

Série: qual a natureza jurídica do direito real de laje?

O que difere o direito de propriedade e os demais direitos reais? Breve análise das características dos direitos reais em geral e do direito real de propriedade em específico

Danilo Sanchez Pacheco

Doutorando em Direito Civil e Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Direito Civil pela PUCSP.

Rafael Gil Cimino

Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Direito pela EPD. 3º Tabelião de Notas e Protesto de São Vicente/SP.

Victor Hugo Cunha Silva

Bacharel em Direito pela USP. Mestrando em Direito pela FMU.

Introdução - Características dos direitos reais em geral

Em nossa última publicação, vimos os princípios norteadores dos direitos reais, que nos conferirão maior facilidade com o trato da questão que esta série pretende responder – qual a natureza jurídica do direito de laje.

Nesta, agora, iremos nos aproximar mais desta questão, trazendo apontamentos que serão relevantíssimos para a crítica dos argumentos utilizados pelos autores brasileiros para a definição da natureza jurídica do direito de laje.

Especificamente, um prévio estudo sobre as características dos direitos reais mostra-se necessário para que, mais à frente, possamos empreender uma análise percuciente dos caracteres exclusivos do direito de propriedade, que nos permitam distingui-lo dos demais direitos reais (limitados).

Segundo a doutrina portuguesa, são as seguintes as características presentes em *todos* os direitos reais: a) inerência, b) eficácia absoluta e c) sequela/ambulatoriedade. Vejamos sucintamente cada uma delas.

Inerência (aderência direta e imediata)

O direito real adere, direta e imediatamente, à coisa ao qual se refere.¹ Assim, a inerência significa que o direito real está de tal forma ligado à coisa que é o seu objeto, que a ela inere e não pode dela ser desligado.² Ou, nas palavras de Clóvis Bevilacqua: “ele adere, imediatamente, à coisa, vinculando-a, diretamente, ao titular.”³

Absolutividade

Os direitos reais são direitos absolutos.

Como precisamente leciona Luciano de Camargo Penteado, “direito absoluto é o que configura situação jurídica absoluta, isto é, não relacional.” Isto é, “é o que prescinde, para a sua configuração, de relação jurídica. Situações jurídicas absolutas são as que independem de vínculos prévios com outros sujeitos de direito para se configurar.” Além das situações jurídicas reais, são absolutas, por exemplo, as situações jurídicas geradas pelos direitos de personalidade.” Assim, “decorre da característica de direito absoluto que têm os direitos reais a sua oponibilidade *erga omnes*.”⁴

Nesse sentido, como consequência do caráter absoluto do direito real, resulta o fato de existir um dever genérico de respeito desse direito por parte dos outros sujeitos, aos quais o titular do direito pode sempre opor eficazmente o seu direito.

Sequela e ambulatoriedade

Decorrência da inerência são as características de ambulatoriedade e sequela dos direitos reais.

Os direitos reais acompanham o bem onde quer que ele vá ou se encontre (ambulatoriedade), permitindo a sequela exercitável pelos mecanismos processuais idôneos.⁵

Assim, a sequela é uma manifestação dinâmica da inerência, significando que o titular pode ir buscar a coisa, independentemente de qual o seu atual possuidor ou detentor, mesmo que ela venha a ser objeto de uma cadeia de transmissões.⁶

¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 17.

² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 44.

³ BEVILAGUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 252.

⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 100.

⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 97.

De forma geral, então, a aderência do direito real à coisa se manifesta em dois aspectos: um passivo (ambulatoriedade) e outro ativo (sequela). Exemplo da ambulatoriedade é bem visto na hipoteca: quando uma pessoa compra um bem hipotecado, deve solver o débito hipotecário existente em virtude de o direito real seguir a coisa (ambulatoriedade). Por outro lado, a sequela é vista no direito de reivindicação do proprietário da coisa.⁷

Características específicas de certos direitos reais

Outras características são, ainda, atribuídas aos direitos reais. Contudo, é certo que estas características *não* estão presentes em *todos* os direitos reais, mas apenas alguns destes. Por isso, justifica-se um tratamento à parte das características vistas acima.

Tendência a permanecer no tempo

Os direitos reais tendem a permanecer no tempo, isto é, possuem forte disposição para permanecer na esfera jurídica do titular. Assim, ao contrário dos direitos obrigacionais – que se orientam ao adimplemento da obrigação, os direitos reais tendem a permanecer na esfera jurídico do titular.⁸

É o que ocorre com o direito real de propriedade, que é perpétuo.

Mas, a permanência no tempo dos direitos reais é mera tendência.

De fato, não há que se falar em perpetuidade para todos os direitos reais, eis que há direitos reais temporários (como o usufruto, que é *essencialmente* temporário⁹).

Objeto de usucapião

Somente os direitos reais podem ser objeto de usucapião, não existindo possibilidade dessa modalidade de aquisição nos direitos obrigacionais.

⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 45. No mesmo sentido: BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 252.

⁷ WALD, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 12. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 16.

⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

⁹ WALD, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 12. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 254.

Ressalve-se, porém, que nem todos os direitos reais são passíveis dessa aquisição: somente serão a propriedade e os direitos reais de gozo que permitam a utilização em favor de um titular.¹⁰

Assim, por exemplo, não se pode usucapir direitos reais de garantia, nem servidões não aparentes e servidões descontínuas.¹¹

Prevalência (preferência)

A maioria dos autores portugueses apresenta como característica dos direitos reais a prevalência, que significa que o direito real que primeiro se constituir prevalece sobre todos os direitos reais de constituição ou registro posterior, bem como sobre todos os direitos de crédito que venham a se constituir.¹²

Não obstante, como resume A. Santos Justo, há autores que divergem deste entendimento, havendo quem recuse prevalência como característica dos direitos reais e quem entenda que só há preferência nos direitos reais de garantia sobre a mesma coisa.¹³

O que difere o direito de propriedade e os demais direitos reais? Breve análise das características do direito real de propriedade em específico

Vimos as características gerais de todos direitos reais, ainda na linha de obtermos musculatura geral para analisar a natureza jurídica do direito de laje.

Daqui em diante, começamos a chegar cada vez mais perto do nosso objetivo. Como se afirmou na primeira publicação desta série, encontram-se na doutrina brasileira três posições acerca da natureza jurídica do direito de laje: 1) direito real sobre coisa própria (= propriedade); 2) direito real sobre coisa alheia, na modalidade de direito real de superfície; 3) direito real sobre coisa alheia, na modalidade de direito real de gozo autônomo.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito Reais*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 5, p. 8.

¹¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1975, v. 1, p. 10.

¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 51.

¹³ JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 22. Nesse sentido, p. ex., Orlando Gomes aponta a *sequela* e a *preferência* como características dos direitos reais em geral, mas ao tratar especificamente desta última característica, diz: “O direito de preferência é restrito aos direitos reais de garantia.” (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 9).

Como se sabe, tradicionalmente os direitos reais são divididos entre direito real sobre coisa própria (= propriedade) e direito real sobre coisa alheia (= demais direitos reais).

Para que seja possível afirmar que o direito de laje se trata – ou não – de um direito real de propriedade (“uma nova forma de propriedade”, sendo menos técnico), há de se saber precisamente o que distingue esta espécie de direito real em relação a todos os demais direitos reais.

Em termos simples: o que distingue o direito real sobre coisa própria do direito real sobre coisa alheia?

Embora de simples proposição, a questão não é de tão fácil delimitação. Apenas para provoca-lo, leitor, propomos: o que a rigor diferencia, em termos dogmáticos, o direito de propriedade - tratado pelo nosso Código Civil como o direito que confere ao seu titular “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” - do titular do direito de enfiteuse (= direito real sobre coisa alheia), se “todas as prerrogativas que constituem o conteúdo do domínio são transferidas ao enfiteuta que, desse modo, pode usar, gozar e reivindicar a coisa, bem como alienar seus direitos a outrem, independentemente da aquiescência do senhorio”, sendo “o enfiteuta [o sujeito que] adquire efetivamente todos os direitos inerentes ao domínio”¹⁴?

Característica exclusiva do direito de propriedade: plenitude

A doutrina atribui diversas características ao direito de propriedade. Porém, é certo que, em falta de rigor técnico, trata diversas características que marcam *todos* os *direitos reais* como características *exclusivas* do direito de propriedade.

Nesse sentido, pode-se dizer que incide em imprecisão a doutrina ao caracterizar *exclusivamente* o direito de propriedade como 1) um direito absoluto no sentido de oponível *erga omnes*, 2) um direito exclusivo, 3) um direito elástico e 4) um direito aderente (ou inerente) à coisa.

A seguir, contestar-se-á a exclusividade de tais características uma a uma. Desde já, porém, uma breve comparação com a caracterização geral dos direitos reais, esboçada em nossa última publicação, já revela a falta de rigor denunciada.

¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. V, p. 251-252.

A rigor, a única característica que marca *exclusivamente* o direito de propriedade é a sua *plenitude*; é a sua característica de ser, a despeito das limitações legais e convencionais, o mais *amplo* dos direitos reais (*plena in re potestas*).

Com efeito, segundo o italiano A. Massimo Bianca, a plenitude do direito de propriedade, garantindo ao proprietário a *generalidade* dos poderes de uso, gozo e disposição dos bens, a distingue dos demais direitos reais de gozo.¹⁵

É exatamente esta, também, a conclusão de Lodovico Barassi ao analisar as definições do direito de propriedade “che rilevano l’indeterminata signoria del proprietario”, “la massima ampiezza di contenuto”.¹⁶ E, no mesmo sentido, é o pensamento de Pontes de Miranda.¹⁷⁻¹⁸

Intimamente ligada à plenitude da propriedade está o caráter de indeterminação do conteúdo deste direito, eis que o proprietário tem poderes indeterminados, ao contrário do titular de direitos reais limitados, que tem poderes precisamente determinados pela lei ou fixados pelos particulares em casos excepcionalmente permitidos. Em razão da indeterminação da propriedade, diz a doutrina, não é possível determinar os atos que se incluem no exercício do poder que compete ao proprietário; a delimitação, que constitui o aspecto negativo, pertence (salvo a que resulta da própria natureza das coisas) à lei ou resulta dos direitos dos terceiros.¹⁹

Ou seja, diversamente do que acontece com os direitos reais de gozo sobre coisa alheia, o direito de propriedade, pleno como é, tem uma amplitude indeterminada. Não é uma soma de poderes concretos, e os seus limites são expressos na ordem jurídica, isto é, limita-se pelo aspecto negativo: é consentido ao proprietário tudo quanto não é proibido por lei.²⁰

¹⁵ BIANCA, A. Massimo. *Diritto civile: La proprietà*. Milão: Giuffré, 1999, v. 6, p. 155. No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, v. FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais: segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto*. Coimbra: Livraria Almedina, 1975, p. 129-133, onde o autor distingue a propriedade dos direitos reais limitados.

¹⁶ V. BARASSI, Lodovico. *Proprietà e Comproprietà*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1951, p. 9-13.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, v. XI, § 1.161, nº 2, p. 9.

¹⁸ Também, Eduardo Espínola divide os direitos reais em três categorias: “a) direito real pleno, id est – a propriedade; b) direito de uso e gozo da coisa pertencente a outrem; c) direito de garantia sobre a coisa alheia.” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 15). A plenitude do direito de propriedade, como se nota, é a característica que a diferencia, segundo o autor, dos direitos reais sobre coisa alheia.

¹⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 166.

²⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 150.

Levantando e logo rebatendo às críticas que se poderiam opor a esta caracterização do direito de propriedade, Lodovico Barassi escreve magistralmente:

Si è oposto che: è troppo vago e transcendente – quasi un postulato senza dimostrazione – parlare di un potere complesso, in certo senso indeterminato, omnicomprensivo. È invece necessaria una nozione concreta e determinata della proprietà (...). Ma a mio avviso questo tipo di definizione è certamente – nella sua astrattezza posta sul medesimo piano della grande ricchezza di contenuto nel diritto di proprietà – esatta nel senso che non specificando non corre il rischio di omissioni. Ma non basta: si può veramente contestare che questa ampia signoria in realtà distingua il diritto di proprietà dagli altri diritti reali eliminando l'imbarazzo di una specificazione? A me non pare: tanto è vero che parecchi codici vi sono informati. Provatevi a chiedere all'uomo della strada se sa cosa significhi che di una cosa determinata che è sua può fare quello che più gli garba, e vedrete se il suo volto non si spiana a un sorriso beato. Io affermo addirittura che pochi concetti sono trasparenti come quelli di una piena signoria (e sia pure come ora vedremo nei limiti posti dalla legge: ma questa indeterminata riserva sussiste inevitabilmente con qualunque tipo di definizione). (...) In realtà come sopra ho rilevato, non si tratta di una signoria illimitata sulla cosa. Amplia, la più ampia signoria sì: ma entro i limiti fissati dalla legge, per coordinare la proprietà individuale all'interesse collettivo.²¹

Portanto, o direito de propriedade é absoluto no sentido de ser pleno, conferindo ao seu titular as faculdades de usar, gozar, dispor da coisa e de reavê-la de quem injustamente a detenha na maior amplitude possível, dentro das limitações impostas pelo ordenamento. É a “plenitude”, a “amplitude”, a “abrangência total” das faculdades proprietárias nas mãos do proprietário que diferenciam o direito de propriedade dos demais direitos reais.

Características peculiares do direito de propriedade

Além da plenitude, característica exclusiva do direito de propriedade, duas outras características desse direito real se destacam por serem a ele peculiares: a sua autonomia (independência) e a sua perpetuidade.

Essas duas características, embora não sejam *rigorosamente exclusivas* do direito de propriedade, são características *úteis* para a sua distinção quando comparado a outros direitos reais, sobretudo direitos reais de gozo sobre a coisa alheia.

²¹ BARASSI, Lodovico. *Proprietá e Comproprietá*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1951, p. 10-11.

Isso porque são características que marcam *quase* que exclusivamente o direito de propriedade, podendo-se dizer, pois, que são características a ele peculiares, embora não exclusivas.

Direito real autônomo (independente)

Diz-se que a propriedade é marcada pela *independência* porque não pressupõe qualquer outro direito sobre a coisa.²² Que se trata do único direito real autônomo, que não pressupõe a existência de outro direito real.²³ Que “é um direito *primário* ou *fundamental*, ao passo que os outros direitos reais da propriedade dependem, e, em regra, só em decorrência dela existem.”²⁴ Sinteticamente, na expressão de Pontes de Miranda, que “o domínio é solitário”²⁵.

Esta característica da propriedade, embora não seja dela exclusiva, é traço que a diferencia dos demais direitos reais em larga magnitude.

De fato, José Manoel de Arruda Alvim Netto lembra em suas *Breves Anotações para uma teoria geral dos direitos reais* que, embora “na ordem prática seja assim que se passe”, é possível existir um direito real sem que exista proprietário: “se alguém, v.g., abandona uma coisa móvel, sobre a qual existe um direito real de usufruto, nem pelo fato de ter havido abandono, e, conseqüentemente, perda da propriedade, por aquele era proprietário da coisa, deixará de existir o direito real, que sobrevive.”²⁶

²² BIANCA, A. Massimo. *Diritto civile: La proprietà*. Milão: Guiffré, 1999, v. 6, p. 155.

²³ “L’idea secondo cui l’habere del proprietario consiste in uno stretto legame fra il soggetto titolare e la cosa è data essenzialmente dall’osservazione che l’usufruttuario, l’enfiteuta, il titolare della servitù hanno di fronte a sé un altro soggetto, il proprietario (...); invece il proprietario non deve rendere conto a nessuno del suo godimento pieno ed esclusivo (...). In altre parole, si osserva che la titolarità di questo diritto reale presuppone la proprietà, mentre la titolarità della proprietà è autonoma. In apparenza ciò sembra giustificare che il proprietario può fare tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, al contrario del titolare di un altro diritto reale, il quale può fare soltanto ciò che secondo la legge è idoneo a realizzare il rapporto con il proprietario.” (COSTANTINO, M. Il diritto di proprietà. In: RESCIGNO, Pietro. *Trattato di Diritto Privato*. Torino: UTET, 1991, v. 7, p. 213).

²⁴ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 52.

²⁵ “Segundo o conceito e o princípio da coexaustividade, nenhum direito real limitado possui qualquer poder que não estaria contido no direito do dono da coisa. Concorrem com a propriedade, em sentido estrito, e uns com os outros, sendo preciso que se graduem. O domínio é solitário, não tem grau, ainda que se pense na propriedade e na enfiteuse; os direitos reais limitados coexistem uns com os outros, donde a graduação como *modus vivendi*.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, v. XI, § 1.161, nº 2, p. 10).

²⁶ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 52-53.

Anos depois, o mesmo autor retoma sua “breve anotação” em seu *Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil*, aprofundando-a: “a propriedade é um direito primário no sentido de que é pressuposto para que possam existir direitos reais; estes, os outros direitos reais defluem e dependem da propriedade, e, *em regra*, só em decorrência de derivação dela podem existir.” Na nota nº 352, explica que “a expressão *em regra* explica-se dado que é possível *usucapião* de direito real (...) desde que seja possível (...)”, mencionando apenas lateralmente sobre as hipóteses de renúncia e abandono do direito de propriedade.²⁷

Em outra passagem, na mesma obra, o autor escreve que “ainda que normalmente os direitos reais tenham origem no direito de propriedade, isso não parece ser verdadeiramente essencial; como, ainda, os direitos reais não pressupõem a existência (= existência atual) do direito de propriedade para existirem”, lembrando que “é possível que, por exemplo, ocorra *usucapião* de um usufruto e o precedente proprietário haja renunciado à sua situação de proprietário. Subsiste o direito real.”²⁸

De fato, o direito de propriedade é, *em regra*, primário, independente, autônomo.

Não obstante, outros direitos reais, em situações *excepcionalíssimas*, também podem ser primários, independentes, autônomos.

Esta possibilidade, parece, se justifica dogmaticamente em razão da inerência imediata do direito real à coisa: “los derechos reales limitados se caracterizan por su inmediatidad o inherencia a una cosa, lo que significa que el goce o provecho en que consiste el derecho *no requiere concurrencia o intermediación del propietario*, sino que se ejerce *directamente* por su titular sobre el objeto.”²⁹

Assim, se por um lado não se pode considerar como característica exclusiva da propriedade a sua independência, primariedade, autonomia, por outro é possível dizer que a primariedade do direito de propriedade é, *na grande maioria das hipóteses*, um traço distintivo deste direito real em relação aos demais.

²⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

²⁸ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 330.

²⁹ ALVAREZ-CAPEROCHE, Jose A. *Curso de derechos reales: propiedad y posesion*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, t. I, p. 18. Grifou-se. No mesmo sentido, v. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 71-72.

Direito real de gozo que não se extingue pelo não uso

O direito de propriedade é marcado peculiarmente pela sua característica de direito real de gozo que não se extingue pelo não uso.

O traço peculiar reside precisamente no fato de o proprietário não perder “a propriedade pelo seu não exercício, o que dogmática e historicamente sempre se aceitou”, embora contemporaneamente tal afirmação deva ser entendida também à luz da função social da propriedade.³⁰

De fato, a não extinção pelo não uso difere a propriedade do usufruto (art. 1.410, VIII, Código Civil de 2002), do uso (art. 1.413), da habitação (art. 1.416) e das servidões prediais (art. 1.389, III), direitos reais de gozo que se extinguem pelo não uso.

É imperiosa a observação, entretanto, que a não extinção pelo não uso *não* é característica exclusiva da propriedade, sendo também causa extintiva, por exemplo, do direito real de enfiteuse³¹ e do direito real de superfície³².

Assim, pode-se concluir que “o não uso constitui (...) uma causa de extinção de certos direitos reais baseada na inércia do titular do direito real de gozo em relação ao exercício das faculdades integrantes desse direito”, embora o direito de propriedade e o direito de superfície não se extingam pelo não uso.^{33_34}

³⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 220-221. Sobre uma suposta perda da propriedade pelo não uso, em razão do desrespeito da função social da propriedade, comenta irreparavelmente José Manoel de Arruda Alvim Netto: “Atualmente, as razões que embasam estas afirmações, no direito brasileiro, devem ter presente o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 1228 e, ainda, o que está disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, *sem que se possa afirmar de forma alguma, todavia, que o mero não uso extinga o direito de propriedade*.” (Ibidem, p. 223. Grifou-se).

³¹ Embora a doutrina não afirme taxativamente que a enfiteuse não se extingue pelo não uso, é certo que, quando arrola as causas de sua extinção, não menciona esta hipótese de extinção, do que se conclui que a enfiteuse não se extingue pelo não uso. V., sobre as causas de extinção da enfiteuse, PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Causas*. Adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 3. Ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940, p. 353 e ss., § 156; BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 272 e ss., § 70; BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 336-337, nº 243; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 27. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 239 e ss., nº 334; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. V, p. 257, nº 151; GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 274 e ss., nº 197.

³² Sobre a não extinção do direito de superfície pelo não uso no direito brasileiro, v. item 4.3.5 (relativo à extinção do direito de superfície), onde se cita a doutrina brasileira sobre o tema.

³³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 240.

³⁴ A doutrina brasileira, carecedora de uma sólida *teoria geral dos direitos reais*, carece de escritos consistentes sobre a extinção dos direitos reais pelo não uso. Assim, para um estudo do tema, indica-se a leitura da doutrina portuguesa, notadamente: VIEIRA, José Alberto. *Direitos reais*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2020, nº 173, p. 425 e ss.; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 240, nº 9.

Deve-se remarcar, neste tema, que a característica da não extinção pelo não uso não se assemelha - parece-nos - com a característica da perpetuidade, tal como pensam alguns autores.³⁵

Com efeito, a não extinção pelo não uso e a perpetuidade são características distintas dos direitos reais.

Segundo Edmundo Gatti, os direitos reais perpétuos são aqueles que duram ilimitadamente; temporários são os que estão sujeitos a extinguir-se com o transcurso do tempo. Perpétuos são todos os direitos reais sobre coisa própria, assim como as servidões positivas reais, se não há convenção que as limite a tempo certo e desde que subsista a utilidade do prédio serviente ao dominante.³⁶

Por outro lado, “los derechos reales serán extinguiibles o no por el no uso, según ellos se pierdan por el no ejercicio del derecho durante el término fijado por la ley, o que, por ele contrario se perpetúen no obstante su falta de ejercicio”. São inextinguíveis pelo não uso, segundo Gatti, os direitos reais perpétuos, com exceção das servidões reais perpétuas, ou seja, “dominio, el condominio y la propiedad horizontal.”³⁷

Note-se que o autor não elenca o direito real de superfície como direito real inextinguível pelo não uso. A doutrina especializada nesta espécie de direito real, porém, aponta que ele não se extingue pelo não uso – v. o item 4.3.5 (relativo à extinção do direito de superfície), onde se cita a doutrina brasileira sobre o tema.

O que é interessante de se notar no direito de superfície é que, no sistema jurídico brasileiro, embora não se extinga pelo não uso, não pode ser considerado, em razão de expressa disposição legal em contrário, direito real de gozo *perpétuo*. Ou seja, por este raciocínio, torna-se evidente a deficiência do uso do termo *perpétuo* para se referir a *não extinção do direito real pelo não uso*.

Características não exclusivas do direito de propriedade

³⁵ Nesse sentido, por exemplo, Orlando Gomes escreve: “O direito de propriedade é perpétuo. Incluindo a perpetuidade entre seus caracteres, significa-se que tem duração ilimitada, e não se extingue pelo não-uso.” (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 93). No mesmo sentido, Darcy Bessone: “Outra característica da propriedade é a perpetuidade, pois que não se extingue pelo não-uso. Ainda que o proprietário nunca use a coisa, a propriedade permanece.” (BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48). Em sentido próximo, também, v. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 220-221.

³⁶ GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, p. 172, nº 1.

³⁷ GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, p. 173, nº 3.

Comumente, a doutrina aponta como *exclusivas* do direito de propriedade características que, tecnicamente, não o são.

São características que, de fato, estão presentes no direito de propriedade, mas também estão nos direitos reais em geral. Dentre elas, destaca-se: 1) a absolutividade do direito no sentido de oponibilidade *erga omnes*, 2) a exclusividade do direito, 3) a elasticidade do direito e 4) a aderência (ou inerência) do direito à coisa.

Não obstante, como já se viu em nossa última publicação, estas são características de todos os direitos reais, e não apenas do direito de propriedade. Faremos apenas uma breve consideração sobre não ser a característica da *perpetuidade* exclusiva do direito de propriedade.

Direito perpétuo

Direitos reais perpétuos são aqueles que duram ilimitadamente; temporários, por sua vez, são os que estão sujeitos a extinguir-se com o transcurso do tempo.³⁸

São perpétuos todos os direitos reais sobre coisa própria³⁹, assim como as servidões positivas reais, se não há convenção que as limite a tempo certo e desde que subsista a utilidade do prédio serviente ao dominante.⁴⁰ Ainda, também é marcada pela perpetuidade a enfiteuse, “a despeito de considerada um direito real sobre coisa alheia”.⁴¹

Assim, não há que se falar que a perpetuidade é uma característica *exclusiva* do direito de propriedade.

Além disso, deve-se notar que há propriedade marcada pela temporariedade. Isto é, “a propriedade pode encontrar-se desvestida desse caráter de perpetuidade”⁴², tal como acontece na propriedade resolúvel (originária ou superveniente) e na propriedade

³⁸ GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, p. 172, nº 1.

³⁹ “A propriedade é um direito perpétuo, isto é, de duração ilimitada, embora transmissível por contrato, sucessão ou outros modos legais. A transmissão é, até, o meio de tornar perpétua a propriedade, porque os homens duram menos do que as cousas que lhes pertencem e o sucessor representa o transmitente”. (GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952, p. 66).

⁴⁰ GATTI, Edmundo. *Teoria general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, p. 172, nº 1.

⁴¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. VI, p. 254.

⁴² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. VI, p. 255.

fiduciária (decorrente tanto de substituição fideicomissária como de alienação fiduciária em garantia).

Ou seja, não se pode afirmar nem mesmo que a perpetuidade é uma característica *essencial* da propriedade - embora lhe seja um traço, muitas das vezes, marcante.

Conclusão

Concisamente, do presente texto concluímos que é a “plenitude”, a “amplitude”, a “abrangência total” das faculdades proprietárias nas mãos do proprietário que diferenciam o direito de propriedade dos demais direitos reais.

Esta constatação nos será de grande valia quando da análise, futura, da natureza do direito real de laje.