

MAURÍCIO BAPTISTELLA BUNAZAR

DA OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Associado José Fernando Simão

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

MAURÍCIO BAPTISTELLA BUNAZAR

DA OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada sob orientação do Professor Associado José Fernando Simão.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

BUNAZAR, Maurício B., *Da obrigação “propter rem”*, dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

RESUMO: O objetivo desta dissertação é analisar o instituto da obrigação *propter rem* à luz do direito positivo brasileiro. Com isso, pretende-se fornecer uma descrição dogmaticamente coerente do instituto. Para atingir esse objetivo, foram analisadas categorias jurídicas que, em sede de obrigação *propter rem*, são controvertidas, entre as quais, destacam-se a renúncia e o abandono liberatório.

Palavras-chave: Direito das obrigações. Direito real. Obrigação *propter rem*. Natureza jurídica. Fonte. Abandono liberatório. Renúncia.

BUNAZAR, Maurício B., “*Propter rem*” obligation, dissertation (master's degree), Faculty of Law of the University of São Paulo, 2012.

ABSTRACT: The aim of this dissertation is to analyze the institute of the *propter rem* obligation through the light of the Brazilian positive Law. With that, it intends to provide a dogmatically consistent description of the institute. To achieve this goal, there were analyzed legal categories that, in place of *propter rem* obligation, are issued; including, the waiver and the discharging relinquishment that are stood out.

Key-words: Law of obligations. Right in rem. *Propter rem* obligation. Legal nature. Source. Discharging relinquishment. Waiver.

BUNAZAR, Maurício B., *Da obbligazione “propter rem”*, dissertazione di master, Facoltà di Diritto dell'Università di San Paolo, 2012.

RIASSUNTO: L'obiettivo di questa dissertazione è analizzare l'istituto dell'obbligazione *propter rem* alla luce del diritto positivo brasiliano. Con questo si pretende fornire una descrizione dogmaticamente coerente dell'istituto. Per attingere questo obiettivo, sono state analizzate categorie giuridiche che, in sede di obbligazione *propter rem*, sono poste in dubbio, tra le quali, si distaccano la rinuncia e l'abbandono liberatorio.

Parole-Chiave: Diritto delle obbligazioni. Diritto reale. Obbligazione *propter rem*. Natura giuridica. Fonte. Abbandono liberatorio. Rinuncia.

SUMÁRIO

Introdução	8
1ª PARTE – Relação jurídica obrigacional e situação jurídica de direito real: elementos teóricos para a caracterização dogmática da obrigação <i>propter rem</i>	9
Capítulo I – Relação jurídica de direito privado: conceito e termos	11
1. Relação jurídica como especial relação social	11
2. Relação jurídica em Kant	16
3. Classificação da relação jurídica em relação jurídica absoluta e relação jurídica relativa	21
4. Direitos subjetivos absolutos e direitos subjetivos relativos	24
Capítulo II – Caracterização da relação jurídica obrigacional e da situação jurídica de direito real	29
1. Origem da distinção entre direitos subjetivos a uma prestação e direitos subjetivos reais	29
2. Distinção entre direitos subjetivos a uma prestação e direitos subjetivos reais	31
3. Situação jurídica como modelo alternativo de explicação dos direitos subjetivos reais	35
4. Caracterização estrutural dos direitos subjetivos reais e dos direitos subjetivos a uma prestação	37
2ª PARTE – Obrigação <i>propter rem</i>	42
Capítulo I – Situação jurídica <i>propter rem</i>	43
1. Noções gerais	43
2. Notícia histórica	50
3. Obrigação <i>propter rem</i> em perspectiva doutrinária	57
3.1. Tese de Giovanni Balbi	57

3.2. Tese de Hassen Aberkane	60
3.3. Tese de Biondo Biondi	65
3.4. Tese de Manuel Henrique Mesquita	68
Capítulo II – Obrigação <i>propter rem</i> no direito positivo brasileiro	75
1. Conceito e função da obrigação <i>propter rem</i>	75
2. Distinção de figuras assemelhadas	80
2.1. Ônus reais	80
2.2. Tributos que têm por hipótese de incidência posição jurídica ativa de direito das coisas	83
2.3. Obrigação de comunicar o titular do direito de preferência	85
2.4. Obrigação decorrente da violação do estatuto de direito real	87
2.5. Obrigação de reparar o dano injusto ao meio ambiente	88
2.6. Obrigação de pagar certo valor a título de contribuição para associação de moradores	91
3. Obrigação <i>propter rem</i> à luz da análise dualista da obrigação	93
4. Transmissão da obrigação <i>propter rem</i> e o chamado abandono liberatório	107
Capítulo III – Eficácia das obrigações <i>propter rem</i>	119
1. Impossibilidade de criação de obrigação <i>propter rem</i> por ato de autonomia privada	119
2. Inadimplemento das contribuições condominiais	122
3. Obrigação <i>propter rem</i> no caso de pluralidade de direitos subjetivos reais	133
4. Obrigação <i>propter rem</i> e situação jurídica do adjudicante e do arrematante do imóvel em hasta pública	136
Conclusão	139
Bibliografia	141

INTRODUÇÃO

A obrigação *propter rem* é categoria jurídica operacional, isto é, presta-se a facilitar a decidibilidade de questões jurídicas concretas. Por esta razão, só há sentido em estudá-la relativamente, vale dizer, enquanto categoria jurídica pertencente a dado ordenamento jurídico.

Porém, a doutrina brasileira, de modo geral, não atenta para essa inerente relatividade da noção de obrigação *propter rem* e acaba por importar e acolher, de modo não crítico, tanto conceitos, como, principalmente, algumas de suas pretensas consequências.

O resultado desse “empréstimo” científico é a existência de proposições doutrinárias e decisões judiciais absolutamente incoerentes com o ordenamento jurídico brasileiro, não apenas quando se está diante de obrigação *propter rem*, mas, também, quando se busca qualificar algum instituto como sendo obrigação *propter rem* apenas por ele apresentar alguma característica que se entende própria dela.

Entre outras hipóteses, isso ocorre quando a doutrina discorre – ou o Judiciário é instado a decidir – sobre a transmissibilidade e a extinção da obrigação *propter rem*, bem como quando, devendo decidir sobre a responsabilidade tributária em certos tributos, a ela apela.

A precisão conceitual, tarefa da dogmática jurídica, é fundamental para a resolução segura e racional dos conflitos jurídicos, os quais não se apresentam de modo uniforme em todas as nações, e sim determinados por fatores sociais peculiares.

O objetivo deste trabalho, portanto, é realizar descrição da obrigação *propter rem* que, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, seja suficiente para responder com coerência a questões fundamentais, como, sua natureza jurídica, seus pressupostos de constituição e surgimento, sua formação e sua transmissibilidade.

1ª PARTE – RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL E SITUAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO REAL: ELEMENTOS TEÓRICOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DOGMÁTICA DA OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

O estudo da obrigação *propter rem* exige a análise da estrutura de duas categorias centrais do direito privado patrimonial: a do direito das obrigações e a dos direitos reais.

Tal se dá porque, invariavelmente, a natureza jurídica da obrigação *propter rem* é procurada dentro daquelas estruturas, o que acaba revelado na absoluta falta de uniformidade quanto ao *nomen iuris* do instituto¹, denominado de obrigação real, obrigação de causa real, ônus real, obrigação híbrida etc.

O debate entre os doutrinadores que pretendem diferenciar a estrutura dos direitos subjetivos reais da estrutura dos direitos subjetivos obrigacionais passa sempre pela questão de se saber se há ou não, em sede de direito real, a figura do sujeito passivo.

A fim de adequar o direito real ao esquema clássico da relação jurídica, a doutrina² criou a figura do sujeito passivo universal, pela qual, ao surgir um direito real, surge para todas as pessoas o dever de abstenção consistente em não perturbar o exercício do direito real pelo seu titular. O sujeito passivo universal seria indeterminado, mas determinar-se-ia no momento em que alguém violasse o exercício legítimo do direito real.

¹ L. B. GERI, já na primeira página de seu trabalho, chega mesmo a falar em tratamento promíscuo e confuso do tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Cf. *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, v. XI, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1.

² Costuma-se atribuir a B. WINDSCHEID a construção da relação jurídica com sujeito passivo universal. Com efeito, o autor afirma que “Direitos reais são aqueles por força dos quais a vontade do titular é decisiva para uma coisa. Isto não deve ser entendido no sentido de que seja à coisa que o ordenamento jurídico, concedendo um direito real, impõe sujeição. Isto não faz sentido. Todos os direitos existem entre pessoa e pessoa, não entre pessoa e coisa. Mas com isto se vem a dizer que a vontade do titular de um direito real é lei ao comportamento a respeito da coisa, isto é, ao comportamento de todos e não deste ou daquele. Mas o conteúdo do poder da vontade, que constitui o direito real, é negativo: aqueles que se encontram perante o titular do direito devem abster-se de qualquer ação ou de determinada ação sobre a coisa e não devem impedir qualquer ação ou determinada ação do titular sobre a coisa”. Cf. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. it. de C. Fadda e P. E. Bensa, *Diritto delle pandette*, v. I, Torino, Torinese, 1930, pp. 111-112.

Ao longo deste primeiro capítulo, buscar-se-á investigar se a figura do sujeito passivo universal justifica-se dogmaticamente e, para isso, faz-se necessária a análise do conceito e da estrutura subjetiva da relação jurídica e, também, de uma noção que, não obstante mais abrangente, é a ela correlata, qual seja a de situação jurídica.

CAPÍTULO I – RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO: CONCEITO E TERMOS³

1. Relação jurídica como especial relação social

A palavra *relação* tem uma série de significações, sendo que, aqui, cabe analisá-la no seu sentido de *ligação, vinculação* de algo a algo⁴.

Sob esta acepção, a palavra *relação* significa certo modo de ser, o relativo, entre dois ou mais termos⁵.

A noção de relação, seja de que espécie for, pressupõe a noção dos termos entre os quais ela constitui-se e desenvolve-se. A relação jurídica não é exceção a esta regra.

A relação jurídica é um dos conceitos fundamentais da ciência do direito, tendo recebido seus contornos atuais de F. K. VON SAVIGNY⁶, para quem a categoria é formada “de dois elementos: 1º dada matéria, a saber, a própria relação; 2º a ideia de direito que regula esta relação. O primeiro pode ser considerado como elemento material

³ Não se tem a pretensão, aqui, de aprofundar o estudo da relação jurídica, tema próprio da teoria do direito. Apenas se analisarão alguns de seus conceitos e, somente no que tange a seu elemento subjetivo, sua estrutura.

⁴ O processo de relacionar é uma forma de conhecer o mundo circundante. O sujeito cognoscente, diante de vários objetos, relaciona-os uns aos outros e, com isso, produz para si uma verdade que o ajuda a compreender o *locus* em que está inserido. Assim, os conceitos de alto e baixo; bonito e feio; principal e acessório são exemplos de conceitos que só podem ser obtidos por relacionamento.

⁵ Nesse sentido, ensina L. VILANOVA: “Logicamente, por sua formal estrutura, uma *relação qualquer R* dá-se, pelo menos, entre dois termos, ou seja ‘R (A, B)’. Pode dar-se entre três, quatro, *n*-termos, mas é, no mínimo, binária (bimembre). Os termos, no domínio específico do direito, são, como sabemos, os sujeitos-de-direito”. Cf. *Causalidade e Relação no Direito*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 167.

Também F. CARNELUTTI, após afirmar que “falamos de relação para exprimir o recíproco modo de ser de dois entes ou, de um modo geral, de dois objetos, mais exatamente, a reação que em nós determina, não já sua existência, mas sua coexistência”, conclui: “deve, por isso, reservar-se a denominação de relação jurídica apenas para os três pares fundamentais referidos, ou seja, para a correlação necessária entre o poder e o dever e cada uma de suas espécies”. Cf. *Teoria generale del diritto*, trad. port. de A. R. Queirós e A. A. Castro, *Teoria Geral do Direito*, Rio de Janeiro, Âmbito Cultural, 2006, p. 53.

⁶ Cf. *System des heutigen römischen Rechts*, trad. fr. de M. Ch. Guenoux, *Traité de Droit Romain*, Tomo I, Paris, Frères, 1840.

da relação jurídica, como um simples fato; o segundo, como um elemento plástico que eleva o fato e impõe-lhe a forma do direito”⁷.

Com base em F. K. VON SAVIGNY⁶⁻⁸, a relação jurídica pode ser conceituada como relação intersubjetiva juridicizada, isto é, que entrou no mundo jurídico⁹.

Este conceito revela uma opção clara: excluir a possibilidade de uma relação jurídica unissubjetiva, por exemplo, constituída entre um sujeito e um objeto¹⁰.

⁷ Cf. *System* cit. (nota 6.supra), pp. 327-328.

Em passagem anterior da mesma obra, ao dispor: “essa relação tem uma natureza orgânica que se manifesta seja pelo conjunto de suas partes constitutivas que se equilibram e limitam mutuamente, seja por seus desenvolvimentos sucessivos, sua origem, seus decréscimos”, cf. *System* cit. (nota 6.supra), p. 8., F. K. VON SAVIGNY confere à relação jurídica aspecto verdadeiramente dinâmico, influenciando, talvez, a construção da noção de relação jurídica obrigacional como processo.

⁸ No mesmo sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA preleciona: “relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica”. Cf. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas*, Tomo I, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 117, e M. A. DOMINGUES ANDRADE, para quem: “Relação jurídica -*stricto sensu*- vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”. Cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. I, Coimbra, Almedina, 2003, p. 2.

⁹ J. O. ASCENSÃO critica esse posicionamento, segundo o qual haveria precedência sempre necessária da relação social à relação jurídica. Nas palavras do autor, “(...) o Direito é em si *forma* da vida social. Ele vive nas relações sociais, que muitas vezes seriam inteiramente impensáveis sem a norma que as unifica”. Cf. *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, Morais, 1962, pp. 41-42, ora in *Direito Civil – Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas*, v. 3, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 35.

Não obstante as razões de J. O. ASCENSÃO, parece haver, sim, necessária precedência da relação social à relação jurídica. O Direito, por meio das normas jurídicas, seleciona relações sociais e as faz jurídicas. Quando se pensa numa relação social formada pelo direito, e o exemplo que normalmente se dá é o do parentesco, descuidava-se de analisar o fenômeno em todas as suas fases. Se se tomar o parentesco natural como exemplo, têm-se três momentos sucessivos bem definidos: num primeiro momento, há a relação biológica primária entre ascendente e descendente. Essa relação biológica é levada em conta pelo corpo social, é dizer, a valoração pelo corpo social a faz relação social. É sobre essa relação social que incide a norma jurídica, qualificando-a, neste terceiro momento, como jurídica.

G. LUMIA também assevera que em alguns casos é a norma jurídica que cria a relação jurídica, dando como exemplo a relação tributária entre o contribuinte e o credor do tributo, cf. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 1973, trad. port. de D. Agostinetti, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 100. A lição deste autor, da mesma forma que a de J. O. ASCENSÃO, não é capaz de afastar a necessária precedência da relação social à relação jurídica. Para comprová-lo, basta não confundir a estrutura lógica da norma tributária com sua incidência, haja vista as normas tributárias seguirem a regra geral de estrutura normativa, é dizer, possuem um antecedente e um consequente, ambos descritores, o primeiro, via de regra, de um fato; o segundo das consequências que devem se seguir à ocorrência deste fato. Assim, por exemplo, a norma do ICMS descreve que, dada a circulação de mercadorias – antecedente-, será devido o imposto – consequente. Nota-se claramente que sobre o fato – circulação de mercadorias – incide a norma, que o qualifica de jurídico. Já a obrigação do contribuinte de pagar o tributo, bem como a correspectiva pretensão da Fazenda a este crédito são eficácia da incidência da norma tributária sobre o fato da circulação, configurando, assim, o que F. C. PONTES DE MIRANDA classificou como relação jurídica eficaz, cf. *Tratado* cit. (nota 8.supra), p. 120 e seguintes.

Fica evidente, pois, que também no exemplo de G. LUMIA há precedência de uma relação social à relação jurídica.

Essa postura, embora compartilhada por muitos juristas¹¹, é alvo de críticas, dentre as quais, destaca-se a de L. E. FACHIN¹², para quem:

“A afirmação de que não há relação jurídica entre pessoas e coisas [...] leva a algumas consequências teóricas e práticas. A saber: se as relações só são entre pessoas, significa que todas as coisas, já que não podem estar num dos polos da relação jurídica porque não têm “vontade”, estarão sempre submetidas ao poder de alguém. E isto legitima indivíduos de se apropriarem de quase tudo e definir o querer e o não querer: eis o contrato social. Equívoco em vão. A formulação nada mais apreende do que se erigir à condição daqueles que se apropriam das coisas. É a vida contemporânea, apropriada para se destruir. A relação

¹⁰ Numa acepção extrajurídica, não há qualquer óbice a que se faça menção à uma relação entre uma e outra coisa; entre um e outro lugar; entre um e outro valor; entre um e outro sujeito etc. Contudo, no âmbito do Direito, só parece preciso falar em relação – agora qualificada como jurídica – entre pelo menos dois sujeitos. Tal se dá porque o direito é instrumento que serve à sociedade, regulando relacionamentos humanos e, por isso, tendo como pressuposto de sua existência e de sua incidência o convívio interindividual. Isso não significa afirmar que o Direito tem por objeto apenas a relação entre os sujeitos de direito, pois é sabido que cuida também de diversas outras questões, como divisão e exercício do Poder Político, uso da força física pelo Estado e pelo particular, entre um sem-número de outros exemplos. No entanto, toda e qualquer preocupação do direito tem por objeto, mediato ou imediato, o ser humano em sociedade. Por isso, quando se fala em relação jurídica, está-se falando de uma relação social qualificada, vale dizer, de uma relação social com *plus*: ser jurídica. Assim e tendo em mira que relação social é sempre e necessariamente entre pessoas, a relação jurídica, espécie do gênero relação social, somente parece possível entre dois ou mais sujeitos de direito. O fato de o sujeito S estar em contato com a coisa C ou o fato de a coisa C’ ter de ser analisada levando-se em conta a coisa C’’ são fatos que podem ou não ingressar no mundo jurídico, tudo a depender de serem ou não suportes fáticos suficientes à incidência de alguma regra jurídica. Havendo a suficiência do suporte fático, essas *situações* – à falta de designação melhor -, fazem-se jurídicas, vale dizer, entram no mundo jurídico, porém não como relação jurídica, já que ausente um elemento essencial: o *alterius*.

Note-se que não se está a afirmar a irrelevância, para o direito, do que resultou da incidência da regra jurídica sobre aqueles fatos, apenas não resulta disso uma relação jurídica. Pode ser que haja resultado *suficientização* de suporte fático para que, com nova incidência de regra jurídica, surja, aí sim, uma relação jurídica.

¹¹ Entre diversos outros autores, admitem relação jurídica apenas entre sujeitos de direito: I. KANT, *Principios Metafísicos del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Americalee, 1943; e, do mesmo autor, *Rechtslehre*, trad. port. de E. Bini, *Introdução ao Estudo do Direito – Doutrina do Direito*, 2ª ed., Bauru, Edipro, 2007; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 8.supra); L. VILANOVA, *Causalidade* cit. (nota 5.supra); G. TELLES Jr., *Iniciação na Ciência do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002; MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002; T. SAMPAIO FERRAZ Jr., *Introdução ao Estudo Do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2010; M. BERNARDESDE MELLO, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007; e, do mesmo autor, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia* – 1ª Parte, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007; F. AMARAL, *Direito Civil – Introdução*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, trad. port. de D. Agostinetti, *Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007; E. GATTI, *Derechos Subjetivos y Relaciones Juridicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992; e F. CARNELUTTI, *Teoria* cit. (nota 5.supra).

¹² Cf. *Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 102-103.

jurídica entre esses sujeitos é um mecanismo de legitimação da histórica exclusão social e econômica. A retomada da principiologia axiológica e a “constitucionalização” navegam contra essa maré. Para o direito de propriedade e as pessoas nele relacionadas, o sistema encontrou a obrigação passiva universal, porque não há relação entre proprietário e a coisa, que é o objeto de sua apropriação”.

O posicionamento de L. E. FACHIN, nesta questão, não parece acertado, uma vez que a relação jurídica, como de resto todo e qualquer conceito construído, não passa de parte de um sistema de explicação¹³ de um dado qualquer, o que, evidentemente, não significa negar que a escolha do sistema de explicação seja sempre ideológica.

Então, diferentemente do sustentado pelo autor, o esquema da relação jurídica não serve para legitimar o fenômeno da apropriação individual das coisas¹⁴, diferentemente disso, é apenas um dos possíveis modelos para explicá-lo.

As tentativas de legitimação da apropriação privada de coisas¹⁵ são muito anteriores à consagração da relação jurídica como modelo explicativo dos fenômenos

¹³ Acerca dos sistemas interno e externo, M. G. LOSANO ensina que “o sistema pode ser o ponto de chegada ou ponto de partida da atividade do estudioso e, em particular, do jurista. O sistema como ponto de chegada é uma construção intelectual que coloca ordem numa realidade caótica; é uma rede cognoscitiva que se superpõe ao seu objeto: é o *terminus ad quem*, ou seja, o fim a que tende a atividade do estudioso; é um *sistema externo* ao objeto estudado. Ao contrário, o sistema como ponto de partida é uma estrutura ínsita no objeto estudado; a tarefa do estudioso consiste em descobri-la e em descrevê-la; o sistema é o *terminus a quo*, o ponto de partida da atividade de pesquisa; o sistema é um *sistema interno* ao objeto estudado”. Cf. *Sistema e struttura nel diritto*, trad. port. de L. Lamberti, *Sistema e Estrutura no Direito*, v. 2, São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 2. Sobre a relação jurídica como parte de um sistema externo, cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil I - A Teoria Geral da Relação Jurídica – Seu Sentido e seus Limites*, 2ª edição, Coimbra, Centelha, 1981, p. 48 e seguintes.

¹⁴ O termo *coisa* será utilizado ao longo deste trabalho como significando: “O bem corpóreo, passível de valoração econômica e de imputação patrimonial privada”, como ensinado por L. C. PENTEADO, cf. *Direito das Coisas*, São Paulo, RT, 2008, p. 48-52. Do mesmo autor, cf. *Que coisa é a coisa? Reflexões em torno a um pequeno ensaio de Carnelutti*, in *Revista de Direito Privado*, RT, 39 (2009).

¹⁵ Sobre as teorias de legitimação da apropriação privada das coisas, cf. G. D’AGUANNO, *La genesi e l’evoluzione del diritto civile*, Torino, Bocca, 1890, pp. 329 e ss., em que trata do que chama de sentimento da propriedade. J. A. S. DEL NERO, a propósito do tratamento da função social da propriedade, assevera que “a fundamentação filosófica do direito de propriedade ultrapassa o âmbito da filosofia do direito, pertencendo antes ao campo de ‘uma visão de mundo’ (*Weltanschauung*), ou seja, uma fundamentação filosófica do direito de propriedade deve ser buscada no conjunto das concepções sociais, econômicas, históricas, jurídicas, políticas- culturais *lato sensu*, enfim- de um povo, e não apenas numa filosofia do direito – que talvez seja incapaz de fornecer-lhe uma base sólida”. Cf. *O Significado Jurídico da Expressão “Função Social da Propriedade”*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 3 (1997).

jurídicos, não sendo correto nem mesmo dizer que o esquema relacional favoreça ou reforce tais tentativas. A conclusão do autor de que a teoria que só admite relação jurídica entre pessoas implica submeter todas as coisas ao poder de alguém¹⁶ não pode ser inferida da premissa que elegeu, afinal a teoria, admitindo relação jurídica entre pessoa e coisa, também submete esta ao poder daquela¹⁷, não havendo, portanto, sob este aspecto, qualquer distinção entre uma e outra teoria.

¹⁶ “Se as relações só são entre pessoas, significa que todas as coisas, já que não podem estar num dos polos da relação jurídica porque não têm ‘vontade’, estarão sempre submetidas ao poder de alguém”. Cf. L. E. FACHIN, *Teoria* cit. (nota 12.supra) p. 103.

¹⁷ Também A. VON THUR, no que é seguido no Brasil por Orlando GOMES, admite a possibilidade de relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa, contudo não se desincumbe do ônus de demonstrar a possibilidade ou, ao menos, a racionalidade de sua afirmação. Ademais, chega a sustentar que há relação jurídica entre uma pessoa e um lugar. Cf., em relação ao autor alemão, *Der Allgemeine Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, trad. esp. de T. Ravá, *Teoria General del Derecho Civil Aleman*, v. I¹, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 156

F. C. PONTES DE MIRANDA, ao analisar algumas posições de A. VON THUR quanto à relação jurídica, tece críticas que merecem reprodução. Contudo, e apenas para compatibilizar sistematicamente as lições do autor com o momento deste texto, a ordem em que ele expôs suas ideias será alterada, assim: “Todas as teorias que admitem relação da pessoa com a coisa cometem o erro de negar a natureza social das relações jurídicas: relações com as coisas não seriam sociais. Por outro lado, fazem tábuas rasas do que se sabe sobre a origem do direito, como processo de coexistência dos homens; ou, em certos tempos, como tentativa de processo de adaptação entre os homens e as coisas e animais, porém como sujeitos. No direito real, a ordem jurídica somente atua e somente pode atuar por meio de proibições a pessoas e de coerção de pessoas (...)”. Cf. *Tratado* cit. (nota 8.supra), p. 128. E continua o autor: “As regras jurídicas são regras para as relações inter-humanas. As relações inter-humanas são fatos do mundo; a regra jurídica fá-las jurídicas. Não se podem confundir com os seus efeitos. Onde os fatos jurídicos ocorrem, todas as relações que deles emanam são eficácia, porém o fato jurídico em si pode já ser relação jurídica. Quando se diz que se não há de confundir a relação jurídica com os fatos de que elas emanam, fatos, aí, são os elementos do suporte fático, e não os fatos jurídicos. As relações jurídicas são juridicização de relações inter-humanas; não só a eficácia dessas, após as juridicizações. Toda relação jurídica que se prende ao fato jurídico anterior é efeito, sim, mais algum outro fato que a fez vir.

Quando A. VON THUR (supra, nesta mesma nota), por exemplo, escreveu que a relação jurídica é a eficácia jurídica das relações humanas definiu a causa pelo efeito. Quando o fato se fez jurídico, jurídicas fizeram-se as relações que ele implicou. Só a posteridade disso é que é eficácia. Se novas relações jurídicas decorrem disso é outro problema”. Cf., nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 8.supra), p.119-120. As lições deste autor, aqui, são de fato irretorquíveis, pois trata-se de momentos lógicos coincidentes, vale dizer, a relação jurídica não é efeito do fato jurídico: há o fato e há a relação intersubjetiva; com a incidência da regra jurídica, fato e relação, *ao mesmo tempo*, tornaram-se jurídicos. Ora, a consequência é sempre, logicamente, posterior à causa. Para finalizar a crítica de F. C. PONTES DE MIRANDA às concepções de A. VON THUR: “A relação de domicílio é relação entre o domiciliado e as outras pessoas, a respeito da sua fixação no território. A relação entre o domiciliado e o lugar do domicílio nada tem com o conceito de relação jurídica: é relação topológica, ou simplesmente funcional (domicílio de funcionários públicos). O suporte fático compõe-se da relação referida mais a relação entre a pessoa domiciliada e as outras pessoas. É sobre esse suporte fático que incide a regra jurídica que diz ‘O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo’ (Código Civil, art. 31). A constituição de domicílio não é ato real; é ato jurídico *stricto sensu*. A relação jurídica pode não se dar e então cabe ação declaratória negativa. Dando-se, é de propor-se a ação declaratória positiva”, cf. *Tratado* cit. (nota 8.supra), p. 122.

Além disso, no modelo capitalista, que o Brasil adotou¹⁸, as coisas são sempre potencialmente apropriáveis e, conseqüentemente, passíveis de submissão ao poder individual de alguém, que estará apenas vinculado ao dever de exercer tal poder de maneira socialmente funcionalizada¹⁹.

Assim, não havendo óbice real a que se possa afirmar que a relação jurídica tem como termos, sempre e, necessariamente, ao menos dois sujeitos de direito, cabe analisar, ainda, o papel do objeto na estrutura da relação jurídica, pois disso resultará o acatamento de uma de duas possíveis soluções quanto à estrutura do direito real: (i) a relação jurídica real é entre o sujeito de direito *S* e todos os outros sujeitos de direito do universo em torno da coisa *C*; ou (ii) a posição jurídica do sujeito *S*, da qual faz parte a coisa *C*, não se coaduna com o modelo de relação jurídica, reclamando um outro enquadramento dogmático.

No entanto, antes de qualquer conclusão, é importante averiguar os antecedentes filosóficos que influenciaram a noção de relação jurídica, pois estes servirão de fundamento para, conscientemente, se optar por uma das correntes doutrinárias.

2. Relação jurídica em Kant

Se é certo que foi F. K. VON SAVIGNY quem legou ao Ocidente o conceito moderno de relação jurídica, é igualmente certo que foi I. KANT quem lhe deu os fundamentos filosóficos necessários para tanto, influenciando-o como, de resto, a todo pensamento ocidental.

¹⁸ A apropriação individual das coisas é um fenômeno permitido e estimulado pela Constituição Federal, o que se revela evidente pela leitura dos seus artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e inciso XXII; e 170, inciso II. Evidentemente, a Constituição Federal não se preocupa apenas com a garantia do direito à propriedade privada, ao contrário, ao estabelecer seus objetivos legítimos uma abordagem da propriedade sob a perspectiva do acesso, na expressão utilizada por L. E. FACHIN, cf. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 43.

¹⁹ Cf. CF, art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III.

Quando I. KANT publicou a segunda edição de sua *Crítica da Razão Pura* parece que sabia que provocaria uma revolução, a que ele mesmo comparou com a revolução operada por Copérnico²⁰.

Ao tratar do neokantismo, J. M. ADEODATO demonstra a irradiação da filosofia de I. KANT no direito. O autor ensina que escolas de pensamento neokantiano influenciaram muitos filósofos do direito, entre os quais H. KELSEN, que, no Brasil ao menos, ora é tido por arauto da verdade e responsável por toda a cientificidade do direito, ora é tido por responsável por toda situação de opressão legitimada pelo direito²¹.

H. KELSEN é um jurista assaz referenciado no Brasil e, mesmo assim, a maioria dos autores que segue sua linha de pensamento ou, ao contrário, busca combatê-la, não faz qualquer menção à influência a qual sofre da obra de I. KANT.

Em razão dos autores por ele influenciados – com destaque a F. K. VON SAVIGNY e H. KELSEN -, pode-se afirmar que, embora I. KANT não houvesse dedicado uma linha sequer ao estudo do direito, quase todo pensamento jurídico ocidental seria, ainda assim, kantiano. No entanto, I. KANT, em sua *Metafísica dos Costumes*, apresenta doutrina do direito, que, posteriormente, veio a ser publicada independentemente, consolidando, assim, sua influência no pensamento jurídico ocidental.

²⁰ “Trata-se aqui de uma semelhança com a primeira ideia de Copérnico; não podendo prosseguir na explicação dos movimentos celestes enquanto admitia que toda multidão de estrelas se movia em torno do espectador, tentou se não daria melhor resultado fazer antes girar o espectador e deixar os astros imóveis. Ora, na metafísica, pode-se tentar o mesmo, no que diz respeito à intuição dos objetos. Se a intuição tivesse de se guiar pela natureza dos objetos, não vejo como deles se poderia conhecer algo *a priori*; se, pelo contrário, o objeto (enquanto objeto dos sentidos) se guiar pela natureza de nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar essa possibilidade [...]. A tarefa desta crítica da razão especulativa consiste neste ensaio de alterar o método que a metafísica até agora seguiu, operando assim nela uma revolução completa, segundo os exemplos dos geômetras e dos físicos”. Cf. *Kritik der Reinen Vernunft*, 1781, trad. port. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, *Crítica da Razão Pura*, 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, prefácio da segunda edição.

²¹ J. M. ADEODATO traz passagem que merece reprodução em razão das luzes que lança sobre a influência sofrida e causada por KELSEN: “Hermann Cohen e Paul Natorp lideram a Escola de Marburg na investigação das condições do sujeito diante da teoria do conhecimento. É este o lado dos neokantianos que aqui interessa mais de perto, por formar o primeiro ambiente filosófico de Hartmann. Seu reflexo na filosofia do direito também é importante: Rudolf Stammler, Hans Kelsen e o italiano Giorgio Del Vecchio são alguns dos que, à sua maneira, transferem para o estudo do direito parte da gnoseologia e a busca pela pureza metodológica da Escola de Marburg”. Cf. *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 26.

Na *Doutrina do Direito*²², I. KANT procede ao que chama de *divisão da metafísica dos costumes como um todo*, dizendo que:

“Todos os deveres são ou deveres de direito (*officia iuris*), quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou deveres de virtude (*officia virtutis s. ethica*), para os quais a legislação externa não é possível. Deveres de virtude não são suscetíveis de estarem submetidos à legislação externa simplesmente porque eles têm a ver com um fim o qual (ou cuja posse) é também um dever. Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo (já que isto constitui um ato interno da mente), a despeito de lhe ser possível prescrever ações externas que conduzem a um fim sem que o sujeito o torne seu fim”²³.

I. KANT diz que a doutrina do direito é a soma das leis para as quais é possível uma legislação externa e, na sequência, ao cuidar do conceito de direito, afirma que:

“O conceito de direito, enquanto vinculado a uma obrigação a este correspondente (isto é, conceito moral de direito) tem a ver, em primeiro lugar, **somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, possam ter influência (direta ou indireta) entre si[...]o direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade**”²⁴. (sem grifo no original).

²² Cf. *Rechtslehre*, trad. port. de E. Bini, *Introdução ao Estudo do Direito – Doutrina do Direito*, 2ª ed., Bauru, Edipro, 2007.

²³ Cf. *Rechtslehre* cit. (nota 22.supra), p.55.

²⁴ Cf. *Rechtslehre* cit. (nota 22.supra), p.46.

Em I. KANT, o conceito de direito é conduzido à possibilidade de relação de direito entre duas pessoas, daí qualquer manual, curso ou tratado sobre direito, até hoje, afirmar que a relação jurídica é conceito central de Teoria do Direito.

I. KANT afirma que a relação jurídica é uma relação entre sujeitos com direitos e sujeitos com deveres. A fim de demonstrá-lo, elabora o seguinte quadro:

1	2
A relação em termos de direitos dos seres humanos com seres que não possuem nem direitos nem deveres.	A relação em termos de direitos dos seres humanos com seres que possuem direitos bem como deveres.
<i>Vacat (não há)...</i> pois estes são seres aos quais falta razão, que não podem nem nos obrigar nem pelos quais possamos ser obrigados.	<i>Adest (há)...</i> pois esta é uma relação de seres humanos com seres humanos.
3	4
A relação em termos de direitos dos seres humanos com seres que possuem apenas deveres, mas não direitos.	A relação em termos de direitos dos seres humanos com um ser que possui somente direitos, mas não deveres (Deus).
<i>Vacat (não há)...</i> pois estes seriam seres humanos sem personalidade (servos, escravos).	<i>Vacat (não há)...</i> ao menos na filosofia, uma vez que este ser não é um objeto de experiência possível.

O autor afirma textualmente que apenas no número 2 encontra-se uma relação real entre direito e dever e, portanto, só em 2 há uma relação jurídica.

Ora, conhecendo a noção kantiana de direito, pode-se reconhecer as origens de certas afirmações, bem como a origem da resistência a certas mudanças de perspectiva. Veja-se:

Para I. KANT, o direito é eminentemente relativo, vale dizer, só há direito onde se puder relacionar juridicamente as pessoas *A* e *B*. A. VON THUR, por exemplo, numa pretensa fuga de I. KANT, afirma que é possível relação jurídica entre pessoa e coisa²⁵.

Pode-se, então, afirmar que a tendência de muitos juristas de analisar o Direito sempre sob o enfoque da relação jurídica é influência direta do pensamento de I. KANT, ainda que disso nem sempre tenham consciência.

Como se demonstrará, a noção de relação jurídica é insuficiente para explicar várias situações jurídicas e a insistência dos juristas em fazê-lo tem sido causa de interpretações errôneas, quando não da criação de conceitos pouco operáveis²⁶.

Por questão de clareza conceitual, primeiramente, convém analisar, ainda que brevemente, classificação da relação jurídica que a distingue em absoluta ou relativa, pois este critério classificatório, como se verá adiante, é utilizado direta ou indiretamente pela doutrina, embora padeça de vício lógico insuperável.

²⁵ Na verdade, o autor vê a juridicidade – que de fato há, porque incidente regra jurídica – entre a pessoa *A* e a coisa *C* e, sem conseguir fugir da visão de I. KANT sobre o direito, enquadra-a no seu esquema relacional. O mesmo ocorre com os personalistas que, sem conseguir escapar do esquema relacional, mas percebendo a incongruência de considerar jurídica a relação entre pessoa e coisa, criam a figura do sujeito passivo universal. Cf. *Der Allgemeine* cit. (nota 17. supra).

²⁶ “A relação jurídica é apenas uma das várias situações jurídicas possíveis. Pretender reduzir toda a realidade a relações jurídicas, para além das censuras metodológicas, técnicas e significativo-ideológicas já apontadas, a propósito da crítica ao Código de A. P. S. VAZ SERRA, é irrealista e provoca distorções contínuas. A sua exportação para além do Direito civil veio prejudicar os sistemas de exposição das disciplinas atingidas”. Cf. A. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral* – Tomo I, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 307.

3. Classificação da relação jurídica em relação jurídica absoluta e relação jurídica relativa

J. O. ASCENSÃO, no início de sua obra *As Relações Jurídicas Reais*²⁷, chama a atenção para a existência de uma classificação da relação jurídica sob o critério de sua extensão subjetiva²⁸, com o que se teria relação jurídica relativa e relação jurídica absoluta.

O autor afirma expressamente que relação absoluta é a que envolve a totalidade das pessoas existentes, enquanto que relativa é a que se processa entre pessoas determinadas ou determináveis²⁹.

Na sequência, o autor busca justificar essa opção classificatória nos seguintes termos:

“Pode estranhar-se que estejamos caracterizando a relação absoluta, reportando-se à doutrina dominante, quando na verdade a doutrina fala tanto em direitos absolutos e tão pouco em idêntica classificação das relações.

A isso teríamos de observar que:

a) Vários autores significativos empregam a classificação. Nomeadamente F. S. PASSARELLI, A. LEVI e PUGLIATI estabelecem-na.

b) A fuga da expressão não se traduz em negação do conceito. Já F. K. VON SAVIGNY distinguia as instituições (ou relações) que se referem a todos os homens, das que se referem a indivíduos determinados. Não há quem não reconheça aqui a distinção das relações em absolutas e relativas.

c) Toda distinção entre direitos absolutos e relativos envolve uma idêntica classificação das relações. Não só porque, como veremos, a construção do direito subjetivo e da relação jurídica

²⁷ Cf., em relação à classificação, cit. (nota 9.supra), pp. 23 e ss.

²⁸ Cf. *As Relações* cit. (nota 9.supra) pp. 23 e ss.

²⁹ Cf. J. O. ASCENSÃO, *As Relações* cit. (nota 9.supra), p. 23.

tem sido processada pela doutrina dentro do maior paralelismo, como ainda porque o caráter absoluto do direito arrasta necessariamente a absolutidade da correspondente relação”³⁰.

As justificativas do autor não parecem suficientes à adoção desse critério classificatório – o qual, diga-se, o próprio autor taxa de absurdo linguístico e prático -, porque:

- a) O fato de autores de renome terem feito referência a uma relação jurídica absoluta não justifica sua aceitação como critério classificatório, e, sim, justificaria uma posição crítica que, desde logo, afastasse-o como ilógico e equivocado³¹.
- b) Realmente, a fuga da expressão não revela negação do conceito, no entanto, dá indícios de que algo não está correto, do contrário, os autores sentir-se-iam à vontade para utilizá-la e não a contornariam. Ademais, dizer que uma relação é entre um e todos é diverso de dizer que uma relação é absoluta. Ora, relação entre um e todos é relação com dois termos; já, relação absoluta é *contradictio in terminis*, pois **absoluto é justamente o que não está inserido em uma relação. Assim, quando J. O. ASCENSÃO afirma que “Já Savigny distinguia as instituições (ou relações) que se referem a todos os homens, das que se referem a indivíduos determinados. Não há quem não reconheça aqui a distinção das relações em absolutas e relativas”, parece adotar, ao menos nesse momento, como sinônimos os termos *direito absoluto* – que é justamente o que não se enquadra em uma relação – e *relação absoluta*”**.
- c) Quando J. O. ASCENSÃO afirma que “Toda distinção entre direitos absolutos e relativos envolve uma idêntica classificação das relações” incide em imprecisão, pois os conceitos de direito absoluto e de relação

³⁰ Cf. J. O. ASCENSÃO, *As Relações* cit. (nota 9.supra), p. 25 e 26.

³¹ O que, repita-se, J. O. ASCENSÃO faz na sequência de seu trabalho. Cf. *As Relações* cit. (nota 9.supra), p. 27 e seguintes.

jurídica são excludentes logicamente: onde há relação jurídica, o direito é relativo; onde o direito é absoluto não existe relação jurídica. A afirmação do autor, assim, parece também ter origem no pensamento kantiano, pois não vislumbra outra possibilidade que não a de explicar o fenômeno jurídico sob a óptica relacional.

No entanto e como já afirmado, o próprio J. O. ASCENSÃO reconhece que a classificação da relação jurídica em absoluta é equivocada, tanto que se dedica a demonstrá-lo no tópico número 7 de sua obra, o qual vem com o sugestivo título: *O absurdo linguístico e prático*.

Com efeito, o autor afirma que: “a expressão *relação absoluta* é contraditória, assim como a expressão *relação relativa* seria tautológica”³².

As críticas do autor, porém, não se restringem à lógica, mas também à praticidade, ou melhor, à ausência de praticidade da noção de relação absoluta.

J. O. ASCENSÃO afirma ser artificial pensar-se numa relação jurídica tendo por sujeito passivo dois bilhões de pessoas, e indaga: “será realista sustentar-se que, porque colhi um fruto no meu pomar, qualquer ignoto tailandês ficou vinculado por mais um dever – o de não perturbar uma propriedade que ele ignora totalmente?”³³.

Realmente, J. O. ASCENSÃO e aqueles que antes dele³⁴ criticaram a ideia de relação jurídica com sujeito passivo universal têm razão. Do ponto de vista lógico, repita-se, não há incongruência no conceito de relação entre um e todos os outros. Porém, este conceito é imprestável para a ciência do Direito em razão de não servir satisfatoriamente como modelo explicativo da categoria *direito absoluto* e, menos ainda, como instrumento apto a resolver conflito jurídico concreto, prestando-se apenas como mero recurso ao enquadramento da categoria no modelo de relação jurídica.

³² Cf. J. O. ASCENSÃO, *As Relações* cit. (nota 9.supra), p. 27.

³³ Cf. J. O. ASCENSÃO, *As Relações* cit. (nota 9.supra), p. 28-29.

³⁴ Como H. ABERKANE, por exemplo. Cf. *Essai D'Une Théorie Générale de L'Obligation Propter Rem en Droit Positif Français*, Paris, LGDJ, 1957, p.20. Nesse sentido, o autor, embora não negue a ideia de obrigação passiva universal, critica a teoria personalista por querer fazer dela elemento caracterizador do direito real.

É com esta convicção que se buscará outro modelo teórico capaz de explicar satisfatoriamente a estrutura dos chamados direitos absolutos, especialmente os direitos subjetivos reais.

4. Direitos subjetivos absolutos e direitos subjetivos relativos

Como bem ensina J. O. ASCENSÃO, a expressão *direito absoluto* é empregada pelos juristas em sentidos diversos, ora designando um direito ilimitado, ora designando um direito oponível *erga omnes*, ora designando um direito não inserto em uma relação jurídica³⁵.

Assim como o autor, utilizar-se-á a noção de direito absoluto como significando aquele direito não inserto em uma relação jurídica³⁶. Contudo, são necessários ao menos dois esclarecimentos.

O primeiro refere-se à identificação dos direitos absolutos com os direitos oponíveis *erga omnes*. Conforme se demonstrará ao longo deste trabalho, tal identificação não é correta, devendo ser resolvida por meio da relação entre gênero e espécie. É que, em razão de sua estrutura, os direitos absolutos são sempre oponíveis *erga omnes*, o que não significa que todo direito oponível *erga omnes* seja absoluto³⁷.

O segundo esclarecimento que se tem por necessário refere-se à noção de direito inserto ou não em relação jurídica. Aqui, pode-se fazer uma distinção entre direito

³⁵ Cf. O. ASCENSÃO, *Direitos Civis Reais*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 45 e ss.; e L. C. PENTEADO, *Direito das Coisas* cit. (nota 14.supra), p. 98-100.

³⁶ R. CAPELO DE SOUZA utiliza o critério da imediação para distinguir os direitos absolutos dos relativos, o que significaria adotar o critério classificatório da não inserção em relação jurídica, porém acaba por fazer menção à sujeição passiva universal, o que permite colocá-lo ao lado dos que utilizam a oponibilidade *erga omnes* como critério de classificação. Obtempera: “*Direitos subjetivos absolutos* (ou *omnieficientes*) são aqueles em que o seu titular activo tem poderes jurídicos directos e imediatos sobre determinado bem, que lhe é afectado de modo exclusivo ao seu uso, fruição, reivindicação e autodeterminação, devendo todos os demais sujeitos jurídicos abster-se de qualquer comportamento lesivo (*dever geral de respeito ou obrigação passiva universal*). É o caso dos direitos de personalidade, dos direitos reais e dos direitos intelectuais. Por sua vez, *direitos subjetivos relativos* são aqueles em que o seu titular activo tem poderes jurídicos dirigidos a uma pessoa ou a pessoas *determinadas*, que lhes impõem um dever ou uma sujeição específica. Tal ocorre com os direitos de crédito, os direitos familiares patrimoniais e os direitos sucessórios”. Cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, v. I, Coimbra, Coimbra, 2003, p. 189.

³⁷ A questão será desenvolvida adiante.

subjetivo absoluto em sentido amplo e direito subjetivo absoluto em sentido estrito. Em sentido amplo, direito subjetivo absoluto é aquele cujo exercício se dá sem a participação do *alter*, é dizer, de maneira não relativa, ainda que surja de uma relação jurídica ou nela se desenvolva. Em sentido estrito, direito subjetivo absoluto é aquele que, além de ser exercido independentemente de qualquer outro sujeito que não seu titular, não se desenvolverá numa relação jurídica.

A doutrina costuma apontar como direitos subjetivos absolutos os direitos de personalidade e os direitos reais. Quanto a estes últimos é que a distinção feita acima terá utilidade.

Com efeito, a doutrina costuma classificar os direitos reais em direito real sobre coisa própria – a propriedade –, e direitos reais sobre coisas alheias, isto é, todos os outros direitos reais.

Assim, e, tomando o direito subjetivo real de usufruto como exemplo, tem-se um direito real – absoluto, pois –, que se exerce em uma relação jurídica, qual seja, a existente entre o proprietário e o usufrutuário³⁸. A posição jurídica do usufrutuário é bem distinta daquela do proprietário pleno, pois enquanto a própria noção de usufruto pressupõe uma relação jurídica, a posição jurídica do proprietário pleno a repele.

Destarte, e apenas em uma tentativa de exemplificação, ter-se-ia que o direito do usufrutuário, como de resto de todo titular de direito subjetivo real sobre coisa alheia, é direito absoluto em sentido amplo, enquanto que o do proprietário pleno é direito absoluto em sentido estrito.

Além do critério adotado – o da inserção ou não em relação jurídica – e o da oponibilidade *erga omnes*, a doutrina costuma apontar como característico do direito absoluto sua potencial violação por qualquer pessoa, o que o diferenciaria do direito relativo, apenas violável por sujeito determinado³⁹.

³⁸ H. ABERKANE, em sentido semelhante, aduz que, na situação jurídica de usufruto, o usufrutuário há de considerar o nu-proprietário como um terceiro especial, distinto de todos os outros. Cf. *Essai D'Une Théorie Générale de L'Obligation Propter Rem en Droit Positif Français*, Paris, LGDJ, 1957, p. 21.

³⁹ A. VON THUR, por exemplo, adota o critério da oponibilidade *erga omnes* e o da potencial violação por qualquer pessoa: “O poder de vontade que outorga o direito subjetivo pode dirigir-se contra uma pessoa

Em que pese a importância desta corrente doutrinária, há de fazer-se algumas ponderações a seu respeito. Pode opor-se a esta corrente o fato de, com cada vez mais frequência, a doutrina reconhecer situações em que terceiros colaboram para violação – devendo ser, por isso, civilmente responsabilizados – de direitos relativos, mais especificamente, direitos de crédito⁴⁰.

A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, por ocasião de um parecer⁴¹, narra o fato de postos de combustíveis que ostentavam a bandeira Ipiranga, e que com esta sociedade empresária mantinham contrato de fornecimento exclusivo de combustíveis, passarem a adquirir combustíveis de outra sociedade empresária fornecedora. O autor defendeu que esta outra sociedade empresária responderia por ilícito aquiliano consistente em colaborar

determinada (assim é nos créditos e nos direitos pessoais recíprocos dos cônjuges) ou existir frente a todos os sujeitos jurídicos (como na propriedade, que outorga ao sujeito o poder sobre uma coisa, negando igual faculdade aos terceiros). Os direitos da primeira categoria são designados como relativos; os da segunda, como absolutos [...]. Ademais, da violação do direito absoluto pode surgir uma obrigação de reparação a cargo do autor, enquanto que o direito relativo, que unicamente impõe obrigações ao devedor, somente pode ser violado por este”. Cf. *Der Allgemeine* cit. (nota 17.supra), p. 254-272.

Na mesma linha, F. C. PONTES DE MIRANDA: “O direito pode dirigir-se contra determinada pessoa (direitos a sujeitos passivos singulares) ou contra todas as pessoas (direitos a sujeitos passivos totais). Os direitos de crédito e os direitos pessoais recíprocos dos cônjuges entram na primeira classe; os direitos de personalidade e os direitos reais, inclusive o domínio, na segunda. Essa é a classe dos *direitos absolutos*; aquela, a dos *direitos relativos*. [...]. Na discussão entre consistir o direito absoluto em faculdade de senhorio (generalização do que se observou na propriedade) e consistir em proibição de turbação por parte de qualquer pessoa, não se há de dar a palma a qualquer dos contendores: há um e outro elemento. Nem valeria a pena repisar argumentos contra os que repelem a distinção dos direitos em absolutos e relativos, porque, dizem, também nesses as regras se dirigem a todos, de modo que o crédito existe entre o devedor e o credor e perante todos. Ora, a confusão entre eficácia da regra jurídica e eficácia dos fatos jurídicos ressalta: certamente, a regra jurídica incide, perante todos; o fato jurídico, esse, irradia a sua eficácia entre alguém e outrem, singularmente (só aquele é credor, só esse é devedor), ou entre alguém e todos (A é proprietário, todos são sujeitos passivos do direito de A). [...]. Nos direitos absolutos há tal configuração que o titular deles tem certo espaço jurídico, integrado na sua esfera jurídica, e todos tem, a respeito dele, o *dever de abstenção*, pelo menos. Os direitos relativos podem consistir em que alguém, pessoa determinada, faça, ou se abstenha. Se se ofende àqueles, há a pretensão e a ação para que a situação se restabeleça, ainda contra o terceiro que a negue, porque não a conhecia, ou não a conhece; ao passo que, se se nega a relação jurídica relativa entre A e B, sem que haja interesse de A em que C a conheça, A não tem pretensão ou ação contra C. A pretensão e a ação para adimplemento, condenatória, ou executiva, essa somente pode ser proposta por A contra B. Se A tem usufruto em bem pertencente a B, tanto B quanto C pode violar o direito de A, que é absoluto, e ter de reparar o dano. Se o direito é de crédito, só B pode violá-lo. Se C se diz mandatário de A, sem o ser, ou se C rompe os documentos de A, o seu dever de reparação é por violação de direitos absolutos, e não por violação de direito relativo. O poder ser violado, como tal, por todos, caracteriza o direito absoluto”. Cf. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos Pretensões. Ações*, Tomo V, 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, pp. 264-266.

⁴⁰ É a teoria conhecida como teoria do terceiro cúmplice, que encontra manifestação, por exemplo, no artigo 608 do Código Civil.

⁴¹ *Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137-147.

para o inadimplemento dos postos revendedores, no que tange ao descumprimento da cláusula de exclusividade daquele contrato de fornecimento.

F. C. PONTES DE MIRANDA⁴², porém, afirma: “quem assevera que o crédito existe entre o devedor e o credor e perante todos confunde eficácia da regra jurídica com eficácia do fato jurídico. A primeira incide perante todos, mas o fato jurídico apenas entre alguém e outrem singularmente ou entre alguém e todos”.

Realmente, se se pensar em uma relação jurídica obrigacional, ter-se-á como credor o sujeito ou sujeitos de direito que estejam na posição jurídica S e como devedor o sujeito ou sujeitos de direito que estejam na posição jurídica S', todos os demais serão terceiros. Disso resulta, como de resto afirma o jurista, que S só poderá exigir o crédito de S', porém disso não decorre que apenas S' pode violar o direito de crédito de S.

Na esteira do que ensina P. L. NETTO LÔBO, assim como, à exceção das prestações personalíssimas, terceiro pode adimplir, é possível que, em alguns casos, terceiro viole o direito de crédito⁴³. Note-se que violação do direito de crédito não se confunde com frustração do direito de crédito por destruição do objeto da prestação. Se S' deve dar o carro certo a S, e Z destrói o veículo, a princípio Z não responde por violação do direito de crédito, mas sim por violação do direito absoluto de propriedade⁴⁴.

No exemplo encontrado no parecer de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, a conduta do terceiro é intimamente ligada à do devedor, mais do que isso, a conduta do terceiro só é possível em razão da atitude do devedor, algo bem diferente do que se dá no exemplo, citado acima, da destruição do objeto da prestação.

⁴² Cf. pte. 1ª, cap. I.2, nt. 25, retro.

⁴³ “Não faz sentido que terceiro possa interferir na relação obrigacional para realizar o adimplemento, até mesmo em nome próprio (art. 305 do Código Civil), e não seja responsabilizado quando interfere para prejudicar essa relação”. Cf. *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 59.

⁴⁴ É o que ensina F. C. PONTES DE MIRANDA quando afirma: “Se C se diz mandatário de A, sem no ser, ou se C rompe os documentos de A, o seu dever de reparação é por violação de direitos absolutos, e não por violação de direito relativo”. Cf. *Tratado* cit. (nota 39.supra), p. 266.

Assim, a doutrina mais moderna⁴⁵ reconhece que o terceiro, ao menos em coparticipação com o devedor – daí ser chamado de terceiro cúmplice -, pode violar o direito de crédito, relativo por excelência. Ora, no momento em que se reconhece que tanto direitos absolutos com direitos relativos são passíveis de violação por qualquer sujeito de direito, perde objeto o fator de distinção eleito pela corrente de pensamento criticada⁴⁶.

Desse modo, utilizar-se-á como critério definidor da natureza absoluta ou relativa de um direito subjetivo⁴⁷ a possibilidade e/ou necessidade ou não de sua inserção em uma relação jurídica.

Fixado o critério definidor da relatividade ou absolutez dos direitos subjetivos, analisar-se-á ainda a estrutura da relação jurídica obrigacional e da situação jurídica de direito real para, com isso, obter os demais subsídios teóricos necessários à definição da natureza jurídica da obrigação *propter rem*.

⁴⁵ Além de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO e P. L. NETTO LÔBO, pode-se apontar como reconhedores da potencial violação do crédito por terceiros A. LIMA, *A Fraude no Direito Civil*, ed. São Paulo, Saraiva, 1965, p. 57 e seguintes, J. F. SIMÃO, *Direito Civil – Contratos*, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 2011, p. 17-18, F. NORONHA, *Direito das Obrigações*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 462 e L. C. PENTEADO, *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, principalmente, p. 121 e seguintes.

⁴⁶ A. MENEZES CORDEIRO, após utilizar o fator da inserção ou não do direito em uma relação como definidor de sua relatividade ou absolutez e criticar a utilização dos fatores da oponibilidade – *erga omnes* ou *inter partes* – e da violabilidade – apenas pelo devedor ou credor ou potencialmente por qualquer sujeito de direito –, conclui: “tais orientações devem ser abandonadas: elas conduzem a confusões terminológicas. Muitas vezes, na base de tais confusões, são retiradas conclusões atinentes a regimes aplicáveis, sem que as premissas de partida o comportem. Como critério útil fica, pois, a bitola estrutural, acima proposta” [inserção ou não da situação jurídica numa relação jurídica]. Cf., nesse sentido, *Tratado cit.* (nota 26.supra), p. 307.

⁴⁷ Utilizar-se-á a definição de direito subjetivo proposta por A. TOMASETTI Jr., para quem “trata-se de uma posição jurídica subjetiva ativa complexa, unitária e unificante de posições jurídicas subjetivas ativas elementares, ou seja, implica um conjunto de faculdades, pretensões, poderes formativos e imunidades, os quais se acham em estado de coligação normal e constante, sob a titularidade de um sujeito determinado, relativamente a certo objeto”. Cf. *Comentário*, in RT 723 (1996), pp. 208-223.

CAPÍTULO II – CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL E DA SITUAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO REAL

A caracterização dos direitos subjetivos sob o aspecto de sua absolutez ou relatividade impõe que se perquirira acerca da origem desta caracterização, algo que, segundo se acredita, provém da distinção entre direitos subjetivos a uma prestação e direitos subjetivos reais.

1. Origem da distinção entre direitos subjetivos a uma prestação e direitos subjetivos reais

A distinção entre direito subjetivo a uma prestação e direito subjetivo real tem sua origem na distinção romana entre *actio in rem* e *actio in personam* e, segundo ensina J. O. ASCENSÃO, passa pela elaboração dos juristas medievais até culminar com a classificação germânica das relações jurídicas baseada na doutrina de F. K. VON SAVIGNY⁴⁸.

A distinção das *actiones* em *actio in rem* e *actio in personam* aparece tanto nas Institutas de Gaio quanto nas de Justiniano. A leitura desses textos confirma que a origem da distinção remonta à *vindicatio* e à *actio*⁴⁹.

⁴⁸ Cf. *Direitos Reais* cit. (nota 35.supra), p. 15-16 e 597-598.

Por sua vez, também, B. WINDSCHEID afirma que a distinção provém da classificação das *actiones in personam* e *in rem*. *La actio del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*, cf. B. WINDSCHEID – T. MÜLLER, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856, trad. esp. de T. A. Banzhaf, *Polemica Sobre la “Actio”*, Buenos Aires, EJEA, 1974, p. 26.

Os romanistas costumam afirmar que o direito romano tinha por núcleo as *actiones*, por meio das quais se tutelavam os direitos subjetivos, daí a importância de sua classificação. Nesse sentido, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, v. I, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 222-224, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I – Parte Geral – Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, 2003, p. 233.

⁴⁹ Cf. *G. Inst.*, 4, 1,50: “ 1. Se procurarmos indagar quantas espécies de ações existem, parece mais certo dizer que existem dois tipos, as ações *in rem* e as ações *in personam*, porque os que disseram que eram quatro os gêneros ou tipos de *sponsiones* não perceberam que classificaram como gênero certas ‘espécies’ ou tipos de ações. 2. A ação é *in personam*, quando agimos contra quem se obrigou conosco por contrato ou por delito, ou seja, quando pretendem que nos devam dar, fazer ou prestar alguma coisa (*dare, facere, praestare, oportere*). 3. A ação é *in rem* quando pretendemos que alguma coisa corpórea se torne nossa, ou quando temos um direito qualquer sobre ela, como o direito de uso, de usufruto, de passagem, de caminho, de aqueduto, de elevar a construção, ou de vista. Ou, então, quando a ação do nosso adversário é negativa. [...]”

A. SANTOS JUSTO leciona que “a distinção entre *actio in rem* e *actio in personam* deriva de outra mais antiga entre *vindicatio* e *actio* e apóia-se num critério que atende à natureza da relação jurídica e do direito subjetivo que é tutelado”. O autor aduz que:

“A *vindicatio* (de *vim dicere*) foi um expediente que, de modo autoritário e violento, protegia os direitos de domínio do *paterfamilias* sobre as pessoas e coisas sujeitas à sua *potestas*. Depois, com a intervenção da *civitas*, a violência reduziu-se a simples palavras (*vindicatio* e *contravindicatio* da mesma *res*). *Actio* é a atividade judicial dirigida à obtenção do cumprimento de uma *obligatio*: ao apoderamento do vinculado (*manus iniectio*). Quando a *actio* adquiriu um sentido geral e absorveu a *vindicatio*, foi necessário distinguir *actio in rem* (antiga *vindicatio*) e a *actio in personam* (antiga *actio*).”⁵⁰

A *actio in personam* tem lugar quando a pretensão do autor é dirigida à pessoa certa obrigada a uma prestação; já a *actio in rem* é cabível contra quem quer que se oponha ao exercício de um direito real, de direito de família ou de direito hereditário do autor⁵¹. E. H. J. PETIT afirma que essa classificação é geral, sendo que toda ação ou é *in*

5. As ações *in rem* chamam-se vindicações (*vindicaciones*) e as *in personam*, pelas quais pleiteamos que alguém nos deve dar ou fazer alguma coisa, se chamam *condictiones*”.

Cf., nesse sentido, Inst. 4, 6, 1: “Falta ainda tratarmos das ações. Ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido. §1º. A principal divisão das ações, perante juízes ou perante árbitros, qualquer que seja o seu objeto, é em duas espécies: reais ou pessoais. Quando propomos ação contra quem, por contrato, por delito, ou por qualquer outra razão é obrigado para conosco, temos ações pessoais nas quais pedimos que nosso adversário dê ou pratique ato ou coisa semelhante. Quando propomos ação contra quem não é obrigado conosco por direito algum, discutindo a respeito de uma coisa, usamos as ações reais, como o caso em que possui uma coisa corpórea que Tício afirma que é sua, e o possuidor diz que é dele. Desde que Tício pretende que a coisa é *sua* a ação é real. §2º. É também ação real a ação de quem pretende direito de usufruto de móvel, ou de edifício, direito de passar pelo terreno vizinho, ou direito de levar água por ele. Da mesma classe é a ação relativa às servidões urbanas, como, por exemplo, quando alguém pretende ter o direito de erguer mais sua casa, o direito de vista, o de erguer alguma coisa sobre a casa vizinha ou de introduzir uma trave nela. Há, relativamente ao usufruto e às servidões rústicas e urbanas, ações contrárias às precedentes, como quando sustentamos que nosso adversário não tem direito de usufruto, de passagem, de aqueduto, de levantar mais alto, de vista, de aumentar a construção e de introduzir trave. Tais ações são também reais, mas negativas. As ações negativas não existem sobre as coisas corpóreas, pois nestas o autor é quem não possui e o possuidor não tem ação para negar que a coisa pertença ao autor”.

⁵⁰ Cf. *Direito Privado*, cit. (nota 48.supra), p. 239, nt. 1183.

⁵¹ Cf. E. H. J. PETIT, *Traité Elemental du Droit Roman*, trad. port. de J. L. C. Porto, *Tratado Elemental de Direito Romano*, Campinas, Russell, 2003, p. 869. Não obstante a afirmação de Petit, há quem afirme a existência de ações mistas. É a lição de A. SANTOS JUSTO, para quem “Consideram-se *in rem* porque podem ser instauradas contra pessoas inicialmente indeterminadas; e *in personam* enquanto deduzem um dever

personam ou *in rem*⁵². A propósito dessa classificação, aparece a chamada *actio in rem scripta*⁵³, cuja natureza é controvertida⁵⁴ e, como se verá a ensejo do estudo de seu surgimento, deu origem à categoria da obrigação *propter rem*. Esta ação pode ser ajuizada contra quem quer que esteja com a coisa objeto do litígio, independentemente de ter sido seu detentor o autor do ilícito⁵⁵.

Com base na classificação romana das *actiones* em *in rem* e *in personam*, F. K. VON SAVIGNY afirmou a distinção entre direitos subjetivos a uma prestação e direitos subjetivos reais ao dizer que “os direitos dos bens têm dois objetos, as coisas e os atos humanos. Essa é também a base da grande divisão em duas classes, o direito das coisas e o direito das obrigações”⁵⁶.

A partir de F. K. VON SAVIGNY passa-se a distinguir os direitos subjetivos em pessoais e reais, inclusive na divisão dos textos legais⁵⁷.

2. Distinção entre direitos subjetivos a uma prestação e direitos subjetivos reais

Os autores que se dedicaram ao estudo dos direitos reais buscaram demonstrar sua distinção dos direitos obrigacionais por meio de vários critérios⁵⁸, tais como objeto de incidência⁵⁹, duração, determinação dos sujeitos, dentre outros.

(*oportere*) a cargo do demandado. Sucede com as *actiones* divisórias (a *actio familiae erciscundae*, a *actio communi dividundo* e a *actio finium regundorum*) que se instauram, respectivamente, para dividir uma *hereditas*, uma *res communis* ou estabelecer limites”. Cf. *Direito Privado* cit. (nota 48.supra), p. 241-242.

⁵² Cf. E. PETIT, *Traité* cit. (nota 51.supra), p. 869, e A. CORRÊA – G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, vol. I, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1953, p. 101.

⁵³ A *actio in rem scripta* será analisada na Parte II do presente trabalho, a ensejo da notícia histórica da obrigação *propter rem*.

⁵⁴ Segundo E. PETIT, *Traité* cit. (nota 51.supra), p. 869, e A. CORRÊA – G. SCIASCIA, *Manual* cit. (nota 52.supra), p. 101, a *actio in personam* é caracterizada pela prescindibilidade de indicação do réu. A. SANTOS JUSTO, a seu turno, começa por defini-la como *actio in personam*, mas na sequência afirma que pode ser entendida como *actio mixtae*, cf. *Direito Privado* cit. (nota 48.supra), p. 244. Por fim, J. O. ASCENSÃO entende ter natureza mista, *Direitos Civis* cit. (nota 35.supra), p. 597.

⁵⁵ Confirmam-se os romanistas citados.

⁵⁶ Cf. *System* cit. (nota 6.supra).

⁵⁷ Nesse sentido, cf. BGB, Livro Terceiro; Código Civil brasileiro de 1916, Parte especial, Livro II; Código Civil português de 1966, Livro III; e Código Civil brasileiro de 2002, Parte especial, Livro III.

⁵⁸ A. TEIXEIRA DE FREITAS, por exemplo, já dizia que “a obrigação, que se pode considerar como correspondente aos direitos reais, é geral e negativa, não é o objeto imediato desses direitos, cuja existência é independente do cumprimento de qualquer obrigação. Os direitos pessoais, pelo contrário, têm por objeto o cumprimento de uma obrigação determinada, sem a qual não poderiam eles existir”. Cf. *Código Civil – Esboço*, v. 1, Brasília, Ministério da Justiça e UnB, 1983, p. 205. L. R. PEREIRA, com base em F. K. VON

Não obstante, à maioria dos critérios pode opor-se exceção que, segundo se pensa, tornam-nos inúteis porque não distinguem os direitos subjetivos a uma prestação dos direitos subjetivos reais. Critérios distintivos prestam-se justamente a extremar situações próximas ao ponto de despertarem dúvidas quanto ao regime jurídico incidente.

O único critério que, aliado a uma opção do sistema normativo, parece capaz de fornecer uma distinção segura é o da estrutura do direito subjetivo sob análise. Os direitos subjetivos a uma prestação são sempre relativos, ao passo que os direitos subjetivos reais são, em sentido lato ou em sentido estrito, absolutos. Quando o confronto se estabelece entre o direito subjetivo real absoluto em sentido estrito e o direito subjetivo a uma prestação não há qualquer possibilidade de dúvida.

O problema surge quando se está diante de direito subjetivo real absoluto em sentido amplo e direito subjetivo a uma prestação. Pense-se na hipótese de distinção entre o direito subjetivo vitalício do usufrutuário, com usufruto oneroso sobre um imóvel, e o direito subjetivo do locatário de imóvel, cujo contrato tem as seguintes características: duração de cem anos, permissão para ceder a posse direta de forma gratuita ou onerosa e cláusula de vigência devidamente averbada no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Do ponto de vista ôntico, não há qualquer distinção entre as duas situações jurídicas, ficando sua caracterização como de direito subjetivo pessoal (obrigacional), ou real, por conta de uma verdadeira opção do sistema normativo.

SAVIGNY, escreveu que o direito real incide direta e imediatamente sobre coisa corpórea, enquanto que o direito pessoal tem por objeto atos ou prestações de pessoas determinadas. Cf., sobre esta anotação, *Direito das Coisas*, v. I, 5ª ed. Brasília, Senado Federal, 2004, p. 21.

Segundo M. M. PACHECO PRATES, os direitos reais diferem dos direitos pessoais segundo os seguintes critérios: 1º Determinação do objeto. Enquanto os direitos reais recaem somente sobre coisa corpórea e determinada, o direito de obrigação pode ter por objeto prestação de coisa somente determinada em espécie; 2º Objeto do direito. O objeto do direito real é sempre coisa corpórea, enquanto que o direito de obrigação recai sobre ato ou fato de pessoa determinadamente obrigada; 3º Determinação dos sujeitos. A relação de direito de obrigação existe sempre contra pessoa certa, já a de direito real abrange, indeterminadamente, todos que convivem com o titular do direito. Cf. *Estudos de Direito Civil*, 2ª ed., São Paulo, Lyceu Coração de Jesus, 1926, p.25 e seguintes.

Atualmente, por todos, L. C. PENTEADO cit. (nota 14.supra), p.107-115.

⁵⁹ Para P. C. MAIA, o objeto do direito é o melhor critério dentre todos. Algo com o que, como restará claro, concorda-se apenas parcialmente. Cf. *Obrigações “propter rem”*, in RT, 315 (1962), pp.455-465.

Esse posicionamento coloca-se entre os que veem o direito subjetivo real como uma classe de direito subjetivo que se define exclusivamente por sua estrutura e consequências e os que entendem ter a distinção entre direito real e obrigacional fundamento histórico-cultural apenas⁶⁰.

Os entendimentos extremos não se sustentam, pois ora distorcem as categorias jurídicas para que se encaixem na teoria adotada, ora desconsideram o dado racional obtido pelo esforço dos cientistas do direito.

Adepto do primeiro entendimento, J. O. ASCENSÃO define os direitos reais como “direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos a afetar vantagens intrínsecas desta ao titular”⁶¹. Em total coerência com sua definição, o autor, no que é seguido por muitos juristas lusitanos, entende que o arrendamento, no direito português, é direito real.

J. O. ASCENSÃO, então, após subsumir a categoria do arrendamento à sua definição, transfere à doutrina contrária o ônus de demonstrar que não se trata de um direito real.

Todavia, o autor não prova que o arrendamento é direito real, apenas prova que a categoria encaixa-se em sua definição de direito real⁶². É que dizer que direito real é direito absoluto inerente a uma coisa e funcionalmente dirigido a afetar vantagens intrínsecas desta ao titular não significa dizer que todo direito subjetivo apresentando estes elementos definidores seja real.

⁶⁰ Utilizar-se-á como autores paradigma dos posicionamentos conflitantes, respectivamente, J. O. ASCENSÃO e A. MENEZES CORDEIRO.

⁶¹ Cf. *Direitos Civis* cit. (nota 35.supra), p. 54.

⁶² A. THON ensina que, embora todo direito subjetivo real esteja excluído da noção de *tensão* (relação) e que a maioria dos direitos subjetivos obrigacionais nela estejam incluídos, isto não significa que não haja direitos obrigacionais imediatamente não-relativos. Cf. *Rechtsnorm und Subjectives Recht – Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, 1878, trad. it. de A. Levi, *Norma giuridica e diritto soggettivo – Indagini di teoria generale del diritto*, 2ª ed., Padova, Milani, 1951, p. 190.

Essa constatação lógica, acrescida ao fato de a posição do autor, como ele mesmo reconhece, contrariar a legislação, e o entendimento doutrinário majoritário⁶³, permitem afirmar que ele não se desincumbiu do ônus de provar a teoria que sustenta.

Por outro lado, A. MENEZES CORDEIRO assevera que a distinção dos direitos subjetivos em reais e pessoais não é racional, mas, sim, exclusivamente, fruto de uma tradição jurídico-cultural⁶⁴.

Volvendo-se ao já sinalizado, parece que o mais exato é, embora isso, raras vezes, produza resultados científicos satisfatórios, adotar um posicionamento oriundo da conjugação desses entendimentos. Assim, à correta, mas insuficiente, definição de J. O. ASCENSÃO se faz necessário acrescentar uma decisão sistemática: a opção normativa em qualificar o direito subjetivo como de direito real.

A isso se poderia opor que se trata de adoção velada da teoria defendida por A. MENEZES CORDEIRO, na medida em que a decisão final sobre a caracterização do direito subjetivo seria independente de considerações estruturais, resumindo-se a uma decisão irracional do sistema normativo. Contudo, isso não procede. A qualificação do direito subjetivo como direito real depende da conjugação dos elementos presentes na definição de J. O. ASCENSÃO com a decisão sistemática de assim o qualificar: qualquer deles isoladamente é insuficiente para tanto.

⁶³ Cf. J. O. ASCENSÃO, *Direitos Civis* cit. (nota 35.supra), p. 534-538.

⁶⁴ “Pela nossa parte, já defendemos que o direito do locatário, em conjunto com a generalidade dos outros direitos ‘pessoais’ de gozo, tinha natureza real e isso fosse qual fosse o critério adotado para distinguir os direitos reais dos pessoais. Trata-se, de resto, de posição largamente dominante na doutrina portuguesa. Na verdade, o regime da locação proporciona ao locatário, diretamente e em termos oponíveis *erga omnes*, o aproveitamento duma coisa corpórea. Atualmente viemos a abandonar essa orientação. O regime do locatário é, estruturalmente, real: seja qual for o ângulo de abordagem, parece-nos insofismável que a lei portuguesa, porventura mais do que qualquer uma das suas congêneres continentais, dispensa, ao locatário, o gozo direto e defendido da coisa. Contudo – e aqui está a razão de nossa nova orientação – não pensamos, hoje, que a contraposição entre os direitos reais e os direitos de crédito seja racional. Ele não deriva da estrutura dos direitos nem do seu regime: trata-se, pura e simplesmente, duma clivagem histórico-cultural derivada de, no Direito romano, certos direitos se defenderem através da *actio in rem*, enquanto outros, estruturalmente similares, davam azo a *actiones in personam*. A clivagem em causa sobreviveu às codificações. Não vale a pena remar contra ela. Os direitos pessoais de gozo, estruturalmente reais, mas que, por provirem de situações jurídicas defendidas, no Direito romano, por *actiones in personam*, não são, hoje, reconhecidas como reais. Sendo puramente sistemática, esta clivagem tem consequências a nível do regime: bloqueia, no tocante à aplicação de certos institutos reais, as normas que não sejam predispostas, pela lei, como aplicáveis. Tal o caso da usucapião, viável, por via do artigo 1.287º, implicitamente, e dos artigos 1.316º (propriedade), 1.440º (usufruto), 1.528º (superfície) e 1547º/1 (servidão), apenas, perante o elenco mais tradicional dos direitos reais de gozo. Não há razões racionais que o expliquem: apenas a tradição jurídico-cultural, decisiva, no Direito civil”. Cf. *A Posse – Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 72-73.

Disso decorre que, ainda que possa haver direito subjetivo de crédito com todos os elementos eleitos por J. O. ASCENSÃO como definidores do direito subjetivo real, não é logicamente viável⁶⁵ que o sistema qualifique como real um direito subjetivo despido daqueles elementos.

Destarte, uma definição suficiente seria: direitos reais são os “direitos absolutos qualificados normativamente como direitos subjetivos reais, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos a afetar vantagens intrínsecas desta ao titular”⁶⁶.

É a essa definição que o presente trabalho deve coerência.

3. Situação jurídica como modelo alternativo de explicação dos direitos subjetivos reais

Fixada a premissa de que os direitos subjetivos reais são absolutos, decorre inexoravelmente a inadequação do conceito de relação jurídica como modelo para sua exposição.

Desse modo, em alternativa à relação jurídica, propõe-se a utilização da noção de situação jurídica como modelo explicativo mais abrangente, apto a ajudar na compreensão de fenômenos jurídicos em que a alteridade, imanente ao direito, não é imediata.

⁶⁵ Ninguém há de imaginar um direito real sobre uma conduta humana, por exemplo, uma prestação de serviço. Com isso se quer dizer que a atividade legislativa encontra limites ônticos na “natureza das coisas”, a qual não pode ser ignorada sem, no mínimo, ser causa de ausência de aderência social à norma.

Em defesa do recurso à “natureza das coisas”, cf. P. P. VASCONCELOS, *A Natureza das Coisas*, in *A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Arnoldo Wald*, Coimbra, Almedina, 2007.

Para uma posição extremamente crítica à natureza das coisas, cf. F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, trad. port. de P. Naumann e E. A. Souza, *Teoria Estruturante do Direito*, v. I, São Paulo, RT, 2008 pp. 118 e ss.

⁶⁶Cf. *Direitos Civis* cit. (nota 35.supra), p. 54, grifamos.

Sob aspecto normativo, Direitos Reais são o conjunto de normas que disciplinam a aquisição, o aproveitamento econômico exclusivo e a perda de direitos subjetivos que tenham por objeto coisas corpóreas.

A noção de situação jurídica⁶⁷ que se utilizará ao longo deste trabalho é de estática jurídica, ou seja, o intérprete artificialmente paralisa o fenômeno jurídico e o analisa naquela quietude convenientemente por ele criada.

O termo *situação jurídica* não será utilizado como substitutivo de direito subjetivo, como propõe RUBIER e acata R. M. ANDRADE NERY⁶⁸, mas em sentido mais amplo.

Por situação jurídica entende-se o complexo de características jurídicas de um ou mais sujeitos de direito e/ou de bens analisados num dado momento e espaço e sobre ângulo ou ângulos eleitos pelo intérprete e por ele devidamente comunicados ao ouvinte.

A noção de situação jurídica como aqui será utilizada é, como se percebe, de qualificação, à luz de conceitos jurídicos, de um dado fato. Assim, é possível fazer menção a uma situação jurídica objetiva⁶⁹, por exemplo, diante de um carro abandonado, indaga-se: qual sua situação jurídica?

A resposta, a depender do ângulo de análise do intérprete, poderia ser: a situação jurídica desse veículo é de *res derelicta*. A partir desta qualificação jurídica,

⁶⁷ O conceito de situação jurídica não é uniforme na doutrina, havendo, como revela A. M. OFFIDANI, noções pouco claras a seu respeito. Cf. *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1952, p. 68.

F. S. PASSARELLI designa por situação jurídica a fase de desenvolvimento da *fattispecie* criadora da relação jurídica, a qual se podem acrescer outra ou outras relações jurídicas com função instrumental relativamente à primeira. Cf. *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, Jovene, 2002, p. 75.

Já V. ROPPO utiliza as expressões *situação jurídica* e *posição jurídica* como sinônimas, significando os interesses dos sujeitos de direito submetidos à gradação pelo ordenamento jurídico para que, em caso de conflito, possa decidir-se qual interesse deve prevalecer. Cf. *Diritto Privato*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 49. Vê-se, pois, que realmente há divergência na doutrina a respeito do conceito de situação jurídica. Mais adiante, A. M. OFFIDANI faz menção a críticas da doutrina no sentido de a expressão *situação jurídica* ser vaga e, portanto, de pouca utilidade científica, cf. *Contributo* cit. (nota 67.supra), p.76. Não obstante as críticas, é justamente a plasticidade da noção que permite sua utilização para explicação dogmática de outras realidades jurídicas, como a dos direitos subjetivos reais.

⁶⁸ Cf. R. M. ANDRADE NERY, *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo, RT, 2008, p. 118-123. Adota, também, a noção de situação jurídica L. C. PENTEADO, *Direito das* cit. (nota 14.supra), p. 66 e seguintes.

⁶⁹ ROUBIER, citado por M. ANDRADE NERY, utiliza o termo *situação objetiva* de maneira bem distinta da aqui proposta. O autor faz menção à situação jurídica objetiva para se referir a situações em que, por não haver interesse individual, e sim público, a categoria *direito subjetivo* não teria cabimento. Roubier dá como exemplo de situação jurídica objetiva a situação de incapacidade da pessoa. A concepção de situação jurídica objetiva aqui proposta é a de situação jurídica não referida a qualquer sujeito de direito.

comunica-se à comunidade jurídica as consequências decorrentes, por exemplo, a possibilidade de sua aquisição por ocupação.

A situação jurídica subjetiva, por sua vez, pode ser relacional ou absoluta, conforme abranja ou não mais de um sujeito de direito.

Os direitos subjetivos reais, como já afirmado, dão ensejo a situações jurídicas absolutas⁷⁰ e, portanto, o esquema relacional ou é inaplicável – caso da propriedade plena -, ou é insuficiente como modelo explicativo de sua estrutura.

4. Caracterização estrutural dos direitos subjetivos reais e dos direitos subjetivos a uma prestação

Modernamente, a relação jurídica obrigacional é encarada de maneira dinâmica, como um verdadeiro processo em que credor e devedor colaboram para o adimplemento⁷¹. Esta abordagem desnuda uma série de posições jurídicas ocultas no conceito tradicional de relação jurídica obrigacional⁷² e, só por isso, já se justifica. Contudo, há de ter-se em mente que a abordagem dinâmica da relação jurídica obrigacional só é possível porque os juristas do passado construíram o conceito de estrutura da obrigação.

Diferentemente da perspectiva dinâmica, sempre condicionada à situação fática concreta, a perspectiva estática permite visualizar a constante da relação jurídica obrigacional: sua estrutura essencial. Por estrutura essencial, entendem-se aqueles elementos que, presentes, permitem qualificar uma situação jurídica como obrigacional e, conseqüentemente, extremá-la de toda situação jurídica que não os apresente.

⁷⁰ Não se olvidando a distinção entre absolutez em sentido amplo e estrito.

⁷¹ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1953, trad. esp. de J. S. Briz, *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37-41, e C. COUTO E SILVA, *A Obrigação como Processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2007.

⁷² A. VILLAÇA AZEVEDO ensina que os jurisconsultos de Justiniano definiram obrigação: “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”, cf. *Just. Inst.* 3, 4, 8.

Nesse sentido, preleciona A. VILLAÇA AZEVEDO: “as características conceituais da obrigação continuaram praticamente as mesmas diferenciando-as a obrigação do Direito moderno pelo conteúdo econômico da prestação”, cf. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, pp.10-12.

Tem-se por elementos essenciais da relação jurídica obrigacional a posição jurídica ativa de credor, a posição jurídica passiva de devedor e o objeto em torno do qual ambas situam-se, é dizer, a prestação.

A posição jurídica do credor é complexa e seu conteúdo varia conforme seu direito subjetivo ao crédito esteja ou não mutilado, para utilizar expressão ponteana. Não havendo mutilação, a posição jurídica do credor contém: o direito à prestação (crédito) dirigido ao devedor; a pretensão à prestação, que obriga o devedor; e a ação que o compele a prestar se opuser resistência em atender à pretensão⁷³.

Esta configuração qualifica a relação jurídica como obrigacional e a faz inconfundível com as situações jurídicas de direito real. Nestas, ainda quando se configurem de forma relacional, não há espaço à pretensão, pois não há conduta a ser exigida.

Tomando-se, uma vez mais, o direito subjetivo de usufruto como paradigma de situações jurídicas reais configuradas de forma relacional, nota-se que o usufrutuário não tem pretensão à omissão do nu-proprietário. Ele tem direito a usufruir direta e imediatamente da coisa, e o nu-proprietário nada pode fazer contra isso, encontrando-se em verdadeira situação jurídica de sujeição⁷⁴.

⁷³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações*, Tomo XXII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 7-26, e, do mesmo autor, *Tratado cit.* (nota 39.supra), p. 451- 463.

Há de atentar-se, contudo, ao fato de F. C. PONTES DE MIRANDA utilizar o termo *pretensão* em sentido amplo, é dizer, em sentido processual e material. Em sentido processual, pretensão é o poder de exigir a tutela jurisdicional. Então, quando Pontes de Miranda fala que há pretensão constitutiva, condenatória e declaratória utiliza elipse, vale dizer, afirma que há pretensão dirigida ao Estado-Juiz para que este preste a tutela jurisdicional constituindo, condenando ou declarando, cf. *Tratado cit.* (nota 39.supra), p. 452.

Em sentido material, pretensão é o poder de exigir, do obrigado, a prestação. Em todas as acepções, pretensão é poder de exigir prestação (conduta), seja do Estado (obrigado a prestar – fazer –, a tutela jurisdicional), seja daquele que ocupa a posição jurídica passiva na relação jurídica obrigacional. Assim, onde não houver conduta a ser realizada, não haverá, por óbvio, pretensão a ela, justamente o que se verifica no caso da posição jurídica subjetiva passiva de sujeição, que é o contraposto da posição jurídica ativa que se conhece por direito formativo, poder formativo ou direito potestativo.

⁷⁴ Caso o direito subjetivo de usufruto tenha-se constituído de maneira onerosa, seu conteúdo se complexificará, pois, ao lado das posições jurídicas ativas e passivas naturais, estará presente a obrigação de prestar o valor acordado ao nu-proprietário ou a quem este determinar. Esta prestação é objeto de uma relação jurídica obrigacional pura e simples, cuja única peculiaridade é ser conteúdo de um direito subjetivo real.

A norma que institui o usufruto, seja este legal (com origem na lei), seja convencional (origem na autonomia privada) é norma de competência, fruto, portanto, de um poder.

O direito subjetivo de usufruto, por sua vez, contém várias posições jurídicas ativas, inclusive competência para, nos moldes circunscritos por normas de conduta, determinar como e se será exercido. É

Se o nu-proprietário age de maneira a turbar o exercício do direito do usufrutuário, ou se quem o faz é o vizinho, ou qualquer outra pessoa, o caso é de ato ilícito absoluto, causa eficiente do surgimento de pretensão à tutela jurisdicional executiva ou mandamental e, caso deste ato ilícito haja decorrido dano-prejuízo, de relação jurídica obrigacional e, conseqüentemente, de pretensão à tutela jurisdicional condenatória.

Com relação à pretensão à tutela jurisdicional executiva ou mandamental⁷⁵, exige-se que o Estado-juiz, reconhecendo o direito real sobre a *res* e sua violação, faça cessar a intromissão injusta do réu mediante a recomposição da esfera jurídica do autor, por exemplo, tomando a coisa daquele e entregando-a a este, ou impondo-lhe multa cominatória⁷⁶. No que tange à hipótese de a intromissão injusta do réu ter causado dano-prejuízo ao titular do direito real violado, a prestação devida será a obrigação de dar (indenizar).

Ressalta, assim, que a conduta do *alter*, sempre essencial na relação jurídica obrigacional⁷⁷, é meramente acidental nas situações jurídicas de direito real. Reside nisso a grande distinção entre as categorias obrigacional e real e a insuficiência, para não dizer absoluta inadequação, do modelo de relação jurídica para explicar o direito subjetivo real.

Enquanto a relação jurídica presta-se perfeitamente como modelo expositivo do direito obrigacional, tendo a situação jurídica, neste ambiente, papel acessório – por exemplo, para destacar um dado momento obrigacional –, o esquema da situação jurídica domina a exposição do direito real.

esta competência do usufrutuário que tem como contrário lógico a posição jurídica passiva de sujeição do nu-proprietário. A sujeição caracteriza-se justamente pela ausência de conduta devida, sendo antes uma abertura que se encontra na esfera jurídica de alguém pela qual outrem pode legitimamente ingressar. A obra que serviu de manancial teórico para esclarecimento das modalidades jurídicas aqui utilizadas foi a de A. ROSS, *Directives and Norms*, trad. esp. de J. S.-P. Hierro, *Logica de las Normas*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 107-129.

⁷⁵ Acerca da qualificação das tutelas em executiva e mandamental- ao lado das clássicas declaratória, constitutiva e condenatória - L. G. MARINONI e S. C. ARENHART ensinam que surgiu como consequência da superação de certas concepções próprias do Estado liberal de finais do século XIX, em que o dogma da separação dos Poderes impunha ao juiz a função de reafirmar a autoridade da lei. Segundo os autores, estas outras formas de tutela permitem ao juiz, por si só, garantir o *imperium* de sua decisão. A diferença entre as tutelas executiva e mandamental se encontra na eficácia do *decisium* sobre a pessoa do réu, que varia conforme se trate de multa (art. 461, §4º do CPC) ou de meio executivo que independa da vontade do réu, tal qual a busca e apreensão (art. 461, §5º do CPC), cf. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. 2, 10ª ed., São Paulo, RT, 2012, p. 412 a 428.

⁷⁶ Cf. art. 461, § 4º e 5º do CPC.

⁷⁷ Cf. conceito de Paulo citado por A. VILLAÇA AZEVEDO, pte. 1ª, cap. II.4, nt. 72, retro.

Esta mudança de perspectiva permite compreender, entre tantas outras questões, a da prescritibilidade ou não da ação reivindicatória.

A prescrição pressupõe inexoravelmente uma pretensão: poder de exigir conduta alheia. Se não há conduta devida, não há pretensão e, por evidência lógica, tampouco prescrição. A conduta alheia é, do ponto de vista lógico, sempre devida antes (contrato) ou concomitantemente (no momento da causação do dano-prejuízo injusto) ao surgimento da pretensão material, nunca após.

A pretensão sujeita à prescrição é aquela de direito material. Ela nasce sempre antes da pretensão à tutela jurisdicional. Na relação credor-devedor, nasce a pretensão e, só após, a sujeição do devedor faltoso à responsabilização patrimonial.

Já no esbulho, surge desde logo a sujeição do esbulhador à força, no caso do desforço imediato, do proprietário ou legítimo possuidor ou do Estado. Nesta última hipótese, não haverá qualquer pretensão⁷⁸ antes do esbulho e, dado este, a pretensão que surge não é de direito material, mas de invocar a tutela jurisdicional do Estado, a qual, por mandamento constitucional (art. 5º, inciso XXXV), não está sujeita à prescrição⁷⁹.

Neste sentido, J. F. SIMÃO leciona que:

“(...) A não pode invadir o terreno de B pelo simples fato de A não ser proprietário, o que configura um dever de abstenção, e não uma obrigação de não fazer, pois entre A e B não há vínculo obrigacional. Caso A invada o terreno de B, este não terá

⁷⁸ J. F. SIMÃO demonstra que conceitos amplíssimos de pretensão, tais quais os expostos por F. C. PONTES DE MIRANDA, são, do ponto de vista da ciência do direito, pouco ou nada úteis na medida em que abarcam uma série de situações profundamente díspares entre si, reduzindo ou mesmo aniquilando o poder informativo do conceito pretensão, cf. *Tempo e Direito Civil – Prescrição e decadência*, Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, p. 216 a 249.

⁷⁹ Assim, não têm razão F. C. PONTES DE MIRANDA e L. C. PENTEADO ao afirmarem a prescritibilidade da ação reivindicatória. Cf., respectivamente, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Pretensões e Ações Imobiliárias Dominicais. Perda da Propriedade Imobiliária*, Tomo XIV, 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 43 e *Direito das Coisas* cit. (nota 14.supra), p. 311.

O direito de exigir a tutela jurisdicional é algo autônomo e inconfundível com o direito material subjacente, não sendo outra a lição de B. WINDSCHEID em sua famosa réplica a T. MUTHER: “A *actio* não tem por pressuposto essencial a lesão de um direito, nem tampouco entra em seu conceito que, com ela, faça-se valer um direito. (...) não é algo derivado, mas algo autônomo; não é emanção, mas expressão do direito”, cf. *Die Actio des* cit. (nota 48.supra), p. 299.

pretensão contra aquele, salvo se adotado o conceito amplo de pretensão, como quer Pontes de Miranda, que, repita-se, torna impossível a conceituação de prescrição. *B* poderá exigir a saída de *A* porque este descumpriu um dever, e não porque tenha contra ele uma pretensão”⁸⁰.

Bem postos os conceitos, fica evidenciada a distinção entre a situação jurídica de direito real e a relação jurídica obrigacional, cada qual com estrutura elementar própria e inconfundível. Destarte, com estes subsídios teóricos demonstrando as potencialidades da noção de situação jurídica de direito real, é possível determinar a natureza jurídica da obrigação *propter rem* que, como se demonstrará, exige sempre e necessariamente uma relação jurídica por tudo e em tudo idêntica a qualquer outra relação jurídica obrigacional, não havendo margem razoável para que se pense em alocá-la sob os Direitos Reais e, menos ainda, para que se construa a “categoria” não-científica de situação mista alocada entre os Direitos Obrigacional e Real.

⁸⁰ Cf. *Tempo e Direito* cit. (nota 78.supra), p. 249.

2ª PARTE – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

Comumente, no âmbito da ciência do direito, os textos acadêmicos sobre dado tema principiam por sua notícia histórica, para, em seguida, procederem à sua análise na atualidade. Contudo, certos objetos ensejam um tratamento metodológico diferenciado por diversas razões, entre as quais se destaca a ausência de uniformidade terminológica que, via de regra, gera diversidade de tratamento, mormente no que tange à fixação da natureza jurídica do instituto sob análise.

Com o tema da obrigação *propter rem* é justamente isso que ocorre. Destarte, iniciar-se-á pela fixação terminológica do tema *sub analise*, para, na sequência, realizar-se sua sucinta abordagem histórica.

CAPÍTULO I – SITUAÇÃO JURÍDICA *PROPTER REM*

1. Noções gerais

Como bem demonstrado por J. O. ASCENSÃO⁸¹ a obrigação *propter rem* é espécie do gênero situação jurídica *propter rem*. A noção de situação jurídica *propter rem* como gênero permite compreender situações jurídicas que têm por causa eficiente a titularidade de uma posição jurídica, ativa ou passiva, de direito das coisas⁸², mas que, no entanto, não se subsume ao esquema da relação jurídica obrigacional⁸³.

O problema das situações jurídicas *propter rem* é um problema de fonte, é dizer, de causa eficiente⁸⁴.

A situação jurídica será qualificada como *propter rem* quando tiver por origem uma situação jurídica de direito das coisas. Em sentido amplo, então, toda situação jurídica necessariamente decorrente de uma situação jurídica de direito das coisas pode ser qualificada como *propter rem*⁸⁵.

Esta qualificação, nas lições de H. ABERKANE e J. O. ASCENSÃO, implica as seguintes características: determinação indireta do ou dos sujeitos, a transmissibilidade ao sucessor a título particular e o abandono liberatório⁸⁶.

Contudo, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, há situações jurídicas *propter rem* que não apresentam as características da transmissibilidade a título

⁸¹ Cf. *As Relações* cit. (nota 9.supra), p. 100 e seguintes.

⁸² Desde a posse até a propriedade.

⁸³ Cf. *As Relações* cit. (nota 9.supra), p. 59.

⁸⁴ Tal assertiva é assaz afirmada pelos doutrinadores que versaram a obrigação *propter rem*. H. ABERKANE, autor da talvez mais referenciada monografia sobre o tema, chega mesmo a dizer que “(...) os tratados gerais do direito a definem em termos equivalentes. Consagrando-lhe alguns breves desenvolvimentos, todos ou quase todos usam a seu respeito uma fórmula que se tornou típica: ‘A obrigação *propter rem*, dizem, é aquela que nos obriga em razão de um direito real’”. Cf. *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 2.

⁸⁵ Da necessária precedência da situação jurídica de direito das coisas decorre que a situação jurídica *propter rem* é sempre um *posterius*, o que não implica afirmar subordinação ou acessoriedade do antecedente ao precedente.

⁸⁶ Cf. *As Relações* cit. (nota 9.supra), pp. 61-64, e *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 2.

particular e a possibilidade de abandono liberatório⁸⁷, o que justifica a busca pela caracterização da categoria à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, partindo da noção proposta por J. O. ASCENSÃO de situação jurídica *propter rem* como gênero, é possível perceber a distinção entre as várias posições jurídicas subjetivas dela decorrentes, com o que se crê possível reduzir a categoria *obrigação propter rem* a um conceito operacional apto a facilitar a análise do instituto no direito nacional.

As posições jurídicas subjetivas fixadas por uma situação jurídica *propter rem* podem ser ativas ou passivas. Não obstante, são as posições jurídicas passivas que mais trazem desafios à compreensão da fenomenologia oriunda da situação jurídica *propter rem*.

Seguindo pelos caminhos abertos por J. O. ASCENSÃO, pode-se divisar a existência de deveres *propter rem* e de obrigações – em sentido estrito – *propter rem*. As noções de dever e de obrigação, embora correlatas, são distintas.

Partindo-se de um ponto de vista normativo, pode-se entender como dever em sentido amplo toda conduta descrita por norma composta pelos modais deônticos *obrigatório* e *proibido*, excluindo-se aquelas referentes ao modal deônticos *permitido*⁸⁸. Sob este ponto de vista, então, a noção de dever opõe-se à noção de liberdade de conduta. A partir dessa ideia genérica de dever, cumpre distinguir a obrigação em sentido técnico do dever em sentido estrito⁸⁹.

Sem qualquer pretensão de exaustividade e apenas para lançar alguma luz sobre a distinção, pode-se asseverar que a obrigação é posição jurídica subjetiva passiva

⁸⁷ Neste sentido, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas: Direitos Reais Limitados. Enfiteuse. Servidões*, Tomo XVIII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 24-25.

⁸⁸ Nesse sentido, cf. J. S. M. BORGES, *Obrigação Tributária - Uma Introdução Metodológica*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 38-41. O autor, no entanto, adota postura sancionista ao afirmar peremptoriamente a ligação da sanção ao dever, e, nisso, dele discorda-se. A sanção é *posterius* comum, mas não necessário à violação do dever. Tem lugar aqui a advertência de F. C. PONTES DE MIRANDA de não se tomar por dependência o que é só relação.

⁸⁹ J. S. M. BORGES traz interessante contribuição. Aduz que o dever jurídico é uma categoria formal de teoria geral do direito, enquanto a obrigação é uma categoria dogmática, devendo ter seu conteúdo preenchido por cada disciplina jurídica particular, cf. *Obrigação* cit. (nota 88.supra), p. 38.

necessariamente relativa enquanto que o dever em sentido estrito é posição jurídica subjetiva passiva absoluta ou relativa.

Quanto à distinção entre obrigação e dever em sentido estrito, A. ROSS traz contribuição fundamental. O autor, partindo da posição jurídica ativa, afirma que se estará diante de um credor – e conseqüentemente de uma obrigação – caso o sujeito em posição jurídica ativa preencha dois requisitos: (i) ser o único autorizado a iniciar o procedimento jurídico hábil a imputar sanção ao sujeito em posição jurídica passiva e (ii) estar em liberdade de exercitar ou não sua ação segundo queira⁹⁰.

Já no que tange ao dever em sentido estrito, A. ROSS, extremando-o da noção de obrigação, diz que se caracteriza pela ausência de liberdade em dar início ao procedimento judicial, bem como na forma de fazê-lo, uma vez que o sujeito em posição jurídica ativa está juridicamente vinculado a exercer seu poder segundo diretrizes fixadas em lei⁹¹.

Partindo da distinção aristotélica entre justiça comutativa e distributiva, N. BOBBIO, ao ensejo de tratar do que nomeou por *situações de justiça*, chamou a atenção para a existência de duas ordens distintas de significado para a noção de igualdade, conforme se trate de relação de escambo ou relação de convivência. O autor afirma que é nítida a diferença que há entre a igualdade exigida numa relação de crédito e débito, daquela que se exige quando se trata da relação entre marido e mulher, ensinando que a primeira é tipicamente de escambo, enquanto a segunda é de convivência⁹².

Essas duas inegáveis formas de relação seguem lógicas completamente distintas em razão da qualidade dos interesses que lhes servem de substrato material, pois, enquanto as relações de escambo pressupõem equivalência de coisas; as de convivência exigem a equiparação de pessoas⁹³.

A distinção levada a efeito por N. BOBBIO também colabora para o esclarecimento das noções de dever e obrigação, podendo-se afirmar que, enquanto nas

⁹⁰ *Directives* cit. (nota 74.supra), p. 120.

⁹¹ *Directives* cit. (nota 74.supra), p. 121.

⁹² Cf. *Eguaglianza e liberta*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 8-10.

⁹³ *Eguaglianza* cit (nota 92.supra), p. 9

relações de escambo preponderam as obrigações, nas de convivência preponderam os deveres. Assim, a distinção entre dever relativo e obrigação passa pela análise da titularidade do interesse jurídico *in relationem*.

Quer parecer que, quando se está diante de uma relação jurídica obrigacional, a prestação do devedor dirige-se preponderantemente a imputar uma vantagem juridicamente reconhecida à esfera jurídica do credor, sendo que à sociedade resultam apenas vantagens difusas.

Pode-se dizer que, no tocante à relação jurídica obrigacional, é este o entendimento de F. K. COMPARATO⁹⁴ quando ensina:

“O crédito aparece assim como o *direito de aproveitar da prestação devida pelo devedor*, um direito de se apropriar do bem econômico que constitui o ‘resultado’ desta prestação. O titular deste direito é o verdadeiro credor, mesmo se ele se encontra destituído do direito de ação em proveito de um terceiro”.

Já, quando se trata de um dever relativo, embora a pretensão constitua posição jurídica ativa de um particular, ainda que não exclusivamente dele, seu exercício com êxito, é dizer, com a aderência do sujeito adstrito, resulta diretamente numa vantagem coletiva, não obstante indiretamente haja um incremento em sua esfera jurídica.

A este critério, pode-se somar ainda o critério da existência ou não de potencial disponibilidade em abstrato do objeto da prestação por parte do sujeito de direito em posição jurídica subjetiva ativa.

Disso decorre que, presente a disponibilidade em abstrato do objeto da prestação, estar-se-á diante de uma obrigação; ausente a disponibilidade em abstrato do objeto da prestação, de um dever.

⁹⁴ *Essai D'Analyse Dualiste de L'Obligation en Droit Privé*, Paris, Dalloz, 1964, p. 44.

A existência de disponibilidade ou não do objeto da prestação afere-se, como sugerido, mediante análise da titularidade do interesse *in relationem*. Nas obrigações, ressalta o interesse do credor, enquanto nos deveres em sentido estrito, ainda quando relativos, é facilmente perceptível o interesse coletivo subjacente, justificando a mencionada indisponibilidade⁹⁵.

Procedendo-se à transposição dessas afirmações ao campo das situações jurídicas *propter rem*, pode-se, claramente, divisar a existência de deveres *propter rem* absolutos, de deveres *propter rem* relativos e de obrigações *propter rem*.

Como exemplo do primeiro, há o dever imposto ao proprietário pelo § 1º do artigo 1.228 do Código Civil de exercer seu direito de propriedade em consonância com suas finalidades econômicas e sociais. Com relação ao segundo, há o dever imposto pelo artigo 1.291 do Código Civil ao possuidor do prédio superior de recuperar as águas que poluir, dever esse que se dá em relação imediata com os possuidores dos imóveis inferiores. Finalmente, é exemplo de obrigação *propter rem* a imposta ao condômino de contribuir com as despesas de conservação da coisa comum.

A distinção não é puramente teórica, ao contrário, destina-se a informar ao intérprete o regime jurídico incidente à hipótese.

Apenas para ilustrar o aspecto prático da distinção, é possível afirmar: caso a posição jurídica passiva seja uma obrigação, haverá possibilidade de prescrição da pretensão e, a princípio, legitimidade ativa apenas daquele que ocupa a posição jurídica ativa. Já, se a posição jurídica passiva for a de dever em sentido estrito, não há falar em

⁹⁵ Esta distinção entre dever e obrigação não é meramente acadêmica, tendo destacada relevância prática quando se pretende evitar as distorções sistemáticas causadas ao submeter-se um dever genérico, por exemplo, conservar uma mata nativa, ao regime jurídico próprio das obrigações. Ainda como exemplo, pode-se transpor a distinção para os Direitos de Família das Sucessões.

Relativamente ao Direito de Família, embora o direito aos alimentos seja irrenunciável, ele pode não ser exercido pelo seu titular, o que se admite em razão de sua patrimonialidade. Contudo, o direito à fidelidade do consorte não pode ser renunciado, pois, ao menos atualmente, ainda é um valor de interesse social.

Acerca dos Direitos das Sucessões, sem qualquer espaço para polêmica, admite-se que o herdeiro renuncie ao direito decorrente da sucessão aberta. Porém, dificilmente alguém admitirá a validade de declaração de vontade de alguém que, antecipadamente, vise a impedir que outros herdeiros do declarante ajuízem ação de indignidade em face do beneficiário deste “perdão antecipado”.

prescrição e a legitimidade ativa, via de regra, será conferida, também, a órgãos de defesa coletiva de direitos, como o Ministério Público⁹⁶.

Ademais, a tentativa de distinguir obrigação *propter rem* de dever *propter rem* é útil à resolução de *questio juris* sempre presente quando o tema é situação jurídica *propter rem*: o da natureza jurídica das relações de vizinhança, ou, mais precisamente, o da natureza jurídica das condutas impostas aos vizinhos.

F. C. PONTES DE MIRANDA assevera que os deveres impostos aos vizinhos não são deveres *propter rem*, por “nascerem por fora dos direitos reais, devido a *limites* ao conteúdo desses direitos⁹⁷”, limites⁹⁸ estes que, impostos ao direito subjetivo de propriedade, constituem negativamente seu conteúdo e, por essa razão, participam de sua formação⁹⁹.

⁹⁶ Deveres em sentido estrito não se submetem à prescrição porque objetivam garantir situações jurídicas e relações jurídicas de interesse público, razão pela qual não têm como contraposto pretensão. A questão do dever/obrigação de prestar alimentos é interessante pois permite a clara percepção do problema. O parentesco, por exemplo, gera o dever em sentido estrito de pagar os alimentos. Esse dever é corolário do princípio de solidariedade familiar, especialização do princípio constitucional de solidariedade social (Art. 3º, I da CF), e existirá, ainda que, jamais, num dado caso concreto, um parente pague alimentos ao outro. Já a obrigação de pagar alimentos encontra-se em segundo momento e só surgirá quando, presente o clássico binômio necessidade-adequação, surgir para um dos parentes a pretensão a eles, a qual estará sujeita à prescrição. Veja-se que o direito aos alimentos é imune à prescrição, ou, mesmo, a qualquer disposição, enquanto a pretensão a eles é em tudo e por tudo idêntica a qualquer outra, sujeitando-se seja à prescrição, seja ao mero não-exercício.

⁹⁷ Cf. *Tratado* cit. (nota 87.supra), p. 24. Também é celebre a distinção que F. C. PONTES DE MIRANDA faz entre *limitações* e *restrições* ao direito de propriedade, sendo as primeiras fixadas no interesse coletivo e as segundas no interesse particular dos proprietários e utentes em geral, cf. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da Propriedade Imobiliária*, Tomo XI, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, pp. 18 e ss. A. MENEZES CORDEIRO, por sua vez, entende por *restrição* a delimitação negativa de conteúdo do direito de propriedade a que corresponde posição jurídica ativa que excepciona a regra geral de não-intervenção na situação jurídica real alheia. Para este jurista, então, as *limitações* são no interesse geral, enquanto as *restrições* são sempre em benefício de titulares específicos. A diferença na concepção de PONTES DE MIRANDA e de A. MENEZES CORDEIRO se dá em relação à fonte das *restrições*: para o primeiro, a fonte é o negócio jurídico ou norma dispositiva; para o segundo, continua sendo leis cogentes, mas que têm em mira benefícios a sujeitos determinados. Para PONTES DE MIRANDA, portanto, os deveres de vizinhança são *limitações* ao direito de propriedade; para A. MENEZES CORDEIRO, *restrições*, cf., em relação a este autor, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993, p. 419 e seguintes.

Relativamente à natureza jurídica das *limitações* à propriedade, C. A. DABUS MALUF, após realizar amplo inventário dos mais diversos entendimentos, adota aquele que vê nas *limitações* limites ao próprio regime normal da propriedade. Cf. *Limitações ao direito de propriedade*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2011, pp. 65-67.

⁹⁸ Sobre o tema, além de F. C. PONTES DE MIRANDA, cf. L. C. PENTEADO, *Direito das* cit. (nota 14.supra), p. 168

⁹⁹ No mesmo sentido, M. H. MESQUITA, após afirmar que a lei não estabelece relação jurídica entre os proprietários vizinhos, assevera: “Do que verdadeiramente se trata, em ambas as hipóteses, é de fixar o estatuto da ordenação jurídica dos bens, estabelecendo em que termos estes são postos à disposição do titular. Quando a lei, por exemplo, permite que o proprietário entre no prédio vizinho para fazer a apanha dos frutos de suas árvores, não está a constituir uma relação jurídica entre os dois proprietários: ela está, pura e

Já S. T. DANTAS¹⁰⁰, F. M. MATTIA¹⁰¹, J. O. ASCENSÃO¹⁰² e H. ABERKANE¹⁰³, asseveram que os deveres impostos ao proprietário em sede de relações de vizinhança são deveres *propter rem*.

Por uma questão de lógica, parece, ao menos em parte, assistir razão a F. C. PONTES DE MIRANDA.

Realmente, e disso não parecem duvidar os autores citados, as limitações impostas ao direito subjetivo de propriedade são constitutivas de seu conteúdo, é dizer, participam de sua formação, razão pela qual são necessariamente precedentes aos deveres *propter rem*.

Explica-se: os deveres *propter rem*, como já assinalado, têm por fonte situações jurídicas de direito das coisas, entre as quais a do direito subjetivo de propriedade, assim, e tendo em mira que, por lógica, o emanante precede ao emanado, os deveres *propter rem* só podem surgir após a constituição de sua fonte, no caso, o direito subjetivo de propriedade.

Não obstante, a assertiva de F. C. PONTES DE MIRANDA parece só em parte correta, e seu equívoco consiste na generalização que faz da natureza jurídica dos deveres de vizinhança.

Com efeito, se se proceder à análise minuciosa dos artigos 1.277 *usque* 1.330 do Código Civil, perceber-se-á que as normas jurídicas em questão são bem distintas, podendo-se vislumbrar algumas constitutivas do conteúdo do direito subjetivo de propriedade e outras que pressupõem o direito subjetivo de propriedade já constituído do qual emanam¹⁰⁴.

simplesmente, a *ampliar* e a *limitar*, em termos correspondentes, o conteúdo do direito de propriedade sobre prédios vizinhos (...)". Cf. *Obrigações Reais e Ônus reais*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 96.

¹⁰⁰ *Conflito de Vizinhança e sua Composição*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 249-250.

¹⁰¹ *O Direito de Vizinhança e a Utilização da Propriedade Imóvel*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 133.

¹⁰² *As relações cit.* (nota 9.supra), pp. 177 e ss.

¹⁰³ *Essai cit.* (nota 34.supra), pp. 97-100.

¹⁰⁴ Como exemplo das primeiras, pode apresentar-se o art. 1.286, que atribui ao proprietário o dever de tolerar a passagem de cabos e tubulações e outros condutores subterrâneos de serviços de utilidade pública pelo seu imóvel. Como exemplo dos segundos, pode-se apresentar o art. 1.291, o qual atribui ao proprietário

Quanto às primeiras, pelos motivos expostos, razão assiste a F. C. PONTES DE MIRANDA; com relação às segundas, podem, sim, ser enquadradas como deveres *propter rem*.

Fixada a distinção entre deveres *propter rem* e obrigações *propter rem*, pode-se passar à análise das obrigações *propter rem* em sentido próprio.

2. Notícia histórica

A origem da obrigação *propter rem* é muito controvertida, havendo tanto quem a julgue reconhecida já pelos Romanos¹⁰⁵, como quem sustente ter surgido apenas com os autores medievais¹⁰⁶ e, ainda, quem a reconheça obra dos canonistas, porém com gérmen no direito romano¹⁰⁷.

O que parece certo é que, ainda que os desenvolvimentos posteriores a tenham alterado radicalmente, o conceito de obrigação *propter rem* deriva diretamente da *actio in rem scripta*¹⁰⁸, como de resto já se sinalizou a ensejo da 1ª Parte deste trabalho¹⁰⁹.

o dever de recuperar as águas que poluir. Percebe-se, claramente, que o art. 1.286 conforma a propriedade, enquanto o 1.291, não.

¹⁰⁵ Assim o faz E. VALERA, que logo após afirmar a dificuldade de inventariar a origem histórica da obrigação *propter rem*, afirma já ser conhecida em Roma e na Idade Média, embora com contornos diversos. Cf. *Obligaciones “Propter Rem”*, in *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, v. 40, 61 (2000), pp.127-147.

¹⁰⁶ Cf. L. RIGAUD, *Le Droit Réel – Histoire et Theories Son – Origine Institutionelle*, Toulouse, Nanze, 1912, p. 87.

¹⁰⁷ Nesse sentido A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni “ob rem”*, Roma, Athenaeum, 1915.

¹⁰⁸ P. C. MAIA ensina que: “O que seja ação *in rem scripta* diz-nos Ulpiano, no fragmento em que compara a exceção de dolo e a *metus causa*. A ação se diz *in rem scripta* por causa das palavras inseridas na fórmula e repetidas pelo juriconsulto: *si in ea re nihil metus causa factum est*, das quais está excluída qualquer alusão ao autor do constrangimento. Deste conceito de *actio in rem scripta* partiu a doutrina romanística para o de obrigações *propter rem*”. Cf. *Obrigação “Propter Rem”*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 55 (1977), p. 363.

Também S. T. DANTAS vê na *actio in rem scripta* a origem da obrigação *propter rem*: “Que espécie de obrigações são, porém, estes deveres que a lei nos faz exigir não de uma pessoa certa tida como devedor, mas daquele que detém atualmente a propriedade do imóvel? São obrigações *propter rem*, categoria construída sobre a noção romana de *actio in rem scripta*, e introduzida pelos romanistas no sistema de obrigações”. Cf. *Conflito* cit. (nota 100.supra), pp. 236-237.

¹⁰⁹ Cf. S. T. DANTAS, que também entende derivar a obrigação *propter rem* da *actio in rem scripta* romana, *Conflito* cit. (nota 100.supra), pp. 236-237.

A. DE LUCA¹¹⁰ dá como exemplo de ações correspondentes a obrigações em que o sujeito passivo se determina por sua contactação jurídica com dada coisa, qualificadas por isso como *actiones in rem scripta*, as seguintes: (i) a *actio noxalis*, (ii) a *actio de pauperie*, (iii) a *actio quod metus causa*, (iv) a *actio ad exhibendum*, (v) a *actio aquae pluviae arcendae*, (vi) a *actio familiae ereiscundae*, (vii) a *actio communi dividundo* e (viii) a *actio finium regundorum*.

B. BIONDI, após afirmar que o direito romano conheceu obrigações em que o sujeito passivo é determinado indiretamente, isto é, em razão de ser proprietário de uma coisa ou estar em sua posse¹¹¹, apontou como exemplo as *actiones: noxalis, quod metus causa e aquae pluviae arcendae*.

Também P. BONFANTE apontou como portadoras de tal característica, e, por isso, qualificadas como *in rem scripta*, a *actio quod metus causa*, a *actio aquae pluviae arcendae*, a *actio familiae ereiscundae*, a *actio communi dividundo* e a *actio finium regundorum*¹¹².

A *actio noxalis* é a que permitia que se agisse contra o *dominus* ou *pater* quando o delito fosse cometido por um escravo ou um *filiusfamilias*¹¹³. Ao condenado facultava-se responder à lide (*servum vel filium defendere*) ou entregar o causador do dano à *nox* (*noxae deditio*)¹¹⁴. Como ensina L. A. WARNKCENIG, *nox* é o próprio corpo que fez o mal, enquanto que a *noxia* é o mal causado, por exemplo, o dano, o furto etc¹¹⁵.

Segundo leciona B. BIONDI:

¹¹⁰ *Gli oneri* cit. (nota 107.supra), p.9-10.

¹¹¹ *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª edição, Milano, 1952, s.e., p. 362.

¹¹² *Istituzioni di diritto romano*, trad. esp. de L. Bacci e A. Larrosa, *Instituciones de Derecho Romano*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1951, p. 112-113.

¹¹³ Cf. B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nota 111.supra), p. 359.

¹¹⁴ Cf. B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nota 111.supra), p. 360, e G. 4, 75: “*Ex maleficio filiorum familias seruorumque, ueluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*”.

A. DERNBURG afirma que “os pretores, em não poucos casos, agravaram [a responsabilidade], fazendo responsável direta e pessoalmente o dono da casa por certos delitos da família”. Cf. *Pandette*, trad. it. de F. B. Cicala, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, Fratelli Bocca, 1903, p. 149.

¹¹⁵ *Instituições de Direito Romano Privado*, trad. do latim para o vernáculo de A. M. C. Mello, 2ª edição, Rio de Janeiro, Garnier, 1882, p. 500.

“O exercício da *actio noxalis*, exatamente porque visa à entrega do culpado, é regulada pelo princípio *noxam capitur sequitur*, o qual importa que a ação pode-se exercitar não contra o *pater* ou *dominus* no momento em que o delito é cometido, mas contra quem que tenha o *dominium* ou a *patria potestas* sobre o culpado no momento em que se exercita a ação; é um dos casos de responsabilidade ambulatória”¹¹⁶.

Cumpra aqui registrar que a noxalidade era uma das características das ações resultantes dos delitos (*actiones poenales*). Assim, ela estava presente, por exemplo, na *actio de pauperie* – ação contra o proprietário do animal que danificou coisa alheia – e na *actio de pastu pecoris* – ação contra o proprietário do animal que pastou em terreno alheio –, ações previstas na Lei das XII Tábuas. Dessa forma, o *dominus* teria aquela mesma faculdade apontada acima: pagar a pena penuciaría ou entregar o animal à vítima. Anote-se ainda que o regime da noxalidade estendeu-se à época justinianéia para os escravos e os animais, tendo sido extinto, contudo, para os *filiusfamilias*¹¹⁷.

A *actio quod metus causa* ou simplesmente *actio metus* foi criação pretoriana¹¹⁸ para a proteção daquele o qual perdeu a propriedade de uma coisa em virtude da celebração de um negócio jurídico sob coação¹¹⁹. Inicialmente, ela dirigia-se apenas contra o *coactor* (autor da violência), que seria condenado no quádruplo do valor do dano que causara. O *coactor*, contudo, poderia evitar essa condenação. Para tanto, ele teria que ou restituir a coisa ou pagar o equivalente ao ganho obtido¹²⁰.

¹¹⁶ *Istituzioni* cit. (nota 111.supra), p. 360.

¹¹⁷ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, v. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 265-268; A. CORRÊA – G. SCIASCIA, *Manual* cit. (nota 52.supra), p. 364; A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II –Direito das Obrigações*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 121, e Inst. 4,8,7.

¹¹⁸ A. SANTOS JUSTO dá notícia de que essa *actio* foi criada pelo pretor Octávio, aproximadamente no ano 80 a.C., e que por isso ela também é chamada de *fórmula Octaviana*. Cf. *Direito Privado* cit. (nota 48.supra), p. 218.

¹¹⁹ Nas palavras de A. SANTOS JUSTO, “A coação (*vis animo illata*) é a violência moral que consiste na ameaça dum mal grave a uma pessoa, patrimônio ou familiar, para que faça um determina negócio jurídico. Os jurisconsultos romanos falam de *vis* e de *metus*, respectivamente para referirem a ameaça e a situação de temor que dele resulta.”. Cf. *Direito Privado* cit. (nota 48.supra), p. 217.

¹²⁰ Cf. A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado* cit. (nota 48.supra), p. 212 e 244.

Mais tarde, essa *actio* também passa a poder ser dirigida contra qualquer pessoa que se achasse em posse da coisa transmitida por alguém depois de uma ameaça, conferindo-lhe a natureza de *actio in rem scripta*¹²¹.

A *actio ad exhibendum* era conferida àquele interessado na exibição da coisa. Era utilizada, por exemplo, por quem pretendia instaurar a *reivindicatio*, mas queria antes que a *res* lhe fosse exibida. Essa ação poderia ser movida contra aquele que possuísse a coisa ou, simplesmente, a detivesse, contanto que, no momento da condenação, pudesse restituí-la – daí seu enquadramento dentre as *actiones in rem scripta*¹²².

A *actio aquae pluviae arcendae* já estava prevista na Lei das XII Tábuas. Seu objeto foi distinto no direito clássico e no justiniano, em virtude das peculiaridades topográficas da Itália e das províncias orientais¹²³.

No direito clássico, essa *actio* era utilizada para impedir a realização de obras num *fundus*¹²⁴ vizinho que acarretassem o aumento do volume das águas as quais corriam para o *fundus* daquele que se valia dessa *actio*. A Itália era uma região rica em águas, daí porque não se concedia essa *actio* nas situações de realização de obras que diminuíssem ou privassem de água o *fundus* vizinho. No direito justiniano, em razão da geografia do Oriente, de águas distribuídas regularmente e agricultura de irrigação artificial, a *actio aquae pluviae arcendae* também pode ser utilizada contra o aquele que,

¹²¹ Cf. P. BONFANTE, *Istituzioni* cit. (nota 112.supra), pp. 112-113.

¹²² Cf. A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado* cit. (nota 48.supra), p. 244; e L. A. WARNKCENIG, *Instituições* cit. (nota 115.supra), pp. 491-493.

Acrescente-se, nesse sentido, quanto às hipóteses de cabimento da referida ação, os esclarecedores ensinamentos de L. A. WARNKCENIG: “Exibir é mostrar em público a presença de um corpo, ou permitir que tenha faculdade de contender em juízo aquele que age. Compete portanto esta acção àquelles que agem sobre uma coisa, com qualquer acção real, tanto para pedir a coisa como o usufructo, assim como àquelles que usa da acção hypothecaria. Mas ainda que alguém peça para proibir que a coisa seja exibida, ou queira contender em juízo noxal, será ouvido. Finalmente, compete a todos, a quem interessa por justa causa que a coisa seja exibida, ainda quando quizerem agir contra a pessoa”. Cf. *Instituições* cit. (nota 115.supra), p. 492.

¹²³ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 48.supra), p. 405; e A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado* cit. (nota 117.supra), pp. 130-135.

¹²⁴ Com relação a esse termo, A. SANTOS JUSTO, explica que: “O dano deve ser causado a um campo (*ager*). As fontes falam, ordinariamente, de *agro nocere*, entendendo-se por *ager* um *fundus*: um terreno com ou sem edifícios, destinado à agricultura, embora eventualmente não cultivado (incluindo uma área para a debulha de espigas ou secagem de frutos). Não se considerando *ager* um pequeno terreno na *civitas*, ainda que destinado à agricultura, não podia recorrer-se à *actio aquae pluviae arcendae*; mas já se considerava – e, por isso, protegia – um espaço amplo que, na *civitas*, estivesse destinado à agricultura: dir-se-ia, neste caso, estarmos perante um parêntese rústico. O *locus* devia ser *privatus*. Cf. *Direito Privado* cit. (nota 117.supra), p. 133.

através da realização de obras, desse causa a diminuição do curso da água útil no campo vizinho¹²⁵.

Com relação aos sujeitos da respectiva ação, são pertinentes as observações feitas por A. S. JUSTO¹²⁶:

“Os sujeitos activo e passivo da *actio aquae pluviae arcendae* são os proprietários, respectivamente, do *ager* em risco de ser prejudicado e do *fundus* onde se realizou o *opus* que alterou o curso natural das águas. Por isso, a alienação dos *agri* provoca a mudança de sujeitos, a menos que ocorra depois da *litis contestatio*: neste caso, o sujeito passivo não muda”.

É justamente essa alteração dos sujeitos da *actio aquae pluviae arcendae* em razão da modificação da titularidade do imóvel que determinou a sua classificação dentre as *actio in rem scripta*.

E o autor acrescenta¹²⁷:

“Em relação ao sujeito passivo, importa distinguir o proprietário do *fundus* e também do *opus* aí construído ou seus herdeiros e o proprietário não autor da obra: aqueles são obrigados a restituir à sua custa e a indemnizar os danos causados; este – se não preferir a restituição – somente a *patientiam praestare*: a tolerar que o vizinho entre no seu *fundus* para repor as coisas *in statum pristinum*. Se o autor do *opus* for um escravo, a responsabilidade será noxal. E o adquirente de boa-fé pode, também, liberar-se cedendo o *locus*”.

A *actio familiae erciscundae* e a *actio communi dividundo* eram ações destinadas à dissolução da *communio incidens*¹²⁸ ou à cobrança, por um dos comunistas

¹²⁵ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 48.supra), p. 405, e A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado* cit. (nota 117.supra), pp. 130-135.

¹²⁶ *Direito Privado* cit. (nota 117.supra), p. 135.

¹²⁷ *Direito Privado* cit. (nota 117.supra), p. 135.

em face de outro, das obrigações resultantes da coisa *in communio incidens*¹²⁹. A primeira destinava-se à partilha da herança e podia, assim, ser proposta por qualquer dos co-herdeiros¹³⁰. A segunda, por sua vez, tinha lugar se se tratasse de objeto particular indiviso entre co-proprietários¹³¹.

O caráter de *actio in rem scripta* decorre do fato de essas *actiones* poderem ser intentadas contra qualquer pessoa que tivesse a coisa em seu poder¹³².

Por fim, a *actio finium regundorum* aplicava-se às situações em que ficava configurada a *confusão de limites*, que, segundo E. H. J. PETIT, tinha lugar quando os limites de propriedades contíguas confundiam-se, em virtude de acidente ou de ususpações feitas por um dos proprietários sobre o fundo do vizinho. Nascia, então, para estes proprietários uma obrigação *quasi ex contractu*, consistente em regular os limites de suas propriedades¹³³.

Tratava-se também essa de uma *actio in rem scripta*, pois poderia ser proposta contra aquele ou por aquele (já que era ação dúplice) que era proprietário do fundo.

Da análise, ainda que sucinta, das *actiones* tida pelos romanistas citados como *in rem scripta*, infere-se as duas constantes necessárias que se fazem presentes para tal qualificação: a determinação mediata da legitimidade do autor e do réu por meio de suas posições jurídicas relativamente a dado objeto e a alterabilidade desta legitimidade em razão da alteração das referidas posições jurídicas, por exemplo, por meio da alienação do *fundus*, ou do animal que causou danos.

¹²⁸ J. C. MOREIRA ALVES explica: “Denomina-se *communio incidens* o condomínio que decorre, não de convenção entre duas ou mais pessoas – como sucede com o que resulta de contrato de sociedade –, mas de fato material (por exemplo, da comistão [...]), ou de dispositivo legal, ou de ato de liberalidade *inter vivos* ou *mortis causa* (assim, no caso de doação em favor, conjuntamente, de várias pessoas)”, e continua: “Quanto às relações obrigacionais entre os comunheiros – como a divisão de prejuízos e de vantagens, e o reembolso de despesas com a coisa comum –, as Institutas de JUSTINIANO (III, 27, 3) reputam-nas decorrentes de quase-contratos, o que significa que a *communio incidens* é enquadrada, no direito justinianeu, entre os quase-contratos”. Cf. *Direito Romano* cit. (nota 117.supra) pp. 263-264.

¹²⁹ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 117.supra), pp. 263-264.

¹³⁰ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit. (nota 117.supra), pp. 529-531.

¹³¹ Cf. E. H. J. PETIT, *Traité* cit. (nota 51.supra), pp. 599-600.

¹³² Cf. A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado* cit. (nota 117.supra), p. 244.

¹³³ *Traité* cit. (nota 51.supra), pp. 600-601.

De fato, estas duas constantes são as mesmas que a doutrina tradicional exige para caracterização da obrigação *propter rem*¹³⁴, conferindo alguma segurança acerca da suposição de ser a *actio in rem scripta* a origem histórica da obrigação *propter rem*.

Porém, não parece correto simplesmente transpor para o Direito atual o regime jurídico da *actio in rem scripta*, desconsiderando toda a evolução e a experiência histórica que, por séculos, passou a ciência do direito. É inegável que a criação jurídica dos romanos é genial como foi a criação da filosofia pelos gregos, mas também é inegável- e talvez aí esteja a fonte da genialidade- que os romanos dedicavam-se à solução de casos práticos, e não à criação de uma ciência como é a dogmática jurídica¹³⁵.

A dogmática jurídica permitiu a criação e o refinamento de conceitos que influenciaram a positivação e aplicação do direito, alterando radicalmente a concepção de muitas categorias jurídicas¹³⁶. Com a obrigação *propter rem* não foi diferente. A partir dos dados fornecidos pela *actio in rem scripta*, os juristas- provavelmente medievais¹³⁷- desenvolveram a noção de obrigação *propter rem* com contornos diferentes dos da *actio in rem scripta*, legando-nos categoria já diversa e que irá se especializar ainda mais pelo labor dos juristas modernos¹³⁸.

3. Obrigação *propter rem* em perspectiva doutrinária¹³⁹

¹³⁴ Cf. pte. 2ª, cap. I.1, retro.

¹³⁵ Confira-se T. SAMPAIO FERRAZ Jr., *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo, Limonad, 1998, p. 36.

¹³⁶ Apenas para exemplificar, pense-se na diferença que há entre a concepção estática e a dinâmica da categoria *obrigação*.

¹³⁷ De todas as hipóteses é a que se afigura a mais plausível. É o entendimento de L. RIGAUD, cf. *Le Droit* cit. (nota 106.supra).

¹³⁸ B. WINDSCHEID expressamente afirma que o direito moderno desenvolveu o conceito romano de *actio in rem scripta*. Cf. *Lehrbuch* cit. (nota 2.supra), p. 138.

¹³⁹ A escolha das fontes a serem analisadas e a ordem que se seguirá em tal mister foram orientadas por dois critérios distintos: com relação aos doutrinadores italianos e portugueses, o critério foi o da importância da obra para evolução do conceito de obrigação *propter rem*. No que tange à doutrina nacional, o critério

A obrigação *propter rem*, embora seja um instituto já bem antigo, não logrou, segundo se crê, alcançar um nível conceitual dogmaticamente seguro, o que acaba por gerar distorções quando de seu tratamento científico e, o mais grave, quando de sua aplicação na solução de casos concretos.

Por essa razão, extrair-se-á da doutrina selecionada elementos indispensáveis à tentativa de estruturação de um conceito de *obrigação propter rem* que seja dogmaticamente coerente com o sistema jurídico pátrio e, ao mesmo tempo, apto a contribuir para solução de seus problemas concretos.

Para tanto, buscar-se-á analisar na doutrina eleita os seguintes temas: (i) conceitos de obrigação *propter rem*; (ii) elementos essenciais ao surgimento da obrigação *propter rem* e (iii) consequências da qualificação de uma dada relação jurídica obrigacional como *propter rem*.

3.1. Tese de Giovanni Balbi

A obra de G. BALBI acerca da obrigação *propter rem*¹⁴⁰ pode ser considerada paradigmática por ter rompido com o que até então se compreendia como pressuposto da obrigação *propter rem*¹⁴¹.

Antes de conceituar a obrigação *propter rem*, à qual dá o nome, no mais das vezes, de obrigação real, G. BALBI exclui da categoria uma série de situações jurídicas qualificadas tradicionalmente como tal¹⁴².

adotado foi o da maior ou menor profundidade com que o tema foi abordado a ensejo do tratamento de algum outro tema central, pois até onde se tem notícia não houve publicação de trabalho monográfico nacional que versasse exclusivamente sobre o objeto desta dissertação.

¹⁴⁰ Cf. *Le obbligazioni propter rem*, Torino, Giappichelli, 1950.

¹⁴¹ J. O. ASCENSÃO diz que coube a G. BALBI afastar a opinião de GROSSO e BRANCA, até então incontestada, de que a obrigação *propter rem* teria por pressuposto o conflito de direitos reais incidentes sobre a mesma coisa. Cf. *As Relações* cit. (nota 9. supra), p. 102.

¹⁴² Na Parte II desta dissertação, no item destinado à diferenciação da obrigação *propter rem* de figuras a ela assemelhadas, analisar-se-ão as categorias jurídicas excluídas do conceito por G. BALBI, razão pela qual deixa-se de fazê-lo aqui.

O autor propõe, assim, a seguinte conceituação: “ tem-se obrigação real quando é sujeito devedor qualquer pessoa que seja titular de um dado direito real de gozo, pelo que, extinto ou transmitido tal direito real, extingue-se ou, transmite-se, ao mesmo tempo, a qualidade de devedor¹⁴³”. O capítulo III de sua obra, no qual se encontra esta conceituação, é integralmente dedicado à sua explicitação e justificação.

Começa por dizer que a obrigação é tida por *propter rem* quando seu devedor é determinado por meio da identificação do titular de um direito real de gozo sobre a coisa a que se refere o comportamento deste devedor¹⁴⁴. Adverte que a qualificação de real, *ob rem* ou *propter rem* não se refere à realidade em sentido técnico, o que promete demonstrar ao longo de seu estudo. Diz que todas as vezes em que a relação é real, ou seja, sempre que ostentar a característica da absoluteza – a qual identifica com a oponibilidade *erga omnes*-, não haverá obrigação *propter rem*.

Afirma haver certa contradição no fato de um direito subjetivo implicar um dever, e estatui que, para evitar tal contradição, o cumprimento do dever não pode esvaziar a utilidade do direito real. Disso decorre que o comportamento devido não é qualquer um, mas apenas aquele justificado à luz do exercício do direito real que o ensejou¹⁴⁵.

Como consequência desta conexão entre conteúdo do direito subjetivo real e comportamento devido, G. BALBI ensina que se infere o caráter acessório da obrigação *propter rem*, advertindo, porém, que o termo *acessório* não é preciso pelo fato de um dever não poder ser acessório de um direito. O que quer consignar é que as vicissitudes do direito real repercutem na obrigação *propter rem*, por exemplo, a sucessão no direito real, seja a título universal, seja a título particular, faz com que o novo titular deste direito passe a ser obrigado *ob rem* ou, caso haja fracionamento do direito de propriedade, como com a instituição de usufruto, a obrigação *propter rem* modifica-se: ambos, nu- proprietário e usufrutuário poderão ser devedores *ob rem*, ou, somente o será o usufrutuário, se efetivamente estiver gozando do direito sobre a coisa. Finalmente, assevera G. BALBI, extinto o direito real, extinta estará a obrigação *propter rem*¹⁴⁶.

¹⁴³ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 117.

¹⁴⁴ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 117.

¹⁴⁵ Cf. G. BALBI, *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 119.

¹⁴⁶ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), pp. 120-121.

A maior contribuição de G. BALBI sobre o tema da obrigação *propter rem*, no entanto, consistiu em aclarar a questão da sucessão no direito subjetivo real e na obrigação *propter rem*. O autor demonstrou que só é correto falar em sucessão na obrigação *propter rem* em razão da sucessão no direito real quando, antes da transmissão deste, a obrigação *propter rem* já era exigível, pois que, diferentemente do que afirmava a doutrina até então, após a transmissão do direito real, poderão surgir novas obrigações *propter rem* a cargo do agora titular do direito real, sendo inexato fazer menção à sucessão relativamente a elas¹⁴⁷.

Segundo se pensa, esta clarificação realizada por G. BALBI sobre o momento quando é próprio falar-se em sucessão na obrigação *propter rem* trouxe avanço significativo ao tema, razão pela qual sua obra deve ser considerada paradigmática.

Com relação ao chamado abandono liberatório, G. BALBI só reconhece algumas poucas exceções ao seu exercício, são elas: (i) não será admitido o abandono quando o devedor *propter rem* haja realizado fatos os quais impliquem sua responsabilidade pelo adimplemento, pois, agora, o pagamento não é mais unicamente vinculado ao direito real, mas também a estes fatos. Exemplifica, dizendo que o coproprietário de um muro não pode renunciar à sua parte para liberar-se do dever de repará-lo se a necessidade de reparo surgiu de ato seu; (ii) não será admitido o abandono se os condôminos em condomínio voluntário obrigaram-se a manter a indivisão por certo período. Neste caso, só será admitido o abandono após este período; (iii) não será admitido o abandono se o devedor *ob rem* comprometeu-se a adimplir o débito independentemente de sua qualidade de titular do direito real a ele der causa; (iv) finalmente, não se admite o abandono quando o exercício do direito real que deveria ser objeto do abandono é, por sua vez, conexo ao exercício de outro direito, a não ser que se renuncie, também, a este último. Diz que o condômino em condomínio edilício não pode renunciar à propriedade da fração ideal sobre a coisa comum para livrar-se do dever de contribuir com as despesas de conservação sem renunciar à propriedade sobre a unidade autônoma¹⁴⁸.

¹⁴⁷ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), pp. 139 e ss.

¹⁴⁸ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), pp.198-200.

Finalmente, entende que, pelo abandono, o devedor *propter rem* libera-se não só das prestações por vencer, como também das já vencidas¹⁴⁹.

3.2. Tese de Hassen Aberkane

H. ABERKANE¹⁵⁰, autor da, talvez, mais consagrada monografia sobre o tema, após arrolar algumas situações jurídicas entendidas por ele como sendo *propter rem*, busca extrair delas traços capazes de caracterizar o instituto. Chega, então, à conclusão de que é requisito essencial que o devedor seja titular de um direito real, para, na sequência, reconhecer que o credor também determina-se desta forma¹⁵¹.

A partir desta constatação, H. ABERKANE reconhece outra característica essencial da situação jurídica *propter rem*: a relação jurídica estabelecida entre credor e devedor pressupõe a incidência de direitos subjetivos sobre a mesma coisa ou duas coisas vizinhas.

É a partir daí que o autor extrai sua tese fundamental: a obrigação *propter rem* pressupõe um conflito de direitos reais, tendo por escopo resolvê-lo¹⁵². Contudo, continua o jurista, não basta estabelecer a função, é fundamental explicitar a qualificação jurídica deste instituto¹⁵³.

Para H. ABERKANE, a obrigação *propter rem* é, “do ponto de vista de uma qualificação jurídica, somente uma especificação, uma modalidade de obrigação passiva universal. Ela expressa a oponibilidade de um direito real ao titular do direito real antagônico”¹⁵⁴.

¹⁴⁹ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 210.

¹⁵⁰ *Essai* cit. (nota 34.supra).

¹⁵¹ *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 18.

¹⁵² Posicionamento que, no Brasil, é adotado por Orlando GOMES. Cf. *Obrigações*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 28.

¹⁵³ “Or, l’obligation *propter rem* unit les titulaires des droits rivaux. Ne sembler-t-il pas dès lors, quelle ait pour fonction de résoudre ce conflit en instituant entre les droits un <<modus vivendi>> acceptable, qui seul peut assurer leur coexistence pacifique et permettre leur exercice concurrent?”. Cf. *Essai* cit. (nota 34.supra) p. 19.

¹⁵⁴ “Du point de vue de la qualification juridique, l’obligation *propter rem* n’est qu’une spécification, une modalité de l’obligation passive universelle. Elle exprime l’opposabilité d’un droit réel au titulaire du droit antagoniste”. Cf. *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 22.

Dessa forma, após afirmar que a obrigação *propter rem* é mera especialização da obrigação passiva universal, passa a justificar a determinação do devedor e a prerrogativa do abandono liberatório; são suas palavras:

“Quanto ao devedor, ele é determinado pela sua posição: é titular de um direito rival. Ele permanece terceiro. A obrigação só vislumbra a posição de onde se pode atingir facilmente um direito. É por esse motivo que ele poderá liberar-se abandonando a situação que motiva o compromisso. Ele recai, então, na categoria das pessoas que nós denominamos terceiros estranhos, sem nenhum direito rival e não são obrigados a uma atitude negativa. É por este motivo que ele transmitirá a obrigação juntamente com o direito. Na verdade, é mais exato dizer que ele coloca o adquirente na própria situação que motivou o compromisso. Essa aparente transmissão expressa o fato de que a obrigação é constantemente suportada pelo titular do direito antagônico. Isso se compreende facilmente. Propondo-se a resolver um conflito de direitos, como ela conseguiria se ainda não vinculava os titulares atuais desses direitos? Assim, explica-se a determinação especial desses sujeitos¹⁵⁵.

H. ABERKANE, valendo-se de método indutivo, pretende conceituar a obrigação *propter rem* como especialização, ou melhor, concreção da obrigação passiva universal em face do terceiro cuja posição jurídica caracteriza-se pela presença, em sua esfera jurídica, de situação jurídica real antagônica à do titular do crédito *propter rem*.

¹⁵⁵ *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 25.

A função da obrigação *propter rem*, nas lições de H. ABERKANE, é tão somente a de permitir, por meio do controle sistemático de conflitos entre titulares de situações jurídicas reais, sua coexistência harmônica¹⁵⁶.

O autor reconhece que sua conceituação é pouco precisa e, por esta razão, acabaria por gerar insegurança pelo fato de não se poder precisar quais as condutas a que o terceiro, cuja situação jurídica conflita com do credor *propter rem*, estaria obrigado a permitir o exercício do direito subjetivo deste.

A solução fornecida por H. ABERKANE é a de limitar à lei e à convenção das partes a possibilidade de estabelecer obrigações *propter rem*, com o que, realmente, resolve a questão da possível insegurança jurídica suportada pelo devedor¹⁵⁷.

Quanto à natureza jurídica, H. ABERKANE assevera que, sendo concreção da obrigação passiva universal, a obrigação *propter rem* apresenta natureza jurídica de direito obrigacional, diferenciando-se das demais obrigações pessoais apenas por sua origem, é dizer, um direito subjetivo real, que, em alguns aspectos, principalmente transmissão e abandono, tem alguma influência¹⁵⁸.

H. ABERKANE, sem dúvida, retira da origem real da obrigação *propter rem* conclusões interessantes, entre as quais, destacam-se a irrelevância da capacidade civil do devedor e a justificação de sua transmissão ao adquirente da *res*, pouco importando a que título tenha-se dado. A justificativa para isso é que, sem exceção, “não se pode dispensar quem quer que seja de respeitar um direito real”¹⁵⁹.

Quanto à transmissão da obrigação *propter rem*, o autor afirma: (i) o adquirente deve não só suportar a realização da obrigação *propter rem*, como também suportar a obrigação de reparar os danos causados ao titular da situação jurídica real

¹⁵⁶ H. ABERKANE, não sem alguma contradição, afirma mais adiante ser função da obrigação *propter rem* conservar a coisa cuja titularidade a ensejou. Cf. *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 147. Realmente, e como se demonstrará oportunamente, esta é a verdadeira função da categoria jurídica sob estudo.

¹⁵⁷ *Essai* cit. (nota 34.supra), pp. 114-115.

¹⁵⁸ *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 134.

¹⁵⁹ “Il n’est pas question de dispenser quiconque de respecter un droit réel”. Cf. *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 138.

antagônica pelo transmitente por não tê-la cumprido e (ii) aquele que, ao ceder direito real, já era obrigado *propter rem*, continua a sê-lo¹⁶⁰.

As afirmações são assim justificadas: (i) o adquirente será responsável pelo adimplemento da obrigação *propter rem*, porque esta consiste em oponibilidade do direito real antagônico, o qual, agora, reflete-se em sua esfera jurídica, como se refletirá na esfera jurídica de quem quer que venha a adquirir a coisa cedida.

Com relação à responsabilidade pelos danos causados pelo não-adimplemento, pelo transmitente, da obrigação *propter rem*, o autor assevera que a jurisprudência a carrega ao adquirente a título singular, embora boa parte da doutrina francesa conteste a solução¹⁶¹.

Aberkane apoia a jurisprudência, sustentando que a doutrina equivoca-se ao tratar obrigação real como excludente da obrigação pessoal. Ele defende a possibilidade de cumular obrigações de natureza distintas, pessoal e real, que tenham o mesmo objeto.

Nas palavras do autor,

“O mesmo fato (aqui o não cumprimento faltoso de uma obrigação real) pode muito bem fazer nascer duas obrigações de reparar o dano sofrido: uma de natureza pessoal e outra de natureza real. Se distinguir a que título é obrigado o autor da violação não interessa, o interesse surge, ao contrário, na hipótese da transmissão do direito, pois o adquirente, deverá, então, cumprir mesma obrigação de reparar o dano, mas somente a título real”¹⁶².

¹⁶⁰ *Essai* cit. (nota 34.supra), pp. 143-151.

¹⁶¹ *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 145. Ainda segundo H. ABERKANE, a doutrina francesa alega que a obrigação de reparar os danos é fruto de uma conduta culposa, pessoal, insuscetível de transmissão.

¹⁶² *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 146. Nesse sentido, o autor arrola alguns exemplos desse acúmulo: “Aparece, por exemplo, no fato de que a lei, a qual impõe a manutenção do muro comum, não precisa, de modo algum, a origem do dano tornando necessária a reparação. Essa degradação pode ser devida ao desgaste pelo uso normal, caso ordinário, mas pode ser também devida a um dano voluntário, causado pelo uso abusivo de um dos proprietários. Ora, a lei não se preocupa com isso, e ela deseja somente que os muros comuns sejam constantemente mantidos em bom estado. A origem do dano pouco lhe importa e, contudo, a falta cometida por um dos proprietários vai obrigá-lo pessoalmente, pelo simples jogo dos princípios da

A segunda afirmação (ii) – isto é, a de aquele que, ao ceder direito real, já era obrigado *propter rem*, continua a sê-lo – é justificada pelo autor, que começa por diferenciar *cessão* de *abandono*, afirmando, diferentemente do segundo, que revela o desinteresse pelo direito, a primeira consiste no seu exercício máximo.

Disso deduz que, ao alienar seu direito sobre a coisa, recebe uma contrapartida, seja em bem avaliado em pecúnia, seja em satisfação moral, como no caso de doação. Assim, permaneceria de algum modo ligado ao direito real cedido¹⁶³.

Quanto ao abandono, tem-no como ato de desinteresse do titular, que pretende simplesmente abrir mão da *res* e, conseqüentemente, do direito subjetivo sobre ela, sem qualquer contrapartida para tanto. Haveria, assim, completa dissociação entre o abandonante e a coisa abandonada, justificando-se a sua liberação¹⁶⁴.

Ao lado dessas considerações, acrescenta o fato de a cessão implicar impor ao seu credor uma substituição do devedor com a qual não anuiu e da qual pode resultar,

responsabilidade, à reparação. Ele será, portanto, obrigado em definitivo, e a duplo título, real e pessoal: assim, ele não poderá liberar-se pelo abandono, mas se ele transmitir seu direito, seu adquirente estará vinculado pela obrigação real. Outro exemplo de acúmulo análogo é dado pelo não cumprimento faltoso das reparações de manutenção pelo usufrutuário. Se este não efetua os reparos de manutenção e que desse fato sobrevém um dano que, para repará-lo, são necessários “grandes consertos”, o artigo 605, alínea 2, coloca-os a seu cargo. Incontestavelmente, ele é obrigado a dois títulos: a título pessoal e a título real. O interesse desse acúmulo sobre o autor do não cumprimento revela-se em caso de transmissão de direito; o sucessor deverá o cumprimento da obrigação de reparar o dano; ele a deverá porque ela é necessária ao respeito do direito real do credor. A lei criou uma obrigação real destinada a preservar o direito real de qualquer dano. Se ela não é cumprida e este dano produz-se, a obrigação de reparação tem necessariamente a mesma natureza que aquela da qual é oriunda. O contrário dissociaria a obrigação de sua sanção”. Cf. H. ABERKANE, *Essai* cit.(nota 34.supra), pp. 146-147.

¹⁶³ “O titular onera a alienação, ele recebe a contrapartida monetária que representa o valor respectivo e, se ele o aliena a título gratuito, extrai daí uma satisfação moral, que o Direito leva em conta para explicar a causa de seu ato. Assim, e apesar de não ser mais titular do direito pela cessão, ele permanece de algum modo associado a ele. Relações de transmitente a sucessor formam-se entre ele e seu adquirente. Uma garantia, por exemplo, é criada, que manifesta altamente o interesse persistente que o cedente continua a dedicar ao direito cedido. Pela alienação, longe de abdicar de seu direito, ele o utiliza”. Cf. H. ABERKANE, *Essai* cit.(nota 34.supra), p. 147.

¹⁶⁴ “O abandono provém de outro pensamento. Aquele que o exerce não tem a menor intenção de utilizar de uma vez todos os recursos de seu direito, de onerá-lo ou concretizá-lo. Ele só tem a intenção de dele desinteressar-se. Daí, o fato de que ele não receba nenhuma contrapartida representando o direito perdido, que o abandono seja um ato unilateral, nenhuma relação de transmitente a sucessor se estabeleça entre ele e o titular legal do direito devoluto (na espécie, o credor real). Compreende-se bem que possa haver uma diferença no efeito liberatório, entre a cessão e o abandono do direito. O renunciante é liberado, ao passo que o cedente continua responsável pelas obrigações reais vencidas.” Cf. H. ABERKANE, *Essai* cit.(nota 34.supra), p. 147.

por exemplo, insolvência. Por essas razões, pretende que o cedente continue obrigado, enquanto o abandonante não¹⁶⁵.

3.3. Tese de Biondo Biondi

B. BIONDI¹⁶⁶, após tratar sucintamente cada uma das *actiones* romanas que deram origem ao conceito de obrigação *propter rem*, conclui: “os casos que no direito romano se possam qualificar como de responsabilidade *propter rem* se resumem sob este conceito: o terceiro, isto é, aquele que não seja autor do fato danoso, incorre em uma responsabilidade negativa fundada não na culpa mas sobre a posse atual da coisa”¹⁶⁷. Afirma, ainda, que tais casos de responsabilidade, antes qualificados como *propter rem*, desapareceram como tais, sendo, atualmente, tratados como obrigações comuns, é dizer, sem que se fale em ambulatoriedade e abandono liberatório.

O autor diz que, por estas razões, o instituto deveria ser tido por extinto, porém, ao contrário disso, a doutrina, sob a qualificação de *propter rem*, arrola uma série de situações jurídicas extremamente heterogêneas. Contudo, antes de excluir ou incluir situações jurídicas neste rol, B. BIONDI pretende voltar às origens do conceito¹⁶⁸.

Afirma que, dizer que a responsabilidade deriva de um direito real, é dizer pouco ou nada, pois entre propriedade e responsabilidade pode haver conexões sem surgirem obrigações *propter rem*¹⁶⁹.

¹⁶⁵ “Uma segunda consideração leva, igualmente, a manter o compromisso na pessoa do cedente. De fato, em face de seu credor, é um erro ceder seu direito (e com ele a obrigação), sem a ter previamente cumprido, enquanto era exigível. Ele impõe a seu credor uma substituição do devedor com a qual ele não consentiu e da qual podem resultar inconvenientes, em caso de insolvência ou má vontade, por exemplo”. A reparação mais adequada que pode ser concedida ao credor real é a de autorizá-lo a responsabilizar também o devedor originário. Por sua causa, este transformou a natureza de sua obrigação; ele fica então responsável, sem poder exercer o abandono. Porém, há de se dizer que esta faculdade é para ele destituída de objeto, já que ele não é mais titular do direito a ser abandonado. Pouco lhe importa, portanto, a natureza do compromisso a que ele vincula após a cessão do direito; o que conta é o fato de que continue sendo responsável apesar da cessão”. Cf. H. ABERKANE, *Essai* cit. (nota 34.supra), p. 148.

¹⁶⁶ *Trattato di diritto civile e commerciale – Le servitù*, v. XII, Milano, Giuffrè, 1967.

¹⁶⁷ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 711.

¹⁶⁸ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 712.

¹⁶⁹ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 712.

Constata, de maneira bem lógica, que se está diante de um círculo vicioso porque “dos casos singulares, formados aprioristicamente, extrai-se o conceito [de obrigação *propter rem*]. Fixado assim o conceito, forma-se o elenco”¹⁷⁰. Pretende evitar o vício lógico por meio não da sistematização das várias figuras qualificadas como *propter rem*, mas, sim, isolando aquelas com estrutura e disciplina comuns.

Começa afirmando que as obrigações *propter rem* conectam-se com a propriedade e demais direitos reais, mas, diferentemente do direito romano, independem de culpa. Daí conclui que não há obrigação *propter rem* nos casos dos artigos 2.041¹⁷¹ e 2.043¹⁷² do *Codice*¹⁷³.

Na sequência, após negar a ambulatoriedade em dois casos que tradicionalmente são tidos como de obrigação *propter rem*¹⁷⁴, assevera:

“Por obrigação *propter rem* entendemos uma regular relação de obrigação, que, pelo seu conteúdo e geral disciplina, em nada difere de qualquer outra. Não importa poder sobre a coisa. É coligada, contudo, à propriedade ou um outro direito real, de modo que nasce a cargo de pessoa inicialmente indeterminada, mas que se determina pelo fato de ser proprietário de uma coisa ou titular de um determinado direito real. Qualifica-se exatamente *propter rem* porque se funda não sobre uma culpa própria, como no caso dos artigos 2.047 e seguintes, mas sobre o simples fato de ser proprietário de uma coisa ou titular de um

¹⁷⁰ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 712.

¹⁷¹ Art. 2041: Azione generale di arricchimento. Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.

¹⁷² Art. 2043: Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno(Cod. Pen. 185).

¹⁷³ A conclusão do autor, embora correta, não se sustenta pelos fundamentos que apresentou. Isso porque se origina de um vício lógico, infelizmente, muito comum. Os artigos citados não contemplam casos de obrigação *propter rem* não porque têm em sua hipótese de incidência o elemento culpa – o qual, diga-se, sequer está presente no artigo 2.041 –, mas porque nada têm a ver com situação jurídica de direito das coisas. Ademais, dizer que a obrigação *propter rem* não exige culpa, não implica, necessariamente, que ela não possa se originar de um fato culposo.

¹⁷⁴ Quais sejam, a de reparar o curso de água culposamente desviado e a do usufrutuário de arcar com as despesas ordinárias de conservação da coisa.

determinado direito real. Qualifica-se também ambulatória, porque se transfere em dependência do transferência da propriedade ou do[outro] direito real. Uma vez, no entanto, fixada em um determinado sujeito, cessa a ambulatoriedade e a obrigação nascida transfere-se segundo os princípios gerais.”¹⁷⁵

Quanto à natureza jurídica, afirma que a obrigação *propter rem* não é, como se costuma dizer, um misto de realismo e personalismo, nem se encontra em situação intermediária entre direito real e obrigação. O direito real serve apenas para indicar quem é o sujeito passivo da obrigação *propter rem*, cessando, uma vez determinado seu devedor, qualquer conexão entre a obrigação nascida e o direito real¹⁷⁶. Acrescenta:

“A obrigação surge não pelo só fato de alguém ser proprietário ou titular do direito real, mas no caso de verificarem-se aquelas circunstâncias previstas pela lei, surgindo a cargo de quem seja proprietário ou titular do direito real naquele determinado momento. Os destinos sucessivos da obrigação são independentes da alternância da propriedade ou direito real. Estes direitos transferem-se, mas a obrigação continua a gravar o sujeito que era proprietário ou titular do direito real no momento em que se verificou a circunstância prevista na lei.”¹⁷⁷

Para B. BIONDI, a ambulatoriedade refere-se apenas à possibilidade de a obrigação *propter rem* surgir na esfera jurídica de quem seja titular da propriedade ou de outro direito real no momento em que se verificar a hipótese normativa necessária para tanto. Em razão disso, nega a possibilidade de abandono liberatório e nega que o perecimento da coisa extinga a obrigação¹⁷⁸.

¹⁷⁵ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 713.

¹⁷⁶ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 713.

¹⁷⁷ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 714.

¹⁷⁸ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 117.

Em sentido oposto ao da doutrina dominante, B. BIONDI diz que o direito real não é fonte da obrigação *propter rem*, senão mero pressuposto da responsabilização. As fontes das obrigações são, diz, apenas aquelas arroladas no artigo 1.173 do *Codice*¹⁷⁹.

O autor não faz qualquer referência à função da obrigação *propter rem*.

3.4. Tese de Manuel Henrique Mesquita

M. H. MESQUITA¹⁸⁰, em monografia dedicada exclusivamente ao tema das obrigações e ônus reais, inicia sua abordagem constatando que a correta compreensão da estrutura dos direitos exige a consideração não só dos poderes conferidos ao seu titular, mas também dos deveres a ele impostos, seja por meio de limitações e restrições com fonte legal imediata, seja por negócios jurídicos limitativos permitidos pela lei¹⁸¹.

O autor aponta a existência de deveres positivos impostos por normas de ordem pública e de deveres positivos criados ou permitidos por normas de direito privado. Neste caso, ora os deveres são cumpridos em benefício de titular de direito real, ora em benefício de sujeitos os quais não são determinados *propter rem*¹⁸². Como exemplo desta última hipótese, aponta contribuições de natureza tributária, imposições de ordem administrativa e algumas imposições com fonte propriamente em normas de direito privado¹⁸³.

M. H. MESQUITA, após expor a fonte e a natureza dos vários deveres de conteúdo positivo impostos ao titular de um direito real, busca especificar quais deles podem ser classificados como obrigações reais, a ensejo do que faz sua afirmação principal: “Quanto a nós, só faz sentido e só tem interesse falar de obrigações *propter rem*

¹⁷⁹ *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 714.

A propósito dos dispositivos do Codice Civile, art. 1.173: Fonti delle obbligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto (Cod. Civ. 1321 e seguenti), da fatto illecito (Cod. Civ. 2043 e seguenti), o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle (Cod. Civ. 433 e seguenti, 651, 2028 e seguenti, 2033 e seguenti, 2041 e seguenti) in conformità dell'ordinamento giuridico.

¹⁸⁰ *Obrigações* cit. (nota 99.supra).

¹⁸¹ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 10.

¹⁸² *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 16 e 22.

¹⁸³ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 22-26.

nos casos em que o titular de um direito real está vinculado, em tal qualidade, a *prestações de conteúdo positivo* (de *dare* ou de *facere*)”¹⁸⁴.

Na sequência, M. H. MESQUITA busca uma conceituação do direito real, pois reconhece que, só após tal conceituação, será possível definir com precisão a natureza jurídica da obrigação *propter rem*.

O autor, portanto, critica a teoria do poder direto e imediato por desconsiderar os vários deveres de conteúdo positivo, e, da mesma forma, critica a teoria personalista por desconsiderar que nem todo conflito de interesses entre sujeitos de direito precisa ser solucionado através da categoria da relação jurídica. Também critica a teoria personalista por desconsiderar aquele *quid* que, no plano fenomenológico, faz com que se “sinta” a noção de direito real, qual seja, a sujeição de uma coisa ao poder exclusivo de um sujeito de direito¹⁸⁵.

Conclui que há uma relação jurídica entre o titular da *res* e a própria *res*, relação esta diferente da obrigacional, pois trata-se de relação jurídica de ordenação, e não de colaboração. Reconhece que o dever geral de abstenção é inerente à atribuição de soberania a qual a ordem jurídica confere ao titular sobre a coisa, daí inferindo que disso decorre sua absolutez ou eficácia *erga omnes*¹⁸⁶.

Em síntese, M. H. MESQUITA conclui que o direito real é uma relação jurídica de soberania que, com fonte na ordem jurídica, caracteriza-se por vincular diretamente uma coisa ao poder exclusivo de um sujeito de direito¹⁸⁷.

M. H. MESQUITA, desta conceituação, extrai que os deveres de conteúdo positivo impostos ao titular de um direito real por normas de direito privado são propriamente as obrigações *propter rem*¹⁸⁸. São suas palavras: “[obrigação *propter rem*]

¹⁸⁴ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 29.

¹⁸⁵ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 41-58.

¹⁸⁶ Sobre a possibilidade de relação jurídica entre pessoa e coisa, cf. pte.1ª, cap. I, retro; em relação à diferenciação de absolutez e eficácia *erga omnes*, cf. pte.1ª, cap. I, retro.

¹⁸⁷ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 99.

Note-se que o autor nada mais faz do que adotar a teoria do poder direto e imediato por meio do esquema expositivo da relação jurídica. A propósito, cf. *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 115.

¹⁸⁸ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 100.

Trata-se de vínculos jurídicos por virtude dos quais uma pessoa, na qualidade de titular de um direito real, fica adstrita para com outra (titular ou não, por sua vez, de um *ius in re*) à realização de uma prestação de *dare* ou de *facere*”¹⁸⁹.

M. H. MESQUITA crê que seu conceito de direito real, diferentemente da noção clássica e da noção personalista, comporta os deveres positivos impostos por normas de direito público, assim como as obrigações em sentido estrito.

Conclui que a natureza jurídica das obrigações *propter rem* é a de obrigação em sentido estrito, que, no entanto, encontra-se profundamente vinculada a um direito real, especificidade que repercutirá em algumas de suas emanções¹⁹⁰.

Outro ponto assaz importante trabalhado por M. H. MESQUITA é o da distinção entre as chamadas pretensões reais (*dingliche Ansprüche*) e obrigações *propter rem*. As primeiras “são apenas aquelas relações creditórias que têm o seu fundamento no regime específico dos direitos reais (designadamente na sua eficácia absoluta – no chamado *ius excludendi omnes alios*: cfr. art. 1.305º) e que decorrem, em regra, *diretamente* da violação desse regime”.

Funcionalmente, estão a serviço dos direitos que lhes dão origem, proporcionando aos respectivos titulares, segundo o autor, um *meio de proteção* que lhes permite *efetivá-los* ou *realizá-los* sempre que surja (ou exista fundado receio de que venha a surgir), em relação à esfera de soberania delimitada por lei, uma situação material que com ela não se harmonize¹⁹¹.

Desta conceituação de pretensão real, o autor retira sua diferença em relação às obrigações *propter rem*: “[após asseverar que ambas são relações jurídicas obrigacionais] Enquanto, porém, ao conceito de obrigação *propter rem* é imprescindível que o devedor seja determinado em função da titularidade de um direito real, nas

¹⁸⁹ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 100.

¹⁹⁰ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 103.

¹⁹¹ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 107. Na sequência o autor assevera que tais pretensões são inseparáveis do direito subjetivo real que as originam, devendo durar enquanto ele dure.

pretensões reais, ao contrário, é o lado ativo da relação obrigacional que se encontra necessariamente ligado a um *ius in re*”¹⁹².

Quanto ao regime jurídico das obrigações *propter rem*, M. H. MESQUITA traz importantes considerações. Em relação ao sujeito passivo das obrigações *propter rem*, no caso de concursos de direitos subjetivos reais sobre a mesma coisa, uma de duas possibilidades pode se dar: a lei atribui expressamente a quem compete o adimplemento ou é omissa a esse respeito.

M. H. MESQUITA, seguindo *in totum* as lições de G. BALBI, aduz que o pagamento da obrigação *propter rem* competirá ao titular do direito subjetivo real cujo conteúdo foi causa eficiente da obrigação *propter rem*. Assim, exemplifica o autor, no caso de usufruto, se a obrigação nasceu do *ius utendi* ou do *ius fruendi*, competirá ao usufrutuário, se, ao revés, sua causa eficiente foi a nua-propriedade, do nu-proprietário¹⁹³. O autor não o diz diretamente, mas tudo leva a crer que retira suas conclusões da regra geral segundo a qual *ubi emolumentum, ibi et onus debet esse*.

No que diz respeito às consequências da transmissibilidade do direito subjetivo real para a titularidade passiva da obrigação *propter rem*, M. H. MESQUITA faz análise de extrema profundidade e chega a conclusões bem diversas daquelas propugnadas pela doutrina em geral.

Começa por cingir sua análise à transmissibilidade do direito subjetivo real a título singular e à sua aquisição originária, reconhecendo que a transmissibilidade a título universal sempre acarreta transmissibilidade das relações jurídicas do *de cuius*¹⁹⁴.

Até por uma questão de lógica, assevera¹⁹⁵, retomando lição de G. BALBI, que a transmissibilidade da obrigação *propter rem* como efeito da transmissibilidade do direito subjetivo real só tem sentido se se tratar de obrigações já nascidas, é dizer, se a hipótese descrita abstratamente na norma jurídica se concretizou no mundo fenomênico,

¹⁹² *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 112.

¹⁹³ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 304.

¹⁹⁴ A afirmação do autor merece ressalva: não são todas as relações jurídicas que se transmitem. Há relações jurídicas intransmissíveis, bastando lembrar as personalíssimas.

¹⁹⁵ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 313.

porque é óbvio que o adquirente do direito subjetivo real passa a ser virtual e potencialmente devedor das obrigações *propter rem* que venham a, efetivamente, concretizar-se enquanto a coisa estiver imputada em sua esfera jurídica.

A questão central então é: as obrigações *propter rem* que se concretizaram antes da transmissão a título singular do direito subjetivo real transferem-se ao seu adquirente?

O autor, então, após realizar completo inventário das diversas opiniões doutrinárias sobre a questão¹⁹⁶, propugna que devam ser consideradas ambulatórias as obrigações *propter rem* de fazer que imponham ao devedor a realização de atos materiais na coisa, objeto do direito real¹⁹⁷.

A justificativa que fornece é interessante. Só quem está em contato material com a coisa é que pode realizar, ou melhor, cumprir as obrigações de *facere* consistentes na execução de atos materiais. Com efeito, ao cessar sua soberania sobre a coisa, nela só poderia intervir mediante prévia concessão do atual titular, daí a justificativa para a transmissibilidade destas espécies de obrigação *propter rem*.

Em coerência com sua explanação, o autor prossegue afirmando que não devem ser consideradas transmissíveis todas as demais obrigações *propter rem* cujo pressuposto material de surgimento não se encontre na coisa, objeto do *jus*¹⁹⁸.

Com relação às obrigações *propter rem* de *dare*, afirma que:

“Verifica-se que a dívida *propter rem* representa, em muitos casos, o correspectivo de um uso ou fruição que couberam ao alienante, devendo ser este, por conseguinte, a suportar o custo do gozo que a coisa lhe proporcionou (*cuius commoda, eius incommoda*); noutros casos, a prestação debitória destina-se a custear atos que foram já praticados no objeto do direito real e

¹⁹⁶ Cf. a descrição pormenorizada em *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 316 a 330.

¹⁹⁷ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 330-331.

¹⁹⁸ A esse respeito M. H. MESQUITA afirma seguir a opinião de DESCHENAUX. Cf. *Obrigações* cit. (nota 99. supra), p. 337, nt. 65.

que lhe aumentaram o valor-aumento este que, normalmente, se repercute no preço da alienação, pelo que seria de todo injustificável libertar o alienante do dever de pagar uma quantia de que, bem vistas as coisas, se encontra já ressarcida”¹⁹⁹.

Mais adiante, o autor traz uma exceção à regra apontada anteriormente (a da não transmissibilidade de obrigações *propter rem* que não constituam *facere*). Para ele, devem ser consideradas ambulatorias todas as obrigações *propter rem* cuja existência seja denunciada ou indicada pela situação em que a coisa encontre-se ostensivamente²⁰⁰.

Para exemplificar, faz a suposição de que num condomínio edilício o telhado exige reparos e o síndico, com poderes para tanto, contrata o empreiteiro, mas antes de os condôminos pagarem a parte que lhes compete da prestação, um deles aliena sua unidade autônoma. O autor conclui que o adquirente é quem deve ser obrigado a arcar com a parte da despesa, primeiro porque é ele, e não o alienante, que vai colher as vantagens da melhoria e, segundo, porque a necessidade de reparação certamente influenciou no preço que pagou, bem como podia objetivamente ser por ele conhecida²⁰¹.

Quanto à possibilidade de extinguir-se a obrigação *propter rem* mediante o que chama de renúncia do direito real em benefício do credor, M. H. MESQUITA assevera ser regra o devedor responder com todos os seus bens pela obrigação *propter rem*, ressalvados apenas os casos em que a lei permite que o devedor libere-se renunciando ao seu direito em benefício do credor. Para o autor, sendo as obrigações *propter rem* contrapartida de uma soberania sobre certa coisa, caso o titular do direito real julgue que as vantagens da fruição do *ius in re* não compensam esta contrapartida, justifica-se a permissão de renunciar à sua posição jurídica ativa em benefício do credor. Para ele este é o fundamento do abandono liberatório, a que prefere chamar de renúncia liberatória²⁰².

Na sequência, distingue renúncia abdicativa de renúncia liberatória, dizendo que a primeira é renúncia pura e simples, sem qualquer beneficiário, enquanto que na

¹⁹⁹ Cf. M. H. MESQUITA, *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 337.

²⁰⁰ Cf. M. H. MESQUITA, *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 342-343.

²⁰¹ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 342.

²⁰² *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 360-362.

segunda a renúncia beneficia o credor, que assume a posição jurídica ativa do renunciante²⁰³.

Passa, então, a discutir se os direitos reais são passíveis de renúncia abdicativa quando a lei é silente, como no caso da propriedade, concluindo negativamente²⁰⁴. No entanto, assevera que a renúncia liberatória há de ser admitida sempre, pondo fim à obrigação *propter rem* do renunciante:

“Estes preceitos [relativos à renúncia liberatória] devem considerar-se mera afloração de um princípio geral válido para todas as obrigações *propter rem*. Segundo este princípio, sempre que o titular de um direito real esteja vinculado, nessa qualidade, a uma prestação de *dare* ou *facere*, poderá libertar-se do respectivo cumprimento através da renúncia do direito real em benefício do credor”²⁰⁵.

²⁰³ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 371.

²⁰⁴ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 376-378.

Para o sistema jurídico brasileiro, porém, esta questão não se põe, razão pela qual não se aprofundará a discussão.

²⁰⁵ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 386.

CAPÍTULO II – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A obrigação *propter rem*, no Brasil, é apenas incidentalmente tratada pela doutrina²⁰⁶ e, via de regra, com recurso direto à doutrina estrangeira, sem muito cuidado com a adaptação das noções hauridas no estrangeiro ao direito pátrio²⁰⁷.

A unanimidade dos autores nacionais afirma que a obrigação *propter rem* é aquela que surge a cargo de alguém por ser titular de um direito real e que se caracteriza por transmitir-se com a transmissão deste e se extinguir com a extinção deste. Esta afirmação, algo simplista, não está integralmente correta, ao menos não à luz do direito positivo brasileiro, o que se demonstrará a seguir.

1. Conceito e função da obrigação *propter rem*

O conceito de obrigação *propter rem* é exatamente o mesmo do conceito tradicional de obrigação, podendo, também, ser analisado estática ou dinamicamente²⁰⁸. Sua natureza jurídica, portanto, é de direito pessoal, mais propriamente de uma relação jurídica obrigacional com algumas especificidades, incapazes, no entanto, de desnaturá-la. Suas características especiais resultam de sua fonte e de sua função.

²⁰⁶ T. FULGÊNCIO, por exemplo, apenas diz que, quanto à conexão entre direitos reais e pessoais, “Correm entre as duas categorias de direito patrimoniais relação de íntima conexão. Assim: [...] Há exemplo de obrigações sobre as quais o elemento real influi determinando a pessoa obrigada. Tais as *ob rem* ou *propter rem*, chamadas obrigações reais”. Cf. *Do Direito das Obrigações – Das Modalidades das Obrigações*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 15.

M. M. SERPA LOPES, por sua vez, limita-se a dizer que “São obrigações cuja força vinculante se manifesta, tendo em vista a situação do devedor em face de uma determinada coisa, isto é, quem a ela se vincula o faz em razão da sua situação jurídica de titular do domínio ou de uma relação possessória sobre uma determinada coisa, que é a base desse débito. Apresenta-se, em linhas gerais, com aquela mesma face que resulta do direito de retenção, sob este aspecto, isto é, o direito de retenção tem por pressuposto uma *debita cum re juncta*, embora, sob outros pontos de vista, radicais sejam as diferenças. Nas obrigações *propter rem*, o devedor é determinado de acordo com a relação que o mesmo possui em face de uma coisa (propriedade ou detenção), que é conexa com o débito. Tais obrigações nascem, assim, da posse da coisa, sendo transmissíveis, ainda que a título particular, a quem quer que, mesmo *invito creditore*, exerça posse do imóvel, causa da obrigação”. *Curso de Direito Civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 46.

²⁰⁷ Como exemplos de exceção a esta regra, cf. L. C. PENTEADO, *Direito das Coisas* cit. (nota 14.supra) e F. M. MATTIA, *Direito de vizinhança* cit. (nota 101.supra).

²⁰⁸ Cf. pte. 1ª, cap. I.4, retro.

Com relação à fonte, viu-se que se trata de uma situação jurídica de direito das coisas, que, por sua vez, tem origem normativa²⁰⁹. A situação jurídica de direito das coisas fonte é especial porque não se encontra arrolada entre as tradicionais fontes das obrigações, e, de resto, é quase ignorada²¹⁰ por todos quantos, em manuais, cursos ou mesmo tratados, versem o tema das obrigações.

O conhecimento das fontes das obrigações é relevante não só por uma questão histórica, mas também porque útil à dogmática jurídica. O conhecimento da fonte de uma obrigação auxilia na interpretação do programa obrigacional e, também, fornece informações relevantes sobre o regime jurídico incidente. Com efeito, em se tratando de obrigação com fonte não negocial e, portanto, sem processo deliberativo²¹¹, tal a *propter rem*, não se discute acerca da capacidade civil dos agentes relacionados, afinal a capacidade é exigida como condição necessária, embora não suficiente, para que a manifestação de vontade tenha plena eficácia vinculante. Evidentemente que, não derivando de manifestação de vontade, mas sendo eficácia imediata de incidência normativa sobre situação jurídica, não se discute acerca da capacidade do agente para figurar na relação jurídica mediante vinculação *ex lege*.

No entanto, é por sua função²¹² que a obrigação *propter rem* mais se especializa. Diferentemente do que conclui H. ABERKANE e, depois dele, muitos dos que versaram o tema da obrigação *propter rem*, sua função não é a de resolver um conflito de posições jurídicas ativas de direitos reais, mesmo porque há casos de obrigações deste tipo

²⁰⁹ Mais adiante analisar-se-á a possibilidade de constituição negocial de obrigação *propter rem*.

²¹⁰ A. FERNANDES é exceção. Ensina o autor que “a obrigação de fazer, ou de realizar uma prestação qualquer, pode derivar da lei, do contrato, ou ainda, de uma condição de fato, como o ser esposo, ou pai, ou possuidor de uma terra”. Cf. *Das Obrigações no Direito Brasileiro*, v. I, 1ª ed., Rio de Janeiro, A. Coelho Branco, 1949, pp. 411-413.

²¹¹ Como ensina J. A. S. DEL NERO, “todo processo deliberativo exige – ou, melhor, pressupõe –, do ponto de vista racional: a) conhecimento (dos fatos e, se processo deliberativo juridicamente relevante, do direito, também); b) eleição do fim que pretende alcançar-se; e c) escolha do meio adequado para atingir o fim almejado”. Cf. *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 58-59.

Ora, a capacidade do agente é exigida como requisito de validade do negócio jurídico justamente porque este depende de processo deliberativo.

²¹² C. L. B. GODOY alerta o leitor quanto à multiplicidade de significações da palavra *função*, a qual, segundo ele, apresenta significações diversas conforme se trate de filosofia, lógica ou matemática. Cf. *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 113. Por função, entende-se o meio dirigido a um dado fim ou, como escreve N. BOBBIO, a resposta para a pergunta “para que serve” dado instituto. Cf. *Dalla struttura alla funzione*, trad. port. de D. B. Versiani, *Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito*, São Paulo, Manole, 2008, p. 53.

que resultam de relações jurídicas obrigacionais²¹³. A verdadeira função da obrigação *propter rem* é a conservação da *res* objeto da situação jurídica, real ou pessoal, que deflagrou a obrigação.

A existência e conservação da coisa são condições, respectivamente, de surgimento e manutenção das situações jurídicas que a tenham por objeto, daí o Superior Tribunal de Justiça ter firmado jurisprudência no sentido de o crédito *propter rem* preferir a outros, por exemplo, decorrentes de hipoteca²¹⁴.

Deste modo, a prestação na obrigação *propter rem* deve ser encarada como realização com função de adimplemento de uma benfeitoria necessária imposta legalmente ou que, embora sem previsão normativa expressa, resulte necessária diante de um dado caso concreto. Disso se pode concluir que têm razão os que só admitem obrigações *propter rem* de caráter positivo.

L. B. GERI, após afirmar que a obrigação *propter rem* encontra sua razão de ser na titularidade do direito real, entende que ela especifica-se “em função do exercício ou da conservação de um direito alheio (exemplo, artigos 1030, 1069 n. 2 do Código Civil), da realização (mediata ou imediata) de exigência de caráter geral e, portanto, dos interesses a ele referidos ou, ao contrário, do princípio segundo o qual quem goza de determinadas vantagens não pode evitar os eventuais reflexos negativos de tal gozo (exemplo, artigos 882, 1104)²¹⁵”.

Quando L. B. GERI faz menção à função de conservação da obrigação *propter rem*, o faz de maneira distinta daquela que se defende nesta dissertação. A ideia de “conservação” defendida pela autora é no sentido da harmonização do exercício de direitos

²¹³ Cf. art. 23, §3º da Lei 8.245/91.

²¹⁴ Cf. STJ, 3ª Turma, REsp. n. 605056/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/09/2005, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302029418&dt_publicacao=03/10/2005, STJ, 3ª Turma, REsp. n. 208896/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 07/11/2002, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900262433&dt_publicacao=19/12/2002, e STJ, 3ª Turma, REsp. n. 469915/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/09/2004, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201164437&dt_publicacao=01/02/2005.

Acresça-se que recentemente o STJ emitiu a súmula n. 478, que dispõe: “Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário”. O enunciado sumular pode ser aplicado analogicamente aos casos em que haja conflito por preferência entre crédito *propter rem* e outro crédito relativo à coisa, afinal *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*.

²¹⁵ Cf. *Oneri cit.* (nota 1.supra), pp. 22-23. Este entendimento é seguido integralmente por L. MANNA, *Le obbligazioni propter rem*, Padova, CEDAM, 2007, p. 6.

subjetivos concorrentes, como defendido originalmente por H. ABERKANE. É o que se percebe da leitura dos artigos do *Codice* apontados por ela como exemplos de obrigação *propter rem* com função de “conservação” de direito subjetivo alheio²¹⁶.

Vê-se que os dispositivos em questão nada têm a ver com conservação propriamente dita, mas antes são regras de exercício de direitos subjetivos concorrentes. Ademais, o que se defende nesta dissertação é que a conservação a ser levada a efeito pela obrigação *propter rem* é a da própria coisa passível de ser objeto de direito subjetivo real (*prius*), e não do direito subjetivo em si mesmo considerado (*posterius*).

Esta interpretação das lições da autora comprova-se pela leitura dos artigos 882 e 1104, também do *Codice*, apontados por ela como exemplos de obrigação *propter rem* com função de atender ao princípio segundo o qual *ubi emolumentum ibi ónus*.²¹⁷

Ora, percebe-se claramente que os artigos 882 e 1.104 são exemplos de obrigação *propter rem* com função de propriamente de conservação, enquanto que os artigos 1.036 e 1.069 estatuem meras regras de harmonização do exercício de direitos subjetivos concorrentes.

Àquela assertiva de que, por desempenhar função de conservação da coisa, só há obrigação *propter rem* de caráter positivo, pode-se opor o fato de algumas

²¹⁶Art. 1.030: Il proprietario del fondo servente non è tenuto a compiere alcun atto per rendere possibile l'esercizio della servitù da parte del titolare, salvo che la legge o il titolo disponga altrimenti (1069 e seguente, 1090 e seguente).

Art. 1.069: Il proprietario del fondo dominante, nel fare le opere necessarie per conservare la servitù, deve scegliere il tempo e il modo che siano per recare minore incomodo al proprietario del fondo servente.

Egli deve fare le opere a sue spese, salvo che sia diversamente stabilito dal titolo o dalla legge (1030).

Se però le opere giovano anche al fondo servente, le spese sono sostenute in proporzione dei rispettivi vantaggi.

²¹⁷Art. 882: Le riparazioni e le ricostruzioni necessarie del muro comune sono a carico di tutti quelli che vi hanno diritto e in proporzione del diritto di ciascuno (1104), salvo che la spesa sia stata cagionata dal fatto di uno dei partecipanti.

Il comproprietario di un muro comune può esimersi dall'obbligo di contribuire nelle spese di riparazione e ricostruzione, rinunciando al diritto di comunione (1350, 2643), purché il muro comune non sostenga un edificio di sua pertinenza.

La rinuncia non libera il rinunziante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui abbia dato causa col fatto proprio.

Art. 1104: Ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza a norma delle disposizioni seguenti, salva la facoltà di liberarsene con la rinuncia al suo diritto (882).

La rinuncia non giova al partecipante che abbia anche tacitamente approvato la spesa.

Il cessionario (1260) del partecipante è tenuto in solido (1292 e seguenti) con il cedente a pagare i contributi da questo dovuti e non versati.

obrigações, tradicionalmente qualificadas como *propter rem*, nada terem de ver com manutenção da coisa, por exemplo, a obrigação de arcar com os custos da demarcação de prédios confinantes (artigo 1.297 do Código Civil) e a obrigação de arcar com tributos como IPTU ou ITR.

Nestes casos, embora o devedor seja identificado *propter rem*, a fonte da obrigação não é a titularidade de uma posição jurídica ativa de direito das coisas, mas, sim, qualquer outra, como, no primeiro exemplo, o princípio que veda o enriquecimento injustificado²¹⁸ e, no segundo, a lei²¹⁹.

Ao se imaginarem prédios confinantes, como no primeiro exemplo escolhido, fica evidenciada a impossibilidade de extremar-se um prédio sem com isso extremar outro. Ambos os proprietários, assim, têm incremento de posição jurídica ativa só possível de maneira atrelada. Por essa razão, aquele proprietário que tomou a iniciativa da demarcação pode constranger o outro a proceder ao rateio das despesas²²⁰.

Já no segundo exemplo, a fonte da obrigação tributária, até mesmo pelo princípio da legalidade estrita, é a lei.

A distinção entre obrigação *propter rem* e obrigação meramente com devedor determinado *propter rem* só é aparentemente sutil. A semelhança encerra-se na determinação do sujeito²²¹.

No primeiro caso (obrigação *propter rem*), a fonte da obrigação é a titularidade de uma posição jurídica ativa e sua função é a conservação da coisa que constitui seu objeto; já no segundo caso (obrigação meramente com devedor determinado

²¹⁸ A vedação ao enriquecimento injustificado é norma que se apresenta de, ao menos, duas maneiras distintas no ordenamento jurídico brasileiro: ora como regra (artigos 884 a 886 do C.C.), ora como princípio subjacente a regras; fenômeno este, a propósito, que se repete num sem-número de casos, como o pagamento indevido (artigos 876 a 883 do C.C.) e na hipótese de indenização ao possuidor que, ainda que de má-fé, realizou benfeitorias necessárias na coisa (artigo 1.220 do C.C.).

²¹⁹ Um terceiro exemplo interessante de devedor apenas determinado *propter rem* é o da responsabilização civil por *effusis et dejectis*, em que o responsável é determinado *propter rem*, especificamente, por habitar o prédio ou parte dele. Note-se que a fonte da obrigação, no caso, é a ocorrência do dano injusto, sendo, pois, hipótese de responsabilização civil. Porém, o responsável pela indenização será determinado (identificado) *propter rem*.

²²⁰ Este é outro exemplo em que se tem o princípio que veda o enriquecimento injustificado como fundamento axiológico de regra, no caso, do artigo 1.297 do Código Civil.

²²¹ Cf., exatamente nesse sentido, G. BALBI, *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 26.

propter rem), a fonte da obrigação é qualquer outra como a proibição do enriquecimento injustificado ou a lei, sendo que a titularidade da posição jurídica ativa serve tão somente para identificar quem é que enriqueceria injustamente caso não houvesse o dever de adimplir a obrigação ou quem é o sujeito passivo do tributo.

A distinção entre obrigação *propter rem* e obrigação meramente com devedor determinado *propter rem* não é sem efeito, haja vista a divergência de regime jurídico entre ambas.

2. Distinção de figuras assemelhadas

Após fixar o conceito e precisar a função da obrigação *propter rem*, cumpre extremá-la de figuras que, por algum traço, possam com ela serem confundidas.

2.1. Ônus reais

Em sede de Direitos Reais, a palavra *onus* é utilizada, ora para designar qualquer direito subjetivo real sobre coisa alheia, ora para designar categoria jurídica pela qual o titular de direito subjetivo real cujo objeto seja um prédio se obriga, à custa do potencial econômico do prédio²²², a realizar prestações periódicas em favor de outrem. Neste sentido, a que se chamará de próprio, o ônus real é instituto do direito alemão e suíço, atualmente estranho ao direito brasileiro. A obrigação *propter rem* e o ônus real em sentido próprio têm em comum o fato de estarem próximos de situação jurídica de direito das coisas, o que impõe seja feita sua distinção.²²³

O ônus real (*Reallasten*) é disciplinado pelo Código Civil Alemão entre os parágrafos 1.105 e 1.112²²⁴. A simples leitura destes dispositivos legais é suficiente para apreender distinções entre ônus real e obrigação *propter rem*.

²²² M. WOLFF, trad. esp. de B. P. Gonzáles e J. Alguer *Tratado de Derecho Civil – Derecho das Cosas II*, Tomo III, Barcelona, Bosch, 1937, p. 151.

²²³ Cf. M. H. MESQUITA, *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 398.

²²⁴ “§ 1105 Conteúdo legal do ônus real: (1) Um prédio pode ser onerado de modo que àquele, em favor do qual a oneração tem lugar, sejam satisfeitas, à custa do prédio, prestações periódicas (ônus real). Como

Em verdade, a confusão que se possa fazer entre estes institutos só poderá ser fruto do vício lógico consistente em fundamentar os resultados da comparação de objetos nos efeitos produzidos por cada um deles, sem considerar sua estrutura e função próprias.

Há entre o ônus real e a obrigação *propter rem* distinção estrutural que não se pode ignorar: enquanto a obrigação *propter rem* pressupõe prévia situação jurídica entre credor e devedor²²⁵ – justamente a situação jurídica da qual surge –, o ônus real inaugura relação jurídica entre credor e devedor. O ônus real, então, é relação jurídica de primeiro grau; a obrigação *propter rem*, de segundo grau.

A asserção comprova-se ao considerar-se a função dos institutos. Percebe-se que, enquanto o ônus real tem por função gerar um benefício a alguém (titular ou não de

conteúdo do ônus real também se pode pactuar a atualização automática das prestações se as circunstâncias se alterarem, podendo-se determinar a maneira e a quantidade do ônus do prédio mediante os pressupostos estabelecidos no acordo. (2) O ônus real pode também ser instituído a favor de quem seja proprietário de outro prédio;

§ 1106 Ônus sobre uma cota: Uma cota de um prédio só pode ser gravada com um ônus real quando consistir cota-parte de um condômino;

§ 1107 Prestações individuais: Às prestações individuais se aplicam por analogia as disposições que disciplinam os interesses de um crédito hipotecário;

§ 1108 Responsabilidade pessoal do proprietário: (1) O proprietário responde, também, pessoalmente pelas prestações devidas enquanto dura sua propriedade, sempre que outra coisa não se tenha estipulado. (2) Se o prédio for dividido, os proprietários de cada parte individual respondem como devedores solidários;

§ 1109 Divisão do prédio dominante: (1) Se o prédio do titular for dividido, subsistirá o ônus real para cada uma das partes singulares. Se a prestação for divisível, determinar-se-á os quinhões dos proprietários de acordo com a proporção do tamanho da parte; se não for divisível, aplicam-se as disposições do § 432. O exercício do direito é, na dúvida, somente admissível de modo que dito exercício não seja mais gravoso para o proprietário do prédio gravado. (2) O titular pode estabelecer que o direito deva estar ligado somente a uma das partes. A determinação deve realizar-se no ofício do registro imobiliário e requer inscrição no Livro de Imóveis; aplicam-se, por analogia, as disposições dos §§ 876 e 878. Se o titular aliena uma parte do prédio, sem determinação deste tipo, o direito permanece unido à parte que ele conservar. (3) Se o ônus real implica vantagem só para uma das partes, ficará unido só a esta parte;

§ 1110 Ônus real subjetivamente real: Um ônus real, estabelecido a favor do proprietário ocasional de um prédio, não pode ser separado da propriedade deste prédio;

§ 1111 Ônus real subjetivamente pessoal: (1) Um ônus real estabelecido a favor de uma determinada pessoa não pode ser unido à propriedade de um prédio. (2) Se a pretensão às prestações individuais não for transmissível, o direito não poderá ser alienado ou gravado;

§ 1112 Exclusão do titular desconhecido: Se o titular é desconhecido, aplicam-se por analogia as disposições do § 1104 para exclusão de seu direito”.

Tradução livre da versão do Código Civil alemão convertida à língua espanhola por A. L. MARQUÊS, Madrid, Marcial Pons, 2008.

²²⁵ Por exemplo, de vizinhança, de locação, de condomínio etc.

direito subjetivo real), a obrigação *propter rem* tem por função conservar a *res* objeto de situação jurídica de direito das coisas²²⁶.

Com relação às fontes, por tanto, vê-se logo que o ônus real tem fonte negocial, enquanto que a obrigação *propter rem*, como demonstrado, advém de situação jurídica de direito das coisas.

Como já afirmado, os ônus reais não mais existem no direito brasileiro, sendo, em verdade, raros em ordenamentos jurídicos de origem latina²²⁷. Era exemplo - talvez o único - de ônus real no Brasil as rendas expressamente constituídas sobre imóveis qualificadas como direito real pelo artigo 674 do Código Civil de 1916.

Sobre esta categoria jurídica, F. C. PONTES DE MIRANDA ensina:

“o direito real de renda nenhum poder dá sobre a coisa, salvo o de execução forçada das prestações vencidas e a pretensão à abstenção de esbulho e turbações. Não há qualquer uso”²²⁸.

Daí ser inviável equipará-lo à enfiteuse e enxergar no fôro ônus real, quando, na verdade, o fôro é remuneração devida pelo enfiteuta ao senhorio direto pela concessão a este do domínio útil²²⁹.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, a utilidade que há em distinguir ônus real de obrigação *propter rem* é a de evitar o mau uso da terminologia jurídica, pois

²²⁶ Ainda que se queira adotar a tese que vê na obrigação *propter rem* meio de solução de conflitos entre titulares de posições jurídicas ativas de direito das coisas, a diferença ressalta, pois o ônus real não tem esta função, sendo mesmo desnecessário que seu credor seja titular de direito subjetivo real.

²²⁷ É o que ensina M. H. MESQUITA: “Os ônus reais (...) são hoje extremamente raros nas legislações de origem latina. À medida que, ao longo do século XIX, as ideias liberais foram influenciando o direito positivo, o legislador operou (ou permitiu que se operasse, através da atribuição aos interessados da faculdade de remição) a extinção de quase todos os encargos que oneravam a propriedade e constituíam um obstáculo à sua livre circulação e a uma exploração econômica adequada. O regime dos direitos reais passou a ser fixado imperativamente pela lei, o que eliminou a possibilidade de, por via negocial, serem repostos, como elementos daquele regime, os encargos feudais extintos”. Cf. *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 423.

²²⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas: Usufruto. Uso. Habitação. Renda sobre Imóvel*, Tomo XIX, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p.401.

²²⁹ Cf., quanto à enfiteuse constituir ônus real, L. C. PENTEADO, *Direito das Coisas* cit. (nota 14.supra), p. 121.

que, à exceção de direitos subjetivos de renda ainda em vigor, atualmente, não há mais regime jurídico dos ônus reais.

2.2. Tributos que têm por hipótese de incidência posição jurídica ativa de direito das coisas

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de os tributos ditos reais, tais como IPTU e ITR, serem geradores de obrigação *propter rem*, que, portanto, transmite-se a todos que venham a assumir a posição jurídica ativa descrita na regra-matriz de incidência, ainda que o fato gerador do tributo tenha-se concretizado antes desta transmissão²³⁰.

Já se viu que este caráter ambulatório que se pretende dar à obrigação *propter rem* não é correto do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, mas a questão que se busca analisar aqui é outra: a obrigação de pagar tributos reais é *propter rem*?

Como afirmado por ocasião da explicitação da verdadeira função da obrigação *propter rem*, os tributos ditos reais, como de resto qualquer tributo, têm por fonte exclusiva a lei, e a aquisição da titularidade da posição jurídica ativa de direito das coisas após a concreção de seu suporte fático no mundo fenomênico é tão somente critério para determinar o legitimado passivo para sua cobrança, ou seja, claramente se está diante de devedor determinado *propter rem*, e não de obrigação *propter rem*.

A Corte, no entanto, utiliza a categoria da obrigação *propter rem* para justificar a cobrança do tributo em face do sucessor no direito subjetivo suporte fático do tributo²³¹, quando a justificativa, por coerência dogmática, deveria ser buscada no instituto da responsabilidade tributária.

²³⁰ Cf., por exemplo, STJ, 1ª Turma, REsp. n. 840623/BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 06/09/2007, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600811428&dt_publicacao=15/10/2007, e STJ, 2ª Turma, REsp. n. 1179056/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 07/10/2010, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000211343&dt_publicacao=21/10/2010.

²³¹ Cf., por exemplo, STJ, 1ª Seção, REsp. n. 1073846/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 25/11/2009, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801547612&dt_publicacao=18/12/2009.

Conforme se sustentou, relativamente à obrigação *propter rem*, a dissociação relativa²³² entre dívida e responsabilidade que ocorre quando, antes de quitado o débito, o direito subjetivo sobre coisa é alienado, tem por justificativa a necessidade de conservação da *res*, enquanto que, em matéria tributária, a justificativa da responsabilização do sucessor-alienatário é a conveniência do fisco, isto é, facilitar a cobrança e, conseqüentemente, o recebimento das receitas tributárias.

Se as normas acerca da responsabilidade tributária impõem a responsabilização do sucessor no direito subjetivo, inegavelmente, pode-se falar em responsabilidade ambulatória, mas não é porque há o caráter ambulatório que se trata de obrigação *propter rem*. Quando fazem tal inferência, as decisões do STJ incidem no vício lógico de extrair a natureza jurídica da obrigação tributária relativa aos tributos ditos reais de certos efeitos próprios da seara da responsabilidade tributária.

Poder-se-á argumentar que a diferenciação proposta é fruto de preciosismo sem qualquer relevância prática. No entanto, este “baralhar” de categorias jurídicas é fonte de controvérsias doutrinárias e, o que é mais grave, jurisprudenciais, que trazem insegurança aos jurisdicionados.

Exemplo deste fenômeno surgiu por ocasião de julgamento de Recurso Especial²³³ em que se discutiu a legitimidade ativa para a repetição de IPTU pago indevidamente. Embora o recurso tenha sido provido por unanimidade para afastar a legitimidade do novo adquirente do imóvel, o relator, Ministro Luiz Fux, ressaltou seu entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade ativa do adquirente do imóvel para a ação de repetição de indébito, e o fez, fundamentando-se, entre outros aspectos, no instituto da obrigação *propter rem*.

Percebe-se que, ao recorrer a figura da obrigação *propter rem*, o Ministro confundiu o regime jurídico que disciplina o pagamento indevido com o regime da sucessão singular em posição jurídica ativa, chegando à conclusão paradoxal de que, ainda

²³² Expressão cunhada por F. K. COMPARATO, cf. *Essai* cit. (nota 94.supra).

²³³ Cf. STJ, 1ª Turma, REsp. n. 804189/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2007, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502082310&dt_publicacao=09/04/2007.

que sem efetuar qualquer pagamento ou sofrer qualquer diminuição patrimonial, o novo proprietário do imóvel teria legitimidade ativa para receber a devolução dos valores que, a título de IPTU, o antigo proprietário pagou sem dever.

O apelo indevido à figura da obrigação *propter rem* fez com que o Ministro-relator admitisse que a categoria do pagamento indevido gerasse enriquecimento sem causa para novo proprietário, quando sua finalidade é justamente a de evitá-lo.

2.3. Obrigação de comunicar o titular do direito de preferência

M. H. MESQUITA sustenta que o sujeito de direito vinculado por lei ou negócio jurídico a dar preferência no caso de alienação da coisa ou do direito subjetivo tem a obrigação de comunicar ao titular do direito de preferência dos elementos essenciais do negócio, obrigação esta que qualifica de *propter rem*²³⁴. Esse posicionamento, no entanto, não é correto.

O instituto da preferência, seja legal, seja convencional, impõe ao titular do direito subjetivo sob o qual pende uma restrição ao exercício de sua autonomia privada, especificamente naquilo que a doutrina costuma chamar de liberdade de contratar. Por outro lado, ao titular do direito de preferência se reconhece a posição jurídica ativa de não ser preterido no caso de alienação do direito subjetivo em questão ou, mais precisamente, o direito de receber antes de qualquer outro a proposta de alienação.

Postas as situações jurídicas nestes termos, tem-se que o vinculado a dar preferência é obrigado à prestação negativa consistente em não alienar o direito subjetivo, ou não praticar certa conduta, antes de ofertá-lo em igualdade de condições ao titular da preferência. Este, por consequência, tem crédito consubstanciado naquela omissão. Ora, fica fácil perceber que a obrigação de comunicar ao titular do direito de preferência a alienação do direito subjetivo é obrigação acessória à obrigação principal de não fazer, e não obrigação autônoma.

²³⁴ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 281.

Esta obrigação acessória não pode ser qualificada como *propter rem* porque, além de ser negativa, não tem sua fonte na titularidade de posição jurídica ativa de direito das coisas, e sim na lei ou negócio jurídico, sendo certo que vários outros direitos subjetivos são passíveis de pacto de preferência sem que nada tenham a ver com direitos subjetivos sobre coisas, por exemplo, nada impede que alguém se vincule a, caso queira lecionar, dar preferência ao instituto de ensino X ou, ainda, caso queira adquirir ações de certa companhia obrigue-se a dar preferência à corretora Y.

António A. M. CORDEIRO conceitua a preferência como “instituto unitário, *a se*, traduzido numa relação duradoura, de *facere* jurídico, com prestações secundárias típicas de procedimento e de comunicação e que visa uma conclusão preferencial de certo contrato definitivo”²³⁵.

O autor entende que a principal obrigação é a de concluir o contrato, e não a de não preterir o beneficiário da preferência. Chega mesmo a dizer que há descumprimento da preferência se o obrigado à preferência, após receber a aceitação do beneficiário da preferência, recusar-se a celebrar o contrato definitivo²³⁶.

O equívoco é evidente. Após notificar o beneficiário da preferência dos termos do negócio, o obrigado à preferência adimpliu sua obrigação. Se, após isto, recebe o *de acordo* do destinatário da notificação, ter-se-á contrato pronto e acabado, cujo não cumprimento enseja responsabilização civil contratual²³⁷, que nada mais tem a ver com o anterior pacto de preferência.

Já, ao tratar das funções do instituto da preferência, A. M. CORDEIRO, sem qualquer menção à figura da obrigação *propter rem*, assevera que uma delas é a de resolver conflitos entre direitos reais²³⁸.

²³⁵ *Tratado de Direito Civil Português – II Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 536.

²³⁶ *Tratado* cit. (nota 235.supra), pp. 534-535.

²³⁷ Se o contrato for daqueles em que se exige forma especial, a recusa de qualquer das partes em emitir as declarações de vontade necessárias pode ser suprida pelo juiz, segundo artigo 466, A do CPC.

²³⁸ *Tratado* cit. (nota 235.supra), p. 481.

Talvez por ter percebido esta função do pacto de preferência M. H. MESQUITA tenha qualificado como *propter rem* a obrigação de comunicar o titular do direito à preferência, afinal ele afirma que, embora não seja a única, a principal função da obrigação *propter rem* é – como já havia defendido H. ABERKANE – resolver conflitos de direitos reais²³⁹.

Embora já se tenha afastado esta concepção, por exercício de raciocínio, pode-se apontar, que, ainda que a função da obrigação *propter rem* fosse a solução de conflito entre direitos reais- ou melhor, conflito entre titulares de posições jurídicas ativas de direito das coisas- não seria correto caracterizar como *propter rem* um instituto pelo só fato de ter esta mesma função.

Seja por sua fonte, seja por sua estrutura ou possibilidade de incidência em searas puramente obrigacionais, há de ser repelida a ideia de qualificar como *propter rem* a obrigação de comunicar ao titular da preferência a prática do ato jurídico a ela vinculado.

2.4. Obrigação decorrente da violação do estatuto de direito real

M. H. MESQUITA defende a ideia de que a violação do estatuto de direito real é fonte de obrigação *propter rem*²⁴⁰.

Para o autor, por exemplo, se o proprietário de um prédio abre janela a menos de metro e meio da linha divisória e o aliena antes de ser acionado pelo proprietário do prédio devassado, a obrigação de desfazer a janela transmite-se ao adquirente, sendo verdadeira obrigação *propter rem*²⁴¹. Como já apontado quando da exposição da tese do autor, a justificativa para esta transmissibilidade é que só quem está em contato material com a coisa é que pode cumprir as obrigações de *facere* consistentes na execução de atos materiais. Ao cessar, pela alienação, sua soberania sobre a coisa, o alienante nela só poderia intervir mediante prévia concessão do atual titular, daí a justificativa para a transmissibilidade destas espécies de obrigação *propter rem*.

²³⁹ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 272.

²⁴⁰ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 274.

²⁴¹ M. H. MESQUITA, *Obrigações* cit. (nota 99.supra), pp. 307 -308.

A conclusão do autor não é correta porque decorre de premissa falsa. Não é verdade que o alienante só possa intervir na coisa mediante prévia autorização do adquirente, ele pode fazê-lo, também, por determinação judicial. Ora, o proprietário do prédio devassado tem direito a ver desfeita a devassa e, para tanto, tem dupla pretensão: em face do alienante, pretensão para que desfaça a janela; em face do alienatário, para que tolere o desfazimento.

A obrigação do alienante é positiva e consiste em repor a propriedade vizinha em seu *statu quo ante*, enquanto que a obrigação do adquirente é negativa, mais especificamente, de *pati*, ou seja, estará obrigado a tolerar a incursão material na coisa enquanto necessária ao restabelecimento da situação jurídica do titular de direito subjetivo sobre o prédio devassado.

Vê-se claramente que estas obrigações de fazer e de tolerar têm por fonte não uma situação jurídica de direito das coisas, mas, sim, o cometimento de ato ilícito absoluto, não sendo correto, portanto, qualificá-las como obrigações *propter rem*.

2.5. Obrigação de reparar o dano injusto ao meio ambiente

O Superior Tribunal de Justiça considera o proprietário do imóvel rural onde se constate a ocorrência de dano ambiental responsável por sua reparação, ainda que comprovadamente não o tenha causado, por exemplo, por tê-lo adquirido após a ocorrência do evento danoso²⁴².

A Corte Superior, via de regra, situa a questão no âmbito da responsabilidade civil e, para fundamentar a existência de nexos causal entre aquele dano e a conduta de quem adquiriu o imóvel posteriormente à sua causação, recorre à figura da obrigação *propter rem*²⁴³.

²⁴² Cf., para uma análise da evolução da questão no Superior Tribunal de Justiça, P. F. I. LEMOS, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário – Análise do Nexos Causal*, São Paulo, RT, 2008.

²⁴³ Cf., por exemplo, STJ, 1ª Turma, REsp. n.1090968/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 15/6/2010, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802073110&dt_publicacao=03/08/2010. Cf., outrossim, os precedentes apresentados neste julgado.

O enquadramento dogmático da *quaestio iuris* no âmbito da responsabilidade civil não é correto quando se trata de sujeito de direito que adquire o imóvel rural após a ocorrência do evento danoso.

A estrutura fundamental da responsabilidade civil é composta pela tríade conduta, dano-prejuízo injusto e nexo de causalidade, sendo justamente a existência deste que permite afirmar se a ocorrência daquele evento lesivo foi causada por aquela conduta.

Os estudiosos da lógica formal costumam chamar a atenção para a diferença fundamental que, a partir de um evento, há entre mero subsequente e consequente. Ambos são posteriores ao evento-referência, mas o consequente é subsequente qualificado, pois é o subsequente causado pelo evento-referência.

Daí o vício lógico presente na expressão latina *post hoc, ergo propter hoc*, que em tradução livre significa *depois disso, logo causado por isso*²⁴⁴.

Porém, se nem tudo que ocorre posteriormente no tempo é consequência de um determinado evento anterior, pode-se afirmar com toda certeza que um evento posterior não pode ter dado causa a um evento anterior.

É justamente nesta incoerência que se incide quando se afirma que a causação do dano ambiental anterior à aquisição do imóvel rural está unida por nexo de causalidade à conduta omissiva do seu adquirente.

Isto, contudo, não significa que a decisão da Corte deveria ser no sentido de eximir o adquirente do imóvel rural de qualquer responsabilidade, pelo contrário, sua responsabilização à luz do ordenamento jurídico brasileiro está correta, apenas deveria ter sido reconhecida mediante fundamentação adequada à espécie.

A lei nº 12.651/2012, que instituiu o novo Código Florestal Brasileiro, assim como fazia o Código Florestal Revogado no artigo 44²⁴⁵, traz em seu artigo 7²⁴⁶ a

²⁴⁴ E. MORAES FILHO assevera que no direito do trabalho há tendência em transformar o *post hoc* em *propter hoc*. Cf. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 81.

imposição ao proprietário da observância de verdadeiro dever *propter rem* de recompor a área de reserva legal, sem fazer qualquer menção à existência ou não da necessidade de tal recomposição quando de sua aquisição. Este dever do proprietário²⁴⁷ é autônomo, tem por fonte direta a lei, nada tendo que ver com responsabilidade civil²⁴⁸.

Uma situação hipotética facilitará a compreensão das consequências do que se sustentou até aqui. Suponha-se que o proprietário de imóvel rural deliberadamente desmate a área afetada à reserva legal para expandir sua atividade pecuária. Pouco tempo depois, aliena esta propriedade a outrem. O Ministério Público ajuíza ação civil pública visando a obrigar o atual proprietário a realizar a conduta descrita no artigo 7º do Código Florestal. A demanda é julgada procedente e o atual proprietário recompõe a reserva legal desfeita. Pergunta-se: ele terá direito de regresso em face do alienante para reaver os valores despendidos com a recuperação ambiental? Ou, ainda, após a recuperação, o Ministério Público poderia ajuizar ação de indenização contra o alienante pelos danos causados?

Por coerência, à primeira pergunta tem-se de dar resposta negativa. Ao recuperar a área de reserva legal, cumpriu dever que a ele mesmo, na qualidade de

²⁴⁵ Art. 44. O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16, ressalvado o disposto nos seus §§ 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:

I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;

II - conduzir a regeneração natural da reserva legal; e

III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

²⁴⁶ Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

§ 2º A obrigação prevista no § 1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

§ 3º No caso de supressão não autorizada de vegetação realizada após 22 de julho de 2008, é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não cumpridas as obrigações previstas no § 1º.

²⁴⁷ Há de insistir-se que a conduta imposta ao proprietário não é obrigação, mas dever *propter rem*. Sobre a distinção entre dever e obrigação *propter rem*, cf. pte.1ª, cap. I.1, retro.

²⁴⁸ Cf., a esse respeito, o entendimento do Ministro relator Herman Benjamin, STJ, 2ª Turma, REsp. n. 948921/SP, j. 23/10/2007, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500084769&dt_publicacao=11/11/2009.

proprietário, cabia, sendo certo que só há direito de regresso quando se realiza prestação devida por outrem. Ademais, é lícito supor que o estado do imóvel era conhecido dele quando da aquisição – até mesmo pelo *standard* de comportamento esperado do adquirente e que vem consubstanciado na expressão latina *caveat emptor* – e, inclusive, influenciou o preço.

Porém, caso fique evidenciada má-fé do alienante, ou mesmo erro do adquirente, poderá pleitear a anulação do negócio jurídico de alienação e, nesse caso, reaver o que gastou com a recuperação da área de reserva legal.

Com relação à segunda pergunta (se após a recuperação, o Ministério Público poderia ajuizar ação de indenização contra o alienante pelos danos que causou), a resposta, em princípio, deve ser afirmativa.

Diz-se em princípio porque caso a recuperação tenha sido perfeita, sendo capaz de reconduzir o ambiente ao *statu quo ante*, não haverá espaço para indenização em razão da supressão do dano. Ocorre que, como é assaz afirmado por especialistas em meio ambiente, tal recuperação ideal é impossível²⁴⁹, havendo, pois, sempre lugar para indenização. Se não mais houver o que se recuperar no imóvel rural em questão, os valores decorrentes da indenização deverão ser destinados a algum fundo próprio.

2.6. Obrigação de pagar certo valor a título de contribuição para associação de moradores

É bastante comum que um grupo de vizinhos residente em rua sem saída consiga autorização da municipalidade para fechar o acesso a não-moradores. Ou, ainda, havendo um loteamento ou desmembramento nos termos da lei número 6.766/79, os proprietários das unidades habitacionais resolvam fechar o acesso aos imóveis a não moradores.

²⁴⁹ Imagine-se, por exemplo, a ocorrência de contaminação do solo por mercúrio.

Entre as hipóteses descritas há semelhança. Em ambos os casos, aquilo que não é objeto de propriedade exclusiva é bem público de uso comum, daí não se poder falar em condomínio. Costuma-se falar, então, em condomínio de fato, expressão que encerra contradição na medida em que o condomínio é situação tipicamente jurídica. Pensa-se ser melhor a expressão *condomínio aparente*.

Em muitos casos, após a formação desse condomínio aparente, alguns moradores reúnem-se e acordam em constituir associação de moradores²⁵⁰ para administrar os interesses comuns, estipulando uma contribuição, via de regra mensal, devida à associação por cada morador. Com os valores recebidos, a associação de moradores realiza alguns serviços de utilidade comum, como a contratação de segurança, colocação de guarita, instalação de câmaras de segurança, pintura de meio-fio etc.

Diante desta realidade, é preciso saber se esta contribuição associativa tem natureza jurídica de dívida *propter rem* à semelhança da contribuição condominial em condomínio edilício.

A resposta, por tudo que até aqui se expôs, só pode ser negativa. Isso porque a contribuição associativa não tem por fonte uma situação jurídica de direito das coisas nem visa à conservação de *res* que seja objeto de direito subjetivo de mais de um sujeito. A situação jurídica que há entre os moradores deste condomínio aparente não é imediata, mas mediata, na medida em que entre eles há a pessoa jurídica de direito público (Município) titular do bem de uso comum do povo que ensejou a cobrança da contribuição associativa.

A fonte da obrigatoriedade do pagamento da contribuição associativa é a regra que veda o enriquecimento sem causa (artigos 884 a 886 do Código Civil), afinal, ainda que não se queira, estar-se-á sendo beneficiado pelos serviços postos à disposição pela associação de moradores.

Contudo, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 20/09/2011, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário 432.106/RJ de relatoria do Ministro

²⁵⁰ Para o tema deste trabalho, é irrelevante se as associações de moradores têm ou não personalidade jurídica.

Marco Aurélio, entendeu, por unanimidade, que a cobrança fere a regra constitucional de livre associação (artigo 5º, inciso XX da Constituição Federal) pelo que é indevida.

Posta a distinção entre obrigação *propter rem* e algumas outras figuras semelhantes a ela, buscar-se-á compreender com clareza as características tidas como típicas desta obrigação, quais sejam a chamada ambulatoriedade e o abandono liberatório. Com o fim de atingir este objetivo de maneira mais precisa, resolveu-se recorrer à análise dualista da obrigação.

Isso porque, a partir da distinção entre débito e responsabilidade, acredita-se possível descrever de maneira coerente com o sistema jurídico brasileiro como se manifestam aquelas características, bem como apresentar soluções consistentes para problemas práticos que envolvam direta ou indiretamente a categoria da obrigação *propter rem*.

3. Obrigação *propter rem* à luz da análise dualista da obrigação

Segundo a doutrina²⁵¹, coube a A. BRINZ permitir o reconhecimento da estrutura dualista da obrigação. Ele o fez, diz F. K. COMPARATO²⁵², em reação à concepção voluntarista, que enxergava na obrigação a mera relação de duas vontades. Sohm, citado por F. K. COMPARATO, afirmou que:

“O credor dispõe de um direito a um ato de outrem dotado de valor patrimonial. Mas, enquanto o direito real confere a seu beneficiário poder de ele mesmo agir, o valor do crédito reside inteiramente no dever de um terceiro, que é seu conteúdo exclusivo. Por conseguinte, a obrigação implica somente a existência de um dever por parte do devedor, e não a de um poder do credor. Este, na verdade, não está autorizado, em

²⁵¹ Cf., entre outros, V. POLACCO, *Le obbligazioni – Nel diritto civile italiano*, 2ª edição, Roma, Athenaeum, 1915, p. 76, F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano – Dottrine generali*, v. I, Roma, Athenaeum, 1921, p. 376, e F. K. COMPARATO, *Essai cit.* (nota 94.supra), p.

²⁵² *Essai cit.* (nota 94.supra), p. 1-7.

virtude de seu crédito, a praticar nenhum ato, a não ser o de receber a prestação”²⁵³.

SOHM chega mesmo a dizer que a ação disponibilizada ao autor nada tem a ver com a estrutura da obrigação, sendo antes questão de direito público²⁵⁴. Sejam quais forem os argumentos voluntaristas²⁵⁵, fato é que a reação contra eles foi fruto do positivismo que começara a influenciar também o Direito²⁵⁶.

A. BRINZ defende que o objeto da obrigação não é a prestação do devedor porque a conduta deste não é passível de dominação²⁵⁷. A. BRINZ, então, chega à conclusão de que o objeto da obrigação, é dizer, aquilo que sofrerá a incidência do poder do credor, é a pessoa do devedor²⁵⁸. “Dizer que a pessoa é obrigada, responsável, não é dizer que se espera dela a prestação à qual está adstrita, mas que ela será a coisa (*Ding*) à qual, como a um refém ou a um garante, o credor poderá recorrer em caso de não cumprimento da prestação²⁵⁹”. Para fundamentar sua opinião, A. BRINZ vale-se do argumento segundo o qual, antes de cumprido, o ato do devedor não existe e, uma vez cumprido, deixa de existir, havendo apenas subsistência de seus efeitos²⁶⁰.

A afirmação de A. BRINZ, tal como à época de sua apresentação (século XIX), parece hoje absurda se considerar-se o estágio atual do direito obrigacional, que não permite atos concretos do credor contra a pessoa do devedor. A. BRINZ, no entanto, contorna esse obstáculo asseverando que a execução patrimonial- a única atualmente permitida- não afasta a ideia de que é a pessoa do devedor o objeto da obrigação. Isso

²⁵³ SOHM, *Der Begriff des Forderungsrechts*, 1877, pp. 457-474, apud F. K. COMPARATO *Essai* cit. (nota 94.supra), p.3.

²⁵⁴ SOHM, *Der Begriff des Forderungsrechts*, 1877, pp. 457-474, apud F. K. COMPARATO *Essai* cit. (nota 94.supra), p.3. Como se verá a ensejo da análise das críticas à concepção dualista da obrigação, esta parece ser também a opinião de F. CARNELUTTI.

²⁵⁵ Seguindo a linha voluntarista, V. POLACCO, embora reconheça o dualismo obrigacional, assevera que o devedor não tem um dever jurídico de adimplir a obrigação contratual, mas, sim, o que chama, contraditoriamente, reconheça-se, de *dovere libero*, na medida em que pode optar entre adimplir ou deixar que o credor satisfaça-se com seus bens. Cf. *Le Obligationi* cit. (nota 251.supra), p.78. Note-se que o autor não fala em submissão dos bens do devedor à satisfação do credor, mas, sim, em permissão do devedor para que o credor sobre tais bens satisfaça-se.

²⁵⁶ *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 4.

²⁵⁷ Quando se analisam as fontes romanas, tal impossibilidade ressalta, pois nelas o poder do credor dirige-se sempre contra algo concreto, seja o devedor (*persona obligata*), seja uma coisa (*res obligata*), e nunca contra uma abstração, cf. F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 6.

²⁵⁸ Cf. F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), pp. 6-7.

²⁵⁹ A. VON BRINZ, *Grünhut's Zeitschrift*, p. 14, apud F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 8.

²⁶⁰ A. VON BRINZ, *Grünhut's Zeitschrift*, apud F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 5

porque, para ele, o patrimônio é prolongamento da pessoa do devedor, é dizer, ao recair sobre o patrimônio, em verdade a execução recai sobre a pessoa do devedor²⁶¹.

Embora a dualidade constitutiva da obrigação imponha-se como evidência lógica, o patrimônio não mais pode ser considerado prolongamento da personalidade do sujeito de direito²⁶², e, sim, instrumento necessário ao desenvolvimento desta. Mas isto não significa que está em aberto a questão do objeto da obrigação.

Os argumentos de A. BRINZ, expostos por F. K. COMPARATO, não são suficientes para alterar o objeto da obrigação, que continua a ser a prestação do devedor. Sustentar que, por não ser passível de apreensão, a prestação do devedor não pode ser objeto de direito do credor é algo que revela um ontologismo desmesurado.

A obrigação, contraposto simétrico da pretensão, caracteriza-se por ter por conteúdo uma conduta destinada a imputar uma vantagem, via de regra, patrimonial na esfera jurídica de outrem. É essa vantagem que compõe o conteúdo do direito do credor.

A prova de que o direito do credor consiste nesta vantagem é que, no sistema jurídico brasileiro, em regra, qualquer pessoa, e não só o devedor, pode pagar. Naquelas hipóteses em que se faz menção à obrigação personalíssima, apontando-a como exceção à regra do adimplemento por quem não é devedor, há de ter-se em mente outro ponto de vista. É que, quando se trata de obrigação personalíssima, o pagamento consiste não na realização da prestação, mas *na realização da prestação por aquela pessoa*. A afirmação de que o terceiro não pode adimplir obrigação personalíssima há de ser entendida no sentido de que é impossível ao terceiro pagar obrigação personalíssima na medida em que a personalidade do devedor compõe o objeto da prestação.

Então, e partindo da premissa de que o direito do credor consiste na vantagem que lhe deve ser proporcionada pelo devedor, é possível distinguir ao menos três hipóteses que, com relação a essa vantagem, podem apresentar-se. A primeira dá-se quando se considera a vantagem a imputar, isto é, antes da imputação; a segunda, ao tratar-

²⁶¹ Cf. F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 8.

²⁶² Para uma crítica a essa noção, baseada em AUBRY e RAU, cf. F. GENY, *Método de Interpretacion y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925, pp.140-142.

se de vantagem que se imputa em um único momento e, finalmente, a terceira quando a vantagem é protraída no tempo.

Com relação à primeira hipótese, A. ROCCO assevera que “fundamento de todo ato de crédito é sempre a expectativa de um bem futuro ligado a quem recebe o crédito: expectativa essa que é, em si mesma, um bem, e um bem presente”²⁶³. O autor tem razão. Esta expectativa a que se refere não pode ser baralhada com aquilo a que alguns, em linguagem escolar, chamam de “mera expectativa de direito”. Isso porque o devedor não é livre para cumprir ou não há obrigação, ao contrário, ele *deve* cumpri-la.

Quando se diz que o devedor não é livre para (des) cumprir a obrigação, obviamente está-se fazendo menção à liberdade do mundo da cultura, e não à do mundo da natureza²⁶⁴. Sabe-se que o devedor não é livre porque o Direito sanciona o não cumprimento voluntário da obrigação por meio da *sujeição* de seu patrimônio ao *poder* de incursão do credor²⁶⁵. Ora, se há sanção pelo fato de não adimplir é porque o adimplemento é obrigatório.

A este propósito, A. CICU²⁶⁶, ao tratar do direito de crédito, critica a posição que vê na conduta do devedor um “dever livre”, afirmando que não se pode extrair da sanção à violação do direito subjetivo a natureza jurídica deste. Em reforço à sua opinião, o autor argumenta que tal linha de raciocínio levaria ao absurdo de entender que, por exemplo, não há o dever de respeitar a propriedade alheia, mas apenas o de restituir a coisa subtraída.

A segunda hipótese (vantagem que se imputa em um único momento) não enseja maiores dúvidas, afinal a vantagem adere, de uma forma ou outra, ao patrimônio do credor. Finalmente, a terceira hipótese (vantagem imputada continuamente) permite uma vez mais enxergar na vantagem o objeto do direito do credor. Caso se pense em uma obrigação de não fazer, por exemplo, não edificar acima de certa altura, o credor, durante

²⁶³ *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* VIII(1910), p. 43.

²⁶⁴ Com relação a esta, pode-se dizer que qualquer agente é livre para matar, caluniar, furtar etc.

²⁶⁵ Este poder de incursão do credor, respeitada a regra segundo a qual *nemo potest precise cogi ad factum*, tende a consubstanciar-se na execução *in natura* do interesse obrigacional, haja vista a existência de, cada vez mais, medidas processuais que a asseguram.

²⁶⁶ *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 11.

todo o prazo contratual gozará de uma vantagem intangível, mas, inegavelmente, uma vantagem. Ainda nas diversas formas de seguro, em que a sensação de segurança é o bem mais almejado pelo segurado, o que se tem é uma vantagem cada vez mais buscada na sociedade contemporânea, em que pese sua natural imaterialidade. O fundamental é que não se confunda imaterialidade com ausência de realidade.

Por essas razões, não se justifica identificar pessoa a patrimônio, e o próprio Brinz – citado por F. K. COMPARATO, insista-se, – afirmou que o patrimônio do devedor é *in solutione*, não *in obligatione*²⁶⁷. F. K. COMPARATO sintetizou as conclusões de A. BRINZ ao anotar que:

“Segundo esta concepção, não há na obrigação uma pessoa que deve, mas, sim, alguém ou algo que responde. Compreende-se muito bem, então, que a prestação não possa nunca ser para Brinz o objeto de uma obrigação, pois, como a prestação poderia ser, ao mesmo tempo, objeto da responsabilidade e objeto pelo qual se responde? Deve-se, portanto considerá-la simplesmente como o “porquê” (*wofür*) da responsabilidade, como seu motivo ou sua razão de ser. Além disso, a obrigação entendida como responsabilidade não é uma relação estática, mas recebe, ao contrário, uma evolução ao longo de sua existência. O débito (*Schuld*), para Brinz, é somente uma fase da responsabilidade, um estágio ulterior desta, caracterizado pela exigibilidade”²⁶⁸.

Se os voluntaristas pecaram por excluir a responsabilidade da relação jurídica obrigacional, A. BRINZ não foi preciso ao remeter o dever de adimplir ao mero campo moral, afinal, como já visto, este dever é algo de ínsito ao mundo da cultura, em que a noção de liberdade física cede espaço à ideia de esfera de liberdade, conceitualmente demarcada pelos marcos da licitude e ilicitude.

Assim, em síntese conclusiva, tem-se que o crédito, enquanto contraposto simétrico do débito, há de ser considerado como título de legitimação de atribuição

²⁶⁷ *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 9.

²⁶⁸ *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 10.

patrimonial, que, em seu estado ordinário, confere ao credor, em caso de inadimplemento voluntário, o poder de sujeitar o patrimônio do devedor à execução²⁶⁹.

Ora, a análise dualista da relação jurídica obrigacional permite explicar racionalmente uma série de situações jurídicas tais quais a da obrigação natural, a do fiador, a do terceiro concedente de garantia real e, segundo se demonstrará, a da obrigação *propter rem*. Contudo, antes de abordar-se a obrigação *propter rem* do ponto de vista dualista, é necessário contestar alguns argumentos trazidos por defensores do monismo obrigacional, entre os quais, destaca-se F. CARNELUTTI²⁷⁰.

O grande ataque de F. CARNELUTTI à análise dualista consistiu em atribuir a noção de dívida ao domínio do direito privado material e a noção de responsabilidade ao domínio do direito público processual. O autor afirmou que o poder de expropriar bens do devedor não pertence ao credor, mas sim ao Estado, sendo certo que ao credor há apenas um poder: o de provocar a atuação jurisdicional²⁷¹.

E. BETTI²⁷², ao ensinar que “no sentido do direito privado e no âmbito da relação jurídica obrigacional, responsabilidade é a situação jurídica de vínculo caracterizada pelo perigo de perder um bem a título de satisfação alheia (isto é, do sujeito ao qual se é vinculado) por não se verificar determinado evento por ele esperado ou por ocorrer um evento por ele temido”, fornece conceito de responsabilidade que demonstra o equívoco de F. CARNELUTTI consistente em não perceber que o poder de sujeição conferido ao credor contra o devedor existe em potência no momento mesmo em que se instaura a relação jurídica obrigacional não-mutilada, potência essa que se faz ato quando, diante do inadimplemento voluntário, o credor é autorizado a, processualmente ou não, por em marcha o procedimento de sua satisfação.

²⁶⁹ É o entendimento de E. BETTI, cf. N. IRTI, *Um dialogo tra Betti e Carnelutti – intorno alla teoria dell’obbligazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Ano LXI (2007), p. 9.

²⁷⁰ Cf. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, CEDAM, 1927.

²⁷¹ A esse respeito, preleciona o autor: “Perciò il diritto del creditore di farsi pagare è diverso dal potere di prendere ciò che gli sia stato pagato ; il primo è un diritto materiale, Il secondo un potere, che Il creditore esercita, per usare ancora una volta la frase di Schultze, non già come *soggetto* (attivo), ma come *organo* della esecuzione, e per cio um diritto processuale”. Cf. *Diritto* cit. (nota 270.supra), p. 236.

²⁷² *Teoria generale delle obbligazioni –Struttura dei rapporti d’obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 34-35.

As lições de E. BETTI são mais que suficientes para afastar a oposição de F. CARNELUTTI, mas vale a pena anotar, ainda, as considerações de F. K. COMPARATO²⁷³. O autor opõe às lições de F. CARNELUTTI dois argumentos irrespondíveis. O primeiro refere-se à noção de ação. F. K. COMPARATO recorda a distinção entre ação e pretensão, afirmando que, enquanto a primeira é conferida a todo aquele que demonstre interesse formal na solução da lide, a pretensão é o pressuposto para que a ação seja eficazmente exercida pelo credor e, citando A. BRINZ, remete à distinção entre poder de coerção (relativo à pretensão) e meios de coerção (dos quais a ação é um exemplo).

Mas o argumento mais forte trazido por F. K. COMPARATO contra a oposição de F. CARNELUTTI é o que demonstra que a coerção judicial é apenas uma das formas de coerção disponibilizadas ao credor, havendo outras como a constituição em mora e a compensação²⁷⁴.

Diante do até aqui exposto, não há como deixar de reconhecer as vantagens científicas da análise dualista da relação jurídica obrigacional face àquela monista. Destarte, passar-se-á a estudar a obrigação *propter rem* sob a perspectiva dualista²⁷⁵.

Esta perspectiva de análise da obrigação *propter rem* foi realizada por F. K. COMPARATO de maneira incidental em sua tese de doutoramento²⁷⁶. O autor, após fazer coincidir a noção de vínculo com a de *Haftung*, o conceitua como “a sanção do dever no centro da obrigação, a palavra sanção estando empregada em suas duas acepções principais ao mesmo tempo, a saber: confirmação e punição²⁷⁷” e, imediatamente, reconhece a existência de vínculos de duas ordens, a saber: vínculo pessoal e vínculo real.

²⁷³ Cf. *Essai* cit. (nota 94.supra), pp. 120-122.

²⁷⁴ Cf. *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 121. Há, ainda, várias outras formas extrajudiciais que conferem ao credor poder de coerção contra o devedor, como o protesto extrajudicial de títulos, a inscrição do nome do devedor no cadastro de órgãos de proteção ao crédito, a alienação extrajudicial de bens alienados fiduciariamente etc.

²⁷⁵ Em defesa da análise dualista da obrigação, J. F. SIMÃO traz uma série de aplicações práticas da teoria a partir do Código Civil de 2002, entre as quais, destacam-se as precisas explicações sobre a relação jurídica de fiança e a responsabilidade civil por ato de terceiro. Cf. *A Teoria Dualista do Vínculo Obrigacional e sua Aplicação ao Direito Civil Brasileiro*, in F. P. CHUAHY DE PAULA et. al. (org.), *Direito das Obrigações – Reflexões no Direito Material e Processual*, São Paulo, Método, 2012, pp. 239-253.

²⁷⁶ Cf. *Essai* cit. (nota 94.supra), pp. 85 e ss.

²⁷⁷ Cf. *Essai* cit. (nota 94.supra), pp. 49-50.

O autor, baseando-se em TOULLER, afirma que há casos em que o Código Civil Francês reconhece a obrigação pessoal do devedor e casos em que o afirma não pessoalmente obrigado pelos débitos²⁷⁸. Reconhece que, em regra, o liame que une credor a devedor é pessoal, tanto porque é o devedor ou seu representante que deverá cumprir a prestação, como pelo fato de todo patrimônio do devedor estar submetido ao poder do credor, e não só bem ou bens específicos. Após afastar, de maneira exaustiva, a ideia de despersonalização das obrigações²⁷⁹, que reconhece ao credor verdadeiro *jus ad rem* sobre o patrimônio do devedor, reputa-a absolutamente adequada aos casos que chama de *vínculo real*²⁸⁰.

São palavras do autor: “(...) na vinculação pessoal é, em princípio, o patrimônio inteiro do devedor, compreendendo seus bens móveis e imóveis, sua capacidade de adquirir, seu engenho, sua boa conduta, em uma palavra, sua *personalidade patrimonial* que garante o pagamento da dívida. No vínculo real, ao contrário, o credor insiste, como garantia de seu crédito, em coisas determinadas e, sob esse ponto de vista, a obrigação fica nitidamente ‘destacada’ da pessoa do devedor. Essa distinção é magistralmente condensada na fórmula lapidar de TOULLIER: ‘Nas obrigações puramente pessoais, as coisas só são obrigadas por causa da pessoa do possuidor; nas obrigações puramente reais, a pessoa só é obrigada por causa dos bens que possui’²⁸¹”.

F. K. COMPARATO, por conseguinte, retira três consequências da existência do chamado *vínculo real*:

“Primeiramente, *a transmissão a título particular da obrigação se torna possível pela simples transferência da coisa vinculada*. A garantia do direito obrigacional não se encontra mais na personalidade patrimonial do devedor, mas no valor do bem

²⁷⁸ Cf., em tradução livre, F. K. COMPARATO, *Essai cit.* (nota 94.supra), p. 52: “De fato, o vínculo, na qualidade de sanção do dever no centro da obrigação, pode sujeitar seja uma pessoa- o próprio devedor ou seu garante- seja direta e exclusivamente uma coisa ou massa de bens, independentemente da pessoa que é o proprietário respectivo. No primeiro caso, nós teremos a tratar de um vínculo pessoal; no segundo, a um vínculo propriamente real”.

²⁷⁹ Demonstra-o ao provar que a noção de patrimônio tem seu cerne na personalidade do titular, mais especificamente, em sua competência para geri-lo e, também, ao chamar atenção para o fato de que não são incomuns execuções não-patrimoniais, dando como exemplo o poder conferido ao locador de expulsar do imóvel o locatário inadimplente. Cf. F. K. COMPARATO, *Essai cit.* (nota 94.supra), pp 63 e ss.

²⁸⁰ Cf. F. K. COMPARATO, *Essai cit.* (nota 94.supra), pp. 76 e ss.

²⁸¹ Cf. F. K. COMPARATO, *Essai cit.* (nota 94.supra), p. 76.

vinculado. A obrigação o segue, então, em quaisquer mãos que se encontre. O titular do bem vinculado, expirado o prazo da dívida, permanece responsável por seu pagamento.

Em segundo lugar, *essa responsabilidade limita-se, de pleno direito ou mediante um ato unilateral do devedor (abandono), ao valor do bem vinculado*. Já que o responsável pelo pagamento da dívida, quando da expiração do prazo, estava obrigado não pessoalmente, mas *propter rem*, nada se opõe a que ele renuncie aos seus direitos sobre o objeto gravado, desprendendo-se assim de qualquer responsabilidade. O credor não tem motivo de queixa; sua garantia não fica diminuída por isso.

Finalmente, em terceiro lugar, *a obrigação garantida por um vínculo real apresenta um caráter indivisível*. O credor não é garantido por uma pessoa, mas por uma coisa. Por conseguinte, em caso de sucessão a título universal, ele exigirá pagamento *pelo todo* àquele dos sucessores que estiver de posse do objeto vinculado”²⁸².

Após apresentar essas três características do que chama vínculo real, o autor tem o cuidado de diferenciá-lo da situação jurídica de responsabilidade limitada, em que, embora haja diminuição do montante do vínculo, o devedor continua tendo todos os seus bens afetados à satisfação do credor, ainda que não integralmente, mas limitadamente²⁸³.

Para F. K. COMPARATO, atualmente, o vínculo real pode apresentar-se complementarmente a um vínculo pessoal ou autonomamente, é dizer, como única garantia do cumprimento da dívida. No primeiro caso, têm-se as garantias reais; no segundo, além das dívidas fundiárias no direito alemão e no suíço, as obrigações *propter rem*²⁸⁴.

Antes de analisar a visão de F. K. COMPARATO acerca da obrigação *propter rem*, cumpre fazê-lo quanto a sua ideia de vínculo real.

²⁸² *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 76.

²⁸³ *Essai* cit. (nota 94.supra), pp. 77-78.

²⁸⁴ *Essai* cit. (nota 94.supra), pp. 80-81.

A partir dos conceitos de vínculo real complementar de vínculo pessoal e vínculo real autônomo, acredita-se poder demonstrar que houve por parte do autor uma confusão entre duas situações jurídicas bem distintas: a situação jurídica de dívida garantida por coisa ou coisas específicas e a situação jurídica de dívidas geradas pela titularidade de direito subjetivo cujo objeto seja coisa. No primeiro caso, está-se diante de garantia real; no segundo, de obrigação *propter rem*.

Com relação à garantia real, reputada hipótese de vínculo real complementar de vínculo pessoal, F. K. COMPARATO distingue entre garantia real ofertada pelo devedor e garantia real ofertada por terceiro.

No caso de garantia real ofertada pelo devedor, diz o autor, há responsabilidade pessoal e real. Pois, em primeiro lugar com a coisa vinculada e, sendo o valor desta insuficiente, com todo seu patrimônio pelo restante²⁸⁵.

Mas, como se verá, não se trata de um caso de dupla vinculação, isto é, real e pessoal. Em verdade, há, sim, um incremento da responsabilidade pessoal do devedor. Isso porque, em não havendo garantia real, todo patrimônio do devedor responde, porém, nenhum bem especificamente. Por esta razão, o devedor, limitado pelo instituto da fraude contra credores, poderá realizar livremente atos de disposição de seus bens, sendo certo que, uma vez imputados na esfera jurídica de terceiros, o credor só poderá reavê-los em hipóteses muito limitadas. No entanto, em havendo garantia real, o devedor responderá com todos os seus bens e, especialmente, com a coisa dessa forma vinculada, sendo certo que ao credor com garantia real será assegurado o direito de seqüela em face de eventual terceiro que venha a adquiri-la.

Com relação ao segundo caso, isto é, garantia real ofertada por terceiro, F. K. COMPARATO reconhece a ocorrência de “dissociação relativa entre débito e responsabilidade²⁸⁶”, pois o credor, em razão do débito do devedor, terá ação contra este e contra um terceiro, garantidor real.

²⁸⁵ *Essai* cit. (nota 94.supra), pp. 81-83.

²⁸⁶ *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 83.

Nesse caso, assevera o autor, “a pessoa do garante não é obrigada; somente o bem gravado responde pela dívida²⁸⁷”.

Ora, há imprecisão na afirmação do autor. Isso porque coisa não responde por débito, mas somente sujeitos de direito. No caso da garantia real ofertada por terceiro, o fenômeno da dissociação entre débito e responsabilidade realmente ocorre, mas à responsabilidade do devedor soma-se a responsabilidade do terceiro – garante, que, no caso de garantia real, é limitada a um ou a vários bens determinados.

Responsável é quem – para utilizar linguagem de E. BETTI – potencialmente pode sofrer a desvantagem decorrente do poder de incursão do credor, o que, à evidência, dá-se com o terceiro garantidor real.

Diferentemente do que se costuma sustentar, as garantias reais não incidem sobre coisa, mas, sim, sobre direito subjetivo que tenha por objeto coisa. Quando o titular de direito subjetivo sobre coisa oferece-a em garantia real, grava, não a coisa em si, mas seu direito subjetivo, que, antes mesmo de qualquer execução, já se vê afetado²⁸⁸. O titular do direito subjetivo sobre coisa é autorizado pelo Direito a, ao gravá-lo com garantia real, produzir eficácia para além de sua esfera jurídica, pois, transmitindo seu direito subjetivo a outrem, transmite a garantia real, daí a noção de seqüela. O que se quer deixar claro é que o sistema jurídico, no que tange à garantia real, confere ao direito subjetivo uma verdadeira pós-eficácia consistente justamente na manutenção da garantia no caso de disposição do direito subjetivo. Mas esta pós-eficácia é do direito subjetivo, e não da coisa. É dizer, opera nos casos de transmissão da posição jurídica ativa, ou, visto o fenômeno do lado do adquirente, de aquisição derivada da posição jurídica ativa. Nos casos de aquisição originária, por exemplo, usucapião, não se tem tal pós-eficácia por uma razão óbvia: não se trata da continuidade de um direito subjetivo, mas da constituição de um novo direito subjetivo, independentemente de qualquer situação jurídica anterior. É por esta razão que a maioria da doutrina e a jurisprudência pacífica do STJ reconhecem o efeito liberador da

²⁸⁷ Cf. F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 83.

²⁸⁸ Basta, por exemplo, pensar na perda da posse direta em certos casos de penhor e no caso da anticrese.

usucapião, pelo qual se reconhece ineficaz ao adquirente originário os gravames que incidiam sobre o direito subjetivo extinto pela usucapião, afinal não se trata de sucessão²⁸⁹.

Disso decorre inexoravelmente o equívoco da noção de vínculo real²⁹⁰. Uma coisa nunca responde pela satisfação de uma dívida, quem responde é um sujeito de direito que se sujeita – sofre – à desvantagem de perder seu direito subjetivo em razão da supressão de seu objeto.

No que tange à obrigação *propter rem*, F. K. COMPARATO a entende como hipótese de vínculo real autônomo, é dizer, não acessório de vínculo pessoal.²⁹¹ O autor, seguindo integralmente as lições da doutrina tradicional, concorda que a obrigação *propter rem* distingue-se da obrigação comum pela transmissão ao sucessor a título particular, pela possibilidade de liberação do devedor pelo abandono e por sua indivisibilidade em caso de sucessão universal²⁹². Com relação à função da obrigação *propter rem*, adota as lições de H. ABERKANE, para quem esta modalidade de obrigação presta-se a resolver conflito de direitos entre as partes.²⁹³

Após esta introdução, o autor passa a dar sua opinião sobre as características da obrigação *propter rem*:

“Na obrigação real, o credor persegue o devedor em relação a todos os seus bens, presentes e futuros, mas este pode liberar-se, validamente, *liberando-se da coisa cuja propriedade estava na origem da obrigação*. A liberação ocorrerá pelo abandono. A garantia do credor que, até então, gravava todo o patrimônio do devedor, encontra-se doravante restrita somente à coisa abandonada”.

²⁸⁹ “Ora, se na aquisição originária, a posição do adquirente é absolutamente estranha à situação do seu primitivo titular, constituindo-se pelos elementos concretos do momento próprio da aquisição, não há como falar-se em sucessão, por falta do elemento característico: o vínculo causal”. Cf. E. MORAES FILHO, *Sucessão* cit. (nota 244.supra), p. 57.

²⁹⁰ Quando o Código Civil, no artigo 1.419, faz menção a vínculo real, está apenas dotando as garantias reais do atributo da sequela.

²⁹¹ *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 85 e ss.

²⁹² *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 85-86.

²⁹³ Cf. F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 86.

Seguindo as lições do autor, se alguém, em virtude de obrigação *propter rem*, fosse devedor de cem mil reais responderia com todo seu patrimônio por esta dívida, mas, se abandonasse a coisa que a gerou, por exemplo, um imóvel no valor de oitenta mil reais, estaria liberado de arcar com os restantes vinte mil reais.

Essa afirmação é desprovida de fundamento, restando claro que o autor confunde a situação jurídica de dívida garantida por coisa específica com a situação jurídica de dívida gerada por direito subjetivo sobre coisa. No primeiro caso, e, em se tratando de terceiro garantidor real, a responsabilidade cinge-se à coisa, ainda que a dívida seja de valor superior, porém, no caso de dívida gerada por direito subjetivo sobre coisa, segue-se a regra geral do sistema jurídico e o devedor- titular do direito subjetivo que gerou a dívida- responde com todos seus bens atuais e futuros pela satisfação do débito.

Mais adiante, o autor afirma que:

“Uma jurisprudência constante não admite a liberação do obrigado *propter rem* pela alienação da coisa, aceitando, porém, que o adquirente torne-se obrigado. A doutrina esforçou-se para propor explicações mais ou menos engenhosas dessa solução que tem toda a aparência de empirismo. A mais recente, e que me parece mais aceitável, é a de H. Aberkane: o cedente que não executou a obrigação cometeu um ato faltoso, o que acarreta a obrigação; é esta obrigação que pesa, em definitivo, sobre o cedente e não a obrigação real que, esta sim, transmite-se de pleno direito ao adquirente da coisa”²⁹⁴.

Essa colocação do autor peca por duas razões distintas. Em um primeiro aspecto, é equivocada porque ignora a pré-existência da obrigação do alienante. Ora, ao afirmar que “o cedente que não executou a obrigação cometeu um ato faltoso, o que acarreta a obrigação”, ignora que a obrigação já existia desde seu vencimento, e não surgiu quando o obrigado cedeu sem adimplir. Ademais, ao dizer que há uma dupla relação jurídica obrigatória, do cedente e do cessionário (obrigado real), permite o absurdo de o

²⁹⁴ Cf. F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra), p. 87.

credor receber duas vezes, uma do obrigado pessoal e outra do obrigado real, o que à evidência seria causa de enriquecimento injustificado.

Contudo, a utilidade da análise dualista da obrigação em matéria de obrigação *propter rem* faz-se sentir principalmente quando se está diante da alienação do direito subjetivo sobre coisa antes do adimplemento da obrigação por ele gerada.

A alienação, em tais circunstâncias, causa aquilo que F. K. COMPARATO chamou de dissociação relativa entre dívida e responsabilidade. Com efeito, o titular do direito subjetivo sobre coisa passa a ser devedor no momento em que se lhe pode exigir a realização da prestação destinada a conservar a coisa objeto de seu direito. Neste momento, há uma obrigação perfeita, pois o titular do direito subjetivo sobre coisa é devedor e responde pelo débito com todos os seus bens, Ao alienar seu direito subjetivo sobre a coisa antes de ter realizado a prestação, conserva sua qualidade de devedor responsável, porém o adquirente assume a qualidade de corresponsável.

A corresponsabilidade do adquirente surge em razão da função da obrigação *propter rem* que, como visto, é a de conservar a coisa, sem a qual não há possibilidade da subsistência do direito subjetivo. Na qualidade de titular do direito subjetivo sobre a coisa, passa a ter interesse jurídico na sua conservação, razão pela qual passa a poder ser responsabilizado pelo débito *propter rem*.

Porém, há de fazer-se menção a duas questões fundamentais. Caso o adquirente realize a prestação, estará sub-rogado na posição jurídica do credor, pois realizou pagamento na qualidade de terceiro interessado (artigo 346, inciso III do Código Civil Brasileiro).

A segunda questão refere-se aos limites da responsabilidade do adquirente. Ora, parece óbvio que a responsabilidade do adquirente cingir-se-á ao montante do débito do alienante. Contudo, aqui, sim, ele poderá abandonar a coisa, hipótese em que sua responsabilidade terá fim, porque desaparecerá a causa de sua responsabilização, qual seja o interesse na conservação da coisa pressuposto da manutenção do direito subjetivo. Todavia, se o débito for daqueles que surgem periodicamente, o abandono não o livrará da

responsabilidade pelo adimplemento das prestações cujas pretensões surgiram enquanto titular do direito subjetivo sobre a coisa, pois, agora, responde, não como terceiro interessado, mas como devedor.

4. Transmissão da obrigação *propter rem* e o chamado abandono liberatório

Há, na doutrina que versou o tema da obrigação *propter rem*, prevalência do entendimento segundo o qual ela *ambulat cum domino*²⁹⁵, é dizer, transmite-se juntamente com a transmissão do direito subjetivo o qual a originou.

No entanto, não há no sistema jurídico brasileiro base normativa alguma que sustente a transmissibilidade da obrigação *propter rem* em qualquer caso, e os juristas que a defendem, via de regra, valem-se de petição de princípio²⁹⁶, mais ou menos com afirmativas como: “a obrigação *propter rem* transmite-se ao adquirente da coisa porque ela está ligada à coisa”. Note-se que não se responde justamente o porquê de a obrigação estar ligada à coisa.

Assim, tentar-se-á pôr à prova a afirmação, majoritária, de que a obrigação *propter rem* transmite-se pelo só fato de o direito subjetivo que a gerou ter sido transmitido.

No que tange às relações jurídicas obrigacionais, o sistema jurídico brasileiro estrutura-se a partir da regra fundamental segundo a qual o devedor obriga-se e o

²⁹⁵ Recorde-se, entretanto, o entendimento diverso de B. BIONDI e M. H. MESQUITA.

²⁹⁶ A esse respeito, SILVIO RODRIGUES afirma que: “Mas, uma outra característica se encontra na obrigação *propter rem*: é a possibilidade de sua transmissão ao sucessor a título particular. É regra geral do Direito das Obrigações, que os sucessores a título particular não substituem o sucedido em seu passivo. De fato, enquanto o herdeiro que sucede a título universal assume o ativo e também o passivo do *de cuius*, o legatário, que sucede a título particular, em tese, não responde pelas dívidas do alienante. Entretanto, as obrigações *propter rem* constituem exceção, pois o sucessor a título singular assume automaticamente as obrigações do sucedido, ainda que não saiba de sua existência”. Cf. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, v. 2, Saraiva, 30^o ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 81. Note-se que o autor não fornece qualquer justificativa para a transmissibilidade da obrigação *propter rem* a título singular, apenas a afirma. Por sua vez, Orlando GOMES diz que: “Tais obrigações existem quando o titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada prestação. O direito de quem pode exigí-la é *subjetivamente real*. Quem quer que seja o proprietário da coisa, ou titular de outro direito real, é *ipso facto* devedor da prestação. Pouco importa, assim, a pessoa em quem surgiu pela primeira vez”. Cf. *Direitos Reais*, 10^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 13. Observe-se que o autor não apresenta, também, qualquer fundamentação à sua afirmação.

seu patrimônio responde. Esta regra encontra positivamente nos artigos 646 do Código de Processo Civil e 391 e 942 do Código Civil²⁹⁷.

Disso decorre que, constituída a relação jurídica obrigacional, com sua eficácia ter-se-á a imputação de um crédito na esfera jurídica do credor e, na esfera jurídica do devedor, de uma dívida cuja garantia é seu patrimônio.

Então, à exceção dos direitos subjetivos do devedor imunizados contra o poder de excussão do credor, todos os outros compõem a parcela da esfera jurídica daquele continente da garantia geral de satisfação deste. Tal imunização, por diminuir a garantia do credor, é excepcional, exigindo previsão normativa.

Assim, todos os bens não abrangidos pelo estatuto da impenhorabilidade²⁹⁸ compõem a garantia geral do credor. Diz-se garantia geral porque não se encontra atrelada a um ou mais bens específicos do devedor, mas sim à totalidade deles.

Por essa razão, caso o devedor desfalque seu patrimônio a ponto de tornar-se insolvente, caberá tão somente ao credor ajuizar ação revocatória, cujo sucesso depende fundamentalmente da má-fé dos adquirentes.

Se, porém, o credor quiser uma garantia específica ao lado daquela geral, poderá tentar obter uma garantia real, cuja característica consiste justamente em destacar,

²⁹⁷ G. PACCHIONI, grande responsável pela divulgação da análise dualista da obrigação na Itália, ao comentar o livro quarto do *Codice*, asseverou: “embora o novo código civil [de 1942] não defina a obrigação, pressupõe, todavia, que esta seja composta de dois diversos e distintos elementos: quais sejam, o débito do devedor e a responsabilidade de seus bens”. Mais adiante, G. PACCHIONI colaciona artigos do projeto preliminar do livro de obrigações, que estabeleciam:

Art.1. (Concetto di obbligazione). L’obbligazione è un vincolo in virtù del quale il debitore è tenuto verso il creditore a una prestazione, positiva o negativa.

Art.2. (Responsabilità patrimoniale in generale). Il debitore risponde dell’inadempimento dell’obbligazione con tutti i suoi beni. La limitazione di questa responsabilità è consentita nei soli casi previsti dalla legge.

Cf. *Obbligazioni e contratti – Succinto commento al libro quarto del codice civile*, Padova, CEDAM, 1950, pp. 4-5. Com isso, vê-se claramente que os artigos citados por G. PACCHIONI correspondem integralmente aos artigos mencionados dos Códigos Civil e Processual Civil brasileiros, o que permite, com o autor, entender que, no Brasil, a noção de *obrigação* pressupõe a existência dos elementos *dívida* e *responsabilidade*.

²⁹⁸ Sobre o tema já se teve a oportunidade de dizer que “as regras sobre impenhorabilidade no Código de Processo Civil, no Código Civil, na Lei nº 8.009 de 1990 e na Constituição Federal formam um Estatuto Jurídico da Impenhorabilidade, que excepciona a regra segundo a qual o devedor se obriga e seu patrimônio responde”.

por meio da especialização, coisa ou coisas determinadas do devedor como garantidoras de sua satisfação. A partir desta verdadeira marcação do direito subjetivo sobre a *res*, sempre vinculada a um fato jurídico com eficácia publicizante, como o registro, o credor passa a ter o poder de sequência, é dizer, poderá executar a coisa e satisfazer-se com o preço, esteja ela ou não na esfera jurídica do devedor.

Percebe-se daí que há nítida vinculação entre dívida e sujeito de direito e entre responsabilidade e o patrimônio daquele, sendo certo afirmar que as dívidas, independentemente de sua origem, ligam-se ao sujeito de direito titular da posição jurídica passiva de devedor, enquanto que a garantia geral do credor vincula-se ao patrimônio daquele ²⁹⁹.

Afora a constituição, negocial ou legal, de garantias reais, não há, no sistema jurídico brasileiro, afetação de uma coisa específica à garantia de credor³⁰⁰, sendo certo que a obrigação *propter rem* não é exceção. Contudo, paradoxalmente, doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam, repita-se, sem qualquer justificação, a vinculação da dívida *propter rem* à coisa cuja titularidade a ensejou.

A insistência nesta afirmação resulta de uma intuição correta, mas que requer explicitação e justificação com base no sistema jurídico brasileiro.

Fundamentando-se na teoria afirmativa de que o elemento imaterial da relação jurídica obrigacional é composto pela conjugação de dívida (*Schuld* ou *debitum*) e responsabilidade (*Haftung* ou *obligatio*), buscar-se-á demonstrar que, quando *inter vivos* e *ex vi lege*, o que se transmite em sede de obrigação *propter rem* é apenas a responsabilidade, e não a dívida.

²⁹⁹ É a partir da perspectiva dualista da obrigação que se analisa a transmissão da obrigação *propter rem*. Cf., a esse respeito, F. K. COMPARATO, *Essai* cit. (nota 94.supra).

³⁰⁰ O chamado patrimônio de afetação, previsto na Lei n. 4.591/64, não é exceção. O patrimônio de afetação, como o nome sugere, constitui exemplo do fenômeno da separação patrimonial que, entre outras hipóteses, tem lugar quando certa massa de bens se destina- está afetada- à realização de dada finalidade. Nas palavras de SYLVIO MARCONDES, “apartado do patrimônio geral para realizar determinado fim, o patrimônio separado concentra, em si, o ativo e o passivo emergentes do complexo de relações jurídicas necessárias à satisfação desse fim. A despeito disto, o objeto de direito submetido ao poder do sujeito continua a gravitar, como um satélite, na órbita do titular”. Cf. *Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, Limonad, 1970, pp. 98-99. O chamado patrimônio de afetação é uma forma de garantir que certos bens estarão atrelados à realização de certos fins, nada mais que isso. Vê-se, pois, que não há espaço para confundir patrimônio de afetação com garantia real.

Isso porque o devedor se obriga e seu patrimônio responde. No caso das obrigações *propter rem*, a especificidade é que parte do patrimônio do devedor foi que gerou a dívida, porém, uma vez gerada, destaca-se do direito subjetivo sobre a coisa e passa a compor o patrimônio do devedor ao lado deste.

Quando o alienante transmite o direito subjetivo sobre a *res* ao adquirente, há sucessão a título singular sem nenhuma nota especial.

O fato de a *communis opinio* ser a transmissibilidade em regra das obrigações *propter rem* deve-se a certa ausência de apuro técnico. Com efeito, quando se afirma que, em certas hipóteses, quem deve é a coisa, e não a pessoa³⁰¹, embora à evidência trate-se de retórica explicativa³⁰², contribui-se para a perpetuação do equívoco.

Quando a dívida surge, ela destaca-se de sua fonte e passa, imediatamente, a fazer parte do patrimônio do devedor. A partir daí, transmite-se segundo as regras próprias do sistema jurídico a que está sujeito o devedor.

Caso se trate de sucessão a título universal, transmite-se todo o patrimônio do devedor, e conseqüentemente a dívida que dele faça parte.

Já no que atina à transmissão da dívida a título singular, é necessário que se dê uma das hipóteses previstas, via de regra, pela teoria geral do direito das obrigações, como a assunção de dívida, a novação subjetiva passiva etc.³⁰³.

Corroborando esta posição, F. K. COMPARATO³⁰⁴ afirma:

“[...] na *assunção de dívida alheia* permanece a mesma obrigação, sem novação objetiva: novo devedor adere ao vínculo, reforçando, portanto, a garantia do credor. O mesmo

³⁰¹ Orlando GOMES, por exemplo, vale-se desta afirmação para diferenciar o ônus real da obrigação *propter rem*. Cf. *Obrigações* cit. (nota 152.supra), p. 28, nt. 49.

³⁰² Como afirma peremptoriamente B. BIONDI, cf. *Trattato* cit. (nota 166.supra), p. 699.

³⁰³ Há regras pertencentes a outros ramos do direito civil, por exemplo, as que versam sobre a transmissibilidade do dever de prestar alimentos em sede de direito de família.

³⁰⁴ Cf. *Nota sobre Parte e Legitimação nos Negócios Jurídicos*, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 513-520.

não acontece na *cessão de débito*, em que há sub-rogação do devedor primitivo por outro. Penso haver demonstrado alhures que, ao contrário da opinião assaz difundida, o princípio da personalidade do devedor continua a marcar a obrigação moderna (*Essay d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, Paris, 1964, p. 62 e segs.). E isso não em razão da relação crédito-débito, a qual apresenta como conteúdo a prestação (salvo nas obrigações personalíssimas; Código Civil, art. 928), mas, sim, em virtude da relação garantia-responsabilidade, a qual tem por objeto o patrimônio do devedor. Ora, o patrimônio não se reduz à soma algébrica dos bens que o compõem, mas abrange também, antes de tudo, a aptidão para adquirir direitos, em função das qualidades pessoais do seu titular. **Por conseguinte, salvo as exceções expressamente consignadas em lei, não há cessão de débito, ou sucessão em dívida a título particular, sem o consentimento do credor, pouco importando, para esse efeito, que a iniciativa da cessão parta do cessionário (expromissão), ou do cedente (delegação)."**

Ainda nos casos em que a transmissão da obrigação *propter rem* vem prevista em lei, como no artigo 1.345 do Código Civil Brasileiro³⁰⁵, que servirá de protótipo explicativo das demais hipóteses, o que se dá é a responsabilização do adquirente, e não transmissão a este da dívida do alienante.

Há claramente dívida (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*) do alienante a que se acresce tão somente responsabilidade (*Haftung*) do adquirente. O adquirente assume papel de garante, podendo ser demandado diretamente porque há uma opção normativa de facilitar a cobrança da dívida em atenção ao fundamento da *propter rem* que, como visto, é a conservação da *res*.

³⁰⁵ Art. 1.345: O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.

Porém, do que se afirmou, decorre que o credor pode exercer sua pretensão tanto perante o alienante quanto perante o alienatário, mas, por não haver solidariedade entre eles, o faz a um, ou a outro.

Caso o alienante pague, haverá fim na relação jurídica entre ele o credor, é dizer, ele satisfaz o credor e libera-se³⁰⁶. Caso o alienatário pague, há satisfação do credor sem liberação do devedor, pois poderá ser demandado, pela dívida, agora pelo adquirente.

A dupla responsabilização (alienante e alienatário) atende ao fundamento da obrigação *propter rem*, que, como já afirmado, é a conservação da *res* sobre a qual incide ou possa vir a incidir direito subjetivo.

Pode-se concluir, então, que à luz do direito positivo brasileiro, a transmissibilidade da obrigação *propter rem* não ocorre, como pretendem G. BALBI, H. ABERKANE e muitos outros, em todos os casos de alienação da posição jurídica ativa que a gerou. Nem mesmo quando se trate de obrigação *propter rem* de fazer, como defende M. H. MESQUITA. De outro lado, porém, não é certo afirmar que a aquisição do direito subjetivo que gerou a obrigação *propter rem* seja um absoluto indiferente para o alienatário, como pretende B. BIONDI. Ele será, ao lado do alienante, responsável perante o credor, mas, por não ser devedor, caso pague, terá direito de regresso contra este por força da sub-rogação legal.

Feitos esses esclarecimentos acerca da transmissão da obrigação *propter rem*, pode-se, finalmente, tratar do chamado abandono liberatório.

Como já apontado, é lugar comum a afirmação segundo a qual o abandono do direito subjetivo real é causa de extinção da obrigação *propter rem*, porém esta afirmação merece análise mais detida.

Há de começar-se a partir da própria terminologia empregada, qual seja abandono ou, como prefere M. H. MESQUITA.³⁰⁷, renúncia. No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002 utiliza, ao tratar dos Direitos Reais, tanto a

³⁰⁶ Como, em várias passagens de seu tratado, ensina F. C. PONTES DE MIRANDA.

³⁰⁷ *Obrigações* cit. (nota 99.supra), p. 360.

expressão *renúncia*, como a expressão *abandono*. Ambas as expressões são conjuntamente empregadas pelo Código Civil para designar formas de extinção do direito subjetivo de propriedade (artigo 1.275, incisos II e III). No entanto, relativamente à extinção de obrigações no seio de direitos subjetivos reais, o Código Civil faz menção principalmente à expressão *abandono*, e mais, caracterizando-o como ato em favor do credor³⁰⁸. Neste âmbito, o Código Civil somente uma vez faz menção à renúncia³⁰⁹. Ora, as hipóteses legais são bem distintas. O Código Civil utiliza de maneira técnica o termo *abandono* apenas quando cuida das causas de extinção do direito subjetivo de propriedade, nas demais, ao aludir a abandono a favor de alguém, utiliza linguagem leiga.

As categorias do abandono e da renúncia são espécies do gênero disposição, ou seja, ao lado de outras condutas como a alienação e o consumo, abandono e renúncia são atos jurídicos por meio dos quais se exerce o direito potestativo de dispor de certo direito subjetivo. Todavia, como já afirmado, abandono e renúncia têm natureza jurídica distinta, sendo certo que ignorar a distinção acarreta distorções na interpretação das disposições normativas que remetem a estas categorias.

³⁰⁸ Cf., a esse respeito, os seguintes artigos do Código Civil:

Art. 1.234. Aquele que restituir a coisa achada, nos termos do artigo antecedente, terá direito a uma recompensa não inferior a cinco por cento do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la.

Art. 1.237. Decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido.

Parágrafo único. Sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou.

Art. 1.382. Quando a obrigação incumbir ao dono do prédio serviente, este poderá exonerar-se, abandonando, total ou parcialmente, a propriedade ao dono do dominante.

Art. 1.479. O adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel.

Art. 1.480. O adquirente notificará o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo.

Parágrafo único. Poderá o adquirente exercer a faculdade de abandonar o imóvel hipotecado, até as vinte e quatro horas subsequentes à citação, com que se inicia o procedimento executivo.

³⁰⁹ Art. 1.316. Pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal.

§ 1º Se os demais condôminos assumem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita, adquirindo a parte ideal de quem renunciou, na proporção dos pagamentos que fizerem.

§ 2º Se não há condômino que faça os pagamentos, a coisa comum será dividida.

O abandono, meio de extinção do direito subjetivo de propriedade (artigo 1.275, inciso III), é ato-fato jurídico³¹⁰, que, portanto, dispensa qualquer formalidade.

Sabe-se que dado ato deve ser classificado como ato-fato jurídico quando a norma jurídica que, ao incidir sobre ele, o juridicizará não descreve conduta deliberada do agente, ou seja, quando a conduta do agente é tratada pela norma como mero fato.

Sobre o ato-fato jurídico, F. C. PONTES DE MIRANDA ensinou:

“Se esvaziamos os atos humanos de vontade (= se dela abstraímos = se a pomos entre parênteses), se não a levamos em conta para a juridicização, o *actus é factum*, e como tal é que entra no mundo jurídico. É de tratar-se, então, como aqueles fatos que, de ordinário, ou por sua natureza, nada têm com a vontade do homem”³¹¹.

Asseverou-se, com fundamento em F. C. PONTES DE MIRANDA e C. A. DABUS MALUF, que o abandono é ato-fato jurídico. Esta afirmação exige algum aprofundamento para que se possa precisar o sentido da expressão *abandono* quando usada pelo legislador como modo de extinção de obrigações no seio dos direitos reais. Quando o artigo 1.276 do Código Civil faz menção à intenção do proprietário³¹², apenas estabelece critério interpretativo para que o intérprete possa qualificar como abandono a conduta do agente. Para que haja abandono, não basta cessação da posse direta, é imprescindível, ainda, comportamento que exteriorize indiferença com o futuro da coisa, por exemplo, se ela será ou não destruída, ocupada, usucapida etc., mas é absolutamente irrelevante perquirir se o agente queria perder a propriedade ou sabia que a perderia, basta que aja de modo a permitir esta conclusão.

³¹⁰ Cf., nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nota 79.supra), p. 138. Washington de BARROS MONTEIRO e C. A. DABUS MALUF, após diferenciarem com exatidão a renúncia do abandono, ensinam que: “[no abandono], o titular apenas larga o que é seu, com a intenção de não o ter mais em seu patrimônio (*animus derelinquendi*)”. Cf. *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, v. 3, 39ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 190, grifamos.

³¹¹ *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Bens. Fatos Jurídicos*, Tomo, II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 373.

³¹² Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

Esta breve abordagem da natureza jurídica do abandono fundamenta a afirmação de que o Código Civil só se utiliza desta expressão com sentido técnico quando cuida das formas de extinção do direito subjetivo de propriedade. Ver-se-á que as menções legais a *abandono em favor de outrem* se referem à outra categoria jurídica, inconfundível com o abandono.

Quanto à renúncia, trata-se, inequivocamente, de negócio jurídico unilateral. Por este negócio jurídico, o agente deliberadamente põe fim a uma sua posição jurídica ativa por meio de declaração negocial sem outra finalidade que não a extinção mesma. Quer-se com isto dizer que as normas jurídicas que descrevem renúncia em sentido estrito não descrevem qualquer interesse ou vantagem a agente distinto do renunciante. Se, no caso concreto, há interesse de outrem ou mesmo se o renunciante pretendeu beneficiar outrem para a caracterização normativa da renúncia, isso é irrelevante. Assim, tem razão E. BETTI quando afirma que, em sentido estrito, só existe renúncia abdicativa, sendo a “renúncia translativa” verdadeira alienação³¹³. Então, assim como a palavra *abandono*, a palavra *renúncia* não é usada pelo legislador em sentido técnico quando ele faz menção à *renúncia em favor de outrem*. Nos casos de invenção (artigo 1.234 e parágrafo único do artigo 1.237) e naqueles que tratam das hipóteses de “abandono” ou “renúncia” de direito subjetivo real a favor de outrem também titular de direito real (artigos 1.382 e 1.316)- a exceção da hipótese relativa à hipoteca-, as palavras *abandono* e *renúncia* são utilizadas para significar pagamento por meio de prestação facultativa.

Em ambos os casos – invenção e “abandono” ou “renúncia” a favor do credor –, há uma dívida que deve ser extinta pelo devedor por meio de um dado comportamento (prestação *in obligatione*), ao qual o credor tem pretensão. No entanto, o Código Civil permite que o devedor libere-se por meio da realização de outra prestação (prestação *in facultate solutionis*), consistente justamente na entrega de seu direito subjetivo sobre a coisa ao credor³¹⁴.

³¹³ *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, ESI, 2002, pp. 292-293.

³¹⁴ A propósito do tema, A. P. S. VAZ SERRA, assim obtempera: “A faculdade alternativa representa o direito atribuído ao devedor de fazer, como cumprimento, uma prestação diferente da devida, sem precisar para isso do acordo do credor”. Cf. *Obrigações Genéricas – Obrigações Alternativas – Obrigações com Faculdade Alternativa – Obrigação de juros*, Lisboa, s.e., 1956, p. 127. Infere-se, portanto, que a faculdade alternativa o diferencia-se do instituto da dação em pagamento. Em seguida, o autor diferencia a obrigação facultativa da obrigação alternativa por meio de uma série de fatores, entre os quais se destacam a impossibilidade de o credor exigir a prestação facultativa e o fato de a impossibilidade superveniente da

Ora, o pagamento por meio de prestação diversa daquela *in obligatione* é excepcional e, portanto, só terá lugar quando expressamente prevista. Por esta razão não é correto generalizar a possibilidade de o devedor de obrigação *propter rem* pagar com a transmissão de seu direito subjetivo sobre a coisa ao credor. Isso só será possível quando a lei o admitir ou quando as partes assim ajustarem.

Quanto ao tema propriamente do “abandono” do direito subjetivo de propriedade sobre o fundo serviente em favor do titular direito subjetivo de propriedade sobre o prédio dominante (artigo 1.070 do *Codice*) G. GROSSO e G. DEJANA³¹⁵, após diferenciarem a categoria jurídica em questão da mera *derelictio*, apresentam questão interessante: o proprietário do fundo dominante está obrigado a se tornar proprietário do fundo serviente ao qual se renunciou³¹⁶?

Respondem negativamente, sob a justificativa de que situação tão anormal deveria vir expressamente consignada em lei, não sendo o que ocorre. Na sequência, reiteram a opinião, de acordo com eles majoritária, segundo a qual a renúncia tem por efeito por o fundo à disposição do proprietário do fundo dominante, que, após a aceitação deste, passa a sua propriedade. Mas, dizem os autores, esta opinião não explica o que ocorre com o fundo caso o proprietário do fundo dominante não o aceite³¹⁷.

A tese mais aceita sob a égide do Código Civil de 1865, dizem os autores, era a de que, com a renúncia, teria fim a propriedade do titular do fundo serviente e, com ela, a obrigação acessória. Caso o proprietário do prédio dominante não o aceitasse, operar-se-iam os efeitos típicos da *derelictio* e o imóvel passaria a pertencer ao Estado³¹⁸. No entanto, refutam essa solução pelo fato de o Código atual fazer menção à renúncia em favor do proprietário do prédio dominante, sendo que esta destinação específica deve fazer com que a recusa deste opere em favor do renunciante, e não do Estado³¹⁹.

prestação *in obligatione* sem culpa do devedor exonerá-lo da obrigação, conquanto continuasse obrigado pela prestação restante caso configurasse hipótese de obrigação alternativa. Cf. *Obrigações Genéricas* cit. (nota 315), pp. 128-129.

³¹⁵ *Trattato di diritto civile italiano – Le servitù prediali*, Tomo I, v. V, Torino, Torinese, 1951.

³¹⁶ *Trattato* cit. (nota 315.supra), p. 221.

³¹⁷ Cf. G. GROSSO – G. DEJANA, *Trattato* cit. (nota 315.supra), p. 221.

³¹⁸ Cf. G. GROSSO – G. DEJANA, *Trattato* cit. (nota 315.supra), p. 222.

³¹⁹ Cf. G. GROSSO – G. DEJANA, *Trattato* cit. (nota 315.supra), p. 222.

Na primeira edição da obra, os autores chegaram, então, à conclusão de que, faltando a aceitação do proprietário do prédio dominante, o fundo passaria à situação de *res derelicta*, devendo-se, porém, admitir que o renunciante, querendo, revogasse a renúncia e readquirisse a propriedade, quando, então, ressurgiria a obrigação acessória³²⁰.

Contudo, a partir da segunda edição mudaram de opinião, passando a sustentar a irrevogabilidade da renúncia³²¹. A solução, então, que encontraram foi a de entender que a renúncia não extingue o direito de propriedade, mas, sim, coloca-o em situação de pendência, a qual, faltando a aquisição pelo proprietário do fundo dominante, resolver-se-ia a favor do renunciante.³²²

Partindo-se da premissa de que a “renúncia” em questão é, na verdade, hipótese legal de prestação facultativa, caso haja recusa do credor em aceitar o direito subjetivo de propriedade do devedor como pagamento, terá lugar a figura da consignação em pagamento. Depositada a prestação in *facultate solutionis*, o devedor porá fim à dívida e à correspondente responsabilidade e, caso o credor não a levante, a titularidade do direito subjetivo passará ao Município no qual se encontre a coisa, seu objeto³²³.

Já com relação ao adquirente de imóvel sob o qual há hipoteca (artigos 1.479 e 1.480 e seu parágrafo único), a situação é bem distinta. Ele não é devedor, mas apenas responsável- porque inevitavelmente sofrerá o prejuízo decorrente da excussão da coisa- até o limite do valor do direito subjetivo gravado com a hipoteca. Ora, sendo sua responsabilidade causada unicamente pela existência em sua esfera jurídica de um dado direito subjetivo, nada obsta a que, extinguindo-o pelo abandono, ponha fim à situação jurídica de sujeição na qual até então se encontrava.

³²⁰ Cf. G. GROSSO – G. DEJANA, *Trattato cit.* (nota 315.supra), p. 223.

³²¹ Cf. G. GROSSO – G. DEJANA, *Trattato di diritto civile italiano – Le servitù prediali*, Tomo I, v. V, 3ª ed., Torino, Torinese, 1963, p. 223.

³²² Cf. G. GROSSO – G. DEJANA, *Trattato cit.* (nota 315.supra), p. 268.

³²³ Não havendo atualmente a figura do território, é a solução que o Código Civil Brasileiro apresenta em todos os casos de vacância relativa a direito subjetivo de propriedade e, embora o Código Civil Brasileiro, no parágrafo único do artigo 1.382, atribua ao proprietário do prédio dominante o custeio da obra caso se recuse a receber a propriedade do prédio serviente, não resolve a questão do destino da coisa após sua renúncia seguida da sua não aceitação.

Conforme já se teve ocasião de dizer³²⁴, o direito subjetivo gravado de hipoteca tem como eficácia submeter seu titular ao estado de sujeição, ao qual o dualismo chama de responsabilidade. No caso do adquirente deste direito subjetivo (hipótese dos artigos 1.479 e 1.478 e seu parágrafo único), a única causa de sua sujeição é a titularidade da posição jurídica ativa em questão, razão pela qual, pondo fim a esta, põe fim àquela.

Destarte, também com relação ao chamado abandono liberatório, o direito positivo brasileiro não comporta as soluções apresentadas pelos doutrinadores estrangeiros que, com poucas exceções, são incorporadas como verdades elementares pelos doutrinadores brasileiros.

O abandono propriamente dito só terá por efeito a extinção da responsabilidade do titular do direito subjetivo quando este estado de sujeição for exclusivamente eficácia da posição jurídica ativa que se abandona.

Nos casos em que há dívida e, conseqüentemente, responsabilidade pré-existent, os textos legais que fazem menção a abandono ou renúncia do direito subjetivo em favor do credor, devem ser interpretados como hipóteses de reconhecimento de obrigação facultativa em benefício do devedor.

³²⁴ A propósito da aplicação da análise dualista às obrigações *propter rem*.

CAPÍTULO III – EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES *PROPTER REM*

1. Impossibilidade de criação de obrigação *propter rem* por ato de autonomia privada

A autonomia privada, entendida como aspiração a fins práticos e possibilidade de criação dos meios necessários a alcançá-los³²⁵, é tema que perpassa as ciências humanas em geral, e o Direito em especial.

Porém, a extensão da autonomia privada é algo extremamente controvertido, havendo tanto quem a julgue algo ínsito ao homem, como quem a entenda uma concessão do direito positivo³²⁶. Seja qual for a posição – ideológica, é certo – adotada, a operabilidade da categoria *autonomia privada* requer o estabelecimento e, mais do que isso, a explicitação de, pelo menos, duas premissas fundamentais que, embora possam parecer truísmos, são úteis para assegurar uniformidade de linguagem: sua eficácia e seu conteúdo.

Quanto à eficácia, a autonomia privada é balizada pelo princípio da relatividade dos efeitos, sem que se ignorem suas vicissitudes, entre as quais se destaca seu abrandamento, entre outros, pelos princípios da função social e boa-fé objetiva. Mas, seja como for, é quase que axiomática a conclusão de que, em se tratando de exercício da liberdade, só há possibilidade de vincular, por ato de autonomia privada, quem a exerceu.

Quanto ao conteúdo, a autonomia privada pode ser encarada como liberdade de preenchimento dos vácuos normativos heterônomos. Assim, onde não houver imposição normativa heterônoma cogente, os agentes serão livres para autorregulamentar seus interesses.

Pode-se, então, perceber que a autonomia privada pode assumir papel criativo ou supletivo, conforme a maior ou a menor presença de normas imperativas

³²⁵ Cf., nesse sentido, E. BETTI, *Teoria* cit. (nota 313.supra), p. 45.

³²⁶ Cf., a esse respeito, I. KANT, *Kritik der Praktischen Vernunft*, trad. port. de V. Rohden, *Crítica da Razão Prática*, São Paulo, Martins Fontes, 2002; e N. BOBBIO *Teoria* cit. (nota 11.supra).

reguladoras das situações sociais normadas, mas em todo caso exige a existência de espaço para atuação do agente.

Ora, adotado o pressuposto de que a obrigação *propter rem* tem por função a conservação da coisa que constitua o objeto da situação jurídica que a ensejou, perde sentido a investigação sobre a possibilidade de criação, por ato de autonomia privada, de obrigações assim funcionalizadas, afinal a necessidade de conservação surge de uma situação de fato, e não de um ato criativo.

À autonomia privada, quando se trata de obrigação *propter rem*, reserva-se apenas a possibilidade de transferir a dívida a sujeito de direito distinto do devedor primitivo, sem que isso, pelas razões já vistas, implique sua irresponsabilidade.

Contudo, a maioria da doutrina, embora concorde com a impossibilidade de instituir-se obrigação *propter rem* por ato de autonomia privada, adota como fundamento desta impossibilidade serem os direitos reais *numerus clausus*. O raciocínio é simples: se as obrigações *propter rem* têm por fonte os direitos reais e estes são estabelecidos por lei em rol fechado, as obrigações *propter rem*, conseqüentemente, seguem a mesma lógica.

Quanto a isso, considerações de duas ordens distintas devem ser realizadas. Primeiramente, como se crê ter demonstrado, a premissa maior adotada é falsa, na medida em que a fonte das obrigações *propter rem* não é necessariamente uma situação jurídica de direito real, mas antes uma situação jurídica de direito das coisas que, mais do que incluir, exige a posse. Assim, há direitos reais que não têm por eficácia o surgimento de obrigações *propter rem* a cargo de seu titular, como a hipoteca e a servidão *altius non tollendi*, ao mesmo passo em que há situações jurídicas pessoais que as podem ensejar, por exemplo, locação e comodato.

Em segundo lugar, há de se levar-se em conta uma tendência de parte da doutrina³²⁷ de sustentar a abertura do catálogo de direitos reais por ato de autonomia privada, o que estimulará a discussão sobre a possibilidade de, da mesma forma, criar-se obrigações *propter rem*.

³²⁷ Cf. citações de Penteadó *Direito das Coisas* cit. (nota 14.supra), p. 92-93.

L. C. PENTEADO, em defesa do rol fechado dos direitos reais, afirma que:

“Longe de ser trava à atividade econômica, o *numerus clausus* é garantia da circulação das situações sobre bens sem ônus e pendências que permitam concentração progressiva de capital, tomado em seu sentido econômico. Deferir espaço de preenchimento para a autonomia privada no campo dos direitos das coisas seria permitir que o acordo entre partes viesse a obrigar futuros proprietários à observância de determinado regime, sempre, nas transmissões futuras. O sistema de legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei, impede que o negócio jurídico seja fonte de normas para além das partes, exceto quando em benefício de terceiro, preservada a faculdade de renúncia”³²⁸.

Às ponderações do autor não há reparos a fazer, porém a elas pode-se acrescentar argumento de matiz social.

O Direito tem como uma de suas principais funções a de evitar e solucionar conflitos sociais. Tendo em mira que uma das maiores, – senão mesmo a maior – fontes de conflitos sociais é a escassez de bens, o Direito normatiza as hipóteses em que, licitamente, é permitido a alguém apoderar-se de dado bem da vida e, em sequência lógica, atribui a ele interditos aptos à defesa da situação constituída em face de quem quer que queira a ela opor-se.

A principal forma pela qual o Direito legitima a aquisição, aproveitamento exclusivo e conservação de bens da vida é o reconhecimento dos direitos subjetivos reais. Contudo, os direitos subjetivos reais têm como característica a exclusividade, é dizer,

³²⁸ *Direito das Coisas* cit. (nota 14.supra), p. 93. Acerca do que chama de caráter *in rem* do direito das coisas, F. ARAÚJO leciona: “não deve ser subestimado, já que é ele que confere às pessoas as condições para desenvolverem recursos e planejarem o futuro com alguma segurança, presas que elas estão da noção de poder direto sobre a *materialidade* das suas posses e dos frutos do seu esforço econômico presente e futuro – uma razão que igualmente recobre a tipificação e o *numerus clausus*, um modo de informação a baixo custo acerca da presença de alcance destes direitos *erga omnes*”. Cf. *A Tragédia dos Baldios e Anti-Baldios – O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 13.

permitem ao seu titular aproveitar, com a exclusão de todos os demais sujeitos de direito, as vantagens que proporciona sobre a coisa que constitui seu objeto.

Por meio da atribuição a alguém de um direito subjetivo real, o Direito opta por excluir – e a exclusão nada tem a ver com relação passiva universal- todas as demais pessoas de, ao mesmo tempo e sobre mesma coisa, obter igual aproveitamento.

Assim, a livre criação de direitos subjetivos reais por ato de autonomia privada, além dos inconvenientes apontados por L. C. PENTEADO e F. ARAÚJO, restringiria de maneira antissocial o acesso jurídico-econômico às coisas, algo que parece contrário ao programa político-constitucional posto pela Constituição Federal de 1988.

Conclui-se, então, que as obrigações *propter rem*, tendo a função de conservação da coisa, não podem logicamente ser criadas por ato de autonomia privada. Porém, caso se as entenda com função diversa, tampouco podem ser originadas por negócio jurídico, haja vista a cláusula de reserva legal na criação de direitos subjetivos reais.

2. Inadimplemento das contribuições condominiais

As contribuições condominiais são típicas obrigações *propter rem*, tanto porque têm por fonte situação jurídica de direito das coisas, como porque se destinam à conservação da *res* comum.

A situação jurídica de copropriedade pode apresentar-se de duas maneiras que interessam ao presente estudo: à maneira de condomínio voluntário e à de condomínio edilício. Em ambas, há por parte do condômino a obrigação de contribuir, em regra na proporção de sua fração ideal, para as despesas de conservação da *res*³²⁹. Porém, estas duas maneiras de ser do condomínio são bem distintas e, como se demonstrará, recebem tratamento jurídico diferenciado pelo Código Civil.

³²⁹ Artigos 1.315 e 1.316, inciso I, ambos do Código Civil.

A distinção entre estas situações jurídicas decorre da estruturação dos interesses dos envolvidos. Enquanto no condomínio voluntário há mera proximidade entre interesses individuais, no condomínio edilício existe verdadeiro interesse coletivo, distinto do interesse de cada um dos condôminos. A administração do condomínio edilício é toda pautada neste interesse coletivo, sendo o adimplemento das contribuições condominiais *conditio sine qua non* de sua preservação.

A interpretação das disposições do Código Civil permite afirmar que o legislador estimula a extinção do condomínio voluntário, enquanto que, com relação ao edilício, busca preservá-lo por várias maneiras, por exemplo, determinando a obrigatoriedade de contratação de seguro para a edificação³³⁰ e estabelecendo a necessidade de aprovação unânime para alteração da destinação do edifício³³¹.

Em virtude da distinção fundamental entre condomínio voluntário e condomínio edilício, não há como se admitir ser sempre possível a aplicação analógica das normas regentes de um ao outro.

Chama-se a atenção para isto porque o artigo 1.316 do Código Civil, como já visto, admite em sede de condomínio voluntário a “renúncia liberatória³³²”, e não é impossível que diante de algum caso concreto queira-se aplicar a permissão analogicamente ao condomínio edilício.

A impossibilidade poderia ser fundamentada, por exemplo, na regra que estatuí que o credor não está obrigado a receber prestação diversa da qual lhe é dívida³³³, mas a verdadeira razão é a apontada diversidade nos interesses em jogo em um e em outro caso.

³³⁰ Art. 1.346 do Código Civil.

³³¹ Art. 1.351 do Código Civil.

³³² Art. 1.316. Pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal.

§ 1º Se os demais condôminos assumem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita, adquirindo a parte ideal de quem renunciou, na proporção dos pagamentos que fizerem.

§ 2º Se não há condômino que faça os pagamentos, a coisa comum será dividida.

Como já afirmado, a hipótese é, na verdade, de reconhecimento de obrigação facultativa.

³³³ Art. 313 do Código Civil.

Ora, se o legislador estimula a extinção do condomínio voluntário, vindo nele fonte constante de conflito, nada mais natural do que permitir a consolidação da propriedade em um sujeito de direito mediante a entrega a ele, a título de pagamento, dos direitos subjetivos de propriedade dos outros.

A realidade do condomínio edilício é outra. Sua preservação exige a disponibilidade efetiva de recursos aptos a atender às despesas com pessoal e equipamentos comuns. Caso fosse admitido o pagamento por meio da entrega da respectiva unidade autônoma e da fração ideal das partes comuns dela inseparável, colocaria-se em risco a existência da liquidez financeira necessária para tanto.

Por essa razão, o Código Civil só admite a entrega do direito subjetivo de propriedade em prestação alternativa às contribuições devidas quando o condomínio edilício tenha sido destruído ou esteja em vias de sê-lo, caso em que, não podendo arcar com as despesas necessárias à sua reconstrução ou manutenção, admite-se essa forma extraordinária de adimplemento³³⁴.

Superada esta questão, pode-se analisar outra também intimamente ligada ao tema do adimplemento das contribuições condominiais em condomínio edilício, qual seja o caráter divisível ou indivisível da prestação correspondente.

A questão que se põe é a de se saber se, havendo condomínio da unidade autônoma, cada condômino responde apenas por parte da contribuição condominial ou se, ao contrário, o condomínio pode exigir de qualquer deles a totalidade da prestação.

Perceba-se que, na hipótese, há duas situações jurídicas concomitantes. A dos condôminos da unidade autônoma, que estão em situação jurídica de condomínio voluntário, e a situação jurídica da unidade autônoma perante o condomínio edilício.

O tema foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial número 500.185/RJ de 10/10/2005. Um condomínio edilício ajuizou ação de cobrança das contribuições condominiais em face dos sete proprietários da unidade autônoma. Logrando

³³⁴ Art. 1.357, § 1º do Código Civil.

citar o coproprietário que residia na unidade autônoma, o condomínio pleiteou a desistência da ação em face dos demais coproprietários, o que foi indeferido pelo juízo de primeiro grau, que entendeu tratar-se de litisconsórcio passivo necessário.

O condomínio edilício recorreu da decisão e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao agravo³³⁵. A coproprietária, mantida como única ré, apresentou recurso especial, alegando afronta aos artigos 626 do Código Civil de 1916 e ao artigo 47 do Código de Processo Civil.

A Ministra relatora, Nancy Andrichi, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento para anular o feito e determinar a integração de todos os coproprietários no polo passivo da demanda. Em voto-vista, o Ministro Castro Filho não conheceu do recurso, no que foi seguido pelo Ministro Pádua Ribeiro. Já o Ministro Menezes Direito acompanhou a relatora, o que gerou empate e determinação de nova inclusão do julgamento em pauta.

Por ocasião do novo julgamento, os Ministros por unanimidade houveram por bem não conhecer do recurso. As razões deste entendimento são hauridas do julgamento da questão pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, na qualidade de Corte *a quo*, entendeu que a hipótese subsumia-se à regra do artigo 625 do Código Civil de 1916, reproduzida *ipsis litteris* no artigo 1.318 do Código Civil em vigor³³⁶, e não no artigo 626³³⁷, também do Código Civil de 1916, como pretendia a recorrente. A Ministra relatora passou, então, a entender correto o julgamento da Corte recorrida e não conheceu do recurso especial, no que foi seguida por unanimidade.

³³⁵ O acórdão foi assim ementado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: *Condomínio. Cobrança de cotas condominiais. Ação proposta em face dos sete proprietários da unidade residencial em débito, logrando-se citar apenas o que nela reside. Desistência da ação quanto aos demais indeferida. Obrigação indivisível e exigível, por isso, de qualquer dos co-proprietários isoladamente. Incidência, no caso, da regra do artigo 625, do Código Civil. Provimento do recurso.* Cf. STJ, 3ª Turma, REsp. n. 500185/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 18/08/2005, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300120862&dt_publicacao=10/10/2005.

³³⁶ Art. 1.318. As dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante; mas terá este ação regressiva contra os demais.

³³⁷ Reproduzida *ipsis litteris* no art. 1.317 do Código Civil de 2002:

Art. 1.317. Quando a dívida houver sido contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão na coisa comum.

Embora a demanda tenha encontrado solução meramente formal no Superior Tribunal de Justiça, alguns votos contêm afirmações de direito material que merecem análise antes que se possa apresentar sugestão de solução à questão da divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação condominial no caso de copropriedade da unidade autônoma integrante de condomínio edilício.

Quando do julgamento em que houve empate, o Ministro Castro Filho afirmou que:

“(...) a divisão da unidade autônoma em partes iguais somente interessa aos co-proprietários, na relação que existe entre eles, internamente, pois, em relação ao condomínio como um todo, existe uma única parte ideal, um único apartamento, que deve ser considerado unitariamente. Assim, pode o síndico executar qualquer um dos co-proprietários, presumindo-se que um deles possa exercer a administração em nome e no interesse dos demais, o qual, na forma do parágrafo único do artigo 891 do Código Civil anterior, sub-roga-se junto aos outros co-obrigados. Em casos que tais, a ação de cobrança das despesas condominiais tem natureza jurídica de ação pessoal, tornando-se a formação do litisconsórcio passivo apenas facultativa, tendo em vista a prevalência do interesse da coletividade dos condôminos em receber a dívida, a qual deve ser satisfeita de forma imediata, sob pena de se poder inviabilizar a própria manutenção e conservação do imóvel, cujas despesas são inadiáveis e atendem o interesse de todos. É possível, por conseguinte, a citação apenas daquele em nome de quem foram extraídos os boletos ou que efetivamente habite o imóvel comum, sem a obrigatoriedade de trazer à lide os demais condôminos. Sendo a obrigação indivisível, qualquer dos coproprietários responde solidariamente pela dívida.” (grifou-se).

Já em seu voto-vista, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, aderindo expressamente ao voto do Ministro Castro Filho, asseverou que:

“A obrigação do condômino é uma obrigação *propter rem*, que decorre de sua condição de comunheiro. A dívida dos coproprietários em relação ao condomínio caracteriza-se como individual, razão pela qual cada um dos devedores está obrigado pela dívida inteira, respondendo solidariamente por ela, podendo o credor exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum, como se depreende do art. 625 do Código Civil de 1916 (...).” (grifou-se).

A construção do Ministro Castro Filho, seguida expressamente pelo Ministro Antônio Pádua Ribeiro, no sentido de, neste caso, identificar duas relações jurídicas - a interna entre os coproprietários, e a externa, entre eles e o condomínio edilício-, é bastante interessante. Porém, não é correto inferir solidariedade de eventual indivisibilidade da obrigação como fazem os Ministros.

A obrigação dos condôminos perante o condomínio edilício não é solidária pelo simples fato de o Código Civil não haver estabelecido solidariedade entre eles. Assim, pelo fato de a solidariedade não se presumir no Brasil³³⁸, a menos que a convenção condominial a tenha estipulado, não há de falar-se em solidariedade entre os condôminos perante o condomínio edilício.

Cumpre, sim, verificar se a obrigação em tela é ou não indivisível. Mas, por imperativo lógico, antes de concluir pela natureza divisível ou indivisível da obrigação de pagar a contribuição condominial, é necessário fixar o conceito de divisibilidade e de indivisibilidade.

O trato da divisibilidade e indivisibilidade da obrigação enfrenta um problema preliminar fundamental, qual seja saber sobre o que se está versando. É lição

³³⁸ Art. 265 do Código Civil.

primária a de divisar na relação jurídica obrigacional o elemento objetivo, prestação, e o objeto deste elemento; o bem da vida.

Assim, por exemplo, se alguém deve dar a outrem um animal, diz-se que o *dar* é o elemento objetivo, é dizer, a prestação, enquanto que o animal é o objeto da prestação, isto é, o bem da vida.

Pois bem, quando se trata de estudar a divisibilidade ou indivisibilidade em sede de relação jurídica obrigacional, a doutrina ora leva em consideração o caráter divisível ou indivisível da prestação, ora o caráter divisível ou indivisível do bem da vida³³⁹.

A matéria sofreu alteração com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, mais especificamente com a previsão do artigo 258³⁴⁰, sem igual no Código Civil revogado, e com a alteração de *locus* da regra do artigo 889 do Código Civil de 1916, que, no Código Civil de 2002 é reproduzida por seu artigo 314³⁴¹, a propósito da disciplina do pagamento.

É que, antes, o intérprete encontrava-se entre três normas paradigmas a partir das quais deveria extrair a noção de divisibilidade e indivisibilidade, a saber, as normas dos artigos 889, 890 e 891 do Código Civil de 1916³⁴², cujas redações são idênticas às dos artigos 314, 257 e 259, respectivamente, do Código Civil de 2002³⁴³, e agora deve levar em consideração, também, o disposto no artigo 258 do vigente Código Civil.

³³⁹ Cf. R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, Jovene, 1953, pp. 4-5, em que o autor aborda as controvérsias doutrinárias acerca do fator determinante da divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação.

³⁴⁰ Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.

³⁴¹ Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

³⁴² Art. 890. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores. Art. 891. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

³⁴³ Art. 257. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores. Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

Sob a vigência do Código Civil de 1916, escreveu F. C. PONTES DE MIRANDA:

“Lê-se no artigo 889 do Código Civil: ‘Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por parte, se assim não se ajustou’. Daí se tira: que a prestação (ou o objeto da prestação) pode ser divisível e ser indivisível a obrigação, porque foi isso que, em regra jurídica dispositiva, estabeleceu o Código Civil no artigo 889. Apenas se há de prever a regra jurídica especial que faça indivisível, cogentemente, determinada prestação. A indivisibilidade da obrigação por ser indivisível a prestação (ou o objeto da prestação) não exaure os casos de indivisibilidade, porque há, no direito brasileiro, a regra jurídica de serem indivisíveis as obrigações, salvo disposição em contrário.

(...). O Código Civil absteve-se de definir obrigações indivisíveis e divisíveis. Pôs a regra jurídica do artigo 889, que é *ius dispositivum* e pode ser lido como se dissesse: as obrigações são, em princípio, indivisíveis. Pré-exclui-se a indivisibilidade se se dispõe de cláusula exceptiva do princípio. No sistema jurídico brasileiro, que fez depender da vontade manifestada a divisibilidade da obrigação, não se pode dizer que a obrigação de dar *quantitas* de coisa fungível (cem tonéis de vinho) seja divisível, **por sua natureza**, (aí confundido com seu objeto). É o que resulta do Código Civil, art. 889. Se o figurante ou os figurantes criaram no negócio pluralidade de devedor ou de credor em obrigação que teria possibilidade de ser facilmente divisível, por ser divisível o objeto, então se tem por manifestada vontade de divisibilidade da obrigação, e incide o art.890. (...) A indivisibilidade da obrigação não depende só da indivisibilidade do objeto da prestação, porque a indivisibilidade é o princípio. Do que acima se disse tira-se que, se não há

pluralidade de credores ou devedores, o problema da indivisibilidade ou divisibilidade se simplifica extraordinariamente, porque o sistema jurídico, de vez de pôr por princípio fundamental que a indivisibilidade do objeto ou sua divisibilidade é que faz ser indivisível ou divisível a prestação e, pois, a obrigação, adotou solução radical, embora só dispositivamente: as obrigações são indivisíveis, a despeito da divisibilidade do objeto³⁴⁴”. (Sem grifos no original).

Pensa-se que a regra do artigo 257 do Código Civil vigente é regra interpretativa, vale dizer, presta-se a auxiliar o realizador do direito a compreender as relações jurídicas obrigacionais concretas, exatamente como fazia a regra do artigo 890 do Código Civil revogado. Ao positivizar a regra do artigo 258, o legislador de 2002 simplesmente potencializou a força interpretativa do artigo 257, estabelecendo, *a contrario*, os critérios de divisibilidade da obrigação.

Já a regra do artigo 889 do Código Civil de 1916 era – como é hoje explicitamente a do artigo 314 – regra para evitar a imposição do pagamento *aliud pro alio*, e só indiretamente dizia respeito à natureza divisível ou indivisível da obrigação.

Como ensina F. C. PONTES DE MIRANDA no trecho citado, a princípio a relação jurídica obrigacional há de ser interpretada de modo a evitar que o credor seja obrigado a receber, ou o devedor a prestar, em partes o que se convencionou prestar por inteiro. A cláusula final do artigo 314 (artigo 889 do CC/16), expressa na locução *se assim não se ajustou*, não exige em todo caso ajuste expresso das partes, podendo, ao contrário, tratar-se de convenção implícita.

Quando se está diante de relação jurídica obrigacional subjetivamente simples, a prestação deverá ser realizada por inteiro, salvo se expressamente se ajustou a prestação em partes. Agora, em se tratando de obrigação subjetivamente complexa, se as partes nada dispuseram é porque chamaram a incidência da regra do artigo 257, combinada com a regra do artigo 258, que, como é próprio das regras dispositivas, suprirá a omissão

³⁴⁴ *Tratado cit.* (nota 73.supra), pp. 156-157.

da declaração negocial, determinando a divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação conforme tenha ou não por objeto da prestação coisa ou fato suscetível de divisão, levando-se em conta sua natureza física ou fins econômicos ou negociais.

Dando-se seguimento à questão da divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação de pagar a cota condominial devida ao condomínio edilício em se tratando de unidade autônoma em situação de condomínio voluntário, há de ter-se cautela com raciocínios simplistas. À primeira vista, a solução imposta é a da divisibilidade, pois a obrigação é subjetivamente complexa (há pluralidade de devedores) e a prestação tem por objeto dinheiro, coisa naturalmente divisível.

A conclusão, no entanto, está errada, e isso porque desconsiderou-se um dado fundamental consubstanciado nas regras sobre a contribuição condominial em condomínio edilício. Com efeito, salvo estipulação em contrário na convenção condominial, o valor da contribuição condominial será calculado com base na fração ideal sobre a parte comum (Artigo 1.336, inciso I do Código Civil e artigo 12, § 1º da lei número 4.591/64).

Diferentemente do que se possa imaginar, a fração ideal sobre as áreas comuns é referencial quantitativo da unidade autônoma, e não do seu ou dos seus titulares, tanto que o inciso II do artigo 1.332 do Código Civil faz menção à fração ideal atribuída a cada unidade e o § 2º do artigo 1º da lei número 4.591/64 estatui a inseparabilidade da fração ideal das coisas comuns da unidade autônoma.

A fração ideal, em regra, serve para determinar o *quantum* de contribuição condominial que é devido ao condomínio edilício. O fundamento para a cobrança da contribuição condominial é que cada unidade autônoma representa um custo de manutenção para o condomínio edilício, custo esse que será atendido justamente pelas contribuições condominiais estipuladas pela Assembleia de Condôminos, em regra, com base na fração ideal da parte comum atribuída à unidade autônoma. Ora, se o cálculo do *quantum* devido a título de contribuição condominial tem por base o custo de manutenção que cada unidade autônoma implica para o todo, é óbvio que deve ser realizado com

absoluta irrelevância de a unidade autônoma ser ou não de propriedade de mais de uma pessoa.

Daí ter razão o Ministro Castro Filho em reconhecer duas relações jurídicas distintas: a dos condôminos da unidade autônoma perante o condomínio edilício e a dos condôminos da unidade autônoma entre si. Na primeira, calcula-se o quanto a unidade autônoma concorre para os gastos comuns e a partir desse cálculo determina-se o valor da contribuição condominial a ser periodicamente pago ao condomínio edilício. Na segunda, cada condômino terá fração ideal da unidade autônoma e, apenas indiretamente, sobre a parte comum. Esta fração ideal da unidade autônoma é relativa apenas aos seus coproprietários, verdadeira *res inter alios*, estranha, pois, ao condomínio edilício.

Sendo certo que a manutenção do condomínio edilício exige que cada unidade autônoma, por seus titulares, forneça-lhe, periodicamente, um dado valor mínimo, está-se diante do caso típico de indivisibilidade da obrigação por motivo de ordem econômica (artigo 258 do Código Civil), sendo permitido ao condomínio edilício no caso de pluralidade de proprietários da unidade autônoma exigir a contribuição condominial integralmente de cada um deles (artigo 259 do Código Civil).

Está noção de indivisibilidade por motivo de ordem econômica, embora não prevista expressamente pelo Código Civil de 1916, era já considerada pela melhor doutrina. F. C. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, ensinou que:

“Nas expressões ‘obrigações indivisíveis’ e ‘obrigações divisíveis’ há elipses: obrigações indivisíveis são as que se não podem adimplir por partes; obrigações divisíveis, as que podem ser adimplidas por partes. Portanto: ‘obrigação indivisível’ = ‘obrigação (em que o adimplemento é) indivisível’; ‘obrigação divisível’ = ‘obrigação (em que o adimplemento é) divisível’. **Nessa, o credor, recebendo parte, parcialmente se satisfaz; naquela, não: o adimplemento parcial não seria adimplemento, ou teria havido acordo posterior, que atingiria a relação**

jurídica”³⁴⁵.

Também R. CICALA, embora opte por caracterizar a divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação a partir do objeto da prestação, traz em sua obra colocação que vai ao encontro do que se tem sustentado:

“(…) Divisibilidade da obrigação é a possibilidade que o adimplemento da obrigação parcial forneça ao credor, proporcionalmente, a mesma utilidade que seria alcançada pelo adimplemento da obrigação total”³⁴⁶.

A partir dos ensinamentos dos autores citados, que associam as características da divisibilidade e indivisibilidade ao conceito de adimplemento, é seguro afirmar o caráter indivisível da obrigação de contribuir com as despesas condominiais, afinal o pagamento parcial não será suficiente para atender às despesas do condomínio edilício, caracterizando, na verdade, inadimplemento.

3. Obrigação *propter rem* no caso de pluralidade de direitos subjetivos reais

Uma mesma coisa pode ser objeto de mais de uma situação jurídica de direito das coisas, caso em que se põe a questão acerca de quem serão os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica obrigacional *propter rem* que eventualmente surja.

No caso daqueles direitos subjetivos, classificados aqui como absolutos em sentido amplo pelo fato de sempre se apresentarem mercê de relação jurídica, pode ocorrer que o direito objetivo tenha fornecido solução *a priori*, como no caso do usufruto (artigo 1.403 do Código Civil), em que se determinam quais as despesas que cabem ao nu-proprietário e quais as que cabem ao usufrutuário. No entanto, tal como ocorre com o direito real de superfície, o Código Civil é silente como também o é o Estatuto da Cidade, cabendo, pois, ao intérprete estabelecer quais as despesas cabíveis a cada um dos sujeitos *in relationem*.

³⁴⁵ *Tratado* cit. (nota 73.supra), p. 167, sem destaque no original.

³⁴⁶ *Concetto* cit. (nota 339.supra), p. 209.

Ao lado desta *quaestio iuris*, há outra cuja resposta é tão importante quanto, e que consiste em saber a qual dos sujeitos *in relationem* compete solver o débito *propter rem* tendo por credor um terceiro, por exemplo, um vizinho.

G. BALBI forneceu a solução que se afigura como a mais coerente para ambas as hipóteses. Para o autor, será devedor *propter rem* aquele sujeito cujo direito subjetivo contiver as posições jurídicas ativas que ensejaram o surgimento da obrigação *propter rem*, pois o proprietário era considerado sujeito passivo desta obrigação justamente em razão de titularizar ativamente tais posições jurídicas³⁴⁷.

G. BALBI, no entanto, ao buscar fundamentar esse seu posicionamento faz afirmação que merece análise mais detida. São suas palavras:

“O proprietário não pode ser obrigado *ob rem* enquanto a existência de um direito real especial retira-lhe a possibilidade de adimplir; e visto que não se pode admitir que a obrigação permaneça inadimplida, deve-se concluir que outro é obrigado a realizar o adimplemento, precisamente o titular do direito real especial relacionado ao comportamento devido e ao escopo da relação”³⁴⁸.

Embora G. BALBI tenha razão ao afirmar que a obrigação *propter rem* deve ser satisfeita pelo titular do direito subjetivo real cujo conteúdo a ela esteja vinculado, não é verdade que a existência de um direito subjetivo real concomitante ao direito real subjetivo de propriedade, por si só, impeça o proprietário de adimplir a obrigação *propter rem*³⁴⁹.

O verdadeiro fundamento da correta asserção de G. BALBI pode ser encontrado a partir da noção de situação jurídica. Por comportar um complexo de posições jurídicas ativas e passivas, a categoria da situação jurídica permite que se tenha clareza da correlação que, via de regra, há entre a atribuição a um sujeito de direito de uma posição

³⁴⁷ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 125.

³⁴⁸ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 125.

³⁴⁹ Cf. pte. 2^a, cap. II.3.4, retro.

jurídica ativa e a atribuição também a ele da correspectiva posição jurídica passiva. Esta correlação é algo imanente ao Direito, tendo mesmo sido expressa pelas fórmulas latinas *ubi emolumentum, ibi onus e ubi commoda, ibi incommoda*.

Destarte, havendo concorrência de direitos subjetivos reais sobre a mesma coisa, caso o direito positivo não haja atribuído expressamente a um dos sujeitos *in relationem* o dever de adimplir a obrigação *propter rem*, esta posição jurídica passiva deve ser atribuída ao titular imediato dos poderes sobre a coisa. Assim, por exemplo, havendo sobre a mesma coisa direito subjetivo de propriedade e direito subjetivo de superfície, caberá ao superficiário arcar com as despesas e obrigações *propter rem* relacionadas ao uso e gozo da coisa, afinal é quem diretamente auferir seus benefícios.

Esta regra geral não afasta as conclusões a que se chegou neste trabalho a partir da análise dualista da obrigação. Deste modo, e ainda utilizando o direito real de superfície como exemplo, embora o superficiário seja devedor e responsável pela obrigação *propter rem* em face de terceiro, o proprietário será responsável por ela, mas, por não ser seu devedor, poderá, em regresso, cobrar do superficiário os valores que, na qualidade de responsável, pagou ao terceiro.

Outra hipótese também aventada e solucionada por G. BALBI é a da concorrência entre direitos subjetivos reais cujos conteúdos não sejam absolutamente excludentes entre si. O exemplo fornecido pelo autor é o da concorrência do direito subjetivo de propriedade com o direito subjetivo de servidão. O titular do direito subjetivo de propriedade que tenha sobre o outro prédio servidão pode dele se valer, por exemplo para passar, sem que isso tolha o igual direito do proprietário do prédio serviente. Nessa hipótese, G. BALBI entende que as obrigações *propter rem* que surgirem, desde que relacionadas com a faculdade em questão- no exemplo, o uso para passagem-, devem ser suportadas pelo titular do direito real mais geral, pois sua posição jurídica ativa é mais ampla que a do titular do direito subjetivo real menos amplo³⁵⁰.

Finalmente, G. BALBI entende que o titular do direito subjetivo real menos amplo, quando seja devedor de obrigação *propter rem*, não pode extinguir a relação

³⁵⁰ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 126.

jurídica obrigacional pelo abandono ou renúncia, mas pode renunciar ao próprio direito subjetivo, o que acarretará a transmissão da obrigação *propter rem* àquele em favor de quem, por efeito da renúncia, forem atribuídos os poderes constitutivos do direito subjetivo real extinto³⁵¹.

Mais uma vez, o recurso à análise dualista do vínculo obrigacional permite compreender o que realmente ocorre no caso da renúncia do direito subjetivo real menor. O renunciante continuará sendo devedor das obrigações *propter rem* que surgiram enquanto era o titular do ditreito, sendo certo que, caso o titular do direito subjetivo real mais amplo- por exemplo, o proprietário-, as adimpla, o fará na qualidade de terceiro interessado, sub-rogando-se, pois, na posição jurídica do primitivo credor³⁵².

4. Obrigação *propter rem* e situação jurídica do adjudicante e do arrematante do imóvel em hasta pública

A arrematação é a atribuição do bem sob constrição judicial àquele que, por ele, ofereceu o maior lance³⁵³. É parte do processo de responsabilização patrimonial daquele que devia satisfazer ao credor ou que a tanto obrigou-se e que culmina na atribuição a ele do produto obtido com a alienação do bem. Porém, a arrematação não é a alienação do bem imóvel ao arrematante, pois o bem só passará a sua propriedade quando, após a arrematação, a respectiva carta é registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente.

A arrematação envolve atos jurídicos recíprocos do arrematante e do Estado. O arrematante, ao emitir o lance, pratica negócio jurídico unilateral de proposta de aquisição. Já o Estado, titularizando, não o direito subjetivo de propriedade, mas o poder de disposição³⁵⁴, pratica ato jurídico pelo qual declara satisfatório o lance e atribui ao lançador o poder de, mediante o registro mencionado, adquirir o direito subjetivo sobre o bem.

³⁵¹ *Le obbligazioni* cit. (nota 140.supra), p. 126.

³⁵² Cf. pte. 2^a, cap. II.3, retro

³⁵³ Cf., nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo X, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 345.

³⁵⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários* cit. (nota 353.supra), p. 353.

A adjudicação consiste no ato judicial que atribui o bem constricto ao exequente, seja ele o credor ou o terceiro interessado na extinção da dívida, que oportunamente o requerer ³⁵⁵. Vê-se, então, que a arrematação e a adjudicação, embora distintas, são meios para satisfação do exequente por meio da atribuição a ele do produto da execução (sujeição) do patrimônio do responsável pela obrigação.

A arrematação e a adjudicação implicam a transferência do bem do patrimônio do executado ao patrimônio de outrem. Ambas são formas derivadas de aquisição do direito subjetivo de propriedade e, por isso, o adquirente sucede o expropriado em seu direito subjetivo, razão pela qual se mantêm sem alteração as posições jurídicas ativas e passivas que o constituem.

Isto significa que, diferentemente do que ocorre com a usucapião- forma originária de aquisição do direito subjetivo de propriedade-, a arrematação e a adjudicação não livram o arrematante e o adjudicatário de responderem pela satisfação das posições jurídicas passivas que acaso componham o direito subjetivo relativo ao objeto que fora judicialmente constricto.

Tanto isso é verdade que o Código de Processo Civil dispõe que o arrematante pode tornar sem efeito a arrematação se provar a existência de algum gravame, não previsto no edital, sobre o direito subjetivo ³⁵⁶, regra que se aplica ao adjudicante ³⁵⁷.

Ora, como já se afirmou, a proposta de aquisição do bem constricto é negócio jurídico que, portanto, submete-se aos requisitos de validade do artigo 104 do Código Civil, bem como pode padecer dos vícios do consentimento, dentre eles, de erro. Uma interpretação plausível, pois, da norma prevista no artigo 694, § 1º, III do Código de Processo Civil é a de que contempla uma hipótese de erro invalidante do negócio jurídico que, reconhecido, autoriza o desfazimento (“tornar sem efeito”) da arrematação ou adjudicação.

³⁵⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários* cit. (nota 353.supra), p. 427, e L. G. MARINONI – S. C. ARENHART, *Curso* cit. (nota 75.supra), p. 322.

³⁵⁶ Art. 694, § 1º, III do CPC.

³⁵⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários* cit. (nota 353.supra), p. 389.

Destarte, a solução que o sistema jurídico oferece ao arrematante ou adjudicatário no caso de haver “ônus” não previsto no edital é uma só: desfazer a arrematação ou adjudicação, mas jamais torná-los irresponsáveis por tais “ônus”. Então, caso não busquem tornar sem efeito a arrematação ou adjudicação em prazo hábil, conservarão a qualidade de responsáveis.

Note-se que se afirmou que arrematante e adjudicatário se conservam responsáveis pela satisfação das obrigações acaso existentes, mas não assume a posição jurídica de devedores, razão pela qual, ao satisfazerem as obrigações, sub-rogam-se nas posições jurídicas dos primitivos credores e se tornam legitimados a agirem em regresso em face dos devedores.

Contudo, embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha decidido desta forma³⁵⁸, há decisões posteriores em sentido contrário que representam verdadeiro retrocesso³⁵⁹.

Finalmente, especificamente em relação à adjudicação, situação hipotética interessante pode-se dar. Suponha-se que o condomínio edilício ajuíze ação de cobrança de dívida condominial contra condômino que, ao final, vem a ser condenado e tem sua unidade autônoma penhorada. Suponha-se, ainda, que o valor da dívida supere o valor do imóvel. *Quid iuris* se o condomínio adjudica a unidade autônoma penhorada?

Se o condomínio, por força da aquisição, assumisse a posição jurídica de devedor, ocorreria o fenômeno da confusão e a obrigação se extinguiria (artigo 381 do Código Civil). Contudo, não é isso que ocorre. O condomínio não assume a posição jurídica de devedor, mas tão somente a de responsável. Porém, como é impossível logicamente responder perante si mesmo, resta-lhe a possibilidade de prosseguir na execução contra o devedor, antigo proprietário.

³⁵⁸ Cf. STJ, 4ª Turma, REsp. n. 659584/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 04/04/2006, disponível in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400646141&dt_publicacao=22/05/2006.

³⁵⁹ Cf. STJ, 3ª Turma, REsp. n. 540025/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/03/2006, in https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300608638&dt_publicacao=30/06/2006.

CONCLUSÃO

Com esta dissertação, procurou-se analisar o instituto da obrigação *propter rem*, traçando-lhe os contornos e expondo suas características. O objetivo que se almejou alcançar foi o de apresentar uma descrição da obrigação *propter rem* que fosse coerente com o sistema jurídico brasileiro, razão que autoriza qualificar este trabalho como dogmático.

Embora não se trate de tese, a pesquisa levada a efeito permitiu que se chegasse a algumas conclusões:

1. A obrigação *propter rem* é instituto de direito pessoal, não havendo qualquer característica autorizando sua qualificação como direito real ou, menos ainda, como “instituto híbrido”;

2. A obrigação *propter rem*, não obstante, muitas vezes, preste-se a resolver conflitos entre titulares de situações jurídicas de direito real, tem por função precípua a conservação da coisa, objeto de direito subjetivo real ou pessoal, razão pela qual a prestação na obrigação *propter rem* deve ser encarada como realização com função de adimplemento de uma benfeitoria necessária;

3. Os tributos ditos reais, como IPTU, ITR, IPVA, não são fontes de obrigação *propter rem*, e a insistência em assim os qualificar é fonte de distorções sistemáticas e, conseqüentemente, de decisões judiciais equivocadas;

4. A transmissão do direito subjetivo sobre a coisa não implica transmissão da dívida *propter rem* acaso existente, mas, tão somente, acarreta a responsabilização do adquirente por sua satisfação;

5. O termo *renúncia*, quando adjetivado como *translativa*, ou acompanhado da locução *em favor de*, significa tecnicamente, em sede de direitos reais, modo facultativo de satisfação de obrigação;

6. O abandono liberatório só deve ser admitido quando o abandonante seja responsável pela dívida unicamente pela existência em sua esfera jurídica de um dado direito subjetivo, como nas hipóteses de adquirente de imóvel hipotecado ou de arrematante de bem excutido para satisfazer dívida, cujo valor seja superior ao valor despendido para arrematá-lo.

BIBLIOGRAFIA

ABERKANE, Hassen, *Essai D'Une Théorie Générale de L'Obligation Propter Rem en Droit Positif Français*, Paris, LGDJ, 1957, pp. 1-266.

ADEODATO, João Maurício, *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 1-270.

ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. I, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 1-450.

_____. *Direito Romano*, v. II, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 1-579.

AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 1-609.

ANDRADE, Manuel António Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. I, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1-296.

ARAÚJO, Fernando, *A Tragédia dos Baldios e Anti-Baldios – O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 11-252.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, Moraes, 1962, pp. 13-547.

_____. *Direito Civil – Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas*, v. 3, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

_____. *Direitos Civis Reais*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 11-638.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, pp.1-326.

AZEVEDO, Antonio Junqueira, *Parecer – Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 3-410.

BALBI, Giovanni, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, Giappichelli, 1950, pp. 7-234.

BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, ESI, 2002, pp. 7-593.

_____. *Teoria generale delle obbligazioni –Struttura dei rapporti d’obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 7-157.

BIONDI, Biondo, *Instituições de Direito Romano*, 2ª edição, Milano, 1952, s.e., pp.1-741.

_____. *Trattato di diritto civile e commerciale – Le servitù*, v. XII, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 3-950.

BOBBIO, Norberto, *Eguaglianza e liberta*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 3-96.

_____. *Dalla struttura alla funzione*, trad. port. de D. B. Versiani, *Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito*, São Paulo, Manole, 2008, pp. 1-271.

_____. *Teoria generale del diritto*, trad. port. de D. Agostinetti, *Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 3-321.

BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di diritto romano*, trad. esp. de L. Bacci e A. Larrosa, *Instituciones de Derecho Romano*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1951, pp. 1-681.

BORGES, José Souto Maior, *Obrigaçã Tributária – Uma Introdução Metodológica*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, pp. 19-142.

CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, CEDAM, 1927.

_____. *Teoria generale del diritto*, trad. port. de A. R. Queirós e A. A. Castro, *Teoria Geral do Direito*, Rio de Janeiro, Âmbito Cultural, 2006, pp. 25-506.

CARVALHO, Orlando de, *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil I - A Teoria Geral da Relação Jurídica – Seu Sentido e seus Limites*, 2ªedição, Coimbra, Centelha, 1981 pp. 17-98.

CHUAHY DE PAULA, Fernanda Pessoa et. al. (org.), *Direito das Obrigações – Reflexões no Direito Material e Processual*, São Paulo, Método, 2012, pp. 1-587.

CICALA, Raffaele, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 1953, pp. 3-233.

CICU, Antonio, *L’obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, Giuffrè, 1948.

COMPARATO, Fábio Konder, *Essai D`Analyse Dualiste de L’Obligationen Droit Privé*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 3-230.

_____. *Nota sobre Parte e Legitimação nos Negócios Jurídicos*, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 3-550.

CORDEIRO, António Menezes, *A Posse – Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 7-164.

_____. *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993, pp. 11-781.

_____. *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral*, Tomo I, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 25-888.

_____. *Tratado de Direito Civil Português –II Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 23-759.

CORRÊA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, vol. I, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1953, pp. 11-487.

COUTO E SILVA, Clóvis do, *A Obrigação Como Processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2007, pp. 17-169.

D'AGUANO, Giuseppe, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, Torino, Bocca, 1890. pp. 1-588.

DANTAS, San Tiago, *Conflito de Vizinhança e sua Composição*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972, pp.15-284.

DE LUCA, Alfredo, *Gli oneri reali e le obbligazioni “ob rem”*, Roma, Athenaeum, 1915.

DEL NERO, João Alberto Schützer, *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 1-450.

_____. *O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 3 (1997).

DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, trad. it. de F. B. Cicala, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, Bocca, 1903, pp. 1-638.

FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 1-291.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 1-333.

- FERNANDES, Adauto, *Das Obrigações no Direito Brasileiro*, vol. I, 1ª ed., Rio de Janeiro, A. Coelho Branco, 1949, pp. 11-575.
- FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano – Dottrine generali*, v. I, Roma, Athenaeum, 1921, pp. 1-885.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo, Limonad, 1998, pp. 9-195.
- _____. *Introdução ao Estudo Do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, pp. 1-335.
- FULGÊNCIO, Tito, *Do Direito das Obrigações – Das Modalidades das Obrigações*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp. 5-478.
- GAIUS, *Institutas do Jurisconsulto Gaio*, trad. port. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, RT, 2004, pp. 37-230.
- GATTI, Edmundo, *Derechos Subjetivos y Relaciones Juridicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 7-165.
- GENY, François, *Método de Interpretacion y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925, pp. 1-683.
- GERI, Lina Bigliuzzi, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, v. XI, Milano, Giuffrè, 1984, pp.1-159.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 1-196.
- GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pp. 1-388.
- _____. *Obrigações*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, pp. 1-387.
- GROSSO, Giuseppe, e DEJANA, Giommara, *Trattato di diritto civile italiano – Le servitù prediali*, Tomo I, v. V, Torino, Torinese, 1951.
- IRTI, Natalino, *Um dialogo tra Betti e Carnelutti – intorno alla teoria dell’obbligazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Ano LXI (2007).
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius, *Institutas do Imperador Justiniano*, trad. port. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, RT, 2000, pp. 21-302.

JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano I – Parte Geral – Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, 2003.

_____. *Direito Privado Romano II – Direito das Obrigações*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pp. 11-225.

KANT, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Americalee, 1943, pp. 21-200.

_____. *Kritik der Praktischen Vernunft*, trad. port. de V. Rohden, *Crítica da Razão Prática*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 3-258.

_____. *Kritik der Reinen Vernunft*, 1781, trad. port. de M. P. Santos e A. F. Morujão, *Crítica da Razão Pura*, 7ª ed., São Paulo, Gulbenkian, 2010, pp. 36-673.

_____. *Rechtslehre*, trad. port. de E. Bini, *Introdução ao Estudo do Direito – Doutrina do Direito*, 2ª ed., Bauru, Edipro, 2007, pp. 21-167.

LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1953, trad. esp. de J. S. Briz, *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 13-518.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário – Análise do Nexo Causal*, São Paulo, RT, 2008, pp. 21-178.

LIMA, Alvino, *A Fraude no Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, pp. 1-338.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 1-313.

LOSANO, Mario Giuseppe, *Sistema e struttura nel diritto*, trad. port. de L. Lamberti, *Sistema e Estrutura no Direito*, v. 2, São Paulo, Martins Fontes, 2010, pp. XXXV-349.

LUMIA, Giuseppe, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 1973, trad. port. de D. Agostinetti, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 3-180.

MAIA, Paulo Carneiro, *Obrigações “propter rem”*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 55 (1977).

_____. *Obrigações propter rem*, in RT, 315 (1962).

MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Limitações ao Direito de Propriedade*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2011, pp. 12-257.

- MANNA, Lorena, *Le obbligazioni propter rem*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 1-220.
- MARCONDES, Sylvio, *Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, Limonad, 1970, pp. 1-442.
- MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. 2, 10ª ed., São Paulo, RT, 2012, pp. 29-688.
- MATTIA, Fábio Maria de, *O Direito de Vizinhança e a Utilização da Propriedade Imóvel*, São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 9-300.
- MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª Parte*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, 1-250.
- _____. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*, 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007 pp.3-262.
- MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ônus reais*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 9-471.
- MONTEIRO, Washington de Barros, e DABUS MALUF, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, v. 3, 39ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 1-536.
- MORAES FILHO, Evaristo de, *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 13-421.
- MÜLLER, Friedrich, *Strukturierende Rechtslehre*, trad. port. de P. Naumann e E. A. Souza, *Teoria Estruturante do Direito*, v. I, São Paulo, RT, 2008, pp. 9-300.
- NERY, Rosa Maria de Andrade, *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo, RT, 2008, pp. 11-304.
- NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 3-688.
- OFFIDANI, Alessandro Mariano, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1952, pp. 11-114.
- PACCHIONI, Giovanni, *Obbligazioni e contratti – Succinto commento al libro quarto del codice civile*, Padova, CEDAM, 1950, pp.3-158.
- PASSARELLI, Francesco Santoro-, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, Jovene, 2002, pp. 23-309.
- PENTEADO, Luciano de Camargo, *Direito das Coisas*, São Paulo, RT, 2008, pp. 27-483.

_____. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 15-294.

_____. *Que coisa é a coisa? Reflexões em torno a um pequeno ensaio de Carnelutti*, in *Revista de Direito Privado*, RT, 39 (2009).

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*, v. I, 5ª ed. Brasília, Senado Federal, 2004, pp. 21-513.

PETIT, Eugène Henri Joseph, *Traité Elemental du Droit Roman*, trad. port. de J. L. C. Porto, *Tratado Elementar de Direito Romano*, Campinas, Russell, 2003, pp. 19-922.

POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni – Nel diritto civile italiano*, 2ª edição, Roma Athenaeum, 1915, pp. 7-684.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo X, Rio de Janeiro, Forense, 1976, pp. 3-545.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas*, Tomo I, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, pp. 3-480.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Bens. Fatos Jurídicos*, Tomo, II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, pp. 3-507.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos Pretensões. Ações*, Tomo V, 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, pp. 3-502.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da Propriedade Imobiliária*, Tomo XI, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, pp. 5-431.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Pretensões e Ações Imobiliárias Dominicais. Perda da Propriedade Imobiliária*, Tomo XIV, 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, pp. 3-314.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas: Direitos Reais Limitados. Enfiteuse. Servidões*, Tomo XVIII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, pp. 5-484.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Coisas: Usufruto. Uso. Habitação. Renda sobre Imóvel*, Tomo XIX, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, pp. 3-439.

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações*, Tomo XXII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, pp. 7-403.

PRATES, Manoel Martins Pacheco, *Estudos de Direito Civil*, 2ª ed., São Paulo, Lyceu Coração de Jesus, 1926, pp. 13-297.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 1-379.

RIGAUD, Louis, *Le Droit Réel – Histoire et Theories Son – Origine Institutionelle*, Toulouse, Nanze, 1912.

ROCCO, Alfredo, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* VIII (1910).

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, v. 2, Saraiva, 28º ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

ROPPO, Vincenzo, *Diritto Privato*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 3-1001.

ROSS, Alf, *Directives and Norms*, trad. esp. de J. S.-P. Hierro, *Logica de las Normas*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 11-170.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. fr. de M. Ch. Guenoux, *Traité de Droit Romain*, Tomo I, Paris, Frères, 1840. pp. 1-404.

SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 5-441.

SIMÃO, José Fernando, *Direito Civil – Contratos*, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 3-275.

_____. *Tempo e Direito Civil – Prescrição e decadência*, Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, pp. 12-334.

SOUZA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, v. I, Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 9-292.

TEIXEIRADE FREITAS, Augusto, *Código Civil – Esboço*, v. 1, Brasília, Ministério da Justiça e UnB, 1983, pp. 1-350.

TELLES Jr, Goffredo, *Iniciação na Ciência do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 3-384.

THON, August, *Rechtsnorm und Subjectives Recht – Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, 1878, trad. it. de A. Levi, *Norma giuridica e diritto soggettivo – Indagini di teoria generale del diritto*, 2ª ed., Padova, Milani, 1951, pp. 11-366.

THUR, Andreas von, *Der Allgemeine Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, trad. esp. de T. Ravá, *Teoria General del Derecho Civil Aleman*, v. I¹, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. 11-448.

TOMASETTI JR., Alcides, *Comentário*, in RT 723 (1996).

VALERA, Edgardo, *Obligaciones Propter Rem*, in *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, v. 40, 61 (2000).

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *A Natureza das Coisas*, in *A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Arnoldo Wald*, Coimbra, Almedina, 2007.

VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva, *Obrigações Genéricas – Obrigações Alternativas – Obrigações com Faculdade Alternativa – Obrigação de juro*, Lisboa, s.e., 1956.

VILANOVA, Lourival, *Causalidade e Relação no Direito*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2000 pp. 27-323.

WARNKCENIG, L. A., *Instituições de Direito Romano Privado*, trad. do latim para o vernáculo de A. M. C. Mello, 2ª edição, Rio de Janeiro, Garnier, 1882, pp. 7-516.

WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856, trad. esp. de T. A. Banzhaf, *Polemica Sobre la “Actio”*, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 5-355.

_____. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. it. de C. Fadda e P. E. Bensa, *Diritto delle pandette*, v. I, Torino, Torinese, 1930, pp. 1-908.