



NOTAS SOBRE O PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA NO EXERCÍCIO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS DE NATUREZA REAL

*Eduardo Nunes de Souza**

Resumo

O princípio da autonomia privada desenvolveu-se historicamente no âmbito da seara contratual, afastado dos direitos reais, que eram guiados pela lógica da tipicidade e taxatividade de conteúdo. Em perspectiva contemporânea, contudo, com a flexibilização das diferenças clássicas entre direitos reais e obrigacionais em torno de uma disciplina comum a todos os direitos patrimoniais, torna-se possível perceber relevante espaço à autonomia privada também em matéria de direito das coisas. Nesse contexto, a incidência da boa-fé objetiva em suas variadas funções no âmbito de uma relação jurídica real se revela importante e inovadora aplicação do princípio.

Palavras-chave

Direitos reais. Autonomia privada. Boa-fé objetiva.

NOTES ON THE ROLE OF PRIVATE AUTONOMY IN THE EXERCISE OF IURA IN RE

Abstract

The principle of private autonomy has been historically developed in the sphere of contract law, away from the *iura in re*, which were guided by the logic of typical law provisions. In a contemporary perspective, however, and with the mitigation of the classic differences between *iura in re* and credit rights towards a common discipline of all patrimonial rights, it becomes possible to notice a relevant space of private autonomy also in the *iura in re* sphere. In this context, the incidence of objective good faith in its various functions over this kind of juridical relation becomes an important and innovative application of this principle.

Keywords:

Iura in re. Private autonomy. Objective good faith.

1. A TÍTULO DE INTRODUÇÃO: UM CASO PARADIGMÁTICO

Por vezes, o esforço interpretativo empreendido pelo magistrado na busca da normativa do caso concreto pode revelar mais sobre a lógica que orienta o sistema jurídico do que se poderia supor. Assim parece ter acontecido

* Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor substituto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial n. 1.124.506/RJ.¹ O caso envolvia o exercício de uma servidão de águas, por força da qual certo lote de terra, que contava com uma nascente, deveria fornecer água a outros dois lotes, pelo tempo que fosse necessário para que estes adquirissem capacidade plena para obter água alhures (momento em que se daria por extinta a servidão). A relatora do acórdão, Min. Nancy Andrichi, propôs uma abordagem inovadora para a questão, afirmando que a condição resolutiva que determinava o momento da extinção do direito real de servidão fosse interpretada conforme os ditames do princípio da boa-fé objetiva, princípio que é tipicamente aplicado aos direitos obrigacionais.²

A hipótese apresenta diversas peculiaridades relevantes. Trata-se de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A ação original pretendia o cumprimento de obrigação de fazer, cumulada com pedido de reparação de danos materiais e morais. No caso, três irmãos eram proprietários de uma fazenda, posteriormente desmembrada para a criação de um loteamento. No momento do desmembramento, os ex-condôminos constituíram servidão mediante a qual um deles, que ficara com a propriedade sobre o lote onde se encontrava uma nascente de água, obrigava-se a fornecer parte da respectiva vazão aos demais lotes.

Essa servidão foi estabelecida com a condição resolutiva de valer somente até que o lote vizinho se tornasse autônomo, obtendo toda a água necessária às suas necessidades por fontes independentes. Anteriormente à assinatura do contrato de servidão, contudo, o proprietário do prédio serviente teria formalizado, perante o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), um pedido de pesquisa para exploração comercial da água, com exclusividade, constituindo para tanto uma empresa. O pedido foi deferido e a exploração da nascente inviabilizou o abastecimento de água dos ex-condôminos. Posteriormente, o dono do prédio serviente veio a falecer.

Os proprietários dos dois outros lotes ajuizaram, em seguida, ação de servidão em face do espólio, com o objetivo de condenar o réu a fornecer 1/3 (um terço) da vazão de água da nascente aos outros lotes; indenizar o valor correspondente, caso o fornecimento fosse impossível; e reparar o dano moral causado. A sentença de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados. Os ex-condôminos, irrisignados, apelaram da decisão, assim como o espólio do proprietário do prédio serviente, que pretendia a majoração dos

¹ STJ, REsp. 1.124.506, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 19.6.2012, publ. 14.11.2012.

² De fato, em sua matriz tedesca, o princípio da boa-fé objetiva desenvolveu-se como fundamento do direito obrigacional. A relevância da boa-fé objetiva para o direito das obrigações alemão, sobretudo por interpretação do § 242 do BGB, é registrado por ENNECCERUS, KIPP e WOLF, que reconhecem como “*principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe*” (*Tratado de derecho civil*. Volume II, tomo 1. Barcelona: Bosch, 1947, p. 19).

honorários advocatícios fixados na sentença *a quo*. O acórdão deu parcial provimento apenas ao recurso do espólio, ao passo que negou provimento ao recurso dos ex-condôminos.³

Em sede de Recurso Especial interposto pelos ex-condôminos em litis-consórcio, arguiu-se a violação dos arts. 1.387, 1.383 e 1.388 do Código Civil (uma vez que a servidão somente poderia ser cancelada por meio de ação judicial, não se podendo reconhecer sua caducidade incidentalmente); do art. 71, §3º do Código de Águas (Decreto 24.643/1934) e do art. 1º, III, da Lei 9.433/1997 (que estabelecem, como prioridade para a utilização dos recursos hídricos, as necessidades da vida, o consumo humano e a dessedentação de animais). O acórdão, de relatoria da Min. Nancy Andrichi, deu provimento ao recurso em votação por maioria, vencido o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Entendeu-se, então, que a falta de requerimento de implementação da servidão por anos após firmado o contrato indicava que o condomínio havia cumprido com seu dever de colaboração, buscando seu abastecimento por fontes autônomas. Constatando-se, porém, que tais fontes eram insuficientes, não havia de se falar em *suppressio*, sendo ainda possível o exercício da servidão.

O exemplo ora relatado remete ao instigante tema da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva em sede de direitos reais. O princípio, cuja incidência sobre as relações civis tem provocado, nos últimos anos, verdadeira reformulação axiológica da autonomia privada, demanda, para sua aplicação em matéria de direito das coisas, uma investigação preliminar: a do espaço disponível para a autonomia no exercício de situações jurídicas de natureza real.

2. O ESPAÇO CONFERIDO À AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DOS DIREITOS REAIS

A autonomia privada pode ser considerada o mais basilar dos princípios (e talvez a própria razão de ser) do direito civil.⁴ De fato, se a propriedade figurou, por muito tempo, como o mais relevante direito subjetivo tutelado pelo

³ Vale observar que, no julgamento pelo Tribunal de Justiça, houve voto vencido, de lavra do então Des. Luís Felipe Salomão, reconhecendo que a servidão anteriormente estabelecida para os lotes representava um acréscimo de valor para as propriedades, de modo que sua extinção, provocada por ato do réu, somente poderia ser admitida mediante indenização.

⁴ Na doutrina italiana, assevera Rosario NICOLÒ: “*se si volesse sintetizzare in una proposizione l’oggetto, a prima vista così vario e complesso, del diritto civile, [...] si potrebbe dire che esso è rappresentato da quel settore dell’esperienza giuridica in cui esercita un ruolo preminente l’autonomia riconosciuta all’individuo*” (“Diritto civile”. *Enciclopedia del diritto*. Volume XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 909). No direito brasileiro, Miguel REALE, em clássico elenco dos princípios fundamentais do direito civil, alude à autonomia privada como o segundo mais relevante princípio, logo após a personalidade, conceituando-a como “o reconhecimento de que a geral capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar certos atos ou abster-se deles, segundo os ditames de sua vontade” (*Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 359).

Código Civil,⁵ a liberdade de atuação dos particulares para, com o poder (juridicamente reconhecido) de sua vontade, negociarem seus bens e demais interesses sempre constituiu a outra face da moeda, construindo o arcabouço jurídico necessário à circulação de riquezas tão cara ao ideário liberal que inspirou a primeira codificação.⁶ Mesmo no cenário contemporâneo, em que a dignidade humana encontra-se elevada à categoria de valor máximo da ordem constitucional brasileira, não seria incorreto afirmar que, do ponto de vista do direito privado, essa dignidade é tutelada prioritariamente pela proteção ao livre desenvolvimento do indivíduo em suas escolhas existenciais e pela tutela – hoje entendida como subordinada a tais escolhas – da liberdade de ação desse mesmo indivíduo nas relações patrimoniais em que se encontrar, dentro dos limites da legalidade constitucional.⁷

Com efeito, se antes o direito civil se ocupava primordialmente dos bens e de sua circulação, o valor que parece unificar a civilística contemporânea, marcada pelos fortes traços personalistas que se tornaram comuns ao ordenamento como um todo, consiste na liberdade do indivíduo em desenvolver suas relações existenciais e patrimoniais, uma vez demarcados os limites normativos dentro dos quais essa liberdade pode ser legitimamente exercida. Esse traço comum pode ser verificado na própria organização sistemática do direito civil, antes construído em torno de uma *summa divisio* que apartava direitos reais e obrigacionais, e ora cada vez mais estruturado em torno da distinção, que se considera muito mais relevante, entre direitos existenciais e patrimoniais⁸ (justamente porque a liberdade de exercício dos primeiros é pautada por

⁵ Conforme leciona Stefano RODOTÀ, *“L’antica assimilazione della proprietà alla libertà – che già nell’esperienza giuridica medievale si era significativamente espressa in definizioni della proprietà ricalcate su quella che il Digesto dava per la libertà – aveva trovato nella filosofia giusnaturalistica prima, e successivamente nell’idealismo tedesco, una celebrazione che sarebbe apparsa definitiva già alle fine del XVIII secolo e che, da allora in poi, sarebbe stata identificata con il pensiero liberale”* (Proprietà (diritto vigente). In *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XIV. Torino: UTET, 1957, p. 133).

⁶ Registra Emilio BETTI que o negócio jurídico não é necessário “se non in quegli ordinamenti economico-sociali che riconoscono ai singoli una cerchia di beni di loro spettanza, in ordinamenti cioè basati sul riconoscimento della proprietà individuale. Solo sulla base di questo riconoscimento, infatti, la circolazione dei beni, come la prestazione di servizi fra singoli, è rimessa necessariamente all’autonomia privata” (*Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994, p. 46).

⁷ Conforme analisa Gustavo TEPEDINO a respeito da autonomia privada, “tal poder, cujo conteúdo se comprime e se expande de acordo com opções legislativas, constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais – na teoria contratual, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados –, quanto no campo das relações existenciais – por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade” (Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In FRANÇA, Erasmo; ADAMEK, Marcus Vieira von (Coord.). *Temas de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 317).

⁸ A criação desta nova dicotomia é propugnada por Gustavo TEPEDINO: “a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais” (Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13). Torna-se, assim, “ociosa a partição entre direitos

valores bastante distintos da liberdade de exercício dos segundos).⁹ É a essa liberdade, corolário fundamental da dignidade humana,¹⁰ que, nas relações particulares, costuma-se denominar autonomia privada ou, em outra formulação, autonomia negocial.¹¹

Tais constatações, hoje amplamente difundidas, permitem alcançar duas outras inferências. De um lado, é possível concluir que a reestruturação dogmática do direito civil tem ocasionado uma aproximação cada vez mais marcante entre direitos reais e obrigacionais, outrora fundamentalmente dissociados, e hoje reunidos no âmbito de uma mesma autonomia privada patrimonial.¹² De outra parte, seria possível afirmar que todas as matérias de direito civil se relacionam, de um modo ou de outro, ao exercício da liberdade nas relações particulares – são, em outros termos, questões de autonomia privada.¹³ Curiosamente, porém, uma longeva tradição civilista nos países da família romano-germânica poderia pôr em xeque tais ilações: o termo “autonomia privada” é raríssimas vezes utilizado em matéria de direitos reais, desti-

reais e direitos obrigacionais”, vez que fundada nos aspectos estruturais das situações jurídicas, “não já nos seus aspectos funcionais” (Ibid.).

⁹ Trata-se de liberdades guiadas por valores muito díspares: a autonomia existencial propõe-se a promover diretamente o desenvolvimento da dignidade humana, ao passo que a autonomia patrimonial o faz apenas mediadamente. Essa diversidade valorativa torna-se evidente se analisada a influência do princípio da solidariedade social sobre a liberdade em um campo e no outro: “no âmbito patrimonial os institutos são tutelados em razão e nos limites da sua função social. Já no âmbito extrapatrimonial não se deve cogitar de direitos-deveres para com a sociedade porque não cabe esperar o exercício de função social com relação aos atributos existenciais-constitutivos da pessoa humana” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 388).

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 106 e ss.

¹¹ Ao lembrar que diversos atos de autonomia são realizados também pelo Estado, negociando com particulares ou com outros entes públicos, Pietro PERLINGIERI propõe a expressão “autonomia negocial” como mais adequada do que autonomia privada, definindo-a como “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses públicos ou privados, ainda que não necessariamente próprios” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338).

¹² Afirma Pietro PERLINGIERI que a contraposição entre direitos reais e obrigacionais “perdeu nitidez nas suas fronteiras. Existem situações mistas que têm características típicas e tradicionais dos direitos reais (*realità*) e das relações obrigacionais” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 896-897). Sustenta, assim, o autor: “as situações subjetivas patrimoniais podem ser objeto de uma abordagem unitária, embora ainda não tenha sido elaborada, interpretativamente, uma normativa comum que lhe sirva de referência. Esta normativa comum não se pode identificar exclusivamente com o direito das obrigações ou com aquele das relações reais, mas deve ser concebida como a síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais” (Ibid., p. 892).

¹³ Assevera Rosario NICOLÒ: “*in definitiva le nuove forme giuridiche, che si sono venute gradualmente elaborando, hanno sempre come fondamento e presupposto specifiche manifestazioni di quell'autonomia privata che costituisce il principio essenziale del diritto civile*” (“Diritto civile”, cit., p. 910).

nando-se quase sempre ao campo das obrigações. Esse uso predominantemente setorial de noção tão relevante para o direito privado como um todo parece decorrer do somatório de alguns fatores.

Se, do ponto de vista axiológico, são bem conhecidos os valores que orientam a civilística contemporânea (precipualemente, a dignidade humana, a proteção dos princípios que dela decorrem e a tutela privilegiada de pessoas vulneráveis em relações específicas; além desses, a vedação ao enriquecimento sem causa, a tutela da confiança, a reparação integral dos danos, o aproveitamento dos bens conforme à sua função social, dentre tantos outros), do ponto de vista técnico o problema central do direito civil reside na atribuição de efeitos jurídicos a atos particulares, quando compatíveis com tais valores. De fato, se outros ramos do direito atribuem efeitos a atos eminentemente estatais,¹⁴ cabe ao direito civil conferir ou não eficácia a atos realizados por particulares (não pelo ente público).¹⁵

A complexidade dessa tarefa resulta ainda mais evidente na perspectiva civil-constitucional, segundo a qual todo ato humano, sem exceção, constitui um fato jurídico, porque resultante de uma liberdade juridicamente tutelada. A doutrina tradicional costuma designar “fato jurídico” aos fatos do mundo material que repercutem em efeitos jurídicos;¹⁶ para a metodologia civil-constitucional, em vez disso, absolutamente todos os fatos humanos reputam-se juridicamente relevantes, *ainda que* não apresentem efeitos jurídicos específicos, porque sua simples realização tem de ser conforme a uma liberdade garantida pelo Direito¹⁷ (sob pena de sua repressão em caso de desconformidade – o que também constitui, afinal, um tipo de relevância jurídica). Atrai-se, com isso, uma multiplicidade de atos cujos efeitos se submetem à chancela (e consequente proteção) do ordenamento.

A dificuldade em se reconhecerem efeitos jurídicos decorrentes da vontade particular (e não seria preciso lembrar o relevante o papel da vontade para a dogmática civilista, nos moldes liberais que a caracterizam até hoje) levou a uma gradação: a tarefa mostra-se mais complexa quanto maior for o pa-

¹⁴ Pense-se nos atos do administrador público (via de regra vinculados pela lei), nos atos do legislador (submetidos a rígido procedimento de validação) ou mesmo nos atos processuais, conduzidos perante a autoridade judicial e submetidos a regras procedimentais bem demarcadas.

¹⁵ Ao tratar dos variados problemas colocados pela noção de autonomia privada, ressalta Salvatore PUGLIATTI as dificuldades de reconhecer na autonomia privada uma fonte de efeitos jurídicos: “*Sotto altro profilo, la volontà verrebbe qualificata come autonoma, in quanto fonte degli effetti negoziali, e, coerentemente, sarebbe considerato come atto negoziale anche l’atto legislativo. Secondo un’altra tendenza, la volontà negoziale sarebbe eteronoma, in quanto costituirebbe uno degli elementi della fattispecie legale, sì che la fonte degli effetti sarebbe sempre la legge*” (“Autonomia privada”. *Enciclopedia del diritto*. Volume IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 368).

¹⁶ Nesse sentido, v., por todos, AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 341.

¹⁷ Afirma-o PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 640.

pel da vontade individual na atribuição de efeitos ao ato. Distinguem-se, assim, os atos privados cujos efeitos decorrem da lei e os atos que, também compreendidos por particulares, têm seus efeitos por eles escolhidos.¹⁸ Trata-se da clássica divisão entre, de um lado, atos jurídicos em sentido estrito e atos-fatos jurídicos e, de outro, negócios jurídicos. O primeiro grupo recebe da lógica jurídica menor resistência: os atos-fatos e os atos jurídicos em sentido estrito funcionam de certo modo como fatos naturais, aos quais o próprio ordenamento atribui efeitos; neles, a consideração da vontade do agente (especialmente nos atos jurídicos em sentido estrito, para os quais se exige vontade juridicamente qualificada) visa mais à proteção do próprio interessado do que à legitimação dos efeitos produzidos.¹⁹ Nos negócios jurídicos, de outra parte, a resistência revela-se maior, pois cabe ao Direito apenas homologar efeitos jurídicos buscados pelas partes se reconhecer sua compatibilidade com os limites estruturais e os alicerces funcionais estabelecidos pelo sistema – a ensejar maior suspeita (ou, ao menos, cautela) na admissão dessa eficácia.

Muitas evidências dessa desconfiança em relação à eficácia escolhida pelas partes no negócio jurídico poderiam ser oferecidas. Pense-se, por exemplo, na enorme controvérsia doutrinária a respeito da teoria preceptiva do negócio jurídico, que sustentava ser a fonte negocial criadora de normas jurídicas concretas, auto-regulamento de interesses privados, mais do que simples exteriorização da vontade individual.²⁰ Do ponto de vista legislativo, pense-se

¹⁸ Alguns autores, levando ao extremo tal distinção, chegam a considerar que nos atos jurídicos em sentido estrito não há qualquer liberdade, seja quanto à ação, seja quanto ao conteúdo, inserindo no campo do negócio jurídico atos em que se verifique alguma atuação de vontade do sujeito. Assim, por exemplo, Pietro RESCIGNO, para quem “*la qualifica di atto e, al tempo stesso, la negazione del carattere di negoziabilità potrebbero giustificarsi soltanto per l’adempimento dell’obbligazione, e più in generale per gli atti dovuti*”. Remata o autor: *Anche quando l’atto di adempimento consista nel trasferire la proprietà o un altro diritto, l’atto conserva l’indicata natura esecutiva, e non assume perciò carattere dispositivo di un interesse, in virtù della efficacia traslativa (della proprietà o del diritto), già spiegata dall’atto (contratto con effetti reali, legato con effetti reali) [...]*” (*Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1994, p. 290). Embora tal construção encontre óbice na vedação, no ordenamento brasileiro, da transmissão de direito real *solo consensu*, ainda assim ilustra bem a gradação da autonomia percebida amplamente pela doutrina entre atos com efeitos determinados por lei e atos negociais.

¹⁹ A diferença entre as duas categorias é registrada por PONTES DE MIRANDA: “Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, [...] o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem [...], pondo-se entre parentese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico” (*Tratado de direito privado*. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 457-458).

²⁰ O principal defensor da teoria foi Emilio BETTI, que afirmava: “*il negozio contiene ed è essenzialmente una statuizione, una disposizione, un precetto dell’autonomia privata in ordine a concreti interessi propri di chi lo pone; precetto destinato ad avere efficacia costitutiva, a spiegare cioè immediatamente gli effetti ordinativi corrispondenti nella vita di relazione. La dichiarazione, pertanto, ha natura precettiva o dispositiva, e quindi carattere impegnativo; il comportamento ha di per se parimenti tale caratteri*” (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 56).

ainda nos oitenta artigos dispensados pelo codificador de 2002 à disciplina geral do negócio jurídico (arts. 104-184), quando comparados ao único dispositivo (art. 185) que o Código Civil reserva ao regime geral dos atos jurídicos em sentido estrito. De fato, não há tanta desconfiança em relação a efeitos que a própria lei atribui: além de não partirem da vontade particular (destinada tão somente à realização material do ato), tais efeitos são necessariamente típicos – e sua abrangência, portanto, é conhecida previamente. O negócio jurídico, ao revés, tem efeitos derivados da vontade declarada; suas possibilidades, assim, são infinitas, desde que obedientes às restrições legais ou, em visão contemporânea, compatíveis com a axiologia do sistema (no qual a própria autonomia privada constitui um valor relevante).

Pelo mesmo motivo, indubitavelmente, o negócio jurídico corresponde ao instrumento por excelência da autonomia privada.²¹ De fato, não há expressão maior de liberdade juridicamente relevante do que a escolha dos efeitos jurídicos do ato praticado. Tais efeitos podem ser atípicos, dispensando previsão legal: os negócios jurídicos existem em *numerus apertus*, o que se exemplifica usualmente pela figura do contrato. Esse exemplo, aliás, parece mesmo ter se tornado mais forte que a teoria: sendo o contrato uma das principais fontes de obrigações, o princípio conhecido como autonomia privada passou a ser associado com enorme frequência à atipicidade peculiar dos direitos de crédito.²² Esse itinerário, relativamente simples, parece ser ao menos uma das razões pelas quais a autonomia privada, valor fundamental a todos os setores do direito civil, acabou por ter sua aplicação prática circunscrita, no mais das vezes, aos direitos obrigacionais.

De fato, no que tange aos direitos reais, a lógica de sua formação revela-se diametralmente oposta. A constituição de boa parte dos direitos reais ocorre por meio de atos-fatos jurídicos (os denominados “atos reais”²³ – pense-se em formas de aquisição da propriedade como a ocupação, o achado de tesouro, a especificação, a confusão, a comistão, a adjunção, a construção, a plantação). O direito brasileiro afasta ainda mais a constituição de direitos reais da figura do negócio jurídico, pois, ao contrário de sistemas como o francês e o italiano, nele a modalidade derivada de aquisição da propriedade não decorre apenas

²¹ Assim, por exemplo, define Francisco AMARAL: “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” (*Direito civil*, cit., p. 345).

²² Provavelmente para evitar essa redução, Miguel REALE denominava *autonomia da vontade* a capacidade geral de realizar atos ou evitá-los pelo poder da vontade, e designava como *princípio da liberdade de estipulação negocial* “a faculdade de outorgar direitos e aceitar deveres, nos limites da lei, dando existência a relações ou situações jurídicas, como os negócios jurídicos em geral e os contratos em particular” (*Lições preliminares de direito*, cit., p. 359).

²³ Segundo PONTES DE MIRANDA, os atos-fatos “abrangem os atos reais, a responsabilidade sem culpa, seja contratual seja extracontratual, e as caducidades sem culpa (exceto o perdão). Ainda quando, no suporte fático, de que emanam, haja ato humano, com vontade ou culpa, esses atos são tratados como ato-fato” (*Tratado de direito privado*. Tomo II, cit., p. 457).

do contrato, exigindo-se ainda a tradição ou o registro.²⁴ A usucapição, outra modalidade de aquisição da propriedade, tampouco reveste a forma negocial. Aparentemente, a disciplina em *numerus clausus* dos direitos reais, tanto quanto à sua constituição quanto ao seu conteúdo, afastaram em larga medida o modelo negocial e, por conseguinte, a noção de autonomia da vontade deste inteiro setor do direito civil.²⁵ Outras características ínsitas aos direitos reais, como a oponibilidade *erga omnes* e o direito de seqüela, estariam relacionadas a esta aparente falta de autonomia.²⁶

Essas características, porém, têm sido relativizadas, deixando aos poucos de ser consideradas exclusivas dos direitos reais. Admitem-se, por exemplo, obrigações com eficácia real e, portanto, oponíveis contra terceiros;²⁷ as obrigações *propter rem*, segundo boa parte da doutrina, aderem à coisa de cuja titularidade decorrem.²⁸ Como se percebe progressivamente, os atributos dos

²⁴ A regra, reproduzida amplamente em doutrina, é assim enunciada por Caio Mário da Silva PEREIRA: “No sistema jurídico brasileiro, com efeito, a propriedade não se adquire *solo consensu*, isto é, pelo contrato exclusivamente”. Exige-se, ao revés, “um fato cuja materialidade determina a transmissão da propriedade. Neste passo, como em tantos outros, a tônica de nosso direito reside na inspiração romana, que informa o jogo dos princípios. Ali se dizia que pela tradição e pelo usucapição é que o domínio das coisas se transfere, não pelo contrato: *traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*” (*Instituições de direito civil*. Volume IV. Rio de Janeiro: GEN, 2014, p. 99).

²⁵ Contemporaneamente, contudo, tem-se criticado esse afastamento, a partir de uma análise funcional. No ponto, v. Enrico CATERINI, para quem as categorias da autonomia negocial e da propriedade deveriam ser “portadoras dos valores do ordenamento jurídico constitucional” e não apenas das “instâncias de liberdade pelas quais foram historicamente concebidas e teorizadas”. Explica o autor: “Il principio di tipicità dei diritti reali ha trovato la sua ragione nell’assoluta ed indiscriminata, libera ed incondizionata atipicità dell’autonomia negoziale. Il venir meno nell’ordinamento giuridico costituzionale delle stesse premesse che hanno retto vicendevolmente l’affermazione della tipicità dei diritti reali come limite dell’autonomia, e dell’atipicità negoziale come tutela della libertà del singolo che non sia proprietario – verso cui la libertà sulla cosa finiva per prevalere sulla libertà di iniziativa –, ha posto l’esigenza di una rilettura delle categorie giuridiche ed in particolare del principio di tipicità dei diritti reali. Nell’ambito di un differente titolo costituzionale dei singoli rapporti reali (esistenziali o patrimoniali), bisogna verificare la funzione costituzionale dei principi di tipicità dei rapporti reali e di autonomia negoziale [...]” (*Il principio di legalità nei rapporti reali*. Napoli: ESI, 1998, pp. 28-29).

²⁶ Sobre a intrínseca relação entre tipicidade e oponibilidade *erga omnes*, particularmente nos direitos reais limitados, cf. NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: CEDAM, 1988, p. 157.

²⁷ É o caso, por exemplo, previsto pela Lei n. 8.245/1991: “Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel. [...]”.

²⁸ Na análise de Michele GIORGIANNI: “Posta di fronte a talune particolari situazioni (cosidette obbligaciones propter rem, oneri reali) la dottrina dominante rimane imbarazzata nel catalogarle, in base ai cennati criteri, nell’una o nell’altra delle due categorie, dato che in esse trova la presenza di taluni caratteri propri del diritto reale accanto a caratteri propri del diritto di credito; essa afferma di solito che esiste in realtà una zona di confine tra i diritti reali e i diritti di credito, diminuendo in tal modo assai chiaramente l’importanza ed il valore di quella distinzione” (GIORGIANNI, Michele. “Diritti reali (diritto civile)”. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino: UTET, 1960, p. 748). Vale registrar que a equiparação das obrigações *propter rem* aos ônus reais, contudo, é criticada por autorizada doutrina, que entende ingressarem tais obrigações no patrimônio do titular, desvinculando-se da coisa. A respeito, v. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. Volume XIV, cit.

direitos reais não decorrem precipuamente de sua taxatividade e tipicidade, mas muito mais de sua publicidade.²⁹ Isso tem permitido até mesmo a admisão de direitos reais atípicos, tais como a multipropriedade imobiliária³⁰ ou os chamados condomínios de fato.³¹ A fronteira entre direitos reais e de crédito torna-se cada vez mais tênue, permitindo vislumbrar um espaço de atuação da autonomia privada no direito das coisas.

Nem seria necessário ir tão longe. A dissociação entre direitos reais e autonomia privada ignora ao menos dois aspectos fundamentais. De um lado, muitos direitos reais (sobretudo os limitados, de fruição ou garantia) dependem de negócio jurídico que os institua – este será justamente o título a ser levado ao registro adequado, no caso dos direitos que exigem a transcrição, e constituirá, em qualquer caso, a base a partir da qual será possível determinar se a posse foi transferida juntamente com o domínio, se foi desdobrada para a criação de um direito real limitado ou se a entrega da coisa representou mero efeito obrigacional. De outra parte, e talvez este seja o aspecto mais importante, existe um considerável grau de autonomia no perfil dinâmico dos direitos reais, vale dizer, no momento de seu exercício;³² muito embora o conteúdo essencial desses direitos esteja necessariamente previsto na lei, diversos aspectos de sua fruição abrem-se, na prática, à vontade (e ampla discricionariedade)

²⁹ Leciona Michele GIORGIANNI: “*poiché l’essenza del diritto reale consiste, più che nel collegamento del potere con una cosa, nella inerenza di questo sulla cosa stessa in modo che il titolare possa ricevere soddisfazione del suo interesse a prescindere dalla situazione di fatto o di diritto in cui la cosa si trovi, l’ordinamento assicura tale soddisfazione solo se i terzi siano messi in condizione di conoscere l’esistenza di quel potere: i mezzi più idonei sono a tal uopo costituiti dal possesso per le cose mobili ovvero dalle annotazioni in speciali registri per gli immobili e per un certo numero di cose mobili*” (Direitti reali (diritto civile), cit., p. 752). A respeito, basta pensar, no ordenamento brasileiro, na já aludida eficácia real dos contratos de locação imobiliária que, contendo cláusula de vigência, sejam levados a registro.

³⁰ Trata-se da “relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua” (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1).

³¹ Segundo Sylvio CAPANEMA, “é o que acontece em muitas cidades, nas quais se constroem conjuntos de casas, que se classificam, equivocadamente, como condomínios edilícios, mas não o são, considerando que as ruas internas são públicas e os lotes, com as respectivas acessões, são de propriedade exclusiva, não havendo partes comuns em todo o conjunto” (em atualização a PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, p. 67).

³² A noção de que o exercício dos direitos reais aproxima-se dos direitos de crédito não é recente; de fato, CARNELUTTI, ao distinguir os direitos reais dos obrigacionais, explicava que nestes sobressaía a situação passiva, ao passo que nos direitos reais o papel predominante era o da posição ativa, pois “frente ao *ius [in re]* não há uma obrigação, mas uma sujeição, situação bem menos visível que a obrigação”; rematava, porém: “a obrigação só mais tarde surgirá, no momento em que o *ius* com o *iussum* for exercido” (*Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 287).

dos interessados.³³ *Mutatis mutandis*, trata-se de um exercício que pouco se distancia da liberdade para modificar os efeitos negociais que teriam as partes em um contrato típico que não desejassem desnaturá-lo em atípico.³⁴

Autonomia privada na constituição, modificação e exercício: eis um aspecto pouco ressaltado,³⁵ e ainda assim indissociável das relações reais. A proximidade com o direito contratual mostra-se pouco evidente no âmbito do direito de propriedade, em particular por se tratar de direito absoluto, adquirido de forma originária ou derivada translaticia – vale dizer, de modo que o novo dono não terá com o anterior, em regra, uma relação distinta daquela que terá, de todo modo, com o passivo universal. Nos direitos reais limitados (adquiridos, em geral, de forma derivada constitutiva), porém, a existência de dois direitos específicos sobre a mesma coisa (nu-proprietário e usufrutuário, usuário ou habitante; credor pignoratício, hipotecário ou anticrético e respectivo devedor; proprietários do prédio dominante e do prédio serviente; e assim por diante) põe em foco, no polo passivo do direito real, devedores específicos, cujo dever jurídico de abstenção ou tolerância será particularmente relevante

³³ Poder-se-ia falar, assim, em elementos naturais ou acidentais aos tipos reais, abertos à modificação das partes. Nesse sentido, afirma José de Oliveira ASCENSÃO: “a tipologia taxativa não impede que se admitam modificações dos direitos reais. Efetivamente, o direito real tem todo um conteúdo acessório, que é vastamente moldável pelas partes, mediante a substituição de disposições supletivas. Esse conteúdo é estranho à descrição fundamental em que consiste o tipo” (*A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Minerva, 1968, p. 332). Analogamente, pondera Marco COMPORTI: “Per quanto concerne il nucleo fondamentale della situazione reale, dunque, il limite dell'autonomia privata è ricollegato alla ineliminabilità delle situazione semplici che compongono tale nucleo fondamentale. Le altre situazioni semplici di vantaggio o di svantaggio, che, pur facendo parte della situazione reale, non ne rappresentano il nucleo fondamentale, ma costituiscono essenzialmente regole per il suo esercizio, potranno invece essere liberamente disciplinate dall'autonomia privata” (*Diritti reali in generale*. In CICU, Antonio e MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 1. Milano: Giuffrè, 1980, p. 158).

³⁴ De fato, mais importante do que a diferença entre elementos essenciais ou acidentais do tipo de direito real, a distinção essencial parece residir entre a constituição estrutural do direito e o perfil dinâmico do exercício, residindo neste último o espaço aberto à autonomia. A esse propósito, afirma Marco COMPORTI: “Questa dualità di momenti, del resto, può prospettarsi anche per le situazioni conformanti il nucleo essenziale del diritto, le quali, quando configurano la struttura della situazione, appaiono ineliminabili e disciplinate dalla normativa dei diritti reali; quando invece si presentano sul piano operativo dell'esercizio del diritto, sono disciplinate dalla normativa delle obbligazioni per quanto non derogata da norme speciali” (*Diritti reali in generali*, cit., p. 170). Conclui o autor que, para fins de estabelecer a disciplina aplicável ao direito real, “appare più utile differenziare il momento della struttura dal momento dell'esercizio del diritto reale nel suo insieme, indipendentemente dal riferimento al nucleo essenziale o alle regole di esercizio di esso” (p. 172).

³⁵ Não sem valiosas exceções, como a análise contundente de Marco COMPORTI: “In proposito è subito il caso di precisare che l'ordinamento ammette chiaramente uno spazio all'autonomia privata, nella determinazione concreta dei poteri, delle facoltà, dei limiti e degli obblighi costituenti il contenuto delle varie situazioni reali, prevedendo al riguardo, in certe ipotesi, la possibilità che il titolo disponga altrimenti dalla disciplina normativa” (*Diritti reali in generale*, cit., p. 150). Como assinala o autor, o problema maior não é a admissão desse espaço de autonomia, mas a identificação de seus limites para além da simples alusão a normas de ordem pública.

para o exercício do direito correspectivo.³⁶ A proximidade com os direitos de crédito resulta evidente:³⁷ de fato, tanto funcional quanto estruturalmente, a principal diferença entre a transferência meramente contratual da posse e a transferência para a constituição de direito real restringe-se ao fato de, nesta última, poder o possuidor direto opor seu direito contra terceiros, mas em ambos os casos poderá opô-lo ao indireto.

Quais são as consequências práticas das considerações empreendidas até o presente momento? Basicamente, a afirmativa de que existe um espaço para a autonomia privada tanto na constituição quanto no exercício dos direitos reais permite, primeiramente, demonstrar que não se verifica apenas um interesse coletivo ou social contraposto ao titular do direito real, mas que também pode haver interesses particulares. Em outros termos, a oponibilidade contra terceiros constitui princípio que não exclui o aspecto, menos característico dessa espécie de direito subjetivo, da exigibilidade de certos deveres jurídicos em face de um devedor específico. Assim, se não há dúvida de que toda a coletividade deve respeitar o exercício do usufruto de certo bem por seu titular (dever geral de abstenção), por outro lado o dever de tolerar a cessão do usufruto para terceiros pelo usufrutuário recai, ao fim e ao cabo, sobre um indivíduo específico (o nu-proprietário, possuidor indireto), pelo simples fato de que ninguém além dele estaria legitimado, em princípio, a manejar os interditos possessórios ou de qualquer outro modo questionar judicialmente o exercício do direito de usufruto.

Mas, muito mais importante do que isso, demonstrar que há espaço para a autonomia privada no âmbito dos direitos reais permite ao intérprete atrair para esse setor, na medida em que forem com ele compatíveis, normas destinadas à disciplina dos direitos obrigacionais. De fato, se a autonomia privada costuma ser aludida como o princípio maior regente dos contratos (acompanhado, em geral, da obrigatoriedade dos pactos e da relatividade, e atualmente mitigado pelos chamados “novos princípios contratuais”, como a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio contratual), há uma série de re-

³⁶ Na lição de Pietro PERLINGIERI: “A contraposição entre dever genérico e dever específico não é conforme à disciplina de todas as situações ditas reais: se é possível configurar um dever genérico na hipótese típica de direito real, que é a propriedade nas suas diversas formas e acepções, isto não é possível na maior parte das outras situações reais. Em regra, nas situações reais ditas de fruição, ao lado do dever genérico por parte de terceiros existe também uma relação entre um centro de interesses (usufruto, enfiteuse, direito de servidão) e um outro já individualizado (nua-propriedade, propriedade do senhorio, direito do prédio serviente)” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 897-898).

³⁷ Cite-se, ainda uma vez, PERLINGIERI: “as situações reais não se reduzem ao exclusivo dever genérico de abstenção por parte de terceiros; elas, especialmente aquelas limitadas de fruição, caracterizam-se pela presença de deveres específicos integrativos. Não existe, assim, uma nítida separação entre situações creditórias e reais: frequentemente situações obrigacionais se integram com interesses mais amplos e constituem situações complexas” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 898).

gras e princípios dessa área do direito civil que passam a fazer sentido no âmbito dos direitos reais, quando se percebe que nestes não figura única e simplesmente um interesse individual contraposto a um interesse geral, mas podem também existir interesses individuais contrapostos.

3. PERSPECTIVAS PARA A INCIDÊNCIA DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA SOBRE O EXERCÍCIO DE DIREITOS REAIS

O já mencionado acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. n. 1.124.506/RJ fornece exemplo claro e pioneiro dessa aplicação. Com efeito, na perspectiva que vislumbra nos direitos reais a simples contraposição de um interesse individual e um interesse geral, dificilmente faria sentido a aplicação da boa-fé objetiva. De fato, a boa-fé figura como o princípio que foi responsável por remodelar o direito contratual, de modo que a relação obrigacional deixasse de funcionar como o estatuto de tutela do credor em face do devedor e passasse a ser vista como um processo cooperativo entre ambos,³⁸ criando deveres recíprocos que, conquanto apresentem fonte legal,³⁹ agregam-se ao conteúdo do negócio jurídico.⁴⁰ Como é intuitivo, a noção de cooperação não se aplica com facilidade entre um indivíduo e toda a coletividade; cooperam entre si, em geral, sujeitos determinados.⁴¹ Entre os titulares do prédio dominante e o dono do prédio serviente, porém, faz sentido falar em atuação de boa-fé.

³⁸ No ponto, indispensável a referência a SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³⁹ Trata-se do processo que se denomina heterointegração do contrato, assim sintetizado por Stefano RODOTÀ: *“In definitiva, con l’eterointegrazione [...] si allude a forme di intervento sul contratto che vanno al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione e che, quindi, si aggiungono all’attività delle parti nella costruzione del definitivo regolamento contrattuale”* (Le fonti di integrazione del contratto. Milano: Giuffrè, 1969, p. 9).

⁴⁰ Ao ponto de seu descumprimento, segundo parte da doutrina, ensejar verdadeiro inadimplemento contratual. Para um estudo recente e com ampla indicação bibliográfica sobre o tema, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Inadimplemento contratual decorrente do descumprimento de deveres anexos. *Revista da EMARF*, vol. 18. Rio de Janeiro, jul/2013, pp. 308 e ss.

⁴¹ A esse propósito, é tradicional, particularmente na doutrina italiana, a distinção que associa as situações jurídicas de crédito a relações de *cooperação* e as situações jurídicas reais a relações de *concorrência*. A distinção é assim sintetizada por Marco COMPORTI: *“V’è chi ha ritenuto che i rapporti sociali si svolgano essenzialmente sulle due direttive della concorrenza e della cooperazione: nella prima direttiva della concorrenza i rapporti giuridici, regolati dalle norme distributive, diretti all’attribuzione a ciascun soggetto di una sfera di godimento dei beni della vita, darebbero luogo ai rapporti reali; nella seconda direttiva della cooperazione i rapporti giuridici, costituiti dalle norme commutative e diretti alla variazione della sfera di godimento delimitata dalle norme distributive, per il miglior raggiungimento dei fini di ciascuno, costituirebbero i rapporti obbligatori”* (Diritti reali in generale, cit., pp. 63-64). A distinção entre relações de cooperação e concorrência é normalmente atribuída a Francesco CARNELUTTI, que, no entanto, reconhece sua insuficiência para esclarecer a distinção entre direitos obrigacionais e reais, sobretudo conforme se compreendeu que o credor poderia dispor de seu crédito como se se tratasse de um bem (marca que outrora caracterizou a propriedade), ao passo que ao proprietário a lei passou a impor restrições à disposição (*Teoria geral do direito*, cit., pp. 286-289).

Foi o que reconheceu o STJ, fazendo incidir ao caso a mesma lógica que orienta as relações obrigacionais ao identificar no exercício da servidão amplo espaço para a autonomia privada e, conseqüentemente, relevante necessidade de cooperação entre as partes envolvidas.⁴² Essa aplicação da boa-fé exemplifica com clareza a aproximação verificável entre o perfil do exercício de uma situação jurídica subjetiva de crédito e de uma situação jurídica subjetiva real.⁴³ De fato, conforme amplamente difundido em doutrina, atribuem-se à boa-fé objetiva três funções principais.⁴⁴ Todas encontram-se previstas no Código Civil em dispositivos específicos, duas na Parte Geral e uma no Livro das Obrigações. A distribuição topográfica, embora não deva servir de argumento definitivo, talvez seja um indício importante para a investigação do alcance e das possibilidades da aplicação da boa-fé objetiva para além das relações obrigacionais. Trata-se de princípio decorrente da solidariedade social e, por isso, mais voltado às relações patrimoniais, revelando-se controversa em doutrina a possibilidade de se imporem interesses coletivos ou sociais como parâmetros valorativos nas relações existenciais.⁴⁵ O direito das coisas, assim, parece ser o terreno mais fértil para a aplicação do princípio em sede extracontratual.

⁴² A servidão, aliás, costuma ser indicada pela doutrina como um dos direitos reais que mais abrem espaço à autonomia privada: “*La servitù è il diritto reale che riserva il maggior campo all’autonomia privata in quanto, nel vasto ambito dell’utilità oggettiva del fondo dominante, che funge da criterio di qualificazione privatistica dello schema generale della servitù*” (COMPORTI, Marco. *Diritti reali in generale*, cit., p. 150).

⁴³ Observa Marco COMPORTI que, na doutrina alemã, “*la questione più grave e più dibattuta resta l’applicabilità del principio di buona fede (Treu und Glauben di cui al § 242 B.G.B.), per paralizzare l’esigibilità di certe pretese in tema di servitù, di oneri reali, di azioni reali, od addirittura per determinare il contenuto ed i limiti del diritto reale: e l’orientamento dominante appare favorevole all’estensione del fondamentale principio di buona fede anche nel settore dei diritti reali*” (*Diritti reali in generale*, cit., p. 168). De outra parte, na doutrina italiana, “*non sono mancate voci recenti che hanno evidenziato la questione, specie riguardo agli iura in re aliena. È stato infatti sostenuto che la parte generale delle obbligazioni dovrebbe servire ad integrare la disciplina dei diritti reali su cosa altrui, con riguardo non solo ai modi di estinzione, ma anche all’esercizio del diritto ed all’adempimento del dovere ed il principio di correttezza e buona fede dovrebbe valere anche per la disciplina suddetta, senza bisogno di particolari adattamenti*” (pp. 168-169). Não significa, por outro lado, que os deveres de cooperação não atuem de forma mais marcada em sede de direitos obrigacionais. Segundo Pietro PERLINGIERI, um dos aspectos que devem ser verificados diante de um caso concreto para distinguir entre direitos reais e obrigacionais é justamente “a existência, a qualidade e a quantidade da cooperação que um sujeito é obrigado a dar para alcançar o resultado que constitui o conteúdo da situação subjetiva” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 899).

⁴⁴ Por todos, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 427. Trata-se de tripartição bastante difundida pela obra de Franz WIEACKER (cf. *El principio general de la buena fé*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1982, p. 50), segundo o qual “o parágrafo 242 BGB atua também *iuris civilis iuvandi, supplendi ou corrigendi gratia*”.

⁴⁵ Ilustrativamente, a suposta função social de situações existenciais é negada, dentre outros, por Maria Celina BODIN DE MORAES (Ampliando os direitos da personalidade, cit., p. 388): “Como consequência direta da constitucionalização do direito civil, portanto, no âmbito patrimonial os institutos são tutelados em razão e nos limites da sua função social. Já no âmbito extrapatrimonial não se deve cogitar de direitos-deveres para com a sociedade porque não cabe esperar o exercício de função social com relação aos atributos existenciais-constitutivos da pessoa humana”.

As funções da boa-fé previstas na Parte Geral do Código Civil correspondem à função interpretativa (art. 113) e à função restritiva do exercício de direitos (art. 187). Trata-se de duas funções cuja aplicação na seara dos direitos reais não deveria causar grande perplexidade. De fato, a primeira, de índole hermenêutica, permite reconhecer que pode (e costuma) haver um negócio jurídico na constituição dos direitos reais, e que as cláusulas nele pactuadas devem ser interpretadas de modo a promover a cooperação entre as partes; desnecessário dizer que o conteúdo dos direitos reais tipificado pelo legislador também deve ser interpretado à luz do princípio. A segunda função, parâmetro valorativo do abuso do direito, promove o controle axiológico do exercício de qualquer situação subjetiva, inclusive real: mesmo em direitos que têm o seu conteúdo tipificado (aparentemente, sem grande liberdade criativa para as partes quanto ao seu exercício), espera-se que seu titular não aja de modo contrário ao ordenamento, seja de modo ilícito (contrariando a estrutura que o legislador previu para seu direito), seja de modo abusivo (contrariando a função subjacente à disciplina legal).⁴⁶

A terceira grande função da boa-fé objetiva, aquela que prevê deveres positivos de cooperação entre as partes, encontra-se prevista no Livro das Obrigações do Código Civil, em seu art. 422. Para além do fato de não estar inserida na disciplina geral do negócio jurídico, mas sim no regime das relações contratuais (o que poderia indicar uma opção legislativa mais restritiva quanto à sua incidência), esta função afigura-se mais delicada em sua aplicação, justamente por impor às partes novos deveres positivos, para além daqueles oriundos do regramento contratual ou, caso estendida às relações reais, do tipo legal. Outros princípios derivados da solidariedade social, como a própria função social, enfrentaram dificuldade inversa, tendo encontrado aplicação mais sólida no âmbito dos direitos reais do que nos contratos (justamente por contraporem interesses individuais a interesses coletivos ou sociais, o que explica que se adaptem melhor a direitos oponíveis *erga omnes*).⁴⁷ O trabalho doutrinário e jurisprudencial no sentido de se determinar um conteúdo específico para esta terceira função da boa-fé em matéria de direito das coisas (seguindo-se o exemplo da função social) afigura-se, desse modo, muito mais árduo.

As duas primeiras funções mencionadas parecem ter sido aquelas aplicadas ao caso julgado pelo STJ que ora se comenta. De fato, ao negócio jurídico que constituiu a servidão foi aposta uma condição resolutiva: a que previa a

⁴⁶ Sobre esta distinção entre ato ilícito e abuso do direito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, abr-jun/2012, pp. 66 e ss.

⁴⁷ Sobre as diferenças de aplicação da função social no âmbito contratual e no direito de propriedade, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, abr-jun/2013, pp. 85 e ss.

extinção do direito real no momento em que os titulares do direito pudessem obter água de outro modo. Como se sabe, salvo no caso de desapropriação, as servidões levadas a registro apenas se extinguem formalmente (ao menos em face de terceiros) uma vez cancelado este.⁴⁸ Embora tal seja um requisito para que cesse sua eficácia em face de terceiros, a doutrina sempre admitiu que entre as partes o dever jurídico do titular do prédio serviente termine concomitantemente com a cessação da utilidade para o prédio dominante,⁴⁹ cessação esta que pode estar prevista em cláusula do próprio negócio que instituiu a servidão⁵⁰ – o que aconteceu no caso em questão.⁵¹ O legislador de 2002 também consagrou esta modalidade de cessação no art. 1.388, II,⁵² mas exigiu do dono do prédio serviente que a prove judicialmente.

Não tendo havido cancelamento da servidão no registro nem instrução judicial provando a cessação da utilidade, é de se duvidar que o titular do prédio serviente pudesse, em regra, dar por extinta a servidão; a existência de condição resolutiva expressa, porém, poderia autorizá-lo a negar o fornecimento de água (a rigor, jamais utilizado pelos prédios dominantes), desde que interpretada a cláusula conforme a boa-fé objetiva – vale dizer, de modo a promover uma relação cooperativa entre as partes. Caso se entendesse que não restou plenamente configurada a cessação da utilidade, o comportamento do dono do prédio serviente ao se recusar ao fornecimento de água resultaria abusivo. Eis a aplicação das duas aludidas funções da boa-fé objetiva.

In casu, considerou o Superior Tribunal de Justiça que o fato de o fornecimento de água jamais ter sido requisitado pelos prédios dominantes não era suficiente para caracterizar a extinção da servidão. Com efeito, a doutrina tradicional sempre afirmou que o não uso era uma forma legítima de exercício

⁴⁸ A regra, já existente sob a égide do Código Civil de 1916, foi reproduzida pelo Código Civil em vigor: “Art. 1.387. Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez registrada, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada [...]”. Assim também em doutrina: “a efetiva extinção de uma servidão, perdendo sua eficácia de direito real, importa, como regra geral, em um ato complexo: causa extintiva mais cancelamento no Registro de Imóveis” (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 199).

⁴⁹ O Código Civil de 1916 apenas aludia, em seu art. 709, II, à servidão de passagem que tenha cessado pela abertura de acesso à via pública. A doutrina, porém, ampliava tal previsão. Por todos, v. ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, p. 158.

⁵⁰ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direito real de servidão*, cit., p. 226.

⁵¹ Conforme se extrai do inteiro teor do acórdão do STJ, a cláusula do instrumento particular de servidão de água estabelecia que: “[...] Fica, outrossim, acordado que, quando a data de terras remanescente possuir água com capacidade própria para o seu abastecimento, a presente servidão estará automaticamente extinta, para todos os efeitos de direito. [...]”.

⁵² *Verbis*: “Art. 1.388. O dono do prédio serviente tem direito, pelos meios judiciais, ao cancelamento do registro, embora o dono do prédio dominante lho impugne: [...] II - quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão; [...]”.

dos direitos reais⁵³ – e mesmo atualmente, à luz do princípio da função social, o descumprimento desta pode até acarretar a desapropriação do bem, ou a negativa de tutela ao proprietário no caso de uma disputa possessória, mas não propriamente a extinção automática do direito.⁵⁴ No entanto, justamente em matéria de servidão, prevê o legislador, desde a vigência do Código Civil de 1916, uma raríssima hipótese em que o não uso de certo direito real acarreta sua perda, ao dispor, no art. 1.389 do atual Código Civil, que a servidão se extingue pelo não uso por dez anos contínuos.⁵⁵ De qualquer forma, no caso concreto, transcorreram apenas oito anos de não uso, não sendo possível invocar o dispositivo citado em favor do prédio serviente.

O acórdão faz, ainda, uma consideração: lembra que a água constitui bem público de fundamental importância, e ressalta que o art. 1º, III da Lei n. 9.433/1997 determina que, “em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais”, ao mesmo tempo que o art. 71, §3º do Decreto n. 24.643/1934 (Código de Águas) dispõe que “terá sempre preferência sobre quaisquer outros, o uso das águas para as primeiras necessidades da vida”. Assim, esclarece a ementa do acórdão, “não é possível, em ponderação de valores, privilegiar o uso comercial da água, pelo titular do prédio serviente, em detrimento de seu uso para o abastecimento humano”. A alusão à ponderação de valores é significativa: sugere que, mesmo se a negativa do prédio serviente ao fornecimento após tantos anos fosse considerada legítima (não abusiva) em si mesma, igualmente o seria a pretensão dos prédios dominantes – e que, balanceando-se os valores em jogo, considerou-se esta última merecedora de tutela⁵⁶ em face da primeira, a privilegiar o uso para subsistência sobre o uso para fins comerciais. A complexidade desse juízo de valor evidencia ainda uma vez como o exercício de uma situação jurídica real abrange um espaço de liberdade, carente de controle valorativo, que não se esgota na tipificação legal.

⁵³ Por todos, veja-se a lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “Uma pessoa pode, na verdade, deixar de exercer qualquer ato em relação à coisa, sem perda do domínio. Temos dito e repetido que o não-uso é uma forma de sua utilização. A casa pode permanecer fechada, o terreno inculto, e nem por isso o dono deixa de sê-lo” (*Instituições de direito civil*. Volume IV, cit., p. 200).

⁵⁴ O não uso se torna, assim, apenas mais um aspecto a ser valorado à luz do caso concreto. A respeito do direito de propriedade, afirma Gustavo TEPEDINO: “a inação apenas merecerá tutela do ordenamento se e enquanto atender à função econômica e social da propriedade” (In AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, vol. 14. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 472).

⁵⁵ *Verbis*: “Art. 1.389. Também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção: [...] III - pelo não uso, durante dez anos contínuos”.

⁵⁶ Sobre o significado da expressão “merecimento de tutela” e sua relação com a ponderação, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58, abr-jun/2014.

Seria teoricamente possível, de outra parte, alegar *suppressio*, uma aplicação da boa-fé que prescinde de prazo fixo,⁵⁷ que permitiria considerar abusivo o exercício do direito após anos de inércia dos titulares dos prédios dominantes. Contudo, tal possibilidade, aludida pelo Tribunal Estadual, foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça,⁵⁸ ao argumento de que o fato de os titulares dos prédios dominantes não terem buscado o fornecimento de água por tantos anos, longe de indicar omissão ou desnecessidade da servidão, evidenciava o cumprimento de seu dever de buscar formas alternativas de obtenção de água. Em outros termos, os oito anos de não exercício seriam a prova cabal de que observaram seu dever de cooperação, procurando fontes alternativas; se, em dado momento, a obtenção de água não foi possível, e justamente por não ter sido extinta a servidão, faziam jus ao fornecimento pelo prédio serviente.

Por outro lado, diversas decisões, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto dos tribunais estaduais, já têm admitido a aplicação da boa-fé objetiva em sede de direitos reais, ainda que de modo incidental na fundamentação dos acórdãos, justamente por meio das chamadas figuras parcelares⁵⁹ da boa-fé objetiva, tais como a *suppressio*, a *surrectio* e a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Todas essas aplicações correspondem ao emprego da boa-fé objetiva como parâmetro de aferição do exercício disfuncional (abusivo) de uma situação jurídica subjetiva – portanto, à função restritiva do exercício de direitos que se atribui ao princípio.

Tome-se inicialmente a figura da *suppressio*. Diversos casos a respeito da utilização exclusiva e prolongada no tempo de áreas comuns em condomínio edilício por um ou alguns condôminos invocam tal aplicação da boa-fé objetiva. Em controvérsia a respeito do fechamento de *hall* comum de certo edifício por dois condôminos, com alteração do projeto para a unificação das respectivas unidades autônomas (a justificar o uso exclusivo da área, que, de resto, já havia sido autorizado em assembleia condominial), registrou o relator, Min. Ruy Rosado, a aplicação da *suppressio* como modalidade de tutela da confiança

⁵⁷ A respeito, v. a célebre lição de MENEZES CORDEIRO: “Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé. (...) O tempo sem exercício é eminentemente variável, consoante as circunstâncias, para que possa haver *suppressio*; o segundo fator – o dos indícios objetivos de que não haverá mais atuações – cuja necessidade é muito sublinhada, mas de conteúdo pouco explicitado, pode ter, na sua determinação, um papel fundamental” (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 797-811).

⁵⁸ Colhe-se do inteiro teor do acórdão: “A discussão dos autos não mergulhou em razões subjetivas do agir do instituidor da servidão – as quais podem ter existido, escusáveis ou não, consentidas, ou não, por titulares do imóvel serviente – mas a verdade é que os atos praticados arredam a configuração de boa-fé de caráter objetivo” (voto-vista do Min. Sidnei Benetti).

⁵⁹ Sobre a terminologia, cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, vol. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2006.

e restrição ao exercício abusivo de direitos. Concluiu-se, no caso, pela impossibilidade de retomada da área comum pelo condomínio, salvo se alguma mudança nas circunstâncias justificasse a modificação desse benefício. A todo tempo, porém, asseverou-se que não era o caso de usucapião da área ocupada exclusivamente pelos condôminos, na medida em que o uso da mesma ainda se reputava autorizado pelo condomínio.⁶⁰ Outras decisões da Corte sobre a mesma matéria alcançam idêntica conclusão com base na *suppressio*.⁶¹

A aplicação da *suppressio* ao exercício de um direito real mostra-se especialmente relevante por não se aplicar à matéria a prescrição extintiva.⁶² Com efeito, como já observado, o não uso reiterado no tempo não corresponde, em regra, a uma hipótese de perda do direito real – justamente porque, não se tratando de direito de crédito, o exercício da situação jurídica não depende da exigência de uma prestação específica em face de outro centro de interesses. A abstenção devida, ao revés, é geral e imputada ao chamado passivo universal, devendo ser cumprida sempre, motivo pelo qual a inércia do titular do direito real não parece causar qualquer insegurança jurídica (motivo que funda-

⁶⁰ STJ, REsp. 214.680, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 10.8.1999, publ. 16.11.1999. Extrai-se do voto do relator: “[...] pode ser invocada a figura da *suppressio*, fundada na boa-fé objetiva, a inibir providências que já poderiam ter sido adotadas há anos e não o foram, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não mais seria exigida. A *suppressio* tem sido considerada com predominância como hipótese de exercício inadmissível do direito e pode bem ser aplicada neste caso, pois houve o prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-lo; os condôminos ora réus confiaram na permanência desta situação [...]”.

⁶¹ Cf. STJ, REsp. 356.821, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 23.4.2002, publ. 5.8.2002; STJ, REsp. 325.870, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 14.6.2004, publ. 20.9.2004. Assim também nos tribunais estaduais. Em certo caso, julgado pelo TJSP, no qual se pretendia a demolição de uma cozinha de restaurante construída em área comum de edifício, decidiu-se que, “na hipótese, não obstante não ocorrente a prescrição, há que se reconhecer terem os autores perdido o direito à retomada da área e demolição da respectiva construção face à inatividade no exercício da pretensão por período significativamente longo, o que tornou legítima, considerado o princípio da boa-fé objetiva, a ocupação promovida pelos réus” (TJSP, A. Resc. 90094170920098260000, 15º G.C.D.Priv., Rel. Des. Orlando Pistoresi, julg. 12.12.12, publ. 27.1.2013).

⁶² O campo privilegiado para a aplicação da *suppressio*, aliás, consiste nas relações que não se sujeitam a prazo prescricional, muito embora não se descarte a incidência da figura sobre direitos prescritíveis. A respeito, afirma Anderson SCHREIBER: “Parece, todavia, razoável admitir que, neste confronto com os prazos legais (prescricionais ou decadenciais), o valor da segurança que os inspira ceda em favor da tutela da confiança naquelas hipóteses em que ao simples decurso do tempo se somem comportamentos do titular do direito [...] ou circunstância de fato, imputáveis a ele ou não, que justifiquem uma tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em leis, em uma espécie de prescrição de fato. Assim, nas hipóteses de (i) omissão somada a comportamento comissivo inspirador da confiança; ou de (ii) omissão qualificada por circunstâncias que, na ausência de qualquer comportamento do titular, sejam capazes de gerar a confiança de terceiros, pode se tornar aceitável a aplicação do [...] *Verwirkung*, mesmo na pendência de um prazo legal fixo. A efetiva ponderação, todavia, somente poderá ser feita em cada caso concreto” (*A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 185).

menta, de outra parte, a prescrição extintiva). Em sede de direitos reais, a consequência do não exercício será, quando houver, a prescrição aquisitiva⁶³ – consequência, portanto, no campo possessório, sancionando-se a inércia do titular do direito que tarda em defender sua posse.⁶⁴

O reconhecimento, porém, dos diversos aspectos de autonomia privada inseridos no conteúdo dos direitos reais tem permitido a atração da lógica da extinção de prerrogativas pelo decurso do tempo também para essa matéria e independentemente da questão possessória ou da própria titularidade do direito, que permanece intacta: com efeito, em todos os casos aludidos reconhece-se a manutenção do condomínio e assevera-se que o uso exclusivo por determinados condôminos corresponde a posse consentida pelos demais – não se tratando, portanto, de posse *ad usucapionem*, havendo mesmo decisões que caracterizam tal uso exclusivo, de modo pouco técnico, como detenção. Ainda assim, nega-se à comunidade de condôminos a retomada da área comum por simples controle valorativo do exercício da copropriedade à luz da boa-fé objetiva, tutelando-se a confiança despertada pela autorização do uso exclusivo enquanto as circunstâncias permanecerem as mesmas, vale dizer, enquanto nenhum prejuízo maior advenha da manutenção desse estado de coisas. Trata-se, como se percebe, de aplicação inovadora da boa-fé, resolvendo-se a questão não pelo prisma da titularidade ou pela tutela possessória, mas pelo controle valorativo da autonomia inserida no exercício do direito.

Não raro, nasce a *suppressio* geminada com a *surrectio*, outra figura parcelar da boa-fé que corresponde ao fenômeno contrário, a saber, à aquisição de uma prerrogativa pela reiteração do comportamento nela contido ao longo do tempo, independentemente de titularidade formal.⁶⁵ A *surrectio* foi invocada, por exemplo, no caso de certo condomínio edilício que, por muito tempo,

⁶³ A distinção é explicitada em doutrina por meio das figuras das faculdades legais e das faculdades convencionais, conforme leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: “Não prescrevem, igualmente, as chamadas faculdades legais, também designadas como direitos facultativos, que pertencem ao sujeito como consequências naturais do próprio direito, e se distinguem das denominadas faculdades convencionais, suscetíveis de prescrição, como direitos que são. Assim, não está sujeita à prescrição a faculdade que tem o proprietário de utilizar a coisa sua (facultas inerente ao domínio), mas prescreve a que lhe concede o vizinho de atravessar seu prédio (servidão de trânsito, que é um direito subjetivo). Imprescritível é o direito de propriedade, exerça-o ou não o dono, por qualquer tempo que seja. Mas se tolera que um terceiro o exclua da utilização da coisa, e se não se insurge contra a criação de uma situação de fato contrária ao seu direito, pode vir a perder o domínio por usucapião. A conciliação dos princípios está em que a falta de exercício das faculdades legais não importa em causa de sua extinção; mas, se tolera o titular que um terceiro adquira um direito contrário ao seu exercício, perde-as” (*Instituições de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: GEN, 2014, pp. 577-578).

⁶⁴ Ou, quando muito, a desapropriação diante do descumprimento da função social ou a tutela privilegiada de outro exercício possessório que se revele mais promovedor dos valores do ordenamento. Sobre esta última hipótese, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil, cit., pp. 99 e ss.

⁶⁵ Conforme leciona MENZES CORDEIRO: “A *suppressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de

deixou de cobrar taxa condominial a uma unidade autônoma. Compreendeu-se que essa atitude resultou em prerrogativa para o titular da unidade, que se transmitia até mesmo ao novo adquirente desta.⁶⁶ Outra relevante figura parcelar da boa-fé objetiva consiste na vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). Trata-se da proibição de que o titular de certa situação jurídica passe a exercê-la de modo contraditório ao exercício anterior, contrariando confiança despertada no outro centro de interesses da relação.⁶⁷ Na matéria, já se considerou contraditória a conduta do proprietário que repentinamente bloqueou rampa em seu terreno que dava acesso ao lote vizinho, incomodado com o comportamento das moradoras do lote ao lado, após ter permitido a passagem por certo tempo – muito embora se tenha afirmado que ele poderia fazê-lo legitimamente, se assinasse prazo bastante para que as vizinhas fizessem construir acesso próprio.⁶⁸

Aplicação dúplice da função restritiva do exercício de direitos e da função interpretativa da boa-fé objetiva pode ser colhida de decisão do STJ a respeito de supermercado que fez instalar no prédio em que se situava equipamento de refrigeração ruidoso, que incomodava um dos moradores.⁶⁹ Com efeito, embora a convenção de condomínio declarasse que o edifício se destinava exclusivamente ao fim comercial, sempre se admitiu também o uso residencial no prédio, a caracterizar a abusividade na instalação de equipamento cujas imissões sonoras não seriam compatíveis com este segundo uso. No caso, a boa-fé objetiva funcionou, ainda, como critério auxiliar para a interpretação da convenção condominial, exigindo-se a devida consideração dos dois usos (residencial e comercial) concretamente desenvolvidos do prédio. A mesma função interpretativa pode ser observada em caso julgado pelo Tribunal de

um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido atuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo. [...] Assim, o beneficiário tem de integrar uma previsão de confiança [...]” (*Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 824). No mesmo sentido, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 255.

⁶⁶ TJDF, Ap. Civ. 912152020028070001, 4ª T.C., Rel. Des. Cruz Macedo, julg. 30.6.2005, publ. 20.9.2005.

⁶⁷ Segundo MENEZES CORDEIRO, “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível” (*Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 742). A respeito, v. também SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 114.

⁶⁸ TJSP, Ap. Civ. 00122822820088260281, 12ª C.D.Priv., Rel. Des. Sandra Galhardo Esteves, julg. 29.8.2014, publ. 29.8.2014.

⁶⁹ STJ, REsp. 1.096.639, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 9.12.2008, publ. 12.2.2009.

Justiça de São Paulo no qual se pretendia a extinção de usufruto por modificação da destinação econômica do imóvel.⁷⁰ Afirmou-se, na hipótese, que a noção de destinação econômica deve ser interpretada conforme a boa-fé objetiva e com atenção às peculiaridades do caso concreto, o que permitiu concluir que o acréscimo de nova destinação (extração de areia em pequena área cujo solo não servia à agricultura) não representava violação da destinação principal do imóvel (atividade agrícola e pastoril).⁷¹

De se questionar, aliás, se não seria possível identificar, no mesmo caso sobre o usufruto, a criação de um dever positivo para o nu-proprietário, com base na aplicação da boa-fé objetiva, de tolerar o uso do imóvel para extração de areia, à revelia do acordo original que constituiu o usufruto para fins de exploração agrícola. Com efeito, a boa-fé impôs o temperamento da destinação principal pactuada, de modo que não apenas se reputaria abusiva a pretensão do nu-proprietário de ter extinto o usufruto com base na mudança de destinação (ferindo-se um dever geral de não exercer seu direito de forma disfuncional), como se poderia mesmo dizer que o princípio impõe a ele um dever específico de permitir essa exploração secundária. Ingressa-se, aqui, no campo da terceira função da boa-fé objetiva, aquela de criação de deveres anexos – aplicação do princípio que, como já se observou, afigura-se mais complexa e muito menos usual que as outras duas em matéria de direitos reais.

A maior complexidade na criação de deveres positivos aos titulares de direitos reais baseados na incidência do princípio da boa-fé não deve servir de óbice ao seu reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. Com efeito, não se deve afastar *a priori* o surgimento de deveres de cooperação em situações reais, sobretudo aquelas decorrentes de relações de vizinhança, de condomínio ou de direitos reais sobre coisa alheia, hipóteses em que costuma haver um contato intenso entre as partes envolvidas. Pode-se cogitar, por exemplo, de específicos deveres de sigilo nas relações entre vizinhos, para além do simples dever legal de abstenção de interferências indevidas, deveres de cooperação e colaboração entre condôminos na administração da coisa em comum ou deveres de cuidado e proteção da coisa alheia pelo detentor de direito real limitado para além daqueles previstos pelo tipo legal ou pelo negócio de constituição do direito.

⁷⁰ TJSP, Ap. Civ. 6210154100, 4ª C.D.Priv., Rel. Des. Maia da Cunha, julg. 9.2.2009, publ. 18.3.2009.

⁷¹ De fato, também em doutrina se entende que a disciplina do exercício desse direito real visa à preservação da substância da coisa e, portanto, “se esta não for afetada, perde sentido a restrição, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do negócio jurídico” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2013, p. 1467).

As possibilidades são incontáveis, bastando para tanto considerar que a boa-fé encontra suas raízes na noção de contato social⁷² – onde existir esse contato, e quanto mais próximo e duradouro for ele, aí incidirão os deveres derivados da boa-fé objetiva, incluídas muitas relações de natureza real nas quais o contato constante entre sujeitos específicos mostra-se indissociável de seu próprio exercício. A tarefa é desafiadora, mas parece uma parada obrigatória no itinerário de aproximação que têm sofrido os dois grandes campos do direito civil patrimonial nos últimos anos.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

Sabe-se que o direito das obrigações e o direito das coisas, dois principais setores do direito civil patrimonial, não apresentam mais a distinção rígida que os caracterizava no passado, admitindo-se, por exemplo, cada vez mais que direitos obrigacionais possam ser oponíveis a terceiros, que direitos reais sejam criados de modo atípico e assim por diante. Esta fase de aproximação justifica a associação desses dois setores, guardadas as disciplinas específicas que continuam a lhes ser inerentes, a uma lógica comum de autonomia privada patrimonial. Com efeito, a autonomia privada, princípio que caracteriza o próprio objeto de estudo do direito civil, é muitas vezes aplicada na prática apenas como um princípio orientador do direito contratual, dado o caráter atípico que caracteriza este último, como se a tipicidade dos direitos reais negasse um significativo espaço de autonomia tanto na constituição desses direitos como no momento de seu exercício.

O caso apreciado pelo STJ por ocasião do julgamento do REsp. 1.124.506/RJ, nesse sentido, fornece uma importante consequência da verificação desse espaço de autonomia no âmbito dos direitos reais, ao lançar mão das funções da boa-fé para a valoração do exercício de situações jurídicas reais. A aplicação desse princípio, normalmente restrita ao direito obrigacional, nestes casos demonstra como o controle valorativo do exercício dos direitos reais não se esgota na disciplina prevista pelo tipo legal, exigindo uma análise funcional do merecimento de tutela desse exercício como espaço de autonomia privada que representa – característica comum, aliás, a todo o direito civil patrimonial. Nesse sentido, aplicam-se as tradicionais funções da boa-fé objetiva (hermenêutica, restritiva do exercício disfuncional de direitos e criadora de deveres

⁷² A respeito do contato social, leciona Judith MARTINS-COSTA, “o contato social obedece a uma inesgotável multiplicidade de tipos, definidos consoante os igualmente inesgotáveis graus de proximidade ou distância e conforme as concretas situações em que operam” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 402). Conforme observa a autora, há deveres que, “no contato social juridicamente valorizado, nascem de atos não negociais, como os atos-fatos, os atos jurídicos em sentido estrito e os atos ilícitos” (p. 403). A autora propõe, com base em Clóvis do Couto e Silva, o contato social como fonte imediata de todos os deveres obrigacionais.

positivos) também em matéria de direitos reais, tendência que se consolida na jurisprudência brasileira.

Dentre as três funções, predomina em sede de direito das coisas a aplicação da boa-fé como parâmetro de aferição do exercício abusivo dos direitos, sobretudo por meio da aplicação das chamadas figuras parcelares, como a *suppressio*, a *surrectio* e a vedação ao *venire contra factum proprium*. No entanto, verifica-se também a aplicação da função interpretativa, não sendo de se afastar, tampouco, a possibilidade de criação de deveres positivos aos titulares de direitos reais. Esta última aplicação, mais complexa e menos usual que as demais, deve ter por base o reconhecimento dos espaços de autonomia no conteúdo dos direitos reais e a incidência da boa-fé objetiva às situações de contato social, contato este que se verifica em diversas relações reais, como as de vizinhança, de condomínio e de direito sobre coisa alheia.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Minerva, 1968.
- BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: ESI, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**, São Paulo: Saraiva, 1942.
- CATERINI, Enrico. **Il principio di legalità nei rapporti reali**. Napoli: ESI, 1998.
- COMPORTI, Marco. **Diritti reali in generale**. In CICU, Antonio e MESSINEO, Francesco. **Trattato di diritto civile e commerciale**. Volume III, tomo 1. Milano: Giuffrè, 1980.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil**. Volume II, tomo 1. Barcelona: Bosch, 1947.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.
- GIORGIANNI, Michele. "Diritti reali (diritto civile)". **Novissimo Digesto Italiano**. Volume V. Torino: UTET, 1960.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, F.C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In VIEIRA, José Ribas (Org.), **20 anos da Constituição Cidadã de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Direito real de servidão**. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. Padova: CEDAM, 1988.

NICOLÒ, Rosario. “Diritto civile”. **Enciclopedia del diritto**. Volume XII. Milano: Giuffrè, 1964.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. Barueri: Manole, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e **venire contra factum proprium**. **Revista de Direito Privado**, vol. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**. Volume I. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**. Volume IV. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

_____. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PUGLIATTI, Salvatore. “Autonomia privata”. **Enciclopedia del diritto**. Volume IV. Milano: Giuffrè, 1959.

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

RESCIGNO, Pietro. **Manuale del diritto privato italiano**. Napoli: Jovene, 1994.

RODOTÀ, Stefano. **Le fonti di integrazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. Propriedà (direito vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. Volume XIV. Torino: UTET, 1957.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Rodrigo da Guia. Inadimplemento contratual decorrente do descumprimento de deveres anexos. **Revista da EMARF**, vol. 18. Rio de Janeiro, jul/2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 50, abr-jun/2012.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, vol. 54, abr-jun/2013.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 58, abr-jun/2014.

TEPEDINO, Gustavo. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo; ADAMEK, Marcus Vieira von (Coord.). **Temas de direito empresarial: homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. In AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. Volume XIV. São Paulo: Saraiva, 2011.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1982.

* Recebido em 10 nov. 2015.