

DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.007

## TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS E O DIREITO REAL DE DISPOSIÇÃO: UM DIREITO REAL OCULTO

### TAXATION OF REAL RIGHTS AND THE REAL RIGHT OF DISPOSITION: A HIDDEN REAL RIGHT

**Alexandre Freitas Câmara**

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor adjunto de Direito Processual Civil da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Professor emérito e coordenador de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2001-8219>. E-mail: alexandre.fcâmara@fgv.br.

---

**Resumo:** Este artigo tem duplo objetivo: em primeiro lugar, examinar aquilo que tradicionalmente se chama de “princípio da taxatividade dos direitos reais”, demonstrando que não se trata de um princípio, mas de uma regra. Em segundo lugar, demonstrar que a taxatividade dos direitos reais não é incompatível com o reconhecimento da existência de direitos reais ocultos, como é o caso do direito real de disposição do bem.

**Palavras-chave:** Direitos reais. Taxatividade. Princípios. Regras. Direito real oculto. Direito real de disposição. Contrato estimatório.

**Abstract:** This paper has two goals: first, it intends to prove that the “numerus clausus principle” is not a principle, but a rule. Second, to show that the numerus clausus rule is not inconsistent with the existence of hidden in rem rights, as the right of disposal that is inherent to a specific kind of contract that, in Brazil, is called contrato estimatório.

**Keywords:** In rem rights. Numerus clausus. Principles. Rules. Hidden in rem right. Right of disposal.

**Sumário:** **1** Introdução. Conceito de direito real. Direitos reais “absolutos” e limitados. A taxatividade dos direitos reais – **2** O direito real oculto. Por que o direito de disposição do consignatário deve ser considerado um direito real? – **3** Conclusão – Referências

## 1 Introdução. Conceito de direito real. Direitos reais “absolutos” e limitados. A taxatividade dos direitos reais

O presente trabalho pretende propor uma releitura do que tradicionalmente se denomina princípio da taxatividade dos direitos reais,<sup>1</sup> e, a partir daí, demonstrar a existência de um “direito real oculto”, o direito real de disposição que resulta da celebração do contrato estimatório.

Dois são os objetivos principais do trabalho: em primeiro lugar, demonstrar que a taxatividade dos direitos reais, ao contrário do que normalmente se lê em sede doutrinária, não é um princípio, mas uma regra. E isto se fará a partir da teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin, que constitui um dos marcos teóricos deste estudo.<sup>2</sup>

O segundo objetivo é buscar identificar direitos reais ocultos. Em outras palavras, vai-se buscar verificar se a lei pode criar expressamente outros direitos reais além daqueles constantes do rol do art. 1.225 do Código Civil, e que têm esta natureza não obstante não haja na lei que os regula o emprego da expressão “direito real”. E, identificado algum direito real oculto, pretende-se verificar se essa possibilidade é compatível com a taxatividade dos direitos reais, ou se o fato de a lei não dizer expressamente que uma posição jurídica de vantagem se constitui em direito real é suficiente para excluir essa natureza jurídica.

Para tudo isso, porém, impende começar buscando determinar o conceito de direito real.

Não existe consenso a respeito do conceito de direito real. Na doutrina italiana, por exemplo, encontra-se quem defina o direito real como “o direito de extrair de uma coisa sua utilidade econômica legalmente garantida ou alguma parte dela”.<sup>3</sup> No Brasil, já se definiu o direito real como o “poder jurídico da pessoa sobre a coisa, oponível a terceiros”.<sup>4</sup>

Gustavo Tepedino, ao tratar do tema, afirma que direitos reais são aqueles que “têm por objeto imediato uma coisa, com a qual estabelece seu titular um liame estreito, direto, sem intermediário”, constituindo-se assim uma situação jurídica de “caráter absoluto, criando um dever jurídico negativo, prevalente contra

<sup>1</sup> Esta terminologia é empregada por autores modernos, como se pode ver, por exemplo, em OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 2, p. 1-19, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Oliva-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.5.n.6.2016.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução bras. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

<sup>3</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milão: Giuffrè, 2011. p. 92 (tradução livre).

<sup>4</sup> BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 4.

todos – erga omnes –, que deverão respeitar o exercício do direito, abstendo-se de qualquer ingerência”.<sup>5</sup> E Serpa Lopes, com apoio em M. I. Carvalho de Mendonça, diz que “[o] direito real é um poder que a sociedade reconhece no titular sobre uma coisa do mundo externo”.<sup>6</sup>

Muitas outras definições diferentes poderiam ser apresentadas, mas não é este o objetivo central deste estudo. O que se pode ter como certo – e suficiente para os fins aqui buscados – é reconhecer no direito real um direito subjetivo que permite ao seu titular exercer poder sobre uma coisa (isto é, sobre um bem corpóreo dotado de valor econômico).

Os direitos reais têm, segundo entendimento que se pode qualificar como pacífico, dois elementos: um interno, que é o senhorio ou poder sobre a coisa; outro externo, que é o absolutismo, o qual o torna oponível *erga omnes*.<sup>7</sup> E do absolutismo dos direitos reais resulta, como característica inafastável, a sequela, ou seja, a possibilidade de que o titular do direito real o persiga em poder de terceiros com que se encontre.<sup>8</sup>

Toda a dogmática dos direitos reais foi desenvolvida a partir da propriedade, o mais amplo direito que uma pessoa pode ter sobre uma coisa.<sup>9</sup> Pois é exatamente por isso que a propriedade costuma ser tratada como um direito real “absoluto” (ainda que essa terminologia não seja de elevada precisão técnica), enquanto os demais direitos reais, construídos a partir da propriedade, e que são direitos sobre coisa alheia, sejam tratados como direitos reais “limitados”.<sup>10</sup>

São direitos reais limitados, entre outros, o usufruto, a superfície, o direito real de aquisição e o direito de habitação. E todos os direitos reais limitados, assim como acontece com o direito de propriedade, estão expressamente regulados em lei. Resulta daí a necessidade de examinar-se o que se costuma chamar, em sede doutrinária, de “princípio” da taxatividade (ou do *numerus clausus*) dos direitos reais.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 58.

<sup>6</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2. ed. 1957. v. 6. p. 27.

<sup>7</sup> BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 7.

<sup>8</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5. p. 14.

<sup>9</sup> Esta é uma ideia que encontra sua origem no direito romano, em que a propriedade podia ser vista como “o senhorio mais geral do indivíduo sobre a coisa” (BONFANTE, Pietro. *Diritto romano*. Florença: Fratelli Cammelli, 1900. p. 252, tradução livre). Não se quer, evidentemente, sustentar aqui que a propriedade seja um direito absoluto nos dias de hoje. Ela se subordina a uma série de limitações legítimas (como exemplo, a imposição constitucional de observância de sua função social). Daí não se retira, todavia, o fato de que, mesmo limitada, a propriedade é o mais amplo direito que uma pessoa pode ter sobre uma coisa.

<sup>10</sup> Assim, expressamente, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5. p. 25.

<sup>11</sup> Fala em princípio da taxatividade dos direitos reais, de forma expressa, MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – PUCSP, São Paulo, 2007. p. 352.

É que, segundo entendimento amplamente dominante, só são direitos reais aquelas posições jurídicas de vantagem que recebem da lei essa natureza. Como ensina Tepedino,

o princípio do *numerus clausus* se refere à exclusividade do legislador para a criação de direitos reais, os quais, por sua vez, possuem conteúdo típico, daí resultando um segundo princípio, corolário do primeiro, o da tipicidade dos direitos reais, segundo o qual o estabelecimento de direitos reais não pode contrariar a estruturação dos poderes atribuídos ao respectivo titular.<sup>12</sup>

Pois o “princípio” da taxatividade dos direitos reais deve ser visto como uma decorrência do direito fundamental à segurança jurídica. É que, por serem os direitos reais posições jurídicas de vantagem a que correspondem posições passivas *erga omnes*, gerando deveres gerais de abstenção, precisam eles ser criados por lei, sob pena de se ter um ato negocial (que criasse um “direito real atípico”) capaz de impor um dever jurídico geral de abstenção, oponível a todas as pessoas. E isso, evidentemente, não seria possível.

### 1.1 A taxatividade dos direitos reais como regra e não como princípio

Como já se teve oportunidade de dizer, a doutrina do direito civil fala, costumeiramente, em princípio da taxatividade dos direitos reais (ou em princípio do *numerus clausus*). Essas são expressões que podem ser encontradas em autores estrangeiros contemporâneos.<sup>13</sup> E também entre autores brasileiros atuais se fala em um princípio da taxatividade (ou do *numerus clausus*) dos direitos reais.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 82.

<sup>13</sup> Assim, por exemplo, GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto. *Tratatto dei diritti reali*. Milão: Giuffrè, 2011. v. 1. p. 103; CERVELLI, Stefania. *I diritti reali*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 237; CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di diritto privato europeo*. Milão: Giuffrè, 2007. v. 2. p. 25; GRISONI, Arthur. *Les expectatives réelles* – Essai d’une théorie générale. p. 17. Disponível em: [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_1BAB08F51FF4.P001/REF.pdf](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_1BAB08F51FF4.P001/REF.pdf). Acesso em: 22 abr. 2019; MERRIL, Thomas W.; SMITH, Henry E. Optimal standardization in the law of property: the numerus clausus principle. *Yale Law School*, v. 110, 2000. p. 1 *et seq.* Registre-se que só são aqui mencionados autores contemporâneos, já que é relativamente recente a aceitação dos princípios como normas, não havendo razão para examinar (ou criticar) a referência à taxatividade como princípio em autores que produziram suas obras quando a compreensão dos princípios como entidades normativas distintas das regras não era uma preocupação.

<sup>14</sup> Entre outros, podem ser citados aqui OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. *Civillistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 2, p. 1-19, 2016. Disponível em: <http://civillistica.com/wp-content/>

Pois aqui se põe o primeiro ponto para o qual este trabalho propõe uma releitura: seria mesmo a taxatividade dos direitos reais um princípio? Ou seria mais adequado falar-se em uma regra da taxatividade dos direitos reais?

Há, como sabido, diversas concepções diferentes do que seja um princípio jurídico. Quase todos os estudiosos do tema, porém, concordam em um aspecto: princípios são normas jurídicas.<sup>15</sup>

Neste estudo, como em trabalho anterior,<sup>16</sup> adota-se a concepção de princípio construída a partir da obra de Ronald Dworkin. Para este autor, deve-se entender por princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade [*fairness*] ou alguma outra dimensão da moralidade”.<sup>17</sup>

Distinguem-se os princípios das regras por um critério de natureza lógica. As regras são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada” e, quando válidas, fornecem a resposta para o caso a elas submetido.<sup>18</sup> Já os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.<sup>19</sup>

Impende observar, porém, que a concepção dworkiniana de direito é fundada na ideia de que para cada caso concreto existe uma única resposta correta.<sup>20</sup>

---

uploads/2016/12/Oliva-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.5.n.6.2016.pdf. Acesso em: 24 fev. 2019; MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – PUCSP, São Paulo, 2007. p. 157. Também aqui as citações se limitaram a autores que escreveram já sob a predominância da ideia segundo a qual os princípios são espécies normativas distintas das regras jurídicas.

<sup>15</sup> Assim, por exemplo, NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 22; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 85. Vale fazer referência, aqui, à afirmação (em sentido divergente do que se encontra na maior parte da doutrina) de Eros Roberto Grau, para quem “princípio é um tipo de regra de direito” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 22).

<sup>16</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Gen-Atlas, 2018. p. 63.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução bras. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36. Na edição brasileira da obra de Dworkin, traduziu-se o vocábulo inglês *fairness* por *equidade*. A tradução, porém, não é adequada. No jargão jurídico luso-brasileiro, a palavra *equidade* se vincula a um conceito aristotélico. Assim, por exemplo, Ascensão afirma que foi Aristóteles “quem primeiro fixou [os] contornos do tema. A ele remonta a definição da equidade como Justiça do caso concreto” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – Introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 186). Não é de equidade que trata Dworkin ao falar em *fairness*, termo que melhor se traduziria por correção.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução bras. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução bras. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

<sup>20</sup> A resposta correta é, evidentemente, uma metáfora, já que podem existir, na prática, visões diferentes de qual seria a resposta correta para cada caso concreto. Pense-se, então, em resposta correta como sendo uma “resposta constitucionalmente adequada” (a propósito do ponto: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica*,

Ora, se para cada caso concreto existe uma resposta correta, então a rigor nem se pode falar em verdadeiros conflitos entre princípios. É que, diante de um aparente conflito entre eles, só um será aplicável (e sua aplicação levará à resposta correta), o que significa, em outras palavras, que o outro princípio que aparentemente colidia com o que foi aplicado não era, a rigor, aplicável e, pois, não existia verdadeiramente um conflito entre eles. É que, como ensinam Pedron e Carvalho:

para Dworkin, a colisão é fruto de uma aparente miopia jurídica, uma dificuldade de compreensão do caso em si, na medida em que se uma postura comprometida com a integridade for adotada estabelece-se a redescoberta do caso concreto e, com isso, exige-se do aplicador a busca do princípio adequado.<sup>21</sup>

Certo é, porém, que os princípios são normas que “por si sós não solucionam os casos a que se pretende aplicá-los”.<sup>22</sup>

Eis, aí, a diferença fundamental entre uma regra e um princípio: regras indicam a solução do caso concreto; princípios apontam uma direção, mas não são capazes de solucionar o caso.

Pois é precisamente por essa razão que aqui se sustenta que a taxatividade dos direitos reais não é um princípio, mas uma regra. É que, diante da normatividade da taxatividade dos direitos reais, é inegável que essa norma jurídica serve para solucionar casos concretos. Afinal, definir se um direito subjetivo tem ou não natureza real implica estabelecer se a ele se aplica ou não todo um regime jurídico, o dos direitos reais, que é bastante diferente do regime dos direitos pessoais.

---

*neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. p. 8. Disponível em: [http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 23 abr. 2019). A tese da resposta correta é aqui sustentada a partir das ideias sobre o tema lançadas por DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução bras. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

<sup>21</sup> CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de; PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição da teoria como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. *Revista do Mestrado em Direito da UCB*, Brasília, v. 10, n. 2, 2016. p. 442.

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. XVIII. Assim, por exemplo, no caso de uma das partes juntar aos autos de um processo, no curso deste, algum documento, o princípio do contraditório sozinho não é suficiente para resolver a questão de saber como assegurar a ciência da parte contrária para que sobre ele possa manifestar-se. Neste caso, devem incidir as regras que podem ser “extraídas” (o termo vai entre aspas pela razão de que normas não são, na verdade, extraídas de textos, já que a norma é o resultado da interpretação atribuída ao texto) dos arts. 436 e 437, *caput* e §1º, do CPC. Vale aqui, também, recordar a afirmação de Dworkin no sentido de que “os princípios individuais não prescrevem resultados, mas isto é apenas uma outra maneira de dizer que os princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução bras. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57).

E isso não por terem os direitos reais por objeto as coisas (já que direitos pessoais também podem ter coisas por objeto, como se vê, por exemplo, no direito pessoal do locatário de usar a coisa que lhe tenha sido alugada), mas por estarem os direitos reais submetidos a um regime jurídico próprio, com características que os distinguem bastante dos direitos pessoais. Basta pensar, por exemplo, que o locatário não tem, como resultado dos direitos pessoais que da locação resultam, uma posição jurídica oponível *erga omnes*, enquanto o usufrutuário (que, sem qualquer sombra de dúvida, é titular de direito real) tem um direito subjetivo oponível a todas as pessoas.

A taxatividade dos direitos reais permite definir com precisão o que é – e o que não é – direito real. E, se é assim, presta-se ela a determinar que posições jurídicas de vantagem estão, e quais não estão, submetidas ao regime jurídico dos direitos reais. Trata-se, pois, de uma regra, e não de um princípio. Inadequado, portanto, continuar a falar-se em princípio da taxatividade (ou do *numerus clausus*) dos direitos reais. O correto é afirmar-se a existência de uma regra da taxatividade dos direitos reais.

## 1.2 Existem direitos reais atípicos?

Muito já se discutiu em doutrina acerca da possibilidade de se admitir a existência de direitos reais atípicos. É preciso, aqui, porém, estabelecer-se uma distinção entre taxatividade e tipicidade dos direitos reais, para que se possa bem compreender a função que exerce no sistema jurídico a regra da taxatividade.<sup>23</sup>

Falar em taxatividade é, como cediço, falar da existência de um rol fechado, estabelecido por lei, de hipóteses em que um fenômeno se manifesta ou é admissível.<sup>24</sup> Assim, por exemplo, fala-se em taxatividade dos recursos,<sup>25</sup> para afirmar que somente a lei pode admitir que uma decisão judicial seja reexaminada e revista em sede recursal.

<sup>23</sup> A confusão que tem ocorrido entre taxatividade e tipicidade dos direitos reais é apontada, por exemplo, por MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Posse: direito real subversivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, 2018. p. 408.

<sup>24</sup> Daí a razão pela qual não se pode concordar, por exemplo, com a afirmação feita pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos recursos especiais repetitivos nºs 1.696.396 e 1.704.520, da relatoria da Min. Nancy Andrighi, em que se afirmou que as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, previstas no art. 1.015 do Código de Processo Civil, teriam sido estabelecidas em um sistema de “taxatividade mitigada”. Ora, se é possível ampliar o rol, admitindo-se o cabimento do recurso fora dos casos expressamente previstos em lei, então não há que se falar em taxatividade.

<sup>25</sup> GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. V. p. 26.

De outro lado, falar em tipicidade é falar da exigência de que haja uma descrição em abstrato de um fato, ato ou negócio jurídico, feita por um texto normativo. Assim é que, nas palavras de Ricardo Lobo Torres, “[a] tipicidade, no sentido que os alemães chamam de *Typizität*, significa a própria qualidade do tipo, ou seja, o típico. Diz-se que há tipicidade quando o tipo reveste realmente as características necessárias à sua configuração lógica”.<sup>26</sup>

Dito de outro modo: há situações em que a lei (ou outro ato normativo, como a Constituição) prevê a ordenação, em termos abstratos, dos dados concretos existentes na realidade segundo critérios de semelhança. E se chama tipicidade a qualidade daquilo que está em conformidade com essa ordenação abstrata, isto é, com o tipo. Assim é que, por exemplo, se fala em contratos típicos (e atípicos), meios de prova típicos (e atípicos), ou em tipicidade (ou atipicidade) penal.

Além disso, impõe-se ter claro que existem tipos fechados (aqueles que descrevem a situação jurídica com minúcias) e abertos (aqueles que deixam uma margem de conformação, sendo preciso buscar em elementos externos ao tipo os dados necessários para sua complementação).<sup>27</sup>

Pois taxatividade e tipicidade são fenômenos que não se confundem, ainda que muitas vezes caminhem juntos.<sup>28</sup> É perfeitamente possível cogitar exemplos de situações em que uma existiria sem a outra.

Figure-se, então, um exemplo: seria possível imaginar um ordenamento processual em que se estabelecesse um rol fechado de decisões recorríveis (taxatividade), sem que se dissesse quais recursos podem ser empregados para impugnar tais decisões (atipicidade recursal).

Pois em matéria de direitos reais se fala em taxatividade, mas não em tipicidade. É que só existem os direitos reais criados por lei (taxatividade), mas a lei não precisa descrever em abstrato todas as características dos direitos reais (atipicidade), de modo a permitir que se respeite um espaço de autorregramento da vontade das partes, as quais são livres para, dentro de limites previamente estabelecidos pela própria lei e, pois, sem criar novos direitos reais, moldar os direitos reais de acordo com seus interesses e conveniências.

<sup>26</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004. p. 194.

<sup>27</sup> Compare-se, por exemplo, o crime de homicídio, cujo tipo é fechado (“matar alguém”), com o crime de emissão de título ao portador sem permissão legal, cujo tipo é aberto (“emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago”). No tipo aberto, é preciso buscar em elementos externos (no caso figurado, a existência ou não de permissão legal) para o fim de complementar a descrição do fenômeno jurídico.

<sup>28</sup> Assim, expressamente, TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 82-83.



Perceba-se, então, que não se está, aqui, a sustentar a existência de direitos reais além dos criados pela lei. Verdadeiramente, só a lei pode criar direitos reais, de modo que existe um rol taxativo, *numerus clausus*, de direitos reais. E isso, como já dito anteriormente, resulta da circunstância segundo a qual a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais não pode ser o fruto de uma mera opção dos particulares.

O fato de ser taxativo o rol dos direitos reais, porém, não implica dizer que existam tipos fechados, aos quais os direitos reais tenham necessariamente de obedecer. É preciso reconhecer um espaço de conformação dos direitos reais que é deixado à conveniência das partes. Sobre o ponto, a lição de Tepedino:

Tais relevos distintivos permitem que se pesquise o campo de atuação deixado pelo legislador à autonomia privada, no âmbito dos tipos estabelecidos por lei. Vale dizer, ao lado de regras imperativas, que definem o conteúdo de cada tipo real, convivem preceitos dispositivos, atribuídos à autonomia privada, de sorte a moldar o seu interesse à situação jurídica real pretendida. Assim, se é inegável que a constituição de um novo direito real sobre coisa alheia, ou de uma forma proprietária com características exóticas, depende do legislador, que, por sua vez, deve ater-se aos limites de utilidade social definidos pela Constituição, certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para esta atuação.<sup>29</sup>

Campo fértil para se visualizar o fenômeno de que aqui se trata é o do direito real de servidão. Existem servidões expressamente previstas em lei (como a servidão de trânsito), enquanto outras são criadas pelas partes (como a servidão de luz ou a servidão de vista).

O que se está a sustentar, portanto, é que os direitos reais são previstos taxativamente em lei e, além disso, existe a possibilidade de previsão de direitos reais descritos através de tipos abertos. E essas são premissas fundamentais do que será enfrentado a seguir.

## **2 O direito real oculto. Por que o direito de disposição do consignatário deve ser considerado um direito real?**

O que se busca, a partir de agora, é demonstrar uma hipótese: a de que a taxatividade dos direitos reais não é incompatível com a existência de direitos reais

<sup>29</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 83.

ocultos,<sup>30</sup> ou seja, direitos reais aos quais a lei não atribui de forma expressa essa natureza.

Pois aqui é preciso recordar, antes de qualquer outra assertiva, que a ideia de taxatividade não é incompatível com a afirmação de que há fenômenos que integram o rol taxativo, mesmo que o texto normativo não empregue a expressão que designa sua natureza. E mais uma vez invoca-se, para confirmar o que aqui se sustenta, a regra da taxatividade dos recursos no direito processual. É que, não obstante a taxatividade, não se nega a natureza recursal dos embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980).<sup>31</sup> Pois esses embargos infringentes têm natureza recursal simplesmente pela circunstância de que, sendo criados por lei, têm todas as características de um recurso.

Pois a lógica é a mesma no que diz respeito à taxatividade dos direitos reais. Para que uma posição jurídica de vantagem tenha natureza de direito real, o que se impõe é que, além de ser criada por lei, ela preencha todas as características dos direitos reais. Como diz Milagres, o que é preciso é que a posição jurídica de vantagem se ajuste à estrutura, aos princípios e às características da categoria jurídica dos direitos reais.<sup>32</sup>

Por todos, vale lembrar aqui a precisa lição de Serpa Lopes:

A posse não foi contemplada expressamente como sendo um dos direitos reais. Isto, porém, não chega a ser um obstáculo, pois a questão do *numerus clausus* não influi no caso presente, se tivermos em vista que o princípio da hermeticidade dos direitos reais não exige uma norma legal expressa criando-os, isto é, que declare expressamente revestir-se do caráter de direito real uma determinada relação jurídica. É suficiente que os seus pressupostos coincidam com os de um direito real.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Marcelo de Oliveira Milagres os chamou de direitos reais subversivos (cf. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Posse: direito real subversivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, 2018, *passim*). Aqui se opta por falar em direitos reais ocultos, porém, por se estar diante de fenômeno análogo ao que se tem, na língua portuguesa, com o sujeito oculto, que existe, pode ser determinado, mas não aparece claramente no texto. Como ensina Celso Cunha, o sujeito oculto (determinado) “não está materialmente expresso na oração, mas pode ser identificado” (CUNHA, Celso Ferreira da. *Gramática da língua portuguesa*. 9. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1983. p. 140). Do mesmo modo, os direitos reais de que aqui se cogita são determinados, não estão materialmente expressos no texto legal (que não os qualifica expressamente como direitos reais), mas podem ser identificados.

<sup>31</sup> Atribuem de forma expressa natureza recursal aos embargos infringentes da Lei nº 6.830/1980 MARÇAL, Thaís Boia; RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Embargos Infringentes e o novo CPC: manutenção ou extinção? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. X, 2012. p. 328-329.

<sup>32</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Posse: direito real subversivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, 2018. p. 405.

<sup>33</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 6. p. 38.

A ideia que aqui se sustenta é exatamente essa. A regra da taxatividade dos direitos reais impõe que uma posição jurídica de vantagem, para ser considerada um direito real, seja criada por lei e preencha determinadas características que são próprias dos direitos reais (permitir ao seu titular exercer poder físico sobre uma coisa; ser oponível *erga omnes*; e, no caso dos direitos reais limitados, ser o resultado de um desdobramento da propriedade que gera, para o seu titular, limitações quanto aos direitos de usar, fruir ou dispor do bem). Se uma posição jurídica de vantagem regulada por lei preenche todas essas características, é ela um direito real, ainda que a lei não empregue a expressão “direito real”.

Não se vai, aqui, porém, tentar demonstrar que existem direitos reais ocultos, invocando-se como exemplo a posse. É que isto implicaria ingressar em um terreno que gera divergências há muito tempo (embora, a meu ver, a posse seja, efetivamente, um direito real). Vai-se tratar, então, de outro direito real oculto: o direito real de disposição do consignatário (no contrato estimatório). Para isso, impende apresentar, ainda que brevemente, uma exposição das características do contrato estimatório, a fim de permitir a comprovação da tese aqui sustentada.

Contrato estimatório é o negócio jurídico por meio do qual “o dono de um bem móvel qualquer, com intuito de aliená-lo, deixa-o com uma pessoa que se encarrega de realizar a venda pretendida”.<sup>34</sup> Ou, como ensina Sanseverino, é “aquele pelo qual uma pessoa (consignante, outorgante ou *tradens*) entrega bens a outra pessoa (outorgado, consignatário ou *accipiens*) com o poder de deles dispor para venda em determinado prazo, pagando o preço estimado ou, facultativamente, restituindo-os”.<sup>35</sup>

Nessa espécie contratual, então, o consignante entrega um bem móvel ao consignatário, e estima (daí o nome do contrato) um preço pelo qual pretende aliená-lo. O consignatário, de sua vez, terá um prazo para alienar o bem, podendo fazê-lo por preço maior do que o estimado (e o sobrepreço, ou seja, a diferença entre o valor estimado e o efetivamente cobrado do adquirente, será sua remuneração). Até o final do prazo estipulado, mesmo não tendo havido a alienação, o consignatário tem o dever de pagar o preço estimado ao consignante, podendo eximir-se de sua obrigação restituindo-lhe a coisa.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 204.

<sup>35</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*. São Paulo: RT, 2005. p. 24-25.

<sup>36</sup> Daí entender a melhor doutrina que a obrigação do consignatário no caso de não ter havido a alienação do bem seja uma obrigação acompanhada de prestação facultativa. Sobre o ponto, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 206. Note-se que a prestação facultativa de restituir a coisa só pode ser realizada até o termo final do prazo. Ultrapassado o termo final, só poderá o consignatário extinguir sua obrigação entregando ao consignante o preço estimado.

A questão principal para os fins deste estudo, porém, é a seguinte: durante o tempo em que o bem está com o consignatário, o consignante fica privado do poder de disposição da coisa. É o que resulta do art. 537 do Código Civil: “[o] consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição”.

Nas palavras de Tepedino, Barboza e Moraes:

[A] situação jurídica é a seguinte: o consignante mantém a propriedade da coisa, como já assinalado anteriormente, porém, por força do contrato, não pode mais exercer o poder de disposição sobre a coisa. É da essência do contrato estimatório que apenas o consignatário possa exercê-lo.<sup>37</sup>

Em outras palavras, o que se tem aí é que, durante o período em que o bem móvel está com o consignante, só este poderá dele dispor, não sendo permitido ao proprietário do bem que pratique qualquer ato de disposição da coisa. Pois o que se pretende demonstrar é que isso atribui ao consignatário um direito real (limitado, claro) sobre coisa alheia. O direito real de disposição.

Há, é certo, quem sustente que o proprietário só transfere para o consignatário o exercício do poder de disposição,<sup>38</sup> mas não o próprio poder de dispor da coisa. Assim não é, porém. O consignatário passa a ser titular do próprio poder de disposição. Este o entendimento de diversos autores que trataram do tema. É o caso, por exemplo, de Sanseverino, que ensina:

A nota característica do contrato estimatório, que o diferencia de outros negócios jurídicos assemelhados, está na transferência temporária pelo outorgante ao outorgado do seu poder de disposição (*jus disponendi*) sobre a coisa. Embora os demais poderes inerentes ao domínio permaneçam nas mãos do consignante, o consignatário recebe não apenas a posse da coisa, mas também o poder de disposição. Ou seja, pode o consignatário dispor livremente da coisa recebida durante o prazo ajustado.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 211.

<sup>38</sup> BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 212.

<sup>39</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*. São Paulo: RT, 2005. p. 25.

Como se vê, sustenta o autor que é o próprio poder de disposição que o proprietário, consignante, transfere para o consignatário, saindo das mãos do titular do domínio. No mesmo sentido, manifesta-se Lôbo:

O contrato estimatário é contrato típico, bilateral, oneroso e, principalmente, real. É oneroso porque o sacrifício patrimonial sentido por uma das partes tem como correspectivo uma vantagem correspondente. É real porque apenas se perfaz quando há uma tradição, quando a coisa é entregue ao consignatário. Diferentemente da compra e venda, que é contrato meramente consensual, não basta para sua existência que o consignante se obrigue a transferir a coisa ao consignatário; é necessário que transfira a posse sobre a coisa e o poder de disposição ou disponibilidade. Por se tratar apenas de coisas móveis, o consignatário, para alcançar a finalidade do contrato, depende da posse física sobre a coisa para poder transferi-la ao terceiro adquirente, fazendo uso do poder de disposição. O consignatário não promete a transferência da coisa; transfere-a, vinculando o consignante à tradição que operou. O legislador eliminou toda a dúvida, porque, no sentido de garantir o terceiro adquirente de boa-fé, pôs a entrega da coisa entre os elementos existenciais do contrato, dando lugar a uma situação que transforma o consignatário em titular do poder de disposição sobre a coisa, cuja propriedade permanece sob a titularidade do consignante.<sup>40</sup>

Também Garbi afirma que o consignatário recebe o próprio poder de disposição, chegando à conclusão idêntica à que se sustenta neste estudo:

Preferimos identificar o poder de disposição da coisa, outorgado ao consignatário, como um direito real, superando a tentativa de seu enquadramento em modelos de direito pessoal, todos sujeitos aos efeitos da vontade do consignante e que encontra por isso forte incompatibilidade com o negócio estimatário, não sujeito à revogação pelo consignante.<sup>41</sup>

Tratando do ponto, afirma Garbi que seria “forçoso reconhecer que o consignatário tem um poder sobre a coisa que não é de natureza pessoal e que muito

---

<sup>40</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do contrato estimatário e suas vicissitudes. *Jus.com.br*, 30 jun. 2005. p. 3. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6930>. Acesso em: 3 ago. 2019.

<sup>41</sup> GARBI, Carlos Alberto. Contrato estimatário (venda em consignação). In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2. p. 570.

se identifica com as características dos direitos reais”, e aponta como defensores dessas mesmas ideias Pontes de Miranda, J. A. Penalva Santos e Sylvio Capanema de Souza.<sup>42</sup>

Joaquim Antônio de Vizeu de Penalva Santos escreveu sobre o contrato estimatário um importante artigo.<sup>43</sup> Nesse texto, o autor não afirma de modo textual que a posição jurídica do consignatário corresponde a um direito real, mas é perfeitamente possível chegar a essa conclusão pela leitura de seus argumentos.

Em primeiro lugar, afirma o jurista que “[n]o contrato estimatário dá-se um fenômeno curioso, que só se apresenta em alguns contratos [: o] outorgante, *tradens*, reserva para si a propriedade e transfere o poder de disposição ao *accipiens*, o outorgado”.<sup>44</sup> É que, segundo ensina – e vale lembrar que seu texto é de 1996, quando ainda vigia o Código Civil de 1916, que não tipificava o contrato estimatário –, uma vez celebrado o negócio jurídico de que aqui se trata, o proprietário não pode mais dispor da coisa consignada, e “essa indisponibilidade impede o *tradens*, no contrato estimatário, de praticar qualquer dos atos dela resultantes, enquanto perdurar essa indisponibilidade”.<sup>45</sup> E aduz, logo a seguir, que “[s]e o *tradens* abriu mão de tal poder, ou faculdade, como querem alguns, somente o *accipiens* dela dispõe”.<sup>46</sup>

Diante disso, J. A. Penalva Santos passa a examinar, no âmbito do contrato estimatário, a natureza do poder de dispor, e afirma fazê-lo com base em Pontes de Miranda (cujas lições sobre o tema serão posteriormente examinadas). Pois afirma Penalva Santos que, “sendo o poder de dispor uma parcela do direito de propriedade, pode dela ser destacado”.<sup>47</sup> E continua:

Aliás, durante o prazo estabelecido o outorgante não pode alienar a coisa, por lhe faltar o poder de dispor, além da perda da posse própria, já transferida ao outorgado ao tempo da celebração do contrato; pelo que pode este usar, fruir, vender a coisa estimada, na primeira fase do contrato, até o termo do prazo nele estipulado. Para tanto o

<sup>42</sup> GARBI, Carlos Alberto. Contrato estimatário (venda em consignação). In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2. p. 575.

<sup>43</sup> SANTOS, J. A. Penalva. Contrato estimatário. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Niterói: ID, 1996. v. 2. p. 480-495.

<sup>44</sup> SANTOS, J. A. Penalva. Contrato estimatário. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Niterói: ID, 1996. v. 2. p. 482.

<sup>45</sup> SANTOS, J. A. Penalva. Contrato estimatário. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Niterói: ID, 1996. v. 2. p. 483.

<sup>46</sup> SANTOS, J. A. Penalva. Contrato estimatário. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Niterói: ID, 1996. v. 2. p. 483.

<sup>47</sup> SANTOS, J. A. Penalva. Contrato estimatário. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Niterói: ID, 1996. v. 2. p. 484.

mesmo outorgado dispõe, alternativamente, da possibilidade de restituir a coisa ou pagar o preço estimado, e, só neste momento é que se deve transferir a propriedade.<sup>48</sup>

Conclui-se, então, que para Penalva Santos o contrato estimatório retira do proprietário seu poder de dispor – que é, como notório, um dos poderes inerentes à propriedade – e o transfere para o consignatário. Ora, mas se assim é, então o consignante, titular do domínio, fica com uma propriedade limitada, verdadeira nua-propriedade, enquanto o consignatário se torna titular de um dos poderes inerentes ao domínio da coisa. E, se assim é, então o consignatário é verdadeiro titular de direito real limitado.

Também Sylvio Capanema de Souza tratou do tema sem afirmar de modo textual que o consignatário seria titular de direito real sobre a coisa alheia consignada.<sup>49</sup> É possível, também, todavia, interpretar-se o texto do autor carioca como sendo conducente à defesa da natureza de direito real da posição jurídica de vantagem atribuída ao consignatário pelo contrato estimatório.<sup>50</sup>

Capanema toma como ponto de partida de seu raciocínio o Enunciado nº 32 das Jornadas de Direito Civil organizadas pelo Conselho da Justiça Federal: “No contrato estimatório (art. 534), o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado”. Pois é a partir desse enunciado que Capanema sustenta não ser possível “confundir o contrato estimatório, celebrado entre o [*tradens*] e o *accipiens*, com a compra e venda”.<sup>51</sup> E daí sustenta o autor que a venda da coisa consignada “é feita pelo consignatário a terceiro, sem qualquer interferência do consignante, que não mantém com o adquirente qualquer relação jurídica”.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> SANTOS, J. A. Penalva. Contrato estimatório. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Niterói: ID, 1996. v. 2. p. 484.

<sup>49</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 51-81.

<sup>50</sup> O autor deste trabalho teve oportunidade de conversar pessoalmente com o Prof. Sylvio Capanema de Souza sobre o tema na mesma época em que esta parte da pesquisa estava sendo iniciada, ainda em 2019, tendo o eminente civilista afirmado que ao escrever sobre o tema não cogitou de atribuir natureza de direito real à posição jurídica de vantagem do consignatário. O que vai se sustentar aqui, portanto, é a interpretação do texto de Capanema, em mais uma mostra de algo que os estudiosos da interpretação sabem há muito tempo: na interpretação de um texto, a intenção do autor do texto não deve ser levada em conta. Para confirmar-se o que acaba de ser dito, basta que se tente responder a uma pergunta que todo leitor de Machado de Assis já se fez: afinal, Capitu traiu Bentinho? Infelizmente, enquanto a pesquisa para este texto estava sendo realizada, sobreveio a pandemia de Covid-19, e uma de suas vítimas foi Capanema. Fica aqui, registrada, a homenagem.

<sup>51</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 63.

<sup>52</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 63.

Ao tratar da disponibilidade das coisas dadas em consignação através do contrato estimatório, Capanema ensina que a celebração do negócio jurídico não transfere a propriedade do consignante para o consignatário. Este, porém, “passa a dispor das coisas, sem o que não as conseguiria alienar, adquirindo sua posse direta, com todos os direitos assegurados, inclusive quanto à sua defesa, pela via interdital”.<sup>53</sup>

Leciona Capanema que o consignante permanece como proprietário e possuidor indireto, e que a tradição da coisa implica o desdobramento da posse (em posse direta e indireta). E afirma, então, que

[É] nesta condição de possuidor direto, e pelo fato de dispor das coisas, que o consignatário está legitimado para promover diretamente a sua venda a terceiros, sem qualquer interferência do seu proprietário, que é o “*tradens*”, ou seja, o consignante, que nem sequer precisa ser consultado.<sup>54</sup>

Ressalta o autor, então, que “o consignatário não age como comissário ou mandatário, uma vez que atua em nome próprio, com absoluta liberdade, tratando diretamente com o comprador”.<sup>55</sup> E diz que o que confere legitimidade ao consignatário para alienar a coisa a terceiro “não é o domínio, mas a disponibilidade das coisas, que é inerente ao contrato estimatório, como um de seus elementos essenciais”.<sup>56</sup> E arremata: “o consignante, embora remanesça como proprietário das coisas consignadas, perde a sua disponibilidade, o que seria um dos poderes inerentes ao domínio”.<sup>57</sup>

Percebe-se, então, que também para Capanema o contrato estimatório retira do proprietário o poder de disposição da coisa consignada, transferindo-o para o consignatário. E se assim é, então, possível afirmar que para esse autor a celebração do contrato estimatório transformaria o domínio do consignante em uma nua-propriedade, despida do poder de disposição, o qual se transferiria para o consignatário. Este, então, passaria a ser titular de um direito real sobre coisa alheia.

Como dito anteriormente, Garbi inclui Pontes de Miranda entre os autores que embasariam sua posição em favor da natureza de direito real do direito de disposição do consignatário. A leitura do trecho a que o civilista paulista faz referência, todavia, mostra que Pontes de Miranda, na verdade, sustentava a opinião

<sup>53</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 75.

<sup>54</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 76.

<sup>55</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 76.

<sup>56</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 76.

<sup>57</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII. p. 76.



oposta, negando categoricamente que o direito de disposição pudesse ser considerado um direito real. Transcreva-se, então, o trecho da obra do jurista alagoano:

7. CONTRATO ESTIMATÓRIO E DIREITO REAL. – Pensou-se que o outorgado, no contrato estimatório, tem direito real a dispor. ¿Que direito real seria esse? Não se trataria de compra-e-venda, mas de tradição com a eventual alienação pelo outorgado, ou a restituição. O poder de disposição resultaria de direito que o outorgante tiraria ao direito de propriedade, direito real limitado, de que o dono do bem dispôs separadamente. Estar-se-ia diante de direito real limitado não enumerado nas leis. Para chegar a essa explicação, Angelo de Martini (Profili della Vendita commerciale e del Contratto estimatorio, 447 s.) invoca o art. 1.558 do Código Civil italiano: ‘Sono validi gli atti i disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finchè non ne aia stato pagato il prezzo colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite’. O art. 1.558 do Código Civil italiano não basta à explicação, porque a explicação, que satisfizesse, teria de ser, também, explicação dêle. Ora, o bem não está gravado, o dono dêle não pode dispor do direito de propriedade, nem gravar o bem, e o poder de disposição está com o outorgado. Nunca se ousou considerar direito real o poder de dispor. O que é preciso – e o que se pede – é que se explique porque o outorgado tem êsse poder de livre disposição (cf. J. Von Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I, 488 s.).<sup>58</sup>

O que se percebe, então, é que Pontes de Miranda, não obstante afirme haver quem sustente que o direito de disposição do consignatário é verdadeiro direito real, não concorda com esse entendimento, já que sustenta que “nunca se ousou considerar direito real o poder de dispor”, tendo, portanto, se equivocado Garbi ao incluir Pontes entre os juristas que poderiam dar sustentação ao seu entendimento. Mas é exatamente essa “ousadia” (para usar o termo empregado por Pontes) que se sustenta no presente trabalho: o poder de disposição, uma vez outorgado ao consignatário mediante o contrato estimatório, constitui-se em direito real limitado, sobre coisa alheia.

<sup>58</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXIX. p. 401 (respeitou-se a grafia original).

O autor italiano citado por Pontes de Miranda como defensor da ideia também neste trabalho sustentada, de que o consignatário se torna, por força do contrato estimatório, titular de um direito real limitado, é Angelo De Martini.<sup>59</sup>

Em tópico de seu livro especificamente voltado a enfrentar o tema que aqui é pesquisado, diz De Martini que é preciso ver, “no contrato estimatório, qual é esta situação jurídica criada para o *accipiens*, que comprime, limita, a situação (o direito de propriedade) do *tradens*”.<sup>60</sup> Diz ele, então, que existem dois tipos distintos de posição jurídica de vantagem: o direito subjetivo, que é uma posição de comando exercida no próprio interesse do titular, e o poder, que é exercido por seu titular em favor de outrem ou de uma coletividade.<sup>61</sup> Em seguida, aduz De Martini que, no caso em exame, o poder de disposição é outorgado ao consignatário para ser exercido no próprio interesse, de modo que inegavelmente se estaria, aí, diante de um direito subjetivo.<sup>62</sup>

Continua sua explicação De Martini afirmando que o direito subjetivo de que é titular o consignatário não é a propriedade, que permanece com o consignante, mas outro direito, mais limitado, que “comprime um certo direito subjetivo do titular, sem todavia anulá-lo mediante uma transferência para outras pessoas, porque de dimensões temporais, ou de extensão, ou de intensidade, inferior”.<sup>63</sup> Segundo De Martini, a situação jurídica de que aqui se trata, de menor extensão que a propriedade, desta deriva, por ser resultado de um ato de disposição do proprietário, mas um ato de disposição parcial, já que não transfere a propriedade por inteiro, mas apenas uma parte de seu conteúdo.<sup>64</sup>

O direito subjetivo do consignatário, então, compreende uma parte do conteúdo do poder do proprietário, e opera em favor dos interesses do consignante. Diz, então, que do mesmo modo como o proprietário pode, usando do poder de disposição contido em seu direito, atribuir a outros sujeitos direitos reais de gozo (como o usufruto ou o uso), e essas situações jurídicas compreendem aquela parte do conteúdo do direito de propriedade que diz respeito ao direito de gozo,

<sup>59</sup> De Martini foi advogado, livre docente e professor titular (ordinário) de Direito Comercial da Universidade de Roma La Sapienza. Tratou do tema objeto de exame no texto em DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 464-468.

<sup>60</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 464 (tradução livre).

<sup>61</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 464 (tradução livre).

<sup>62</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 464 (tradução livre).

<sup>63</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 465 (tradução livre).

<sup>64</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 465 (tradução livre).

mantendo o proprietário consigo o poder de disposição, também pode o proprietário atribuir a outros sujeitos o direito real de disposição, transferindo a outra pessoa a titularidade desse poder de dispor, e mantendo consigo as faculdades de usar e gozar da coisa.<sup>65</sup>

Estar-se-ia aí, então, segundo De Martini, diante de um direito real que é limitado em relação à propriedade, mas é apto a se sobrepor ao domínio, privando-o da titularidade daquela situação menos ampla que é conteúdo do direito de disposição.<sup>66</sup> E seria exatamente essa a situação do consignatário no contrato estimatório, já que em seu favor o proprietário constitui um direito real limitado, de conteúdo mais restrito que a propriedade, já que compreende apenas a faculdade de dispor, gerando assim uma paralisia no direito de propriedade.<sup>67</sup>

Em seguida, afirma De Martini que o reconhecimento do direito do consignatário como um direito real não atenta contra o que chama de “princípio do *numerus clausus* dos direitos reais”,<sup>68</sup> já que se trata de posição jurídica expressamente reconhecida por lei. E faz alusão ao art. 1.558 do Código Civil italiano, que corresponde ao art. 537 do Código Civil brasileiro. Arremata De Martini dizendo que assim se compreende adequadamente a circunstância de que a transferência da propriedade se dá por ato do consignatário, e não por ato do proprietário, já que este havia, mediante a celebração do contrato estimatório, transferido ao consignatário o poder de disposição do bem.<sup>69</sup>

Pois é exatamente esta a ideia que se sustenta neste trabalho. Através do contrato estimatório, o proprietário atribui ao consignatário a titularidade de um dos poderes inerentes à propriedade: o poder de dispor da coisa. E isso gera, em favor do consignatário, um direito real sobre coisa alheia, o direito real de disposição.

Como já se disse anteriormente, para que se esteja diante de um direito real, é preciso que se identifique uma posição jurídica de vantagem criada por lei e na qual estejam presentes as características dos direitos reais: permitir ao seu titular exercer poder físico sobre uma coisa; ser oponível *erga omnes*; e, no caso dos direitos reais limitados, ser o resultado de um desdobramento da propriedade que gera, para o seu titular, limitações quanto aos direitos de usar, fruir ou dispor do bem. Pois a posição jurídica outorgada pelo proprietário da coisa ao consignatário através do contrato estimatório é fruto de uma disposição normativa (os arts. 534 e 537 do Código Civil), e permite ao seu titular o exercício de poder físico sobre a coisa (já que o consignatário fica com a coisa e a entrega ao comprador, ou adquire

<sup>65</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 465 (tradução livre).

<sup>66</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 466.

<sup>67</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 466.

<sup>68</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 467.

<sup>69</sup> DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 467.

ele próprio a propriedade). Ademais, trata-se de posição jurídica oponível *erga omnes* (tanto que no caso de alguém adquirir a coisa diretamente do proprietário o ato será ineficaz, dada a necessidade de que se respeite o direito – que é exclusivamente do consignatário – de alienar a coisa). E, por fim, limita a propriedade, já que retira do proprietário o poder de dispor da coisa, nos estritos termos do art. 537 do Código Civil.

Tem-se, aí, pois, um “direito real oculto”, isto é, um direito real que, não obstante criado por lei, fica “escondido” por não aparecer de forma explícita no rol do art. 1.225 do Código Civil, nem empregar a lei, quando dele trata, a expressão “direito real”. E isso tudo, como demonstrado, sem que se infrinja a regra da taxatividade dos direitos reais.

Fica, assim, demonstrado mais este ponto da tese que aqui se sustenta: a de que a taxatividade dos direitos reais não implica considerar que o rol do art. 1.225 do Código Civil enumera de forma completa os direitos reais brasileiros. Assim como nem tudo que está no art. 1.225 é necessariamente um direito real, também não é impossível encontrar direitos reais fora daquele dispositivo legal.

### 3 Conclusão

De tudo quanto se expôs, é possível concluir reproduzindo os dois pontos que, ao longo do texto, se buscou demonstrar. Assim, tem-se a síntese da pesquisa desenvolvida.

Em primeiro lugar, a taxatividade dos direitos reais não é um princípio, mas uma regra, o que se demonstrou a partir da distinção entre regras e princípios construída com base na obra de Ronald Dworkin.

Em segundo lugar, demonstrou-se que, não obstante a taxatividade dos direitos reais, é possível que a lei crie um “direito real oculto”, ou seja, um direito real que é previsto em um texto normativo que não emprega a expressão “direito real” para a ele se referir. Demonstrou-se, a título de exemplo, que o direito de disposição da coisa atribuído pelo proprietário ao consignatário através do contrato estimatório constitui um verdadeiro direito real de disposição.

Espera-se, assim, que esta pesquisa tenha contribuído para uma mais adequada compreensão do fenômeno da taxatividade dos direitos reais.

### Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito* – Introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BONFANTE, Pietro. *Diritto romano*. Florença: Fratelli Cammelli, 1900.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Gen-Atlas, 2018.
- CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de; PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição da teoria como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. *Revista do Mestrado em Direito da UCB*, Brasília, v. 10, n. 2, 2016.
- CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di diritto privato europeo*. Milão: Giuffrè, 2007. v. 2.
- CERVELLI, Stefania. *I diritti reali*. Milão: Giuffrè, 2007.
- CUNHA, Celso Ferreira da. *Gramática da língua portuguesa*. 9. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1983.
- DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Milão: Giuffrè, 1950.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução bras. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução bras. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.
- GAMBARO, Antonio; MORELLO, Umberto. *Tratatto dei diritti reali*. Milão: Giuffrè, 2011. v. 1.
- GARBI, Carlos Alberto. Contrato estimatário (venda em consignação). In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. V.
- GRISONI, Arthur. *Les expectatives réelles* – Essai d'une théorie générale. Disponível em: [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_1BAB08F51FF4.P001/REF.pdf](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_1BAB08F51FF4.P001/REF.pdf). Acesso em: 22 abr. 2019.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do contrato estimatário e suas vicissitudes. *Jus.com.br*, 30 jun. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6930>. Acesso em: 3 ago. 2019.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 6.

MARÇAL, Thaís Boia; RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Embargos Infringentes e o novo CPC: manutenção ou extinção? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. X, 2012.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – PUCSP, São Paulo, 2007.

MERRIL, Thomas W.; SMITH, Henry E. Optimal standardization in the law of property: the numerus clausus principle. *Yale Law School*, v. 110, 2000.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Posse: direito real subversivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXIX.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 2, p. 1-19, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Oliva-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.5.n.6.2016.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, J. A. Penalva. Contrato estimatório. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Niterói: ID, 1996. v. 2.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: [http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 23 abr. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milão: Giuffrè, 2011.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CÂMARA, Alexandre Freitas. Taxatividade dos direitos reais e o direito real de disposição: um direito real oculto. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 145-166, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.007.

---

Recebido em: 27.05.2022

Aprovado em: 30.06.2022