrigação *propter rem* atribuída aos compradores de lotes numa certa localidade. É justamente este o ponto de confluência entre a questão ora apresentada e o tema do presente trabalho.

Com efeito, as noções tradicionais relativas à distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito apresentam-se insuficientes para caracterizar e regular as inúmeras relações jurídicas que estão a surgir no cenário jurídico moderno. A própria existência das aludidas figuras híbridas já denunciava, de há muito, tal insuficiência. Uma vez mais, circunstâncias puramente fáticas desafiam as conceituações jurídicas estabelecidas.

Na hipótese ora colacionada, mostra-se insuficiente a simples imputação da responsabilidade por meio do princípio geral da vedação do enriquecimento sem causa. O recurso à instituição de uma obrigação *propter rem*, no momento do memorial descritivo ou da constituição do loteamento, parece ser o único caminho seguro para vincular os proprietários de imó-

⁴⁹ Vide a recente dissertação de mestrado de Danielle Machado Soares, Condomínio de fato — Incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais, *Renovar*, 2000.

veis inseridos neste loteamento ao ingresso na associação comunitária ou ao pagamento das cotas relativas a eventuais despesas comuns. Desta forma, todos os compradores estariam automaticamente vinculados à associação e, portanto, as taxas despendidas por esta associação seriam exigíveis em face de todos os futuros adquirentes, de tal sorte que para se desligar da associação, obrigação *propter rem* que é, teria o morador que se desfazer do próprio lote adquirido, transferindo ao eventual novo adquirente este dever de estar associado. A estipulação convencional de tal obrigação *propter rem* parece encontrar sede legal na própria norma reguladora do parcelamento do solo (Lei n.º 6.766, de 1979), na medida em que esta admite, no ato do registro do memorial descritivo e do próprio registro do projeto aprovado, em que consta o compromisso de compra e venda a ser firmado com os adquirentes, a imposição de limitações — além das constantes nas diretrizes fixadas e na legislação pertinente — convencionais incidentes sobre os lotes e a serem respeitadas pelos futuros compradores (arts. 9.º, § 2.º, II; 18, VI, e 26, VII).

Ademais, parece-me que, segundo a lição de Perlingieri, a qualidade e a intensidade da tutela que reveste a aludida situação jurídica, independentemente de sua caracterização tradicional entre os direitos de crédito ou direitos reais, permite a sua estipulação convencional, atribuindo-lhe um vínculo que deverá ser respeitado pelos futuros adquirentes dos lotes, obrigando-os a integrar a associação comunitária ou ao pagamento das despesas comuns relativas ao loteamento.

Curioso notar que, embora sem adotar uma acepção técnica, alguns julgados tendem a consagrar a imposição deste dever de associação ou contribuição para as despesas comuns do loteamento na hipótese de existir previsão expressa no contrato de compra e venda dos lotes ou em convenção relativa ao loteamento, aos moldes da estipulação de uma obrigação *propter rem* convencional. Neste sentido:

Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro

6.ª Câmara - ap. 9.740/92 - julg. em 8/9/92

Rel. Juiz Nilson de Castro Dião

*“CONDOMÍNIO FECHADO [RECTIUS: DE FATO].
CLÁUSULA CONDOMINIAL VINCULANDO OS
CONDÔMINOS A UMA SOCIEDADE CIVIL DESTINADA A
ZELAR PELAS BENFEITORIAS ALI EXISTENTES, CO-*

MO SÓCIOS CONTRIBUINTES. EFICÁCIA. A liberdade de associação, garantia constitucional, só pode ser invocada, quando se tratar de interesse individual. Mas quando a participação na sociedade é um dever de solidariedade em prol do bem comum do grupo; quando a omissão ou a retirada do sócio significa um prejuízo para a comunidade, que não obstante, continua a gratificar o retirante, pois que o mesmo permanece se beneficiando, ainda que indiretamente, da atividade social, não se pode erigir a faculdade de retirada, como um dogma absoluto, mormente quando o condômino ao adquirir a sua unidade assumiu a obrigação contida na Convenção de integrar a aludida sociedade. Sendo a convenção um ato regra, fonte do direito corporativo, suas disposições têm força cogente.
(...)

Sustentam que não podem ser compelidos a permanecerem sócios, contra a vontade já manifestada, conforme a Constituição Federal lhes assegura (art. 5.º, inciso XX).

Asseveram que não há propriedade comum em relação aos logradouros e jardins e que os serviços de esgoto e segurança devem ser prestados pela Prefeitura e pelo Estado. (...)

Os réus não eram obrigados a ingressar na Sociedade Mandala. Bastava que não se tornassem proprietários da unidade residencial que possuem. (...)

A obrigação de ser filiado à firma, enquanto condômino, decorre de disposição expressa constante da Convenção, que é a lei entre os convencionais e que obriga a todos que, posteriormente, se tornarem condôminos.

É o que decorre da cláusula 74.ª: (...)

Portanto, quando os réus adquiriram a sua unidade residencial sabiam que teriam de ser sócios da Sociedade Civil. Enquanto condôminos, permanecem sócios. Têm a liberdade de se desligarem, usando da faculdade de alienação de seu imóvel. É o preço que devem pagar (...). (Grifos nossos.)

1.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo
8.ª Câmara Especial – ap. 652.378-8 – j. em 3/1/96
Rel. Juiz Maurício Ferreira Leite

*“Condomínio – Despesas condominiais – Loteamento – **Condomínio de fato** – Benfeitorias existentes, sendo irrelevante a sua não utilização pelo condomínio – Cobrança procedente – Recurso provido. (...)*

A ação tem por objetivo a cobrança de despesas de condomínio, relativas aos lotes que o apelado possui no Condomínio Terras de Santa Rosa.

Acolhendo alegações do apelado, no sentido de que se trata de mero loteamento e não de condomínio regularmente constituído nos termos da lei, a sentença julgou extinto o processo, entendendo que, de fato, não havendo condomínio regularmente constituído, não há suporte legal para a cobrança de despesas desse teor, carecendo o autor de legítimo interesse para o ajuizamento da ação. (...)

Em primeiro lugar, (...) a existência ou inexistência de condomínio instituído na forma da lei, não afasta o espírito que presidiu as partes contratantes, na operação de venda e compra de lotes em condomínio de fato, como habitualmente vem se procedendo modernamente.

Trata-se de um loteamento, é certo, com o evidente intuito de constituir condomínio entre os proprietários adquirentes. (...)

Aqueles que adquirem propriedades nessas circunstâncias, sistemas de loteamentos com conformação de condomínios, têm esse ônus de arcar com as despesas coletivas, tanto que o próprio apelado, no início assim o reconheceu (...). (Grifos nossos.)⁵⁰

Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro
8.ª Câmara – ap. 7772/89 – j. em 20/9/89
Rel. Juiz Décio Xavier Gama

“CONDOMÍNIO ATÍPICO — CASAS EM LOTEAMENTO. Despesas de conservação de manutenção de ruas e serviços comuns efetuadas pela administração no interesse dos convenientes. Cobrança procedente”.

50 Jurisprudência do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo — JTACSP, vol. 156. p. 67.

Calha observar que, embora os aludidos arestos verifiquem a existência dos elementos inerentes à caracterização de uma obrigação *propter rem*, acabam por justificar a imposição do dever vinculado à coisa por outros motivos, tais como o enriquecimento ilícito, a mera previsão contratual (direito de crédito) ou mesmo admitem tratar-se de condomínio (seja comum, seja especial), mesmo não conseguindo ajustar a figura constatada no caso concreto aos dispositivos legais invocados.

VII — CONCLUSÃO

Por tudo quanto se analisou acima, afere-se que verdadeiramente questionada, desde sempre, se apresenta a destrição entre os direitos de crédito e os direitos reais, variando as doutrinas desde aquelas que pretendem submeter uma categoria à outra àquelas que declaram mesmo impossível a distinção.

Fato é que, como visto, ambas as categorias, a despeito de possuírem pontos de contato, aproximam-se cada vez mais, em parte por força das figuras híbridas detectadas a partir do direito intermédio. Destarte, a doutrina moderna está a buscar solução para o problema por meio de uma nova concepção da própria relação jurídica, recorrendo alguns à noção de situação jurídica, porém sob novas vestes, incrementando o relacionamento dos institutos de direito civil com os princípios insculpidos da Constituição da República. Não assentadas definitivamente as bases desta novel concepção, carecendo ainda encontrar maior ressonância, verificou-se que prevalecem ainda na doutrina, na tentativa de delimitar as aludidas categorias, os pontos de contato e de repelência anteriormente consagrados.

A crise da distinção, todavia, evidencia-se especialmente no momento em que exsurgem novas figuras híbridas, condensando ainda mais a verdadeira zona cinzenta que interliga os extremos das duas categorias. Como visto, da realidade prática emerge a figura do condomínio de fato e suas implicações relativas às obrigações impostas aos “condôminos” no que tange à obrigatoriedade de ingressar em uma associação comunitária e contribuir para a efetivação de despesas comuns. A insuficiência dos institutos conhecidos revela-se na perplexidade da jurisprudência, incapaz de delimitar com um mínimo de tecnicismo os contornos jurídicos da situação fática que lhe é colacionada.

Não obstante, alguns novos modelos foram, neste trabalho, percebidos e revelados, a indicar a contínua busca da doutrina na tentativa de evoluir na concepção da própria relação jurídica — *in casu*, relação jurídica patrimonial —, cujos resultados estão, desde já, a ocasionar alterações na noção dos direitos reais e dos direitos de crédito, assim como nas suas categorias intermediárias. Tais constatações, como inicialmente asseverado, longe de pretender trazer soluções definitivas — que de resto a doutrina não possui —, estabelecem novos pontos de partida para um futuro e mais profundo desenvolvimento do tema, atendendo ao próprio escopo essencialmente provocativo deste curso.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1994.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro*. Introdução, Rio: Forense, 1991.
- AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, vol. II, Paris, 1869.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1997.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*, trad. para espanhol José Luis de los Mozos, Tomo I, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid.
- CARVALHO DE MENDONÇA, M. I. *Introdução ao direito das coisas*, Rio, 1915.
- _____. *Do conceito jurídico dos direitos reais*.
- CARVALHO FERNANDES, Luís A. *Lições de direitos reais*, 2. ed., Lisboa: *Quid Juris*, 1997.
- CHAMOUN, Ebert. *Apostila do curso de direito civil*. Ministrado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara em 1972. Impresso sem responsabilidade da cátedra.

COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*, São Paulo: Saraiva, 1994.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur.

DEMOLOMBE, *Cours de code de Napoléon*, vol. IX, Paris.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1997 (reimpressão).

DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., Paris, 1927.

FRAGA, *Direitos reais de garantia*.

GINOSSARD. *Droit réel, propriété et créance*, Paris, 1960.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 10. ed., Rio: Forense, 1991.

_____. *Introdução ao direito civil*, 13. ed., Rio: Forense, 1998.

_____. *Obrigações*, 8. ed., Rio: Forense, 1988.

KANT, Immanuel. *Principes métaphysiques du droit*, Trad. de Joseph Tissot.

MARTY et RAYNAUD. *Droit civil*, vol. I.

MENEZES CORDEIRO, A. *Direitos reais*, Lisboa, Lex Ed. Jurídicas, 1993 (reimpressão da ed. de 1979).

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, vol. I, 11. ed., Rio: Forense, 1998.

_____. *Direito romano*, vol. II, 6. ed., Rio: Forense, 1997.

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*, vol. I, Rio: Forense.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, 10. ed., Rio: Forense, 1987 (1. ed., 1961).

_____. *Instituições de direito civil*, vol. II, 9. ed., Rio: Forense, 1988.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. IV, 9. ed., Rio: Forense, 1990.

- _____. *Condomínio e incorporações*, 6. ed., Rio: Forense, 1992.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*, 6. ed., Rio: Freitas Bastos, 1956.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, trad. de Maria Cristina de Cicco, 3. ed., Rio: Renovar, 1997.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit Civi*, 7. ed., Paris, 1915, Tomo I.
- PLANIOL/RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1926, Tomo III.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- ROGUIN. *La science pure*, I e II.
- SAILEILLES, *Théorie générale de l'obligation*.
- SAN TIAGO DANTAS, F. C. *Programa de direito civil*, Rio: Ed. Rio, 1979, vol. I.
- _____. *Programa de direito civil*, Rio: Ed. Rio, 1979, vol. II.
- _____. *Programa de direito civil*, Rio: Ed. Rio, 1979, vol. III.
- _____. *Conflito de vizinhança e sua composição*, Rio: Forense, 1972.
- _____. *Programa de direito civil*, 3. ed., revista e atualizada por Gustavo Tepedino ... [et al], Rio, Forense, 2001.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, vol. II, 6. ed., Rio: Freitas Bastos, 1995.
- _____. *Curso de direito civil*, vol. I, 8. ed., Rio: Freitas Bastos, 1996.
- _____. *Curso de direito civil*, vol. IV, 4. ed., Rio: Freitas Bastos, 1996.
- SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato — Incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*, Ed. Renovar, 2000.
- SORIANO, Manuel Borja. *Teoria general de las obligaciones*, Tomo II, 3. ed., Editorial Porrúa, 1960.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual de direito das obrigações*, Tomo I, 2. ed., Coimbra Editora, 1965.

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

_____. “Contornos constitucionais da propriedade privada”. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*, org. por Carlos Alberto M. Direito, Rio: Renovar, 1997.

_____. *Novas figuras imobiliárias*, palestra proferida para a Tele-Jur Cursos Jurídicos em Vídeo, 1998.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*, Rio: Forense, 1977.

VILLEY, Michel. *Estudios en torno de la noción de derecho subjetivo*, Valparaiso, Ed. Universitárias, 1976.

ROUSSEAU, 1923.

_____. *Notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911.