

# Dos Direitos Reaes



## Conceito de patrimonio

A palavra *patrimonio*, que, originariamente, significava *bens da familia* (1), tem actualmente uma accepção mais lata, ainda que não muito precisa no estado actual da sciencia.

Parece melhor fundamentada a opiuião dos que o consideram o *complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor economico* (2). Assim comprehendem-se no patrimonio tanto os elementos activos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada econo-

(1) E' a successão paterna. Em direito romano primitivamente a idéa de patrimonio era traduzida por *familia*, como se vê ainda da expressão *familix herciscundix (actio)* ou *familia pecuniarie*. Mais tarde foi usado o vocabulo *bona (venditio honorum, missio in bona, honorum possessio)*. Ao tempo do imperio é que se vulgarizou entre os jurisconsultos a palavra *patrimonium* (G. MAY, *Grande encyclopédie, vb. Patrimoine*).

(2) Confronte-se a definição dada com as seguintes:—l'ensemble des droits et des charges d'une personne appréciables en argent (PLANOL, *Traité de droit civil*, I, n. 747 ; —il complesso di rapporti giuridichi duna persona aventi valore pecuniario (FADDA E BENZA, notas ás *Pandectas de WINDSHEID*, I, p. 678);

micamente apreciáveis e as dividas (3). E' a actividade economica de uma pessoa, sob o seu aspecto juridico, ou a projecção economica da personalidade civil.

RAOUL DE LA GRASSERIE comprehende-o como o *prolongamento da personalidade sobre as cousas* (4), e tal modo de ver é perfeitamente accetavel, si por essa imagem se pretende significar a irradiação do agente do direito na esphera dos bens.

Algumas vezes o patrimonio é concebido de um modo mais restricto (5), não como a totalidade das relações juridicas apreciáveis em dinheiro, mas como aquillo que resta depois de solvidas as dividas, *quæ deducto ære supersunt* (6), ou como a somma dos bens concretizados em direitos actualmente existentes.

A maioria dos auctores considera o patrimonio uma *universalidade de direito*, isto é, uma unidade abstracta, distincta dos elementos que a compõem (7). Contra esse modo de ver

---

l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens (AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, VI, § 573).

Veja-se ainda DERNBURG, *Pand.*, §§ 22 e 67.

BIANCHI E BONELLI antes vêem no patrimonio um acervo de bens, dando, assim, ao conceito uma feição que, por um lado, excede aos limites do direito e, por outro, exclue elementos que se devem classificar entre os patrimoniaes.

(3) ENDEMANN, *Einfuehrung in das Studium des B. G. B.* § 50, nota 10.

(4) *Classification scientifique du droit*, p. 27.

(5) WINDSHEID, *Pand.*, § 42, e nota 2.<sup>a</sup> Tracta-se do que, em linguagem commum, se denomina patrimonio liquido ou activo.

(6) D. 50, 16 fr. 39 § 1. O fr. 80 *eodem* tambem diz: *Proprie bona dici non possunt duce plus incommodi quam commodi habent.*

(7) AUBRY ET RAU, *op. cit.*, §§ 573—583; WINDSHEID, *Pand.*, § 42; RAOUL DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, p. 27—29. DRAMARD, *Grande encyclopédie*, vb. — *Patrimoine*. Alliou-se a esta opinião o Projecto de codigo civil brasileiro, art. 60, por sugestão de LACERDA DE ALMEIDA (*Actas*, pag. 62). O co-

insurgem-se FADDA E BENZA, achando inútil e contrária á realidade essa abstracção que nos arasta para o dominio das ficções. Para elles, essa *universitas juris* somente apparece quando, para um fim determinado, a lei unifica os direitos e obrigações da pessoa, como no caso de successão hereditaria ou de fallencia (8).

Entretanto é bem certo que em muitos outros casos o direito civil encara as relações economico-juridicas de uma pessoa em seu conjuncto e como unidade (9). É uma idéa esclarecedora da posição juridica da pessoa essa que nos apresenta o patrimonio como um todo, como um aspecto da personalidade.

Outra questão que envolve o conceito de patrimonio é a de sabermos si elle pode ser multiplo ou si ha de, necessariamente, corresponder um a cada pessoa. A doutrina corrente responde pela affirmativa (10), embóra excepcionalmente se encontrem casos em que o patrimonio soffra uma divisão que é antes a necessidade pratica de impedir a junção de bens de procedencia diversa.

Os casos apontados como exceptionaes da unidade do patrimonio em direito civil (11) são

---

codigo civil allemão deixou de consignar preccitos sobre o patrimonio e, não se occupando de cousas incorporeas, não podia consideral-o entre as universidades de direito.

(8) Notas ás *Pandectas* de WINDSHEID, p. 667—672.

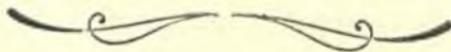
(9) Exemplos: o patrimonio das fundações (Projecto de cod. civil, art. 33); o dos menores (Proj. cit., art. 425); o do doador (idem, art. 1175).

(10) AUBRY ET RAU, VI, §§ 573 e 574; WINDSHEID, *Pand.*, § 42; PLANIOL, *Traité*, I, n. 478, 3.<sup>a</sup>; RAOUL DE LA GRASSERIE, op. cit., p. 27—29.

(11) Pelo *Projecto* de codigo civil em discussão no Senado brasileiro, toda herança é acceita a beneficio de inventario, no sentido de que o herdeiro não responde *ultra vires hereditatis* (art. 1591). A separação dos patrimonios em beneficio dos credores do hereditando está auctorizada pelo art. 1808. A successão provisoria e a definitiva do ausente constam dos arts. 475—489.

os de beneficio de inventario, da separação dos bens concedida aos credores do fallecido e da successão dos bens do ausente (12). Nesses casos, não ha uma situação definitiva. Enquanto se apura, *deducto aere alieno*, o que deve entrar para o patrimonio do successor, subsiste, não absorvido, o patrimonio do succedendo, ainda que ambos se achem dentro da esphera da actividade juridica de uma pessoa. Interesses valiosos se interpõem, mantendo a distincção dos patrimonios, impedindo-lhes a natural unificação.

FADDA E BENZA, em contrario, affirmam que esses casos dados como excepçionaes entram na regra commum, porque o patrimonio só se unifica para um fim determinado e, segundo o exigir essa finalidade, ter-se-ão dois ou mais patrimonios (13).



(12) No direito commercial, ha uma separação de patrimonios, quando o commerciante, declarado em fallencia, por sentença de tribunal estrangeiro, possui bens hypothecados no Brazil, ou tem contra si acção ajuizada que deva determinar penhora sobre bens sítos na Republica, ou, finalmente, é dono de um estabelecimento distincto e separado em nosso paiz (lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, arts. 103—105).

São attenuações ao principio da universalidade da fallencia, exigidos pelo relativo atrazo do direito positivo que ainda não pode traduzir a idéa de justiça em sua plenitude.

(13) *Opere citato*, I, pag. 672—673.

## Composição do patrimonio

No patrimonio incluem-se todos os direitos e obrigações apreciaveis pecuniariamente. Excluem-se, portanto (1):

a) Os direitos sobre a propria pessoa, os chamados direitos individuaes referentes á existen-

(1) WINDSHEID, *Pand.*, §§ 40 e 42; MAYNS, *Droit romain*, l. § 4.ª; FADDA E BENZA, *op. cit.*, l. pag. 673—675; DERNBURG, *Pand.*, § 22; R. DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, pag. 26. Este auctor chama os direitos fundamentaes da pessoa—*soi concret.* AUBRY ET RAU não excluem do patrimonio os direitos que a antiga eschola do direito natural denominava *innatos* (*Cours*, VI, § 573).

A proposito de direitos sobre a propria pessoa, agita-se a questão de saber si o individuo pode dispôr do proprio cadaver. Prende-se esta questão á do direito de disposição do proprio corpo, mas tem uma feição especial. O cadaver é cousa que está fóra do commercio; não pode, portanto, ser objecto de contracto oneroso ou gratuito nem de transmissão *mortis causa*.

Alguns auctores acham que o fim scientifico e humanitario das investigações anatomicas ou quaesquer outras semelhantes, afastando o caracter de torpeza da alienação, deve tornal-a permittida. Creio, porem, que não se pode tractar, na especie, de alienação nem de transmissão de direitos. Todavia o conjuge e os parentes chamados á successão podem conformar-se com a vontade do fallecido. Veja-se a respeito deste assumpto FADDA e BENZA, notas ás *Pand.* de WINDSHEID, l. p. 625—627.

cia, á liberdade e á hora, ainda que o *damno moral* possa determinar uma reparação pecuniaria da qual resulte um augmento do patrimonio.

b) Os direitos da familia e os de auctoridade, como as relações entre conjuges, entre pae e filhos, o patrio poder, a tutela etc.

c) Os direitos politicos e os chamados civis publicos.

Incluem-se no patrimonio:

1.º A posse;

2.º Os direitos reaes;

3.º Os intellectuaes (2);

4.º Os obrigacionaes;

5.º As acções oriundas desses direitos, as quaes, em verdade, não passam de aspectos dos mesmos (3).

BEKKER diz que são patrimoniaes todos os direitos transmissiveis, porem a transmissibilidade

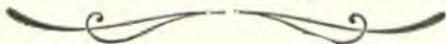
(2) Os direitos intellectuaes comprehendem: o auctoral, a patente de invenção, a propriedade das amostras e modelos, a da firma commercial, a das marcas de fabrica (HERING, *Actio injuriarum*, pag. 145 e 170). Parte dessa materia está regulada actualmente pelo direito commercial e parte pelo direito civil. E, como é no campo do direito civil que me pretendo manter, somente me occupo aqui do direito auctoral. A porção que entra no direito mercantil tende a desagregar-se para constituir o *direito industrial*, onde alguns querem tambem entresachar o direito dos auctores. (PIPIA, *Diritto industriale*, introduzione).

No direito auctoral ha uma parte economica e real ao lado de outra puramente pessoal que não entra no acervo do patrimonio, como o direito ao nome civil. Tudo quanto se prende immediatamente á honra do escriptor ou do artista, ao seu renome, ás suas qualidades caracteristicas, recebe protecção do direito, mas não tem por denominador commum a moeda, subsiste apezar das alienações da parte real do direito, é inseparavel da pessoa.

(3) Esta enumeração é feita diversamente pelos auctores. Veja-se, por exemplo, RIVAROLA, *Derecho civil argentino*, I, n. 60. Quanto ao direito hereditario, como argutamente explica DERNBURG, *Pandette*, § 22 da trad. de CICALA, não é uma parte constitutiva do patrimonio, encara as relações juridicas sob um outro ponto de vista, assignala a passagem do patrimonio do morto para os vivos.

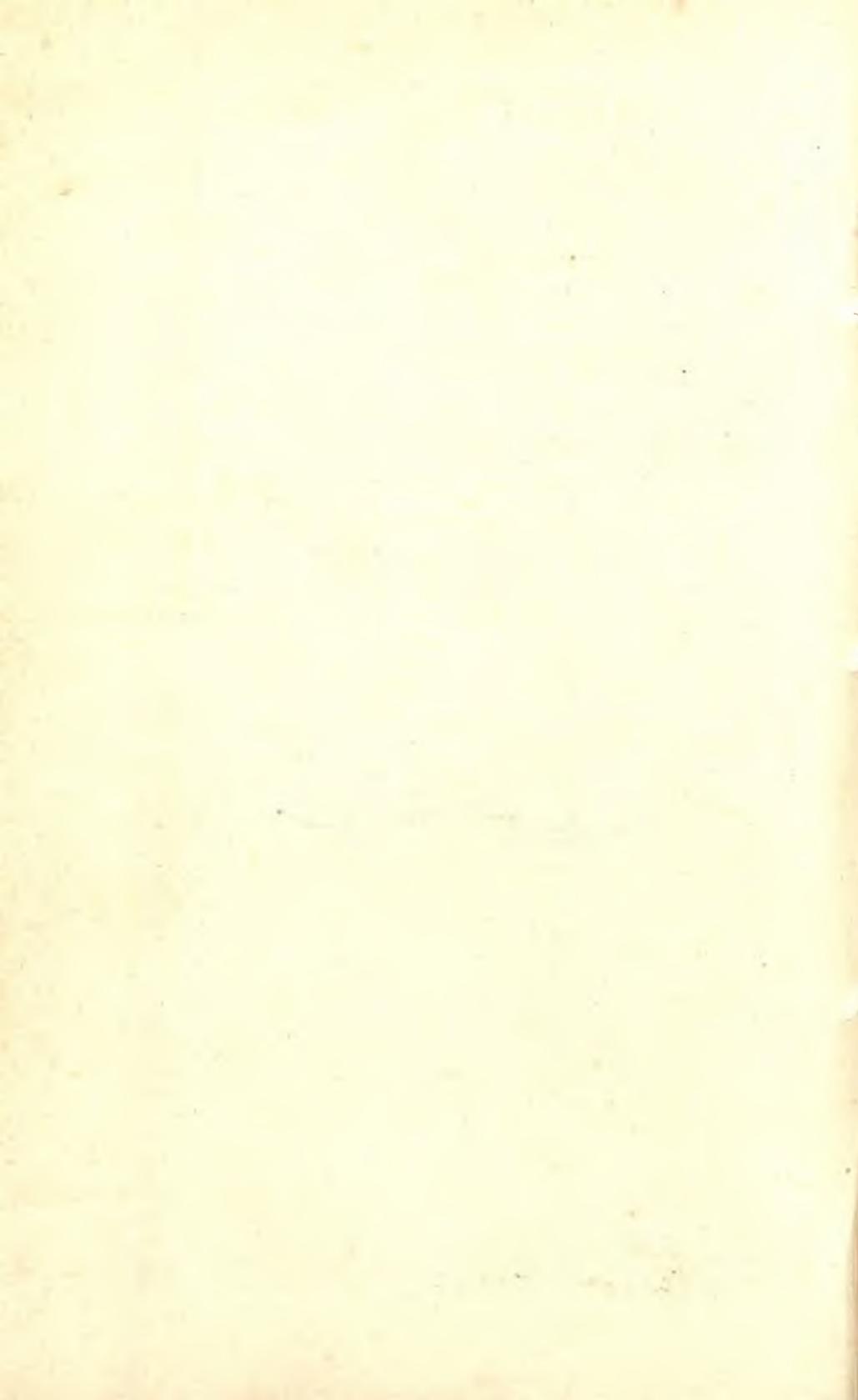
não coincide exactamente com a patrimonialidade. Basta considerar que, muitas vezes, a propriedade de certos objectos é inalienavel como a dos immoveis dotaes, que certos bens escapam á penhora, como os ordenados, os instrumentos de trabalho dos officiaes mechanicos e outros (4) para se ver que não é verdadeira a affirmação.

Patrimonial quer dizer apreciavel em dinheiro, de valor pecuniario, mas nem tudo que representa uma utilidade economica é permutavel.



---

(4) Veja-se o reg. 737, art. 529.



## Do direito das cousas

O complexo das normas reguladoras das relações jurídicas que recaem directamente sobre cousas é designado pelo nome de *direito das cousas* (1).

A noção de *cousa*, porem, deve ser dada na parte geral do direito civil, por constituir um dos elementos essenciaes das relações de direito. Dahi decorre uma consequencia, e é que a parte geral, nos codigos civis, é complementar do direito das cousas, como, aliás, o é de toda a parte especial.

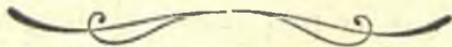
Tambem complementar do direito das cousas é o direito processual em tudo quanto se refere á organização da propriedade, á desapropriação e á execução.

---

(1) ENDEMANN, *Einf.*, II, §. 1.º Os romanos desconheciam uma denominação geral para o *direito das cousas* em antithese aos *jura personarum*. Nas Institutas, depois de exposto o direito das pessoas no livro I, diz-se que o assumpto do livro segundo serão as cousas: *modo videamus de rebus*. Sob essa denominação, é dos direitos reaes que se tracta.

Embora o direito das cousas forme um todo autonomo, é certo que a cada passo necessita de elementos dos outros dominios do direito civil. Assim como a *parte geral* lhe serve de sub-structura ás noções que lhe cumpre desenvolver, a cada passo precisa, no desenvolvimento dessas noções, de apoiar-se no direito obrigacional. Transmutações e modificações da propriedade resultam de contractos; a posição reciproca das propriedades visinhas origina relações obrigatorias; na theoria da posse occupam largo espaço elementos de obrigações (2). Essa interdependencia de principios e normas, aliás, se observa em todos os grandes agrupamentos da parte especial, de modo que uns são sempre complementares dos outros, manifestando-se, por esse modo, a unidade fundamental do direito civil.

O objecto do direito das cousas é a parte do patrimonio comprehendida pelos direitos reaes. Serve-lhe de introdução a *posse*, por ser a visibilidade do direito real, e nelle se inclue o *direito auctoral*, emquanto a classificação dos direitos civis não lhe indicar um posto mais adequado nalgum novo rebento do direito privado.



---

(2) ENDEMANN, *Einf*, II, § 2.º

### Natureza e caracteres dos direitos reaes. Sua distincção dos obrigacionaes.

I Os juristas não se entendem muito bem sobre a definição do *direito real*, porque uns se mostram de um subjectivismo extremo, enquanto outros se aprezem nos limitados plainos do objectivismo.

WINDSHEID define direitos reaes aquelles, em virtude dos quaes a vontade do titular é decisiva sobre uma cousa (1), definição ambigua, porque, não querendo o sabio pandectista suppor um contacto juridico immediato entre a pessoa e a cousa, foi pedir ao elemento psychologico da vontade as bases do seu conceito. Mas, sem entrar numa disquisição de natureza puramente philosophica afim de mostrar quanto é vacillante e fugidia essa base, pergunte-se: em que é que a vontade do credor pignoratício ou hypothecario é decisiva em relação á cousa empenhada? Sua vontade apenas o levará, no caso de não ser pago,

(1) *Pandectas*, § 38.

a executar o bem dado em garantia do credito. Directamente sobre esse bem não exerce elle acto algum de sua vontade.

Embora seja crescido o numero dos que affirmam não poder existir relação juridica entre a pessoa e a cousa (2), inclino-me a pensar que é justamente nessa acção immediata do sujeito do direito sobre a cousa que está a característica essencial do dominio e de todos os direitos reaes (3).

Assim pode o direito real ser definido—*o poder juridico do homem que recde immediatamente sobre uma cousa determinada, a ella adherindo emquanto perdura e prevale-*

(2) WINDSHEID, *Pandectas*, § 38: "não se deve entender que a ordem juridica imponha uma sujeição á cousa sobre a qual concede um direito real. Isso não teria senso. Todos os direitos se estabelecem entre pessoas e não entre pessoa e cousa. Quasi pelas mesmas palavras exprime-se BRUNS, citado por ENDEMANN: "Das Sachenrecht ist ein Recht nur durch die entsprechende Pflicht; es besteht al solches nur in der Beziehung von Person zu Person; zwischen Person und Sache ist uberhaupt kein Recht, sonder nur ein Factum moeglich., No mesmo sentido SCHLOSSMANN, apud DERNBURG, *Pand.*, § 22, nota 5, e PLANIOL, *Traité*, I, n. 763. Já entre nós José de ALENCAR, *Propriedade*, pag. 31, escrevera: "O direito assenta sobre uma relação e esta exige necessariamente a dualidade humana., Aliás ALENCAR apenas insistia na idéa de ORTOLAN de que todos os direitos, conforme eram considerados, eram *personaes* ou *reaes*.

(3) Em apoio deste modo de pensar invocarei as auctoridades de SAVIGNY, *Droit romain*, § 56; DERNBURG, *Pandectas*, § 22; CHIRONI, *Istituzioni*, § 22; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, III, n. 2; HUC, *Commentaire*, IV, n. 2; ROTH, *System*, II, § 218; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, introd., p. LXX e segs. e, particularmente, LXXIX e LXXX; LAFAYETTE, *Direito das cousas*, I, § 1.º; e KOHLER, *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, § 6, que assim se exprime: "Tem-se affirmado recentemente que não ha relações directas entre os individuos e a natureza, e sim relações dos individuos entre si, de modo que os objectos naturaes constituem, no direito, um elemento morto, nelle encravado como um estilhaço de pau na carne, e desempenhando um papel secundario, como um espectador num colloquio de amantes que de boa vontade o querem ver afastar-se. Mas não é assim. Os seres da natureza penetram nas relações do homem, acompanham-no em suas acções e omissões, e, desde que elle são do communismo, é a relação entre elle e a natureza que se pro-

*cendo contra todos* (4). Poder, diz a definição para accentuar que no direito real ha um elemento activo, e que, portanto, não consiste, como pretendem alguns, em um *pati*, isto é, na abstenção da parte de todos e de cada um em face do titular (5).

II Os caracteres essenciaes do direito real são:

1.º Elle adhire immediatamente á cousa, vinculando-a desse modo ao titular (6);

2.º Em virtude da adherencia immediata

tege e santifica... "Não ha direito somente onde pessoas de-  
frontam pessoas, mas ainda quando pessoas se acham em frente a cousas, naturalmente na supposição de que existe uma ordem juridica e a natureza é considerada como um factor de cultura entrosando-se nas relações sociaes do homem., V. mais o § 9.º.

(4) "Affectar o objecto da propriedade sem consideração a pessoa alguma, seguil-o incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor, eis o effeito constante do *direito real*, eis o seu caracter distinctivo., São palavras de TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, introd. pag. LXX. DERNBURG, *Pandectas*, § 22, apresenta a seguinte definição: "direitos reaes são os que submettem a nós immediatamente uma cousa corporea., A definição de SANCHES ROMAN é dada nestes termos:—"faculdade correspondente a uma pessoa sobre uma cousa especifica e sem sujeito passivo individualmente considerado., (*Derecho civil*, III, n. 3). HEINECIO comprehende o direito real como o *jus homini in rem competens, sine respectu ad certam personam, ex quo agi potest contra quemcumque possessorem* (*Elem. jur. civ.*, § 284).

Vejam-se mais as definições de MAYNS, *Droit romain*, I, § 3.º; BONFANTI, *Diritto romano*, § 76; LAFAYETTE, *Direito das cousas*, I, § 1.º

ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 3.º, diz que o direito real consiste no poder, reconhecido pela ordem juridica, que recae immediatamente sobre cousas corporeas.

(5) E' a opinião de BRUNS, WINDSHEID, BEKKER, SCHLOSSMANN, HOELDER, THON e outros, alguns dos quaes chegam a negar a existencia do direito real. Vejam-se FADDA E BENZA, ás *Pand.* de WINDSHEID, e a nota 5 ao § 22 das *Pandectas* de DERNBURG.

(6) SAVIGNY, *Droit romain*, § 56; MAYNS, *Droit romain*, § 162; ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 3.º, nota 9; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, III, n. 8; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, introd., p. LXX; LAFAYETTE, *Direito das cousas*, § 1.º; DERNBURG, *Pandectas*, §§ 22 e 191. Deixo de dizer *cousa corporea* para attender ao direito auctoral.

do direito á cousa, o direito real é dotado da propriedade de seguir o seu objecto por toda a parte, propriedade a que se dá o nome de *direito de sequela* (7);

3.º São exclusivos, não permittindo que outros da mesma natureza se estabeleçam onde anteriormente algum já existe. A hypotheca não faz excepção a esta regra sinão apparentemente, pois os credores por hypothecas posteriores não podem excutir os bens enquanto prevalece o onus anterior por se não ter vencido a divida (8). Por outros termos, o primeiro credor exclue o segundo até ser inteiramente pago.

4.º São providos de acções reaes que, em regra, prevalecem contra qualquer detentor da cousa (9).

5.º Não se exgotam pelo exercicio, permanecem inalteraveis depois de terem proporcionado, ao titular, as vantagens que encerram (10).

E' costume dizer ainda que os direitos reaes prevalecem *erga omnes*, sendo, por esse titulo, *absolutos*, mas não se devem identificar as duas

(7) A *sequela*, attributo do direito real, é de um grande valor pratico, porque acompanha a cousa por onde quer que ella vá. *Rem meam ubi invenio ibi vindico*. Pela *sequela* o credor pignoratício ou hypothecario assegura o seu pagamento; por ella o proprietario separa seu bem da massa fallida.

A *preclação*, outro attributo importante do direito real, não somente é privativo de alguns desses direitos, como tambem apparece entre os direitos pessoaes; não que estes tenham preferencia sobre os direitos reaes, porem a possuem em relação a outros direitos igualmente pessoaes.

(8) Veja-se a respeito JOÃO MONTEIRO, *Aplicações do direito*, pag. 60—65, e o *Projecto* do codigo civil, art. 818.

(9) As acções relativas ao estado das pessoas tambem podem ser propostas *adversus omnes*, mas nem por isso protegem um direito real (JOÃO MONTEIRO, *Direito das acções*, ns. 15—17; LAGARMILLA, *Las acciones en materia civil*, n. 33).

Veja-se ainda o que se diz á nota 11 adeante.

(10) Meu *Direito das obrigações*, § 5.º; ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 3.º, pag. 10 Nos direitos reaes de garantia, por serem accessorios de obrigações, desaparece este caracter.

noções de *real e de absoluto* (11). Em primeiro lugar, a protecção jurídica omnilateral, actuando *generaliter*, é commum aos direitos das pessoas, (á vida, á honra, á liberdade) aos direitos da família e até, algumas vezes, aos direitos de credito. Por outro lado, casos ha em que o direito real, actuando directamente sobre uma cousa, exige de determinada pessoa uma abstenção, como acontece, por exemplo, nas servidões, e casos ha em que a acção real soffre uma limitação em frente de certas pessoas, como, no caso de segunda hypotheca, a acção do segundo credor hypothecario em face do primeiro (12).

III Não falta quem suppouha levar a sua arguta analyse a bom caminho, quando nega a distiucção essencial entre o direito real e o de credito (13). O direito real existe pela obrigação que lhe corresponde, portanto é apenas um direito obrigacional mais complicado, que differe dos outros apenas pelo modo de defeza que empregam. O direito de credito origina uma acção contra determinada pessoa, e o real se defende *adversus omnes*. Mas, apesar dessas affirmações de uma analyse desviada, a differença entre as duas grandes categorias de direito patrimoniaes é essencial e sobre ella repou-

(11) *Dinglich heit ist Absolutheit*, afirma categoricamente FUCHS.

(12) *Meu Direito das obrigações*, § 5.º; ENDEMANN (*Einführung*, § 3.º, nota 8; FADDA E BENZA, *op. cit.*, pag. 592—593).

Quem propõe uma acção real deve provar que o réo violou e como violou o seu direito real. Eis ainda uma relatividade a oppor ao absoluto de que falam tantos auctores. TEIXEIRA DE FREITAS, embora considere os direitos reaes absolutos, contudo distingue as duas especies, porque nem todos os direitos absolutos são reaes (*Consolidação*, introd., pag. XCIV—CII).

(13) PLANIOL, *Traité*, I, n. 762 e 763; FUCHS, cit. por ENDEMANN, *Einführung*, II, § 3.º, nota 9: a essencia do direito real está na acção contra qualquer, na obrigação de todos. Vejam-se outros auctores citados por ENDEMANN e FADDA E BENZA, *ad. Pand.* de WINDSHEID, taes como BRUNS, THON, GIERKE e outros,

sam, em grande parte, as construcções do direito civil. «Do facto de que toda acção deve dirigir-se a uma pessoa, que é o réo, observa Eudemann, (14) não se pode concluir que para a estrutura do direito real tenhamos necessidade de um devedor. Invertem-se historicamente os papeis quando se diz: tu és proprietario somente porque outros devem respeito a esse teu poder juridico. O que é principal e o que primeiro nos vem á mente é que eu me tornei dono da cousa e que nada obsta que a ordem juridica reconheça essa relação unilaterial como interesse digno de ser protegido. Até onde podemos levar nossas investigações, verificamos que o espirito humano tem sempre, na formação dos direitos, considerado a tranquillidade da posse das cousas como base da organização da vida social.»

As differenças entre o direito real e o obrigacional resultam dos caracteres acima indicados, mas, para accentual-as melhor, será conveniente notar (15):

1.º No direito real existe uma relação unilaterial, directa entre o sujeito e o objecto,

(14) *Einfuehrung*, II, § 3.º, nota 9. A expressão *direito real*, desde que nos mantenhemos no circulo do direito privado, é clara e precisa. Não assim a expressão *direito pessoal*, geralmente usada, porque pessoas tambem são os direitos que constituem emanação immediata da personalidade, e por isso se denominam fundamentaes. Depois ha direitos reaes a que se dá tambem o nome de pessoas, como o usufructo, o uso e a habitação (servidões pessoas).

As denominações *jus in re* e *jus ad rem* são geralmente reputadas improprias (BONJEAN, *Institutes*, II, p. 212; PLANIOL, *Traité*, I, n. 770; MAYNS, I, pag. 509; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, III, n. 6).

Segundo WINDSHEID, *Pandectas*, § 38, nota 4, as fontes romanas não desconhecem a expressão *jus in re*, mas com applicação limitada. *Jus ad rem* nasceu mais tarde por antithese a *jus in re*.

(15) Meu *Direito das obrigações*, § 5.º; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, pag. LXII e segs.; SAVIGNY, *Droit romain*, §§ 53-56;

ainda que, algumas vezes, uma determinada pessoa tenha que supportar as consequencias do exercicio do direito. No direito de credito, porem, sempre a relação se trava entre pessoas. Muito embora haja uma cousa a prestar, só indirectamente e por intermedio do devedor é que o titular do direito pode alcançá-la.

2.º Ficou dicto que os direitos reaes excluem outros da mesma especie, o que não se verifica em relação aos direitos de credito. Consequencia: Os credores chirographarios, si não têm privilegio especial, para se fazerem pagar e si os bens do devedor não chegam para cobrir o passivo, dividem entre si, na proporção dos creditos, os bens não absorvidos pelos ouus reaes. Outra consequencia: Como a propriedade é a somma de todos os interesses juridicos enfeixados numa cousa, ninguem pode ter direitos reaes limitados sobre a cousa de que é proprietario (16). Entretanto o direito allemão conhece a hypotheca do proprietario (17) e em geral proclama o principio de que a consolidação e a confusão deixam de produzir seus effeitos, quando o proprietario adquire os direitos reaes que recaem sobre o predio ou quando os titulares desses direitos reaes limitados se tornam senhores do immovel (18). São considerações economicas que nestes casos se invocam para auctorisar essas creações absonas da logica juridica.

ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 3.º; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, III, n. 4; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 766—769; FADDA E BENZA, *ad Pand.*, WINDSHEID, I, pag. 570 e segs.; HUC, *Comment.*, IV, ns 2—3; LAFAYETTE, *Direito das cousas*, § 1.º; ALENCAR, *Propriedade*, pag. 28—29; LAGARMILLA, *Acciones en materia civil*, n. 25.

(16) *Nulli res sua servit* (D. 8, 2 fr. 26). *Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore* (D. 44, 2 fr. 30, § 1.º). São expressões do principio que se encontram nas fontes romanas.

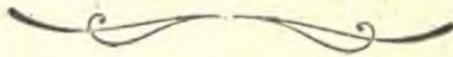
(17) Codigo civil allemão, arts. 1163, 1168, 1172 a 1175 e 1182.

(18) Art. 889.

3.º O objecto do direito real é uma coisa ordinariamente corporea e, algumas vezes, incorporea; o objecto do direito obrigacional é sempre uma prestação, isto é, uma acção ou inacção do homem.

4.º Do direito real podem as mesmas acções desprender-se indefinidamente, reproduzindo-se de accordo com as necessidades da defesa do direito. Ao direito pessoal compete uma acção somente. Por exemplo: como proprietario de uma coisa posso propor a acção de reivindicacção tantas vezes quantas me despojarem do meu dominio, e ainda me será licito propor acções relativas a servidões que existam a favor do mesmo predio ou que indevidamente queiram sobre elle estabelecer. Como credor, somente me será dado propor a acção competente para exigir do devedor a soluçao da divida. Uma vez alcançado esse resultado extingue-se o meu direito e com elle a minha acção.

5.º Os direitos reaes têm nas legislações numero limitado; os obrigacionaes são innumeraveis.



## Enumeração dos direitos reaes

Os direitos reaes são determinados pela lei. São, portanto, em numero reduzido e constituem figuras de typo fixo.

O direito romano admittia, além da propriedade, a servidão, a emphyteuse, a superficie, o penhor e a hypotheca (1). No direito moderno, se têm conservado com poucas variações essas mesmas figuras, ás quaes se têm accrescentado algumas outras (2).

(1) BONFANTI, *Diritto romano*, § 76.

(2) SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, III, n. 9, in fine, assim as destaca para o direito hespanhol:—dominio, posse, servidão, censo, hypotheca ou penhor, direito hereditario e renda inscripta. A superficie está incluída no censo.

O código civil allemão (arts. 903 e segs.) contempla: a propriedade, a superficie, as servidões, o direito de preempção, os onus reaes em sentido restricto (*Reallasten*), o penhor, a hypotheca, dividas e rendas vinculadas a immoveis, além dos direitos reaes reservados á legislação dos Estados (*ENDEMANN, Einführung*, § 10).

CHIRONI, *Istituzioni*, § 112, indica, além da propriedade, das servidões e dos direitos reaes de garantia, o de *retenção*.

No direito francez, aponta-se: a propriedade, o usufructo, o uso, a habitação, as servidões; a hypotheca, a superficie e a emphyteuse, ainda que deste ultimo direito real não tracte o co-

O direito civil patrio não faz uma enumeração completa dos direitos reaes; do conjuncto de suas disposições, porem, e, em particular, da legislação hypothecaria, conclue-se que elle reconhece os seguintes direitos reaes:

a propriedade, que recalhando sobre cousas corporeas toma o nome de dominio;

a emphyteuse;

as servidões;

o usufructo;

o uso;

a habitação;

o penhor;

a hypotheca;

a antichrese;

o legado de prestações ou alimentos expressamente consignado no immovel;

e os impostos prediaes (3).

O direito auctoral, segundo o organisou a lei de 1 de Agosto de 1898, não é mais que um

digo civil (LAURENT, *Cours*, I, n. 522). HUC, *Commentaire*, IV, n. 73, não se conforma com a opinião que considera a emphyteuse como direito real no direito francez.

O codigo civil argentino, art. 2503, tambem exclue a emphyteuse e a superficie de entre os direitos reaes.

(3) Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, arts. 1 e 6; decreto n. 370 de 2 de Maio de 1890, artigos 238, 240 e 242; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 1 ao art. 884; CARVALHO DE CARVALHO, arts. 401 e 402. Este auctor accrescenta o direito de retenção, sobre o qual se encontra em CARVALHO DE MENDONÇA (*Fallencias*, II, ns. 782—814) um extenso e erudito estudo.

Apezar, porem, da auctoridade destes dois notaveis juristas parece-me que se não pode, em direito patrio, considerar real o direito de retenção, porque lhe faltam os caracteres essenciaes dessa categoria de direitos, falta-lhe a *sequela*, falta-lhe a acção real.

Alem disso a nossa legislação estabelece taxativamente os direitos reaes que reconhece, entre os quaes não está o de retenção (dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 6). No sentido da opinião aqui esposada, veja-se SALEILLES, *Théorie des obligations*, n. 22.

privilegio, uma concessão em beneficio do auctor. Para fazel-o entrar no quadro classico dos direitos patrimoniaes, com esse character de mero privilegio, é forçoso reconhecer que sua posição fica mal definida, porque, alem da particularidade propria dessa figura juridica da qual uma parte é directa emanação da personalidade e a outra se objectiva no producto da intelligencia, intervem a natureza, por assim dizer, precaria e fugaz do privilegio.

Como, porem, o quadro classificatorio ainda não se alargou para incluir os direitos intellectuaes ao lado dos direitos de credito e dos reaes, e não é admissivel dar ao direito dos auctores a forma obrigacional, havemos de consideral-o uma forma da propriedade, ainda que tenhamos de reconhecer que, em tal classificação, sacrificamos o elemento puramente pessoal desse direito.

A posse não tem que ser destacada entre os direitos reaes, porque não é um direito e sim apenas a exteriorisação dos direitos reaes, a qual, por considerações economicas, juridicas e politicas, é protegida independentemente do direito que lhe deve servir de substratum.

II A principio, o direito real era somente a propriedade: *plena in re potestas*. Pouco a pouco, as necessidades da vida, o desenvolvimento das industrias e a valorisação crescente de certas qualidades das cousas vieram determinando o surto dos direitos reaes limitados,—os *jura in re aliena*, que recaem somente sobre uma ou algumas das utilidades a que se presta a coisa.

Sob esse ponto de vista, os direitos reaes se distribuem por duas classes: direito pleno (a propriedade) e direitos limitados (todos os outros).

Alguns facultam a fruição directa e actual da

cousa, cujas utilidades assim se repartem entre o proprietario e o titular do direito real (usufructo, uso, habitação); outros, sem permittir a utilização directa da cousa, destacam uma parte predefinida de seus fructos (legados de prestações e alimentos expressamente consignados no immovel); outros, finalmente, deixando ao proprietario a plenitude do uso e gozo da cousa, oppõem limites á sua disposição, porque com preço della asseguram o pagamento de uma divida (penhor, hypotheca).

A emphyteuse concede a fruição completa das utilidades da cousa, por isso denomina-se *dominio util*; a antichrese applica essas utilidades ao pagamento dos juros e amortisação de um capital devido.

Podemos classificar os direitos reaes em:

- a) *Direitos de posse, uso, gozo e disposição*:—a propriedade;
- b) *Direitos de posse, uso e gozo, abrangendo todas as utilidades da cousa*:—emphyteuse, usufructo e antichrese.
- c) *Direitos de posse, uso e gozo, referindo-se a algumas utilidades da cousa*:—servidões;
- d) *Direito de uso e gozo*:—uso;
- e) *Direito de uso*:—habitação;
- f) *Direito de gozo*:—legado de prestação ou alimentos expressamente consignado no immovel;
- g) *Direitos limitativos da faculdade de dispor*:—penhor e hypotheca.

Quando concorrem direitos reaes differentes sobre a mesma cousa, os limitados têm preferencia sobre a propriedade, porque foram della des-

tacados. Os *jura in re aliena* gozam de prelação uns relativamente aos outros, segundo a prioridade de sua transcripção ou inscrição (4).

CLOVIS BEVILAQUA.



---

(4) Dec. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, arts. 3 e 9; dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, arts. 131, 233 e 241.

