

UMA ANÁLISE CRÍTICA AO PRINCÍPIO *NUMERUS CLAUSUS* DOS DIREITOS REAIS SOB A PERSPECTIVA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A CRITICAL ANALYSIS OF THE PRINCIPLE *NUMERUS CLAUSUS* OF REAL RIGHTS UNDER THE PERSPECTIVE OF SOCIAL FUNCTION OF POSSESSION

Cláudia Franco Corrêa¹

Irineu Carvalho de Oliveira Soares²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar criticamente o princípio *numerus clausus* sob a perspectiva da função social da posse. O estudo questiona e pondera a afirmação de não relatividade do princípio *numerus clausus*, haja vista que, tal princípio, concebido pela dinâmica inquebrantável da taxatividade pode ensejar em limitar a dinâmica viabilizadora de direitos de cidadania, em especial, o direito de moradia. Neste aspecto, o trabalho pretende apresentar contextualmente o histórico do princípio *numerus clausus* e a sua paulatina releitura frente à função social da posse, cuja aplicabilidade visa proteger os direitos dos cidadãos. Nesta perspectiva, decorre sobre a valiosa relevância social da posse, o acesso ao Direito de moradia, que embora consagrado na Constituição Federal Brasileira como Direito Social ainda é inacessível a muitos brasileiros que veem na posse a única forma de viabilizar uma moradia, e, portanto, a posse se revela reputadora de um direito essencial a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: *Numerus Clausus*; Função Social da Posse; Direitos Reais.

ABSTRACT

This article aims to critically analyze the *numerus clausus* principle from the perspective of the social function of possession. The study questions and ponders the affirmation of the principle of relativity does not *clausus*, given that such a principle, designed by the dynamics of unbreakable taxatividade can give rise to limit the dynamic enabler of citizenship rights, especially the right to housing. In this aspect, the paper intends to present the history of contextually *numerus clausus* principle and its gradual reinterpretation forward to the social

¹ Doutora e Mestre em Direito pela UGF. Professora Adjunta da UFRJ e do Centro Universitário da Cidade.

² Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF.

function of possession, the applicability of which is to protect the rights of citizens. In this perspective, it follows on the social relevance of the valuable possession, the right of access to housing, that although enshrined in the Federal Constitution as Social Law is still inaccessible to many Brazilians who come in possession the only way to achieve a dwelling, and therefore , possession reveals an essential right to human dignity.

Keywords: *Numerus Clausus*; Social Function of Possession; Real Rights.

Introdução

O princípio *numerus clausus*, também conhecido como princípio da taxatividade determina que os direitos reais sejam apenas aqueles que estão exclusivamente elencados no artigo 1.225 do Código Civil de 2002. São eles: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

Segundo Rogério Marrone e João Batista de Mello (2005) os direitos reais são “aqueles expressamente previstos por lei, não se admitindo às partes que confirmam o caráter de direito real às convenções efetuadas”. Entretanto, isso não afasta a possibilidade de serem criados novos direitos reais, desde que através da fonte imediata do direito, a lei.

A norma do artigo 1.225, do Código Civil tem como objetivo a proteção dos direitos reais, que são direitos de ordem pública, operando-se contra todos devido o seu caráter *erga omnes*, daí a necessidade do legislador conferir a eles o caráter de *numerus clausus*.

Adotado o princípio da tipicidade – em similitude ao princípio da reserva legal do Direito Penal -, não será autorizada aos particulares a criação de outros direitos reais, além daqueles expressamente consignados em lei. Toda limitação ao direito de propriedade que não esteja prevista no ordenamento jurídico como direito real possuirá natureza obrigacional. (FARIAS e ROSENVALD, 2006)

A natureza obrigacional se caracteriza pela relação jurídica individual entre credor e o devedor, constituindo uma relação de caráter *inter parte*, ou seja, que somente tem efeitos entre as partes unidas por um vínculo jurídico voltado ao cumprimento de uma prestação (obrigação).

Nas obrigações, instala-se relação jurídica entre pessoas determinadas ou, ao menos, determináveis (...) cujo objeto é um comportamento do devedor, traduzido em uma prestação particularizada de dar, fazer ou não fazer. (...) (FARIAS e ROSENVALD, 2008)

Essa particularização nos direitos pessoais tem na manifestação livre da vontade das partes, desde que não macule a ordem pública, um extraordinário instrumento viabilizador da criação de tipos negociais nas mãos das pessoas, por isso os direitos pessoais são denominados *numerus apertus*, pois vão além dos contratos tipificados na lei abrindo espaço para a criação de novos enlances jurídicos obrigacionais.

Frente essas fronteiras dogmáticas intransponíveis anteriormente a “Constituição Cidadã” de 1988, que seguiam a risca aquilo que os brocardos latinos *numerus apertus* e *numerus clausus* caracterizavam, temos que levar em conta que após a Carta Constitucional o princípio *numerus clausus* foi mitigado devido à ordem constitucional contida no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal: “A propriedade atenderá a sua função social”.

Marco Aurélio Bezerra de Melo (2007) indica como é importante essa flexibilização ao afirmar que:

É importante que no estágio atual de revisão do direito civil tenhamos a possibilidade de mitigar o rigor da taxatividade, cumprindo o comando constitucional da função social da propriedade (art.5º, XXIII, C.R.F.B.), pois a flexibilidade desse princípio permite a criação e o reconhecimento da realidade de figuras jurídicas importantes para a sociedade contemporânea como a posse (...). (MELO, 2007)

Desta forma, de acordo com as considerações apresentadas surge o questionamento: Até que ponto o princípio *numerus clausus* permanecerá afastando a criação de direitos reais advindos da aplicação da função social da posse em casos específicos que não estão previstos no artigo 1.225, do Código Civil?

1. O estudo dos Direitos Reais na contemporaneidade

O estudo dos Direitos Reais traz, na atualidade, gama significativa de reflexões, seja no campo da sociologia, seja, por consequência, no campo jurídico. A visão que o direito aplicado, o que denominamos de norma, deveria estar dissociado de uma observância mais atenta de como a sociedade encara a própria norma, e mesmo como a sociedade necessita da aplicação da mesma, percebe-se, fadada ao mais completo esvaziamento.

Como se constata, o momento presume entrosamento efetivo entre o legal e o fato, um ir e vir hermenêutico, como observa Geertz (2006). Urge uma sensibilidade etnográfica no Direito, sem que isso comprometa as Instituições jurídicas.

Uma releitura mais dinâmica e interativa do direito pelas suas práticas pode se consolidar como meio mais eficaz na operacionalidade do mesmo. Na visão acertada de Geertz, o direito é antes de tudo um saber local, e como tal deve ser respeitado. Este respeito deve ser dirigido, imperiosamente aos seus destinatários, que, a despeito de qualquer tutelamento, devem ser vistos como atores aptos na feitura da estrutura normativa.

Na realidade, sobremaneira, seus destinatários (os sujeitos de Direitos) são atores atuantes, que constroem o “mundo jurídico”. O direito não pode ser reconhecido apenas pela ótica teórica de normas, regulamentos e princípios, ele é acima de tudo uma forma de conceber a realidade. A grande questão é como as Instituições Jurídicas vão criar um sentido de justiça a partir da tradução desta concepção³.

Os chamados Direitos Reais não poderiam estar desassociados dessa percepção, principalmente quando definimos tais categorias de direitos como o complexo de normas que regulam as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pela pessoa⁴, ou seja, é dentro do universo da apropriação, uso e gozo de bens que estaremos cingindo nosso rumo ao analisarmos os Direitos Reais. Dentro desse universo encontram-se grandes interesses envolvidos, não se indicando nesse ponto, apenas questões meramente econômicas, na realidade, será dentro desse contexto que se possibilitará a viabilização de outros direitos, categorizados, inclusive como superiores, como por exemplo, o direito de moradia, modalidade constitucional de direito social, como veremos posteriormente.

De modo específico, a relevância do estudo dos Direitos Reais se revela ainda como vigor quando nos deparamos com o Direito de Propriedade, Direito esse com *status* bem diferenciado das outras categorias de direitos reais, possuindo valor simbólico jurídico e social com grandes implicações.

Apesar da valorização que o direito de propriedade possui, não se pode olvidar que vem sofrendo inúmeras transformações jurídicas, seja na lei, na prática jurisprudencial e na

³ Geertz analisa fatos e leis em uma perspectiva comparativa.

⁴ Conceito oferecido por Clóvis Beviláqua.

própria doutrina. Todo esse hemisfério de transformações se dá por vários motivos, mais um se revela de modo especial: o fato mudou!

A sociedade, a qual se dirige a norma, produziu uma versão diferente do que até então se baseava. O resultado trouxe uma nova verdade social: o direito de propriedade não é mais concebido socialmente como era em tempos passados, dessa forma, por exemplo, se torna nada razoável aceitar a propriedade como um direito absoluto, pelo simples fato de que a própria sociedade passou na dinâmica da utilização estabelecer limites nessa esfera, o que posteriormente veio a ser reconhecido pela Lei, como ocorrera com a teoria do abuso do Direito⁵.

Quando se pontua “direito de propriedade”, a tendência é alocá-lo como Direito subjetivo, na cadência do Código Civil Brasileiro, pois encerra uma situação jurídica que todos tem dever de abstenção, e ao violá-lo nasce para o seu titular uma pretensão imediata. Dentro desse direito encontramos faculdades que vão possibilitar o seu exercício. E é justamente no seu exercício que podemos notar as inúmeras transformações percebidas, principalmente quando enfocamos, nesse campo, o valioso mecanismo da função social, assumindo o presente estudo, contornos econômicos, políticos, sociais e jurídicos com alta significação.

Discorrer sobre função social, de modo geral, demanda amplitude analítica, posto que a mesma se tornou motriz de inúmeras transformações de vários institutos jurídicos. Seja por observá-la como um princípio absolutamente autônomo ou até mesmo como um direito em si. De fato, a conclusão é peremptória: A função social mudou o cenário jurídico dos últimos séculos, e de modo especial, obrigou-nos a observar, no século vinte, institutos como o contrato, a empresa, a propriedade, a posse e até mesmo a família de maneira completamente diferente de outrora. Uma visão flexibilizada se impõe. A função social, *grosso modo*, poderia dizer que se revelou como um dínamo viabilizador da justiça distributiva. Não falamos aqui daquele senso de justiça distributiva que persegue unicamente a distribuição de bens materiais, mas sim em um aspecto mais amplo, dentro de uma teoria geral de justiça encaminhada de

⁵ Lembrando o famoso caso *Clement Bayard*, em 1915. Caso emblemático de julgamento na Corte de Cassação francesa sobre a atuação de certo proprietário (*Clement Bayard*) de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis que, sem qualquer justificativa, erguera, no seu terreno, torres pontiagudas destinadas a danificar os dirigíveis que sobrevoavam sua propriedade. Ao examinar a matéria, a Corte francesa condenou, por abuso do direito, o proprietário responsável pela construção das torres.

acordo com a estrutura de um completo conceito sociopolítico de justiça (FLEISCHARCKER, 2006). É aí que a atual perspectiva da função social se instala.

Em resumo: a história comprova que urge adaptabilidade de novos paradigmas a velhos Institutos, que possibilitem “*espargir sobre a codificação civil nuances sociais que marcam a contemporaneidade no Brasil*” (GOMES, 2008).

Em desfecho, a relevância do estudo dos direitos reais é categoricamente visível em nosso dia a dia, seja em nosso cotidiano, seja em nossas práticas de campo, como operadores de direito, seja como *práxis* acadêmica, pela imposição de uma perquirição detalhada do ensino de tais direitos.

Mas para que haja apreensão analítica do presente artigo, é de bom alvitre elaborar certos parâmetros conceituais, de modo a servir a compreensão das questões que estão e ainda serão aqui dispostas.

Não há como estabelecer, de forma definitiva, um conceito de Direitos Reais. A doutrina não é pacificada sobre o tema. O que encontramos são concepções mais aceitas do que outras, cabe, desta forma, explicitar as mais absorvidas, salientando, entretanto, que a prática comum dos doutrinadores de construir um conceito baseando-se em um elo diferenciatório entre os direitos pessoais e direitos reais, é altamente valioso, o que faremos *a posteriori*, ressaltando, contudo, que tal critério é mais didático do que efetivo. Não há como estabelecer um critério inamovível para distinguir o direito real do direito pessoal (GOMES, 2008). Na prática facilmente encontramos situações de direitos pessoais com alguma ou algumas das características dos direitos reais e vice-versa, como por exemplo, a oponibilidade *erga omnes* do contrato de locação levado a registro.

Estabelecer divagações sobre inúmeras teorias que explicam direitos reais, pode-se correr o risco de cair em uma prática redundante estéril, que venha confundir mais do que esclarecer. Na realidade duas grandes teorias se notabilizam na fundamentação dos direitos reais: a mais clássica, denominada de realista e a outra denominada de personalista.

Para a teoria realista os direitos reais são aqueles direitos que traduzem uma dominação sobre a coisa (*iura in re*), um poder que se exerce *erga omnes*, não havendo intermediação. Para os irmãos *Mazeaud* no direito real existe o sujeito ativo, representado pelo titular do direito, e um objeto, nascendo um valor positivo no patrimônio do titular (MAZEAUD e MAZEAUD, 1967). Já a teoria personalista estrutura sua concepção sob o

argumento de que não há qualquer possibilidade de existir relação jurídica entre pessoa e coisa, posto que todo direito que se estabelece com feixe de deveres, decorre necessariamente de relações intersubjetivas (KANT, 1998). Todo direito se constitui entre pessoas. Caio Mário afirma que a concepção personalista é mais moral e diríamos mais humana, enquanto a realista, além de pragmática é mais simples de perceber (PEREIRA, 2003).

Em nossa concepção, admitir uma relação entre pessoa e coisa, por mais tecnicidade que esta aproveite, estaria longe de admitir a essencialidade da PESSOA como ator fundamental das relações jurídicas, pontuando que estas devem existir para promover seu alvo principal, a PESSOA HUMANA. Coisificar as relações jurídicas, inserindo o ‘bem’ com valor idêntico a PESSOA, corre-se o risco de promover um aparato legal altista, posto que seu alto teor de praticidade equivoca-se na gênese, não compreendo outros valores, se comunicando apenas em si. A coisa é objeto, é elemento objetivo imediato, possui concretude, sendo passível de apropriação. Caio Mário afirma que do ponto de vista moral, não encontra-se explicação satisfatória para a relação entre pessoa e coisa. Todo direito se constitui entre humanos, pouco importando a indeterminação subjetiva, que, aliás, em vários casos aparece sem qualquer repelimento (PEREIRA, 2003).

2. Diferenças entre direitos reais e direitos pessoais

Na relação jurídica obrigacional os sujeitos são determinados ou em alguns casos poderão ser determináveis, quer dizer, que mesmo havendo um critério de indeterminação do sujeito, este será sempre temporário, como ocorre, na promessa de recompensa, posto que o credor só se revelará no momento da entrega da coisa achada, por exemplo. Já no Direito real, há indeterminação do sujeito passivo, pois existe um dever dirigido à todos de abstenção de violação ao direito do sujeito ativo, titular do direito real. O que Caio Mário chama de “*generalidade anônima dos indivíduos*” (PEREIRA, 2003).

No direito pessoal o sujeito passivo, em geral, sempre será determinado; enquanto no direito real há um sujeito passivo universal, ou seja, a própria sociedade como um todo. Enquanto a indeterminação passiva é regra no direito real a determinação o será no direito pessoal. A coisa, não sendo sujeito, é objeto da relação jurídica real, que o sujeito ativo tem a faculdade de opô-la *erga omnes*. É verdade que em algumas situações o devedor poderá exercer o direito sobre a coisa (*ius in re*), como ocorre na constituição de renda sobre imóvel ou mesmo o direito à obrigação real como acontece nas obrigações *propter rem*. Mas todo esse

contexto não conduz ao desmerecimento da teoria personalista, ao contrário, na violação do dever de abstenção genérico, nasce uma faculdade dirigida à todos indiscriminadamente. No direito pessoal só pode opor individualmente (devedor) a *facultas agendi* (PEREIRA, 2003).

Assim, ressaltamos algumas das características dos direitos reais e pessoais que possibilitam sua distinção:

- 1) Os direitos reais são necessariamente oponíveis a todos, ou seja, há um sujeito passivo indeterminado-genérico, enquanto nos direitos obrigacionais o sujeito passivo é determinadamente o devedor;
- 2) Nos direitos obrigacionais há perda de pretensão pela inércia do seu titular (credor), enquanto que nos direitos reais a simples inércia não fará incidir a perda de qualquer direito ou mesmo pretensão. No caso da usucapião é mister a conjunção da inércia do titular do direito mais posse *ad usucapionem* daquele que irá adquirir por esta modalidade aquisitiva;
- 3) O objeto do direito real é sempre determinado (coisa), enquanto que nos direitos obrigacionais o objeto poderá ser determinável, como ocorre na obrigação de dar coisa incerta;
- 4) Os direitos reais supõem existência atual do seu objeto, enquanto nos direitos obrigacionais há possibilidade de ser futuro;
- 5) Nos direitos reais a violação consiste em fato positivo, o que nem sempre ocorre nos direitos obrigacionais;
- 6) Os direitos obrigacionais são transitórios em regra, enquanto os direitos reais possuem uma tendência de continuidade no tempo, o que muitos autores denominam de perpetuidade;
- 7) Os direitos reais, em regra, são passíveis do exercício da posse, enquanto os direitos obrigacionais não.

Posto tais considerações de cunho conceitual, como objetivo de promover uma percepção definitiva e ampla dos Direitos Reais, cabe, nesse aspecto, analisar algumas de suas características para que seja examinado o princípio *numerus clausus*, dentro do universo da característica da taxatividade para que finalmente possamos dialogar e inter-relacionar tal princípio em percepção crítica com a função social da Posse.

As principais características apresentadas pela dogmática jurídica quanto os direitos reais são: absolutismo, sequela, preferência e taxatividade.

3. Os direitos reais como direitos absolutos

A qualificação dos direitos reais como direitos absolutos trazem algumas considerações que devem ser trazidas ao contexto. O problema, ao que parece, orbita na fundamentação de tal característica. Se partirmos do princípio da existência de um rol de direitos que são exercidos sem limitações, não encontraremos justificativa em nosso ordenamento jurídico, para conceber o absolutismo como característica dos direitos reais.

Direitos absolutos são direitos não relativos, pois vão conceder a seu titular verdadeira situação de dominação sobre um bem (ROSENVOLD, 2004). Destarte, podemos conceber o absolutismo dos direitos reais pela sua oponibilidade *erga omnes*, advinda, em nosso sistema jurídico, pela registrabilidade destas categorias de direitos.

Seus titulares estão desta forma, garantidos pela ordem jurídica, independentemente de qualquer outra relação. Em nível elucidativo, tomemos o exemplo de uma ação reivindicatória onde o possuidor adquiriu de boa-fé de um esbulhador, considerando que fosse este o proprietário. Será que o verdadeiro proprietário deverá primeiro buscar a invalidade do negócio jurídico celebrado entre o possuidor e o esbulhador para depois exercer sua *reivindicatio*?

A resposta é não. O proprietário só tem que provar sua propriedade, isto por si basta para reivindicar seu bem das mãos de quem quer que seja. É a posição típica de quem se baseia em razões absolutas (ASCENSÃO, 1968).

Em regra, nos direitos obrigacionais não há poder jurídico sobre um bem oponível à todos. O sujeito ativo só poderá exigir uma atuação do sujeito passivo, não atingindo, diretamente terceiros que não fazem parte da relação jurídica, corolário do princípio da Relatividades dos efeitos. Por estas razões é que definimos os direitos obrigacionais como relativos, no geral. Assim sendo os direitos reais são *jus in re* (direito sobre a coisa), enquanto os direitos obrigacionais são *jus ad rem* (direito à coisa).

Outra característica que se ressalta encontra-se na aderência dos Direitos Reais à coisa. Isto significa dizer que os direitos reais aderem à coisa permitindo que o seu titular possa persegui-la e reavê-la do poder de quem a possua indevidamente. A aderência dos

direitos reais é facilmente percebida no direito de propriedade, como observa o artigo 1228 do Código Civil vigente: *Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

É um verdadeiro processo de afetação dos direitos à coisa. Na ação reivindicatória, a seqüela é fator essencialmente visível enquanto fenômeno jurídico, posto que o proprietário ao exercer a perseguição à coisa pode reaver a coisa do possuidor que obteve a posse de maneira injusta.

É no universo dos Direitos reais de garantia que percebemos com maior nitidez a característica da preferência, haja vista, que a preferência consiste no privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação (GOMES, 2008).

Uma vez constituído o direito real de garantia, a responsabilidade da obrigação permeia determinado bem que foi oferecido em garantia para a satisfação do débito. Onde se conclui que os credores pignoratícios e hipotecários, por exemplo, preferem à todos os outros, no que diz respeito ao bem oferecido em garantia. É de grande valia para o credor, pois enquanto o credor quirografário pulveriza sua atenção no patrimônio genérico do devedor, o credor com garantia real encontra-se com maior segurança jurídica, tendo em vista que a satisfação do débito constituído está salvaguardado em um bem especificamente. *Plus cautionis est in re, quam in persona.*

É de fácil percepção que a preferência dos direitos reais vem sendo mitigada em decorrência dos privilégios legais, correlacionados a interesses sociais, como por exemplo, créditos trabalhistas e fiscais. Há um interesse prioritário envolvido, seja pela natureza de subsistência humana (créditos trabalhistas), seja pelo interesse público diretamente (créditos fiscais). São créditos quirografários em sua gênese, mas terão tratamento diferenciado pela natureza social que lhes norteia. Neste particular, os privilégios legais recaem sobre todos os bens do devedor, salvo os bens impenhoráveis, o que não corre com a preferência dos direitos reais, onde a satisfação da obrigação concentra-se exclusivamente em um bem determinado.

A estruturação conceitual por meio de exposição de características contribui, didaticamente, para uma maior e melhor compreensão dos direitos reais. Pode-se apurar que a característica do absolutismo abarca ou contribui para explicar as outras características. É de fácil percepção que todas as características enumeradas estão entrelaçadas entre elas. Ao

analisarmos uma nos deparamos com a outra. O limite entre elas é tênue, por vezes, quase imperceptível.

Limitamo-nos aqui a localizar, compreensivelmente, os direitos reais oferecendo uma contextualização desses direitos. A posição dos direitos reais frente aos direitos obrigacionais poderá sofrer, e certamente sofrerá, em um ou outro caso, uma redundância de conteúdo pela sua proximidade casuística em certas situações. Não podemos afirmar que tais categorizações de direitos possuem precisão cirúrgica diferenciatória, como alhures, ora vamos nos deparar em situações de direitos obrigacionais com alguma caracterização de direitos reais e vice versa.

Nessa esfera da mitigação terminológica das características dos Direitos Reais, se insere igualmente algumas considerações sobre outra característica, qual seja, a da taxatividade.

Nesse aspecto cumpre salientar que as questões aqui levantadas, tem por objetivo precípuo o questionamento crítico do princípio *numerus clausus* com finalidade de promover a posse ao status de Direitos Reais pela supremacia da Função social que lhe é inerente.

Consagrado como verdadeiro princípio para o doutrinação clássico, a taxatividade tem como base a concepção que os direitos reais são, exclusivamente, elencados na lei, nascendo por força legislativa. A vontade humana não tem condão suficiente para gerá-lo. São *numerus clausus*.

O hermetismo dos direitos reais encontra-se fundamentado na limitação da autonomia privada, permitindo apenas ao Estado a criação de tais Direitos, em contraposição ao sistema *numerus apertus*.

DANIELLE MACHADO SOARES (1999) observa com clareza a distinção entre um e outro:

O Estado contemporâneo é caracterizado pela sua atuante intervenção nas vidas dos seus administrados. Por tal motivo, não pode abster-se das suas funções fundamentais. Ele limita o campo da autonomia privada através de dirigismo econômico sob o fundamento do bem-estar social. Ao agir desta forma impõe uma série de normas à sociedade, conseqüentemente, vincula-se a elas também. Algumas dessas normas estabelecem princípios que se fecham diante de uma realidade social, sem permitir que situações novas possam adentrá-la. Outras, pelo contrário, deixam um espaço livre para que fatos novos se enquadrem em seu conteúdo normativo. A primeira situação é

denominada pela doutrina de princípio do *numerus clausus* e a segunda do *numerus apertus* (SOARES, 1999).

Desta forma, como destacado anteriormente, para muitos juristas, somente a lei pode criar direitos reais, tendo em vista que a taxatividade o caracteriza. No Código Civil, o elenco dispendo os direitos reais, encontra-se no artigo 1225.

4. Histórico do princípio *numerus clausus*: a releitura do princípio da taxatividade frente a função social da posse

O princípio *numerus clausus* originou-se no direito romano, contudo, a partir da Revolução Francesa toma maior força, de modo especial no direito de propriedade, pelo rompimento do sistema feudal existente, haja vista, a instauração de uma nova ordem político-econômica, colaborando, desta sorte ao hermetismo do direito de propriedade.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, faz alusão à aderência desta característica na estrutura do direito de propriedade, em tal período histórico:

O *numerus clausus* inscreve-se, ou pelo menos pode-se inscrever, neste movimento. Abolidos os vínculos feudais é instaurada uma nova ordem dos direitos sobre a coisa, um sistema fechado serve à maravilha para perpetuar as conquistas obtidas; tudo o que se não adaptar ao esquema legislativo é rejeitado (ASCENSÃO, 1968).

A partir da Revolução Francesa, o caráter inexorável e absoluto do direito de propriedade, vai assumir contornos bem acentuados, a nova forma de se conceber a propriedade enseja a necessidade de implantação de um sistema jurídico fechado, sob os auspícios de segurança dos novos titulares.

Ocorre, entretanto, que a Revolução Francesa, ao abolir privilégios, típicos do regime feudal, concede estrutura, admitida, por muitos autores, como democrática, contudo, este objetivo da burguesia ficou diretamente condicionado aos seus interesses econômicos e políticos, de forma que a propriedade alterava suas concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca do poder. (FACHIN, 1988)

Ao adotarmos este sistema jurídico, situamos em certo anacronismo, pois a base deste modelo social foi implantado no século XIX, cuja a influência do liberalismo francês pós-revolução, fez com que a visão do Código de Napoleão se revelasse contundentemente, visão essa baseada na propriedade inviolável (quase um direito natural). Será que no sistema jurídico

brasileiro no que se refere, aos direitos reais deve-se manter a rigidez do princípio *numerus clausus*?

José Oliveira Ascensão (1968) descreve o referido princípio como “*verdadeiro colete de força imposto à vida*”.

Como explicaríamos as posições jurisprudenciais favoráveis ao reconhecimento do condomínio de fato?⁶

O dinamismo da vida hodierna não se compara com a rigidez do século XIX onde houve o fortalecimento de tais primícias. Não podemos esquecer que a Constituição de 1988, introduziu uma nova ótica, aliás, trouxe a funcionalização dos direitos pela flexibilização do interesse particular pela sobreposição do interesse público (social). O hermetismo da taxatividade não prevê o dinamismo que as relações jurídicas se manifestam. Não se pode supor que a rapidez no trânsito das relações de apropriações possa sugerir novas categorias de direitos reais.

A questão existente, como afirma CASTANHEIRA NEVES (1999), é a recompreensão do pensamento puramente legalista. Principalmente a reafirmação dos direitos fundamentais, compreendendo que não é a lei que dá validade jurídica a direitos, mas os direitos reconhecidos como fundamentais que se impõem à lei e condicionam a sua validade.

Somos desta maneira, favoráveis a uma releitura do princípio da taxatividade, onde os valores constitucionais possam ser prevalentes e norteadores de todo e qualquer direito infraconstitucional. Neste aspecto ressalta-se, portanto, a ilação do Instituto da Posse como um Direito Real, pela sua importante dinâmica social.

O Código civil em seu artigo 1.196 descreve a posse como um agir, uma exteriorização da propriedade, ao dizer que *considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Assim, o possuidor é aquele que tem exercício de poderes ligados a propriedade, podendo ser de forma plena ou não, podendo ser um ou alguns.*

⁶ Condomínio de fato é espécie informal de condomínio. Consiste nos aglomerados de proprietários que se reúnem informalmente comportando-se como condôminos, o que ocorre, por exemplo, quando os moradores de uma rua sem saída fecham a entrada da rua com colocação de cancela e instituem uma Associação de Moradores que vai regular e administrar a vida em comum, o que prevê cobrança de “taxas de condomínio”, realizando todos os serviços analogamente a situação de condomínio. *Ap. cível: 7677/93*

A concepção da posse instaurada em nossa codificação civil é baseada na teoria objetiva, sendo construída por RUDOLF VON IHERING, em sua obra *Ueberden Grund des Besitzes* (Fundamento dos Interditos Possessórios), obra essa dedicada a estruturar uma teoria da posse.

Contudo, cabe pontuar que a visão de IHERING há muito se distanciou de nossa complexa realidade jurídica e social. A posse como simples fato não mais se coaduna com a factualidade hodierna. Tais premissas, ainda encontradas em alguns manuais de direito civil, não explicam a realidade, muito menos estão em acordo com as recentes decisões de nossos tribunais, que a cada momento dão a posse a sua carta de alforria frente à propriedade.

A atual lei 11.977 de 07/07/2009, que regula o programa “Minha Casa, Minha Vida”, visa a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, promove claramente a posse como eficaz instrumento na realização do direito de morar de classes menos favorecidas.

A realidade social é a que mais se impõe. A posse tem revelado como verdadeiro direito. Não podemos esquecer que a jurisprudência brasileira vem admitindo a supremacia da posse, ao prestigiá-la, também, em compromisso de compra e venda desprovido de registro (Súmula 84 STJ).⁷

Como já observado a função social mudou o cenário jurídico dos últimos séculos, e de modo especial, obrigou-nos a observar, a partir do século vinte vários institutos jurídicos de maneira diferente.

Uma visão mais flexibilizada vai se apresentado no universo jurídico, de modo especial, no início do século XX León Duguit, sociólogo francês, argumenta que o Direito e o Estado devem ser definidos a partir da realidade social, defendendo a tese de que a propriedade deixara de ser um direito subjetivo para converter-se na função social do possuidor de riquezas (DUGUIT, 1902).

A concepção do referido autor assinala que a noção de direito subjetivo, já correspondeu a uma necessidade histórica, não podendo manter-se na época atual (início do

⁷ SUMULA 84 – STJ “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

século XX), pois os países modernos estariam elaborando um sistema jurídico com base na realidade social, ou seja, na função social.

A perspectiva de DUGUIT será, posteriormente, aperfeiçoada por JOSSERAND na argumentação da relativização dos direitos subjetivos, onde a função social da propriedade denotaria como um desses direitos. A justificativa de JOSSERAND advém da jurisprudência francesa, onde há compreensão que o direito subjetivo seria instituído pelo legislador com objetivo ao interesse geral, e não, tão somente, prerrogativas individuais (BESSONE, 1993).

No pensamento de LOUIS JOSSERAND exposto em suas obras: *De l'Esprit des droits et de leur relativité* e, *Cours de Droit Civil Positif Français*, há ponderação que o direito de propriedade não pode ser exercido à discrição do titular, pois encontra limites no direito de terceiros. A propriedade inclina-se a ser permeada de elemento sociabilizador e a converter-se no centro de obrigações positivas, despojando-se de seu caráter absoluto e estático para situar-se como um direito relativo e dinâmico.

É a concepção de que as faculdades inseridas no universo dos direitos lá estão para a satisfação de interesses legítimos, entretanto, se tal interesse não apresenta fundamento legitimador (elemento de sociabilidade), há, neste caso, verdadeiro ato abusivo. Silvio Rodrigues, jurista brasileiro, chega afirmar que JOSSERAND foi um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento da teoria do abuso de direito, quando este pontua que há abuso quando o direito envolvido não é exercido de acordo com a finalidade social para qual foi conferido, pois, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição (RODRIGUES, 2006).

As teorias mencionadas vão contribuir significativamente para uma mudança em algumas concepções jurídicas essenciais no universo europeu ocidental, em especial, com a crise do positivismo no século XX a realidade social apresenta-se como fator mais preponderante nos conceitos jurídicos, permitindo-se uma mudança com nítida rapidez comparada a padrões anteriores.

A função social da posse deve ser encarada como uma forma de reinterpretar o direito pelo viés de sua utilidade social. Na posse a função social é densificada com evidência, pois na propriedade mesmo sem uso, pode-se manter-se como tal, o que na posse seria a sua própria descaracterização. O fundamento da posse se destaca, necessariamente, na expressão natural

da necessidade. A posse tem sua legitimidade na lei, mas também na realidade social (fato social), aliás, a posse antecede historicamente à visão jurídica de propriedade. Podemos dizer, *grosso modo*, que enquanto a propriedade se constrói historicamente pelas necessidades das sociedades se organizarem, a posse se demonstra como elemento autêntico da necessidade de sobrevivência, estando ligada a própria essência da natureza humana enquanto tal.

A função social da posse traz valores subjacentes também ligados à própria existência humana, como a vida, a saúde, a moradia, a igualdade e justiça (CORRÊA e SOARES, 2012).

Pelos motivos apresentados, somos favoráveis em defender a Posse como um Direito, seguindo linha do mestre Caio Mário, argumentando sua posição no compasso dos trabalhos produzidos por Edmundo Lins, ao justificar a posse como um direito. Para tal se faz necessário partirmos da concepção de direito subjetivo, ao concluirmos que este se manifesta como um poder de vontade para a satisfação de interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica, aliado ao fato de que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal determina que todo direito corresponde uma ação que o assegura, assim, compreendemos, em primeiro lugar que a posse é um estado em que o titular atua para desfrutar a satisfação de seus interesses e mesmo nascendo de uma relação de fato, a posse se transforma imediatamente numa relação jurídica, sendo o possuidor o sujeito ativo, a sociedade como sujeito passivo, a coisa como seu objeto e o vínculo jurídico se traduzindo no dever genérico de abstenção dirigido a todos, ou seja, *é uma situação em que a ordem jurídica impõe requisitos de exercício, cujo cumprimento assegura a faculdade de invocar a tutela legal* (PEREIRA, 2003).

Em segundo lugar as ações possessórias são demonstrativos evidentes de defesa em caso de violação (ameaça, turbação ou esbulho). O que ocorre até mesmo no caso da posse injusta.

Por fim, como já explicitado, a posse revela-se com direito real, mesmo não se encontrando no rol do artigo 1225 do atual Código Civil Brasileiro, posto que já nos manifestamos favoráveis a uma percepção menos hermética da característica *numerus clausus* dos direitos reais, tendo em vista que a função social da posse se consolida como arcabouço suficiente para alicerçar nossa compreensão, remetendo mais uma vez ao pensamento de Castanheira Neves ao dizer que não é a lei que dá validade jurídica a direitos, mas os direitos reconhecidos como fundamentais que se impõem à lei e condicionam a sua validade (NEVES, 1999).

CONCLUSÃO

As questões levantadas e esmiuçadas no presente artigo tiveram como objetivo analisar criticamente o princípio *numerus clausus* sob a perspectiva da função social da posse. Em seu desenvolvimento o artigo contemplou, contextualmente, a relevância do estudo dos Direitos Reais na contemporaneidade, de modo específico, a relevância de tal estudo frente ao valioso Direito de propriedade, que se consubstancia, na hodiernidade, com *status* bem diferenciado das outras categorias de direitos reais, possuindo valor simbólico jurídico e social com grandes implicações.

Assim, como objetivo de elaborar uma visão ampla de Direitos Reais, foi analisado suas diferenças com o Direito Obrigacional e perquirido suas características para que fosse examinado o princípio *numerus clausus* dentro do contexto da característica da taxatividade, objetivando, portanto, processo dialógico e inter-relacionado entre o respectivo princípio e a função social.

Nesta perspectiva, transcorreu sobre a consagrada função social, aplicada na esfera da posse, que nessa condição, permite ser reconhecida como um efetivo instrumento de acesso ao Direito de Moradia, valioso e relevante Direito Social.

Nas nuances apresentadas, nos manifestamos favoráveis a uma releitura do princípio da taxatividade, com prevalência dos valores constitucionais na esfera interpretativa do respectivo princípio e qualquer direito infraconstitucional. Neste aspecto ressalta-se, portanto, a ilação do Instituto da Posse como um Direito Real, pela sua importante dinâmica social, haja vista que, embora consagrado na Constituição Federal Brasileira como Direito Social, a moradia ainda é inacessível a muitos brasileiros, que veem na posse a única forma de tornar viável tal direito, e, portanto, a posse se revela consagradora de um direito essencial a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

BESSONE, Darcy. *Função social da propriedade in atualidades jurídicas*. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 1993.

CORRÊA, Cláudia Franco, SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. *A Função Social da Posse como Instrumento da Regularização Fundiária em Favelas*. Niterói: Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, 2012. p. 229-250.

DUGUIT, Leon. *Lãs Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. Madri:libéria Espanhola y Extranjera. 1902.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direitos das Obrigações*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FLEISCHARCKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Tradução: Vera Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes. 2006.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª edição. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad. Fernando Bragança. Belo Horizonte: Editora Líder. 2002.

JOSSERAND, Louis. *Évolutions et actualités*. Paris: Librairie du Receil, 1936.

KANT, Immanuel. *Principes Métaphysiques du Droit*. Tradução : Joseph Tissot. Quadrige essais débats, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História. Lições introdutórias*. Editora Max Limonad. São Paulo. 2002

MAZEAUD E MAZEAUD. *Lecons de Droit Civil*. Tomo I. Vol. I. Paris: Montchrestien, 1967.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEVES, Castanheira. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. V. LXXIV. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. V. I. São Paulo: Editora Saraiva. 2006.

ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, SOUZA NETTO, João Batista de Mello e. *Direito das Coisas*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2005.

SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato: incidência do princípio da economia privada nas relações jurídicas reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo regime e a Revolução*. (trad. Yvone J. da Fonseca) Brasília: Editora UNB.