



## DIREITOS REAIS E AUTONOMIA PRIVADA: UMA BREVE ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Amanda de Oliveira Valadares <sup>1</sup>  
Luiza Resende Guimarães <sup>2</sup>

### RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar a relação entre os princípios da tipicidade e da autonomia privada. Em especial, busca-se responder, em que medida o caráter taxativo desta impacta a intervenção da autonomia privada. Quanto à metodologia, o artigo possui caráter bibliográfico e documental, pois os dados utilizados foram retirados de obras e documentos produzidos por outros investigadores. O ordenamento jurídico português é pautado no princípio da tipicidade taxativa no âmbito dos Direitos Reais, adotando um sistema de *numerus clausus*, no qual não é permitido que os particulares, no exercício de sua autonomia privada, criem novos tipos de direitos reais. Entretanto, percebe-se que esse sistema já não satisfaz as demandas sociais e não acompanha a evolução socioeconômica da sociedade. Sendo assim, realiza-se uma análise crítica sobre o espaço da autonomia privada nos sistemas *numerus clausus* e *numerus apertus*, a fim de apontar seus pontos positivos e negativos e conclui-se que o melhor caminho é a constatação da tipicidade aberta dentro de um sistema *numerus clausus*.

**Palavras chave:** autonomia privada; tipicidade; taxatividade; *numerus clausus*; *numerus apertus*.

### ABSTRACT

The main objective of this paper is to analyze the link between the principles of legal type and private autonomy. Considering the set of situations that constitute the typology of real rights, we seek to answer to what extent its specificity character impacts the intervention of private autonomy. Regarding the methodology, this paper has a bibliographic and documental character, because the data used was taken from works and documents produced by other researchers. Portugal are guided by the principle of specificity within the scope of Real Rights, adopting a system of *numerus clausus*, in which individuals, in the exercise of their private autonomy, are not allowed to create new types of real rights. However, it's clear that this system no longer satisfies social demands and does not follow the socioeconomic evolution of society. Therefore, from the study of the foundations of the theory of Real Rights, its main characteristics and systems, a critical analysis is carried out on the space of private autonomy in the *numerus clausus* and *numerus apertus* system, pointing out its

1 Mestra em Ciências Jurídicas Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Lisboa (ULisboa). Pós-graduada em Direito Médico e da Saúde. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Professora dos cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do Alto São Francisco (FASF/UNISA). Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito - Cátedra de Bioética da UNESCO (LABB/CNPq/UFLA). Email: aovalad@gmail.com.

2 Doutoranda e Mestra em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito - Cátedra de Bioética da UNESCO (LABB/CNPq/UFLA). Email: luizaresendeg@gmail.com.

positive and negative points and concluding that the best way is to find the legal type openness in the *numerus clausus* system.

**Key words:** private autonomy; legal type; specificity; *numerus clausus*; *numerus apertus*.

## NOTAS INTRODUTÓRIAS

Historicamente, o princípio da autonomia privada se consagrou, no que tange ao direito obrigacional, e foi afastado quanto aos direitos reais, na medida em que a tipicidade destes segue a lógica taxativa. Porém, é possível perceber que na história mais recente há uma tendência à flexibilização dessa situação, em virtude das transformações rápidas na realidade fática, de forma que um rol completamente fechado não mais se mostra apto a resolver as demandas sociais. Logo, pretende-se discorrer acerca dos contornos que assumem a manifestação da autonomia privada em tempos hodiernos, na seara dos Direitos Reais.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS REAIS

### 1.1. Noções preliminares sobre autonomia privada

Autonomia privada é vista como um dos princípios mais essenciais do Direito Civil (REALE, 2006). Apesar de seu campo de atuação ser, por excelência, o Direito das Obrigações, sua aplicação vai muito além desse âmbito e abrange todas as relações privadas. Nesse sentido, os agentes podem dispor de seus direitos como lhes for mais conveniente, exceto quando houver disposições cogentes em contrário (AMARAL NETO, 1989).

Por outro ponto de vista, Gustavo Tepedino discorre que o princípio da autonomia privada se insere em dois planos: I) das relações patrimoniais, mais especificamente na teoria contratual, por legitimar a disposição da iniciativa econômica pelos próprios interessados; e II) das relações existenciais, por legitimar a livre afirmação dos valores da personalidade. Seguindo este raciocínio, conceitua-se o princípio da autonomia privada como um estado de atuação que é concedido às partes pelo ordenamento estatal. Seu conteúdo é limitado pelas escolhas legislativas, que permitem que os particulares autorregulem suas próprias atividades jurídicas (TEPEDINO, 2014).

Antônio Menezes Cordeiro ensina que o princípio da autonomia privada tem uma dupla utilização no Direito, em termos mais amplos e em termos restritos. O

primeiro diz respeito ao espaço de liberdade reconhecido a cada sujeito dentro da ordem jurídica e trata de tudo o que é permitido que os particulares façam, seja do ponto de vista material ou jurídico. Já o segundo, diz respeito ao espaço de liberdade jurídica, em que é permitido que os sujeitos desenvolvam quaisquer atividades que desejam (CORDEIRO, 2000). Consequentemente, os particulares são, respeitando os modos e condições impostas pelo Direito, legisladores de sua matéria jurídica, o que permite que eles criem normas vinculadas que têm eficácia reconhecida pelo Estado.

Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, não há ninguém melhor que os particulares para conhecer e definir seus próprios interesses e valores, o que os torna seus melhores defensores (AMARAL NETO, 1989). Nesse sentido, discorre Pietro Perlingieri “sob o pressuposto que cada um é melhor juiz de seus próprios interesses, a autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, autorregulamentação, poder da vontade”(PERLINGIERI, 2008, p. 338).

Porém, o poder de autorregulação, que deriva do princípio da autonomia privada, não é absoluto, já que há limites que foram impostos frente às suas manifestações, que muitas vezes resultam de conflitos entre o interesse individual e o coletivo. De acordo com Ricardo Luis Lorenzetti, tais restrições justificam-se pela tentativa de evitar que os particulares, por meio do princípio da autonomia privada, imponham seus valores pessoais à sociedade. O objetivo é que a ordem pública coordene e direcione o princípio, a fim de que as escolhas individuais não prejudiquem searas socialmente sensíveis (LORENZZETI, 1998).

## **1.2. Autonomia privada em relações jurídicas de Direitos Reais**

Como foi dito no tópico anterior, a autonomia privada é um espaço com limites jurídicos para autorregulação, porém, especificamente no escopo do Direitos das Coisas, os limites impostos à atividade dos particulares são maiores. Dessa forma, os sujeitos têm menos liberdade para criar, modificar e extinguir relações jurídicas reais. O direito de propriedade é um exemplo dessa situação, já que os particulares não possuem autorização do ordenamento para autorregular tal direito e, com isso, poder praticar o que lhes for conveniente com a propriedade.

A partir de tal exemplo é possível discorrer sobre vários outros: uma propriedade rural não pode ser explorada em desrespeito ao meio ambiente; um automóvel não pode ter falta ou falha de equipamentos de segurança que coloque o

trânsito em risco; a propriedade de uma casa ou de um apartamento na cidade não permite perturbação da vizinhança ou atividades de risco, entre outros. José de Oliveira Ascensão ainda discorre sobre um exemplo referente à realidade de Portugal: não é possível construir uma superfície em que a propriedade da obra estabelecida pertença ao dono do chão (ASCENSÃO, 1968).

Ante o exposto, infere-se que a lei estabelece limites à autonomia privada por meio de normas injuntivas, que determinam quais são as situações consideradas nocivas no escopo das relações jurídicas reais. A partir disso, também há limites que derivam dessas normas imperativas, ainda que estas disponham sobre aspectos marginais do direito em questão. Entretanto, é importante responder à seguinte indagação: quais são os fundamentos que justificam essa injuntividade? (ASCENSÃO, 1968)

Sobre o tema, José de Oliveira Ascensão discorre que, em matéria de Direitos Reais, há uma ordem de fatores que fundamentam a existência de normas injuntivas e que derivam destas. O autor explica que tais determinações têm o objetivo de proteger três importantes interesses: I) coletivos; II) de terceiros e III) dos próprios intervenientes. Quanto ao primeiro item, trata-se das normas que excluem maneiras de aproveitamento socialmente nocivas, que em geral são as que têm fundamento na ordem pública, como por exemplo, as que tutelam os bons costumes. Já sobre as determinações que têm o objetivo de proteger o interesse de terceiros, dispõe sobre situações que envolvem futuros adquirentes de bens, ou de terceiros, que podem vir a estabelecer relações jurídicas reais. Por último, as normas que pretendem proteger o interesse dos próprios intervenientes têm o objetivo de tutelar situações que envolvem sujeitos economicamente fracos ou inexperientes (ASCENSÃO, 1968).

Já Orlando Gomes estabelece três critérios para sugerir uma classificação das limitações ao direito de propriedade: I) de acordo com a fonte; II) a extensão e III) os fundamentos. Sobre o primeiro ponto, cabe ressaltar que ainda há outra divisão, já que a fonte pode ser de três tipos: a) legais; b) jurídicas e c) voluntárias. As primeiras são aquelas que estão dispostas nas leis ou em regulamentos administrativos. Já as de ordem jurídica, são as que derivam da aplicação de princípios gerais do Direito. Por último, as fontes voluntárias de limitações tratam sobre situações em que o próprio dono da coisa as estabelece, mas sem se privar do seu direito ou de transmiti-lo (GOMES, 2012).

Em relação ao ponto de vista da extensão, a limitação pode afetar todo o direito em si ou apenas algumas de suas faculdades. É possível afirmar que a restrição mais extensa ocorre quando há desapropriação, já que, a partir desta, o Estado priva o proprietário de seu próprio direito e, em contrapartida, oferece uma indenização. Porém, há medidas que não são tão extremas e afetam apenas o exercício do direito, e, conseqüentemente, restringe apenas sua faculdade de uso ou o poder do proprietário de dispor dele (GOMES, 2012).

Quanto ao critério dos fundamentos, as limitações podem ser agrupadas em dois tópicos, baseadas no interesse público e amparadas na coordenação dos direitos privados (GOMES, 2012). As primeiras, de acordo com Francesco Messineo (MESSINEO 1952 APUD GOMES, 2012), discorrem sobre a ideia de que os direitos reais devem ser subordinados aos interesses da coletividade. Já as segundas, tratam do princípio da relatividade dos direitos, na tentativa de estabelecer uma coexistência harmônica. Ademais, Orlando Gomes discorre que pode haver limitações, que têm como fundamento o próprio interesse do proprietário, de terceiro ou a outros a quem queira beneficiar, que advêm da vontade do dono da coisa (GOMES, 2012).

Por outro viés, Milena Donato e Pablo Rentería defendem que as limitações legais, em matéria de Direitos Reais, devem ser analisadas a partir da axiologia constitucional. Desta, derivam importantes princípios como função social, da propriedade, da isonomia substancial e da solidariedade, que fundamentam a imposição de limites à autonomia patrimonial dos particulares. Rentería ensina que o princípio da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais têm como principal objetivo evitar vínculos e maneiras de aproveitamento das coisas que possam afetar negativamente a coletividade (OLIVA; RENTERÍA, 2016).

### **1.3. Relação entre os princípios da autonomia privada e da tipicidade**

A opção pelo sistema *numerus clausus*, ou seja, a postulação de um número finito de direitos reais (VIEIRA, 2018), provoca um vasto afastamento do modelo negocial que, conseqüentemente, afeta o exercício da autonomia privada em todo o setor (SOUZA, 2015). Esta, classicamente, sempre teve pouco espaço de atuação no escopo dos Direitos Reais, já que o sistema *numerus clausus* vigora na maioria dos países europeus, o que impossibilita a constituição de novas figuras reais além daquelas que estão previstas na lei (LISBOA, 2002).

Apesar de, como defende José Alberto Vieira (VIEIRA, 2018), o princípio da autonomia privada constituir um princípio de Direitos Reais, ele é vastamente limitado neste ramo em razão da consagração do princípio da tipicidade. Porém, é necessário indagar: quais são os motivos para haver uma tendência para a tipicidade nos Direitos Reais?

Discorre Luis Carvalho Fernandes (FERNANDES, 2009) que tal fenômeno tem fundamento na ordem pública, e o objetivo de possibilitar uma organização efetiva das infraestruturas sócio-econômicas. Entretanto, salienta-se que a tipificação não deve ser imposta *a priori*, já que é perfeitamente concebível que dentro de um sistema o princípio da autonomia privada tenha limites mais flexíveis ou rigorosos em relação à criação e modificação negocial de figuras reais. A tipificação e, conseqüentemente, a limitação ampla do princípio da autonomia privada, no escopo dos Direitos Reais, só fundamenta as restrições que por sua própria razão de ser imponha (FERNANDES, 2009).

Nesse sentido, é necessário esclarecer se a tipificação deve limitar a criação e modificação de cada direito real e em que medida isso pode ocorrer. A doutrina distingue o sistema em tipos fechados e tipos abertos, entretanto, como ensina José de Oliveira Ascensão, a adoção do sistema dos tipos abertos não contraria o princípio da tipicidade. Nesse caso, há alguma liberdade na configuração do conteúdo do tipo, mas as possibilidades atribuídas aos particulares podem ser mais amplas ou restritas (ASCENSÃO, 1968).

Tal autor ensina que o tipo fechado é o sistema em que considera-se que todos os elementos necessários e juridicamente relevantes para a configuração da situação ou do fato que envolve figuras reais, é objeto daquela tipologia. Já o tipo aberto é o sistema que apresenta uma descrição fundamental, porém não exclui a possibilidade de que haja outros elementos que sejam relevantes para caracterizar a situação que se tipifica, e é chamado de sistema *numerus apertus* (ASCENSÃO, 1968).

José Alberto Vieira discorre que o princípio *numerus clausus* tem duas vertentes, que foram desenvolvidas pela doutrina alemã: I) *typenzwang*, que trata da escolha do tipo e II) *typenfixierung*, que trata da modificação do tipo (VIEIRA, 2018). Segundo Ascensão, essa divisão foi defendida por Sachenrecht Baur, que entende que *typenzwang* corresponde a *numerus clausus*. Disso, depreende-se que o conteúdo das situações reais deve obrigatoriamente estar disposto na lei. Assim, não

há liberdade para que os particulares possam modificá-lo, ou isso pode ocorrer de forma muito limitada (ASCENSÃO, 1968).

A primeira, *typenzwang*, dispõe sobre a proibição da criação de um direito real diferente dos existentes no catálogo legal, ou seja, a autonomia privada está limitada à escolha dentro das figuras reais que já são admitidas pelo ordenamento. Como exemplo, José Alberto Vieira (VIEIRA, 2018) relembra que os particulares não podem constituir uma enfiteuse em Portugal, porque esta foi abolida pelo Decreto-lei nº 195-A/76, de 16 de março e 233/76, de 2 de abril.

A segunda, *typenfixierung*, dispõe sobre o conteúdo do direito real. A tipicidade normativa implica a definição das características específicas do tipo mediante a atribuição de um *nomen iuris*, porém isso não põe em causa a liberdade qualificativa do intérprete. Disso, ensina Luis Carvalho Fernandes que depreende-se que há a proibição de modificar o conteúdo injuntivo típico do direito real previsto na lei, ou seja, não é possível consagrar um aproveitamento diferente do que o previsto para a figura real. Isso se deve ao fato de que se fosse possível, sob uma designação unitária dos direitos reais, haveria múltiplos direitos distintos (FERNANDES, 2009).

José de Oliveira Ascensão ensina que um ordenamento que adota o sistema *numerus clausus*, necessariamente aponta uma tipologia de direitos reais, já que a opção por este resulta sempre na delimitação das figuras reais existentes. Para que seja um direito real, a figura deve estar prevista como tal pelo ordenamento. Luis Carvalho Fernandes discorre que, perante uma situação pretensamente real não tipificada, o que se verifica é não haver uma norma jurídica que a regule, sem que isso signifique que há uma lacuna na lei. Se há uma situação real que não se enquadra em algumas das normas definidoras dos tipos legais, ela não existe como situação jurídica real (FERNANDES, 2009).

Entretanto, Bonifácio Ramos (RAMOS, 2017) adverte que o monopólio se restringe à fonte criadora, pois quanto a esta, não há que se considerar apenas o Código Civil, mas sim qualquer outro diploma legal que tenha permitido constituir uma determinada situação jurídica. Por exemplo, Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 1993) adverte que no ordenamento português existem direitos reais tanto no Livro II (direito das obrigações) quanto em legislações extravagantes. Logo, face as características da realidade, o intérprete pode qualificar determinada situação, mesmo que o legislador tenha sido omissivo ou caracterizado de outro modo.

Por outro lado, o sistema *numerus apertus* é aquele em que há a possibilidade de os particulares criarem e constituírem figuras reais, tendo como base o princípio da autonomia privada, mesmo que elas sejam distintas das que a lei prevê (CORREA, 2017). Salienta-se que mesmo que o *numerus apertus* seja uma orientação doutrinariamente defensável, ela não é recepcionada em grande número, constituindo exceção na legislação dos países do Ocidente (GOMES, 2012).

A partir do exposto, ressalta-se que a autonomia privada é um princípio geral do Direito e não deve ter sua aplicação restrita ao regime contratual. Trata-se de um princípio vertical do Direito Civil e, dessa maneira, incide sobre todo o Código, representando um *regulae iuris*. É certo que o contrato é sua máxima expressão, porém certamente e a autonomia privada tem reflexos em outras esferas, como a constituição dos direitos reais. O fato de haver uma reserva legal sobre a delimitação dos destes, não implica que o sistema suprima a autonomia privada, se não que simplesmente os particulares devem adequar sua vontade dentro dos direitos reais legalmente previstos. Por isso, afirma-se que mesmo em um sistema *numerus clausus*, estes e a autonomia privada se conectam (CORREA, 2017).

## **2. AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS REAIS: O SISTEMA PORTUGUÊS**

### **2.1. Notas introdutórias: conceito e assento legislativo dos Direitos Reais em Portugal**

O Código Civil de 1966 trouxe autonomia ao ramo do Direito das Coisas, já que a este foi dedicado o Livro III, conforme assentado na classificação germânica. Este é dividido em seis títulos, que giram em torno: I) da posse; II) da propriedade; III) do usufruto, uso e habitação; IV) da enfiteuse; V) do direito de superfície; VI) das servidões prediais. Esse é o assento legislativo expressamente resguardado aos Direitos Reais no Código Civil, sua principal sede.

Isso não quer dizer, contudo, que nesse livro estejam abarcados todos os direitos com essa natureza. Fora da codificação, o recurso a este ramo jurídico é cada vez mais intenso, por exemplo, os demais direitos reais, seja de garantia ou de aquisição, não se fazem presentes no Livro III e não há sequer remissão a eles. Entretanto, há dispositivos fora deste que dispõem sobre os referidos direitos. São exemplos: I) os artigos 656 e seguintes versam sobre garantias especiais de

obrigações, que regulam a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios e a retenção; II) o artigo 413 dispõe sobre a promessa de alienação ou oneração com eficácia real; III) artigo 421, por sua vez, dispõe sobre o direito de preferência com eficácia real. Não se deve esquecer, ainda, das menções em legislações extravagantes, embora não acrescente ao escopo do presente trabalho citá-las uma a uma.

Dado a isso, pode-se questionar o que, afinal, é considerado direito real pelo legislador português. Essa pergunta poderia ser mais facilmente respondida caso houvesse, na legislação lusitana, uma teoria geral voltada à matéria. Seguindo a linha de seu homólogo alemão, entretanto, o Código de 1966 não dedica qualquer parte geral ao assunto, já que não há enunciação de princípios materiais nem regulamentação de institutos, conceitos, fatos jurídicos ou simplesmente regras com alcance geral (VIEIRA, 2018).

O ponto de partida do conceito de direito é dado justamente por seu objeto: os direitos reais são direitos sobre coisas. A controvérsia, nesse ponto, gira em torno da necessidade ou não de que estas sejam corpóreas. A doutrina majoritária compreende que os direitos reais outorgam o aproveitamento de uma coisa corpórea, o qual pode ser bastante variado, passando pelo gozo, aquisição ou garantia desse objeto, além de poder ser material ou jurídico. Sendo assim, José Alberto Vieira conclui que direito real é o direito subjetivo que, tendo por objeto uma coisa corpórea, atribui a seu titular um determinado aproveitamento dela. O referido autor não deixa de acentuar, ainda, a inerência desses direitos a uma corpórea e sua oponibilidade *erga omnes* (VIEIRA, 2018).

Já José de Oliveira Ascensão, define os direitos reais como absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afetação desta aos interesses do sujeito. São absolutos, pois não são relativos, independem da existência de uma relação, que pode ser compreendida como figura perfeitamente demarcada, com sujeitos determinados, cuja posição é reciprocamente delimitada. Quanto a esses direitos que não se assentam em relação jurídica nenhuma, o titular tem seu direito garantido pela ordem jurídica, independente de qualquer relação particular, ou seja, possuem oponibilidade *erga omnes*. A relação surge acessoriamente a esses direitos, mas não é deles constitutiva (ASCENSÃO, 2000).

Sua inerência decorre do fato de que, na estrutura do direito real há, necessariamente, uma coisa. A coisa está afetada pelo direito, de tal maneira que não pode ser dele desvinculada na ausência de causa legal. Por força da inerência, a coisa continua a ser objeto de direito real, mesmo que passe por muitos sujeitos. O titular do direito pode continuar a invocá-lo, visto que quaisquer vicissitudes jurídicas não o afetam (ASCENSÃO, 2000).

Nesse sentido, o aludido autor complementa o raciocínio explicando que direitos reais são também funcionalmente dirigidos à afetação da coisa. Dessa forma, é possível indagar se os direitos que conduzem a prestações creditícias, mas que são inerentes a uma coisa, possuem natureza real. A resposta depende da situação, já que se são estruturados de maneira a fazer participar o credor das vantagens da coisa, são direitos reais, caso contrário, são direitos de crédito. O direito real é uma realidade funcional, porque é assim que se deve compreender a atribuição das coisas em termos reais (ASCENSÃO, 2000).

## **2.2. Análise crítica da adoção do sistema *numerus clausus* pelo ordenamento português e o papel reservado à autonomia privada**

Anteriormente, foram apresentados os dois sistemas referentes à disciplina do Direito das Coisas: o *numerus clausus* e o *numerus apertus*. Vigora, no ordenamento português, o primeiro deles, cujo significado é comumente apreendido como a não admissão de outras figuras com natureza real para além daquelas constantes na lei. Tal princípio encontra estreita relação com o modo de disposição desses direitos nos códigos que o adotam, vez que, conforme exposto, frequentemente sua regulação se limita à apresentação individual dos vários direitos reais considerados (ASCENSÃO, 2000).

Afirmar que o sistema português de Direitos Reais é regido pelo *numerus clausus* significa que há uma tipologia taxativa, conforme estabelecido no artigo 1306, no 1 do Código Civil, que garante que “não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos em lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”. O texto legal, que pode

causar estranhamento, em suma, significa que as partes não podem criar direitos reais inominados.

Dada a forma como a estruturação se coloca no Direito lusitano, é importante esclarecer que nem toda tipologia supõe uma enumeração. Os vários tipos em que se desdobram um conceito podem encontrar-se dispersos. Na tipologia taxativa, os tipos precisam constar na lei, não podendo ser atingidos por processos analógicos, mas isso não significa, necessariamente, que estarão listados em um rol legal (ASCENSÃO, 1968). Isso é importante para confirmar que podem haver direitos reais para além das figuras citadas no Livro III da codificação.

Cabe destacar que dentre os países europeus, Portugal foi o primeiro a tratar de forma explícita sobre a opção pelo sistema *numerus clausus*. Em solo lusitano, essa é uma regra expressa, ao passo que, em sistemas estrangeiros que compartilham afinidades com o português, ele é, quando muito, um princípio geral doutrinariamente elaborado (ASCENSÃO, 1968). Nem sempre houve essa dominância de uma estruturação fechada, entretanto. O que existe, a princípio, é um *numerus apertus* e apenas se verificados obstáculos intransponíveis o sistema fechado faz-se necessário, já que ele representa um “colete de forças” – termo de Ascensão (ASCENSÃO, 1968)– imposto à espontaneidade social.

Por essa breve exposição do autor, talvez seja possível inferir seu posicionamento: ao contrário de muitos doutrinadores portugueses, defensores, às vezes ferrenhos, do *numerus clausus*, Ascensão é adepto ao sistema aberto. O referido autor defende que este se afigura como preferível, por atender melhor às necessidades factuais e por permitir uma evolução que não deveria ser dificultada. O autor argumenta, ainda, que o *numerus apertus* possui a capacidade de forjar, na maioria dos casos, os instrumentos que melhor se adequam à concretude das situações, além de permitir acompanhar a evolução social, criar novas soluções para o futuro que inexistiam no passado e colocar em desuso o que já não serve hoje.

A estipulação de um sistema fechado, sob essa perspectiva, significa “estratificar a vida social em determinado momento histórico, absolutizando o que era relativo por fazer secar a fonte da evolução” (ASCENSÃO, 1978, p. 76). Assim, Ascensão finaliza afirmando que não há como satisfazer uma situação social que muda rapidamente por meio de instrumentos imóveis e pré-estabelecidos (ASCENSÃO, 1968). Em prol de sustentar sua visão, o aludido autor analisa alguns

dos argumentos mais utilizados por doutrinadores que são contrários ao *numerus apertus*. Estes afirmam que tal modelo permitiria a constituição de situações sociais inconvenientes, a existência de ônus ou vinculações ocultas e, por fim, geraria dificuldades no funcionamento do registro predial, causando perda de clareza (ASCENSÃO, 2000).

Sob a perspectiva de Ascensão, todavia, tais razões são insuficientes, vez que os inconvenientes apontados podem ser prevenidos, desde que sejam traçados cuidadosamente os limites de atuação da autonomia privada e exija-se a publicidade de todo direito real inominado. No mais, evidencia que a clareza do sistema é um elemento instrumental e, como tal, não deveria ser superestimada a ponto de impedir a existência de uma sistemática que poderia ser mais benéfica. De um ponto de vista mais prático, afirma ainda que, nos países em que vigora o *numerus apertus*, não há tamanhos problemas com o registro (ASCENSÃO, 2000).

Especificamente no que tange à realidade de Portugal, Ascensão discorda da solução adotada pelo Código, afirmando que a lei portuguesa não traz consigo elementos que justifiquem o cerceamento da liberdade de constituição de direitos reais. Além disso, o autor ainda esclarece que a forma como é estruturada a disciplina em questão na legislação lusitana faz com que a adoção do *numerus apertus* seja ainda mais desejável. Explica:

Tem sido observado que a simplicidade da repartição de todos os sistemas por *numerus apertus* e *numerus clausus* é enganadora. A rigidez efectiva de um sistema fechado está em estreita dependência da maleabilidade que por outro lado se outorga aos tipos de direitos reais admitidos: podem ter uma extensão tal que atinjam quase todas as necessidades previsíveis. Assim, na Alemanha, a dureza do *numerus clausus* é temperada pela elasticidade do conteúdo da servidão e dos ônus reais. E apesar disso a prática tem procurado fugir à limitação legal, por iniciativa da doutrina ou da jurisprudência, dando lugar ao que se fala hoje de uma criação jurisprudencial de direitos reais. O mesmo se passa na Suíça [...], [em que] a prática abriu caminho à admissão de novas figuras. Se o *numerus clausus* provoca estas reacções em países em que os tipos singulares são descritos com tal generalidade, que dizer entre nós, quando a servidão pessoal foi banida, e o ônus real nunca surge autonomamente, por não ter sido admitido como figura genérica? [...] (ASCENSÃO, 1968, p. 63-64)

Concluimos, pois: a lei portuguesa veio consagrar o sistema do *numerus clausus* numa altura em que se impunha o seu abandono. Disso, depreende-se que Ascensão adverte para o fato de que há uma tendência, mesmo nos países em que o

*numerus clausus* é considerado rígido, de na prática, flexibilizar esse princípio por intermédio da utilização ou combinação de figuras típicas, de forma a se chegar a resultado similar àquele que adviria de um *numerus apertus*. Nesse sentido, o autor critica a posição que considera radical adotada pelo legislador português ao determinar que qualquer restrição fora das condições previstas tem natureza obrigacional (ASCENSÃO, 1968).

Tomando o comentário do referido jurista como ponto de partida, ressalta-se que a perspectiva comparada é uma das mais utilizadas quando a discussão gira em torno da dicotomia entre *numerus apertus* e *numerus clausus*. Por essa razão, constantemente busca-se avaliar as vantagens e desvantagens de ambos os sistemas com base em argumentos comparativos. Por mais que seja importante analisar como os ordenamentos estrangeiros têm lidado com a temática, em especial aqueles que guardam semelhanças com o sistema português, não se deve esperar obter respostas prontas por essa via.

As realidades sociais e jurídicas diferem de um Estado para o outro, de forma que não há como existir uma transposição perfeita entre dois ordenamentos. Trata-se de argumentos que não são decisivos por si só. Alguns países adotam a tipicidade, implícita ou expressamente, e são bem-sucedidos na empreitada, enquanto outros precisam flexibilizar seus sistemas na medida do possível. Em contrapartida, há aqueles que optam pela atipicidade que igualmente possui benefícios e deméritos (RAMOS, 2017).

Parte da doutrina que defende a tipicidade, argumenta sobre o caráter histórico, que acentua a importância da passagem de uma sociedade eminentemente feudal para uma sociedade burguesa e – ao menos pretensamente – igualitária. Também são frequentemente levantadas as questões relacionadas à segurança e clareza e a busca por uma maior coerência perante o sistema de registro predial. A tipicidade encontra apoio, ainda, na função social da propriedade, na ordem pública e na preocupação de acautelar a publicidade dos bens imóveis e móveis sujeitos a registro (RAMOS, 2017).

A visão de Ascensão, explanada por José Luís Bonifácio Ramos, que a compartilha, em alguma medida, apresenta-se em antítese às mencionadas anteriormente. O autor, apesar de reconhecer a importância das razões históricas subjacentes à consagração da tipicidade, acredita que desde meados do século XX,

há a necessidade de operar reformas, já que o *numerus clausus* não mais é capaz de responder às demandas sociais. A tipicidade estaria, portanto, com nítidos sintomas de envelhecimento, restando obsoleta em certa medida e gerando atraso científico na disciplina do Direito das Coisas (RAMOS, 2017). Posição similar é defendida por Orlando de Carvalho, que também revela preferência pelo *numerus apertus*, em prol de combater uma alegada inércia do legislador português de prestigiar a autonomia privada (CARVALHO, 2012).

É necessário ressaltar que a defesa do *numerus apertus*, empreendida por Ascensão e outros autores, não é majoritária dentre os doutrinadores de Portugal. Grande parte considera necessário o sistema fechado, no que tange à sistematização do Direito das Coisas, tendo em vista a necessidade de garantir segurança e estabilidade. Nas palavras de José Alberto Vieira, estabilidade, os operadores jurídicos ficam rotinados a trabalhar com uma série de figuras bem demarcadas; segurança, na medida em que um número finito de figuras facilita o reconhecimento dos direitos reais e a sua publicidade, o que pode ser importante, nomeadamente, no que respeita ao funcionamento do registro predial (VIEIRA, 2018, p. 197-198).

Embora seja defensor do *numerus clausus*, o autor não nega os pontos negativos de tal forma de estruturação. Pontua que, nesse sistema, a lei coarcta o aparecimento de novas figuras com natureza real e cristaliza as já existentes. Além disso, admite que, cerceada a autonomia privada no campo do Direito das Coisas, ela tende a se manifestar a partir de outros esquemas, sobretudo obrigacionais, assim, o ramo dos Direitos Reais é secundarizado. Nesse ponto, concorda com Ascensão, que na restrição da autonomia se encontra provavelmente uma das razões para o atraso científico da matéria e para o escasso interesse que o ramo tem despertado nos estudiosos de Direito Civil nas últimas décadas (VIEIRA, 2018).

Exposta brevemente a controvérsia em torno da adoção do *numerus clausus* no ordenamento português, o fato é que, a despeito das críticas, esse está consagrado e alguns de seus aspectos precisam ser analisados. Para o presente trabalho, interessa especialmente responder, considerando o círculo de situações que compõe a tipologia dos direitos reais, em que medida o caráter taxativo desta impacta a intervenção da autonomia privada (ASCENSÃO, 1968). A liberdade concedida aos sujeitos particulares é um dos mais fundamentais princípios de todo o Direito Civil,

conforme estabelecido no primeiro tópico do presente trabalho. Isso significa que ela não pode ser completamente ceifada no âmbito do Direito das Coisas, devendo se estender também aos contratos de eficácia real.

Não se deve considerar, portanto, que inexistente autonomia privada no que tange à sistemática dos direitos reais adotada pelo ordenamento lusitano. Para comprovar tal fato, inicia-se pela exposição de que a tipicidade não implica ao próprio legislador qualquer limitação, já que ele tem liberdade para criar novas figuras reais, desde que por meio da lei, em sentido formal. Nas palavras de Ascensão: “seria errôneo entender o *numerus clausus* como implicando uma limitação ao próprio legislador, o que o impediria de criar mais direitos reais além dos existentes. [...] O *numerus clausus* só limita a capacidade criadora dos sujeitos privados” (ASCENSÃO, 1968, p. 118).

Prova do explanado é que, apenas um ano após a publicação do Código Civil, o rol de direitos reais foi aumentado pela Lei no 2132, de 1967, que estabelece o regime jurídico da caça e prevê o arrendamento das coutadas de caça. Não se trata, apesar de nome, de apenas uma modalidade pertencente ao direito de arrendamento já existente, 191 e sim de um direito *suis generis*. Consequentemente, tem-se a criação de um novo direito real logo após a proclamação expressa do *numerus clausus* (ASCENSÃO, 2000).

Em seguida, resta responder o que é preciso para que um tipo legal pertença ao Direito das Coisas: faz-se necessário que a lei contenha a descrição essencial de uma dada situação jurídica e estabeleça para ela um regime real (ASCENSÃO, 1968). Tal constatação leva a dissertar sobre o papel do intérprete na qualificação das figuras reais. Muito se questiona acerca da possibilidade de qualificar dessa forma situações que a lei contemplou sem nenhuma ligação expressa com o Direito das Coisas. Há uma distinção muito importante para responder tal questionamento, a qual se dá entre a criação e a qualificação dos direitos reais. Os particulares estão impedidos de criar figuras de natureza real que não estiverem normativamente previstas, mas a tipicidade se restringe a não haver privilégio quanto à enumeração de direitos (ASCENSÃO, 1968).

A partir dos pontos apresentados, conclui-se que a lei não precisa declaradamente afirmar que o direito tem natureza real, já que o decisivo é o regime legalmente estabelecido para cada figura. Em face dos atributos essenciais de um direito real, no presente trabalho considerados como absolutos, inerentes a uma coisa

e funcionalmente dirigidos à afetação desta aos interesses do sujeito, o intérprete deve assim qualificá-lo, ainda que o legislador tenha sido omissivo ou mesmo a tenha classificado de outra forma.

Apesar de se tratar de um argumento universalmente válido, ele ganha especial relevância no contexto português, já que os direitos reais não foram enumerados um a um. Por conseguinte, a qualificação das situações dessa natureza foi deixada quase que inteiramente a cargo do intérprete. Reitera-se, pelos motivos expostos, que seria arbitrário afirmar que o rol do Livro III é exaustivo, inclusive porque uma tipologia taxativa não está necessariamente ligada a uma enumeração fechada.

A tipologia taxativa dos direitos reais não implica, de qualquer modo, que sejam taxativos os fatos que criam, modelam ou extinguem direitos reais. Assim, de qualquer negócio jurídico, mesmo de um negócio jurídico inominado, pode resultar a transferência ou modificação de um direito já existente, a extinção de uma oneração ou qualquer outra vicissitude, independentemente de previsão legal (ASCENSÃO, 1968).

A partir da análise desses pontos, em conjunto com a releitura do artigo 1306, no 1, do Código Civil, depreende-se que a proibição contida na primeira parte se refere tão somente à criação, por negócio jurídico, de figuras atípicas. A preocupação do legislador foi em afastar a intervenção da autonomia privada na criação de novos direitos reais (ASCENSÃO, 1968), e não na qualificação de situações jurídicas como tal. Porém, o texto do dispositivo é confuso, já que pode inferir a compreensão de que as restrições se referem apenas à propriedade. A complexa formulação é reflexo de uma falha sistemática relacionada à supracitada ausência de teoria geral, de forma que a consagração expressa do *numerus clausus* do regime da propriedade se explica porque tudo tende a se concentrar no direito real considerado paradigmático. Apesar disso, é indiscutivelmente um princípio geral da matéria (VIEIRA, 2018).

A problemática sobre qual sistema é mais adequado, qual seja, fechado ou aberto, até pouco tempo não se fazia presente nas discussões da doutrina portuguesa. Considerava-se que, sendo a organização do direito de propriedade de ordem pública, era inalterável seu conteúdo. Ascensão cita a importância de autores como Manuel de Andrade e Dias Marques para que fosse aberto mais espaço para a autonomia privada e para a compreensão de que a tipicidade incide sobre o número dos direitos reais, mas não necessariamente sobre seu conteúdo. Dessa forma, embora não seja

possível variar o elenco legal daqueles direitos, é lícito, em alguns deles, introduzir, no respectivo conteúdo, certo grau de variabilidade (ASCENSÃO, 1968).

O objetivo, então, volta-se para compreender, dentro da sistemática jurídica portuguesa, quais modificações ao conteúdo dos direitos reais legalmente propostos são lícitas. Modificar pode significar uma alteração do próprio direito pelo afastamento de alguns de seus elementos constitutivos, caso em que se observa a violação da tipologia taxativa. É possível, entretanto, que a mudança se realize sem que seja atingido o desenho essencial do tipo, acrescentando a ele elementos juridicamente relevantes (ASCENSÃO, 1968).

Nesse ponto, considerando que nem todo o regime jurídico de cada direito real conforma o respectivo tipo, importa distinguir entre seu conteúdo injuntivo e supletivo. O mais relevante é entender que, enquanto a autonomia privada dá aos particulares a possibilidade de movimentação livre no âmbito supletivo, ela está afastada no que diz respeito ao injuntivo. Se assim não fosse, a tipicidade seria desrespeitada, já que a parte injuntiva do tipo é aquela que molda seu desenho fundamental, e alterá-la significaria a criação, de forma velada, de um direito real diferente dos previstos em lei (VIEIRA, 2018).

Com alguma frequência, advoga-se pela proibição de tipos abertos no âmbito do Direito das Coisas, considerando apenas a impossibilidade de transformação de seu conteúdo injuntivo. José Alberto Vieira, por exemplo, afirma que a tipicidade implica forçosamente que os particulares não podem compor o conteúdo do direito real a seu bel prazer, porque, sob uma designação unitária, abrigam-se muitos direitos distintos. Assim, o referido autor conclui que o respeito ao princípio da tipicidade acarreta a proibição de modificar o conteúdo injuntivo típico legalmente previsto (VIEIRA, 2018).

Até então, seus argumentos parecem convergentes com aqueles adotados por Ascensão. Vieira conclui, no entanto, que a existência de um conteúdo supletivo de aproveitamento da coisa, por si, não permite que se fale em tipos abertos reais, a não ser que com essa afirmação se queira aludir a regras supletivas constantes do regime de cada direito real. O aludido jurista prossegue e afirma que as notas distintivas do conceito do direito real que formam seus contornos fundamentais são seu conteúdo injuntivo típico e, como tal, não estão à disposição das partes. Do seu ponto de vista, decorre desse fato que os tipos reais não são abertos, sendo justamente o

oposto. Como exceção, cita apenas a servidão predial, na qual admite haver possibilidade de convenção privada (VIEIRA, 2018).

É preciso que fique claro, todavia, que quando autores como Ascensão e Bonifácio Ramos (que discorda expressamente de Vieira em sua obra) defendem a possibilidade de uma tipologia aberta para a matéria, referem-se justamente às modificações nas regras constantes em seu conteúdo, que, na medida em que são supletivas, podem ser modificadas pelas partes. Nos Direitos Reais, isso ocorre pela introdução de conteúdo adicional, o que pode ocorrer sem desvirtuamento ou ruptura com o tipo criado pelo legislador (RAMOS, 2017)

A finalidade da distinção entre o conteúdo injuntivo e o supletivo, em síntese, é delimitar os limites da autonomia privada no que concerne às alterações no conteúdo dos direitos reais. Se as regras são supletivas, podem ser moldadas pelas partes, porém, quando injuntivas, afastam a incidência da autonomia. O ponto fundamental é compreender que não podem ser modificados elementos que pertencem à definição do tipo de cada direito. Se assim não fosse, restaria liquidada a tipicidade taxativa. As fronteiras derivadas das normas injuntivas visam à proteção de interesses coletivos, de terceiros e dos próprios intervenientes, nesta ordem.

Por óbvio, esse é um esboço geral das limitações e, para além disso, apenas uma valoração concreta de cada situação, permitirá concluir até que ponto as mutações são possíveis, sem ameaçar o princípio *numerus clausus*. É preciso considerar, todavia, que, na análise prática, nem sempre é fácil traçar uma fronteira entre o conteúdo que permite modulação e aquele que precisa ficar inalterado. Pode-se citar como exemplo um caso julgado em 2017 pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Trata-se de apelação direcionada ao referido órgão (número do processo: 14691/16.7T8LSB.L1-7; Ministro Relator: Luís Espírito Santo), cuja ementa determina (PORTUGAL, 2017):

I – Sendo absolutamente lícita a transmissibilidade do direito de superfície – vide artigo 1534º, do Código Civil –, **a estipulação contratual de um prazo de vigência inferior ao previsto para o direito do superficiário cedente contende efectivamente com o conteúdo essencial da tipologia do direito real menor, afectando-o decisivamente na sua própria anatomia.**

II – Através da diversidade de prazos de vigência dos direitos de superfície que (aparentemente) se sucedem, **acaba por se gerar uma situação jurídica nova, perfeitamente atípica**, em que o superficiário cedente mantém formalmente essa sua qualidade, para a vir a consolidar mais tarde, definitivamente, com a extinção precoce,

pelo decurso do prazo inferior ao seu, do direito de superfície que havia transmitido ao cessionário.

III – Enquanto a cessão típica do direito de superfície implicaria a extinção das utilidades associadas ao direito de superfície do cedente – que transmitindo-o pelos 50 anos previstos deixaria de manter tal posição jurídica –, já **a solução inovatória encontrada pelos celebrantes cria uma nova configuração real do direito de superfície** – um direito de superfície sobreposto a outro direito superfície, com ele coexistente (e que, não obstante cedido, persiste, *revitalizando-se* a prazo) –, **a que nenhuma norma substantiva confere o necessário respaldo típico.**

IV – **O negócio em causa manterá, portanto e apenas, os seus efeitos obrigacionais**, não recolhendo a imprescindível base legal para, enquanto direito real, ser objecto de registo na Conservatório do Registo Predial, impondo-se dessa forma a respectiva recusa ao abrigo do artigo 69º, nº 1, alínea c), segundo o qual: *“o registo deve ser recusado (...) quando se verificar que o facto constante do documento já está registado ou não está sujeito a registo”*.

V – **Relativamente à necessidade propalada pela apelante no sentido de evitar que o direito de superfície, enquanto direito real, fique condenado a ser uma realidade jurídica imutável, devendo adaptar-se aos ajustamentos que as partes pretendam introduzir com vista a melhor servir os seus interesses, a mesma será porventura plenamente curial no plano do direito a constituir, o que, contudo, não desonera os tribunais, enquanto órgãos de soberania vinculados constitucionalmente à aplicação da lei vigente, de optar pela solução jurídica que importaria *quiçá* modificar por via legislativa (grifo nosso).**

O litígio em análise, conforme é possível inferir a partir da leitura acima, gira em torno de compreender se a estipulação contratual de um prazo de vigência inferior ao previsto para o direito do superficiário cedente, implicaria em modificação de uma parte essencial da tipologia do direito real de superfície, ou se tal estipulação seria compatível com as modulações lícitas, em razão do carácter aberto do tipo.

A parte requerente afirmava que “a circunstância de ser transitória ou perpétua não faz parte da natureza do tipo legal em análise” e que “o direito real não está, nem pode estar, condenado a ser uma realidade jurídica imutável” de forma que caberia às partes o direito de “proceder a ajustamentos àquele direito que sirvam melhor os seus interesses, dentro dos limites de conformação consentidos pelo princípio da tipicidade”, de forma que seria permitido desenvolver e aditar cláusulas que melhor sirvam à realidade concreta, sem que esta circunstância incorra em desvirtuamento da natureza do direito real em análise.

Ao julgar a demanda, o Tribunal que não negou que os tipos reais são abertos, ao contrário, fortaleceu tal posicionamento com embasamento doutrinário. Porém, considerou que a estipulação analisada no caso violava o conteúdo essencial da

tipologia da superfície, afastando-o de sua própria anatomia. Por essa razão, o recurso foi reputado improcedente e a efetividade da cláusula em questão ficou restrita à eficácia obrigacional. Percebe-se, pois, que nem sempre será evidente a delimitação do conteúdo injuntivo e supletivo do direito, embora ainda se considere que essa divisão é a melhor solução possível.

Assim, traçados, de forma geral, esses limites, é necessário fazer uma análise crítica sobre a adoção do sistema *numerus clausus* pelo sistema português. A opção por um sistema neste formato acarreta na cristalização dos direitos reais que estão previstos em lei. Dessa forma, novas figuras dessa natureza, que surgem a partir da evolução da sociedade, mesmo que sejam necessárias, tanto economicamente quanto socialmente, não são consideradas adequadas ao ordenamento (LISBOA, 2002).

Cabe lembrar, porém, que os legisladores portugueses definiram os tipos reais existentes há muito tempo, a partir de pensamentos e ideais que já não acompanham a dinamicidade da sociedade, que envolve o aprimoramento da tecnologia no ramo da construção civil e industrial. Ao longo do tempo, constatou-se que o objeto dos Direitos Reais sofreu modificações, entretanto, tais novidades não foram inseridas nos direitos reais, já que, para isso, seria necessária uma reorganização do sistema, mas as figuras não deixam de existir (LISBOA, 2002).

Essas mudanças são de extrema importância para o direito e possuem implicações jurídicas. Assim, a proibição de se criar novas figuras de natureza real já não faz sentido, já que a todo tempo surgem novos valores, paradigmas, negócios, empreendimentos e novas formas de obter lucros e explorar bens. Não é razoável que os direitos reais sejam paralisados no tempo, como se não fizessem parte dessa realidade (LISBOA, 2002).

Contudo, não é acertado culpar única e simplesmente a falta de celeridade do legislador para criar novos direitos reais que a sociedade entende como necessários. Não é possível acompanhar todas as transformações apenas pela via legislativa, cuja própria essência carrega consigo certa necessidade de tempo, em razão do processo legislativo (LISBOA, 2002).

A partir do exposto, o sistema aberto pode parecer ser a solução para toda essa problemática. Entretanto, na prática, essa medida não tem obtido sucesso, como é possível depreender a partir dos estudos do ordenamento espanhol, que adotou o sistema *numerus apertus*. Nesse sentido, a partir da influência da autonomia privada,

a Espanha vem apresentando dificuldades quanto à segurança jurídica e no registro público dos direitos reais. Entretanto, é necessário reconhecer a importância da autonomia privada, tendo em vista que esta permite acompanhar o dinamismo nas relações que envolvem os direitos reais. Assim, é possível que haja melhor aproveitamento socioeconômico dos bens e que as necessidades sociais e econômicas sejam satisfeitas (LISBOA, 2002).

Nesse sentido, a doutrina apresenta uma solução intermediária, em meio a tantas disputas, que o presente trabalho adota. Compreende-se, endossando a conclusão apresentada por Ramos sobre o assunto, que a configuração dos direitos como tipos abertos permite minimizar parte relevante dos malefícios atribuídos à adoção do *numerus clausus* (RAMOS, 2017).

Assim, em prol de obviar os entraves relacionados especialmente à segurança jurídica, acredita-se que a admissão dos direitos reais como tipos abertos, dentro de um cenário de *numerus clausus*. Esta é a melhor resposta, porque permite uma ampla conformação do respectivo conteúdo do tipo pelas partes, retirando do sistema fechado parcela dos inconvenientes que lhes são apontados, e ainda privilegia a autonomia privada na maior medida possível, dentro de uma tipicidade taxativa (RAMOS, 2017).

Para que o sistema funcione da maneira proposta, é fundamental que as mudanças de conteúdo não coloquem em risco as finalidades intrínsecas ao estabelecimento do *numerus clausus*. O conteúdo acessório, portanto, não deve introduzir estipulações inconvenientes do ponto de vista econômico-social. Para que isso não fique oculto, deve ser aplicado às alterações as regras tocantes à publicidade dos direitos reais. Em outras palavras, elas devem ficar sujeitas a registro (ASCENSÃO, 1968).

O modelo proposto para Portugal, que une o *numerus clausus* e os tipos abertos, não gera perda de clareza do sistema, já que os tipos em si não são alterados. Não há, igualmente, problemas relacionados a uma maior dificuldade de funcionamento do registro, já que a inscrição das alterações não é autônoma, mas integrada aos demais fatos referentes ao direito real (ASCENSÃO, 1968).

Em suma, visto que tem-se em Ascensão o principal marco teórico a guiar o presente tópico, nada mais justo que finalizá-lo com as conclusões do autor, que ensina que por sua natureza, a tipologia dos direitos reais, quando taxativa, implica na

exclusão da possibilidade de criação de novos tipos, ainda que por meio de analogia. Afasta-se, pois, a autonomia privada nesse âmbito. Não obstante, os tipos de direitos reais são abertos, isto é, abrangem um conteúdo accidental juridicamente relevante (supletivo), e o papel reservado à autonomia privada exprime-se na possibilidade de modificação desse conteúdo. No mais, resta evidente que a imposição da tipicidade taxativa não atinge as entidades públicas, como os legisladores, e que o intérprete tem poder de qualificar como reais todas as figuras para as quais a lei determinar regime compatível com esse ramo (ASCENSÃO, 1968).

### **NOTAS CONCLUSIVAS**

A partir do exposto, conclui-se que os direitos reais e seus estatutos jurídicos não podem ficar alheios à evolução socioeconômica da sociedade em que se inserem, sendo necessário que acompanhem tais transformações na medida do possível, sob pena de se tornarem obsoletos em certos aspectos, já que os valores e necessidades sociais têm grande influência sobre o ordenamento jurídico.

Para solucionar essa problemática, é fundamental compreender que, mesmo que a lei não se altere, o Direito precisa continuar dinâmico e em constante evolução. É claro que há princípios reguladores da matéria jurídica, mas estes também dependem da interpretação e da lógica que os juristas atribuem a eles. Ou seja, destaca-se o papel da doutrina e da jurisprudência para que as tendências sociais possam ser alcançadas pelo Direito, em virtude de um aperfeiçoamento das instituições de direito real.

Nesse sentido, o melhor espaço encontrado para incidência da autonomia privada, em matéria de Direitos Reais, está na possibilidade de, frente aos tipos legais já existentes, abrir-se a viabilidade de flexibilização de seu conteúdo. Porém, é necessário ressaltar que esta modulação deve ficar restrita à parte não essencial das normas, aquelas de caráter acessório, que não modificam a essência do direito real. Ressalta-se que essa ideia somente é possível a partir da compreensão dos tipos de direitos reais como tipos abertos, o que permite minimizar os malefícios atribuídos à adoção do *numerus clausus*.

A despeito desses malefícios, tal sistematização possui mais vantagens do que o *numerus apertus*. A adoção deste pode ser perigosa, já que é impossível prever as formas variadas e criativas de figuras reais, o que poderia colocar em risco o mercado

e gerar insegurança jurídica, especialmente em decorrência da oponibilidade erga omnes desses direitos.

Assim, depreende-se que é preciso prever os direitos reais com certa segurança e brevidade, com o objetivo de antever os efeitos que estes podem gerar e de estabilizar as relações jurídicas. Ou seja, a vigência do *numerus apertus* não resolve todas as questões práticas: suas dificuldades são diferentes do *numerus clausus*, mas ainda existem e podem ser mais complexas de ser anuladas.

Sendo assim, entende-se que o melhor caminho é a constatação da tipicidade aberta dentro de um sistema *numerus clausus*, já que assim não é permitido que as características essenciais do tipo legal sejam alteradas, mas estas são adequados à realidade e aos legítimos interesses das partes, sem perder de vista os interesses coletivos e a boa-fé objetiva. Em síntese, a ideia é que a autonomia privada incida de forma a modelar os tipos abertos, sem recair sobre o que não é essencial ao tipo, já que, por um lado, isso não requer grande esforço legislativo e, de outro, não coloca em risco a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, 1989, p. 207-230.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos Direitos Reais**. Ed. única. Lisboa: Petrony, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Reais**. 5ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

CARVALHO, Orlando de. **Direito das Coisas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. **Direitos Reais**. Ed. única. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1993.

CORDEIRO, António Menezes. **Direitos reais**. Ed. única. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1979. v. 1.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORREA, Juan Sebastián Baquero. Derechos reales atípicos entre el mito y la leyenda. **UFSQ Law Review**. Quito, v. 4, n. 1, 2017, p. 31-48.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. **Lições de Direitos Reais**. 6ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

LAS CASAS, Gerson Barboza. Fundamentos para la flexibilización del tipo en los derechos reales. **Gaceta Civil y Procesal Civil**. Lima, n. 71, 2019, p. 93-153.

LISBOA, Daniel. Para a reconstrução da teoria dos direitos reais: o numerus clausus, a tipicidade e a autonomia privada. 2002. Trabalho de conclusão de graduação – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41149/M119.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mar. 2024.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Ed. Única. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1952. v. 2.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia Privada e Direitos Reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. **Civilistica.com: Revista eletrônica de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2016, p. 1-19.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 14691/16.7T8LSB.L1-7. Relator: Luis Espírito Santo. Julgado em: 06 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fca59b402f06b01480258154003665f4?OpenDocument>. Acesso em: 01 mar. 2024.

RAMOS, José Luís Bonifácio. **Manual de Direitos Reais**. Ed. única. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RENERÍA, Pablo. **Penhor e autonomia privada**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Autonomia privada e boa-fé objetiva em Direitos Reais. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 4, 2015, p. 54-80.

TEPEDINO, Gustavo. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 53, 2014, p. 141-154.

VIEIRA, José Alberto. **Direitos Reais**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.