

Registre-se, afinal, que as quatro características da cultura pós-moderna que se aplicam ao direito – o pluralismo de fontes e de sujeitos, a comunicação como reconhecimento dos direitos dos hipossuficientes, o método narrativo na elaboração das normas e a efetividade dos direitos humanos nas relações intersubjetivas – evidenciam a necessidade de se repensar os fundamentos e as finalidades dos institutos e das categorias jurídicas, inclusive no que tange às fontes das obrigações, como ocorre no âmbito das obrigações contratuais, cada vez mais informadas pelos valores e princípios constitucionais.

131. OBRIGAÇÃO PROPRIAMENTE DITA. OBRIGAÇÃO REAL.

OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

Embora sem descermos às minúcias que as controvérsias a respeito têm suscitado, porém, cogitando apenas de mencionar as várias categorias dos direitos subjetivos, aludimos no nº 7, *supra* (vol. I), aos direitos reais (*iura in re*), em contraposição aos direitos obrigacionais ou de crédito, impropriamente denominados *direitos pessoais*.

Aqui voltamos ao assunto, a fim de extremarmos, respectivamente, as *obrigações reais* e as *obrigações propriamente ditas*, que impropriamente são chamadas às vezes *obrigações pessoais*.

Intrincada questão, a daquelas categorias de direitos, não permite que se ponham de acordo os doutores. E os há em todas as direções. Uns, como Demogue, negam uma diferenciação fundamental entre direitos de crédito e direitos reais, afirmando ser uma só a natureza de todos os direitos, os quais se distinguem apenas pela intensidade (direitos *fracos* e direitos *fortes*), ou, como Thon e Schlossman, entendem que a diversificação é artificial, de vez que não existem propriamente direitos reais, os quais não passam de um processo técnico utilizado pelo direito positivo ao instituir certas restrições de conduta em benefício de determinada pessoa. Outros, vinculados à corrente clássica (Vittorio Polacco), enxergam nos direitos reais uma relação de subordinação ou dominação, sem intermediários entre que traduzem o assenhoreamento ou dominação, sem intermediários entre a primeira e o segundo, como diz Orosimbo Nonato.⁹² Alguns, como

92 Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, I, nº 5.

Windscheid e Marcel Planiol, situam a diferenciação respectiva na noção de *relatividade* dos direitos de créditos e *absolutismo* dos direitos reais.⁹³

Aproximando-nos da teoria *personalista*, situamos o elemento diferencial na caracterização do sujeito passivo: o *direito de crédito* implica uma relação que se estabelece entre um sujeito ativo e um sujeito passivo, criando a faculdade para aquele de exigir deste uma prestação positiva ou negativa; noutros termos, o direito de crédito permite ao sujeito ativo exigir especificamente uma prestação de determinada pessoa. Ao revés, o direito real, com um sujeito ativo determinado, tem por sujeito passivo a generalidade anônima dos indivíduos. A situação jurídico-creditória é oponível a um devedor, a situação jurídico-real é oponível *erga omnes*. O direito de crédito realiza-se mediante a exigibilidade de um fato, a que o devedor é obrigado; o direito real efetiva-se mediante a imposição de uma abstenção, a que todos se subordinam. O objeto da relação creditória é um fato; o da relação real, uma coisa.

Ao extremar as obrigações, como ora convém, naturalmente verificamos que as mesmas dúvidas ressurgem. Uns, como Teixeira de Freitas, não querem que haja obrigações reais. Este nosso eminente civilista critica acrimosamente o Código francês, justamente com a doutrina que admite as obrigações reais, que são a seu ver fruto de uma desordem de idéias; já que declara peremptoriamente que não há obrigação que corresponda aos direitos reais.⁹⁴ Outros, como Rigaud, aceitam a apuração específica de prestação determinada em algumas obrigações reais, e admitem a figura da obrigação real *in faciendo*.⁹⁵

Definindo-os, aceitamos a existência da obrigação correlata do *ius in re*, de igual que há uma *obligatio* co-respectiva do *ius in personam*. Partindo, pois, da idéia de que *ius et obligatio correlata sunt*, forçoso é, na verdade, reconhecer que ao direito de crédito, aquele direito que tem por objeto uma prestação em espécie, um *dare* ou um *facere*, positivo ou negativo, corresponde a obrigação *stricto sensu* ou obrigação propriamente dita. Ao outro, ao direito real, que se caracteriza por um dever negativo de todos para com o sujeito, ou se desenha num *pati*, corresponde uma *obligatio* que se insere no *dever de todos*, mas que, nem por isto, deixa de ser

93 A respeito da *summa divisio* dos direitos patrimoniais em direitos reais e direitos obrigacionais, v. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, págs. 2 e segs.; Pietro Perlingieri, *Perfis*, pág. 140.

94 Teixeira de Freitas, *Esboço*, art. 868 e nota respectiva.

95 Rigaud, *Le Droit Réel*, págs. 420 e segs.

→ obrigações
real

de cada um, de respeito às faculdades do sujeito. É neste sentido, precisamente, que aceitamos a distinção que a epígrafe deste parágrafo enuncia.

Diante das transformações ocorridas no âmbito dos institutos da propriedade e do contrato – notadamente com reconhecimento da paulatina participação estatal de modo a reduzir as disparidades sociais e econômicas, da funcionalização social dos institutos, além dos novos contornos das relações obrigacionais e relações reais –, há quem proponha a formulação de um direito comum às situações patrimoniais de modo a sintetizar a disciplina de todas as relações patrimoniais.⁹⁶

Entre os juristas medievais, notadamente os canonistas (conforme assinala Rigaud), medrou uma terceira categoria, a da chamada *obligatio propter rem*, que não era uma *obligatio*, e nem *ius in re*. Sua origem foi mais uma preocupação de simetria, ao criar-se a correspondência entre o *ius ad rem* e a *obligatio ob rem*.

Desenvolveu-se a planta nova com os pós-glosadores, estendeu-se até os modernos, e, quando, no século XIX, generalizou-se o gosto pelos estudos sistematizados, reaparece entre os escritores que assentam suas obras no Código Napoleão (não obstante este Código não a haver perfilhado), tanto nos comentaristas quanto nos expositores sistemáticos (Zacchariae, Toulier, Demolombe, Aubry e Rau). E veio a eclodir em nosso direito também, onde a versaram San Tiago Dantas, Orosimbo Nonato, Serpa Lopes, Espínola, Tito Fulgêncio, Sá Pereira, Filadelfo Azevedo, Lacerda de Almeida, tomando, contudo, posições diversas. Enquanto uns, como Tito Fulgêncio, reduzem a obrigações *stricto sensu* os casos de obrigações *propter rem* lembradas pelos outros, San Tiago Dantas as caracteriza como figura transacional de direitos reais atípicos, e outros, como Serpa Lopes, lhe apontam, como traço característico, sua vinculação a um direito real, do qual decorrem.

Sem penetrarmos nas disputas de escolas, situamos a *obligatio propter rem* no plano de uma *obrigação acessória mista*. Quando a um direito real acede uma faculdade de reclamar prestações certas de uma pessoa determinada, surge para esta a chamada *obrigação propter rem*. É fácil em tese, mas às vezes difícil naquelas espécies que compõem a zona fronteira, precisar o seu tipo. Se se trata, puramente, de exigir prestação em espécie, com caráter autônomo, o direito é creditório, e a obrigação correlata

96 Roberta Mauro e Silva, "Relações reais e relações obrigacionais", in: Gustavo Tepedino, *Obrigações*, págs. 69 e segs.

o é *stricto sensu*; se a relação traduz um dever geral negativo, é um *ius in re*, e a obrigação de cada um, no puro sentido de abster-se de molestar o sujeito, pode apelidar-se de obrigação real.

Mas, se há uma relação jurídico-real, em que se insere, adjeto à faculdade de não ser molestado, o direito a uma prestação específica, este direito pode dizer-se *ad rem*, e a obrigação correspondente é *propter rem*.

Não falta quem lhe pretenda atribuir autonomia. Mas parece-nos em vão, pois que o direito que visa a uma prestação certa é de crédito, e a obrigação respectiva é estrita. A *obligatio propter rem* somente encorpase quando é acessória a uma relação jurídico-real ou se objetiva numa prestação devida ao titular do direito real, nesta qualidade (*ambulat cum domino*). E o equívoco dos que pretendem definir a obrigação *propter rem* como pessoal é o mesmo dos que lhe negam a existência, absorvendo-a na real. Ela é uma obrigação de carácter misto, pelo fato de ter como a *obligatio in personam* objeto consistente em uma prestação específica; e como a *obligatio in re* estar sempre incrustada no direito real.⁹⁷

As características marcantes das obrigações *propter rem* podem ser apontadas do seguinte modo: a) elas se relacionam ao titular de um direito real, b) o devedor se libera da prestação diante do abandono do bem, abdicando do direito real; c) elas têm uma acessoriedade especial, dotada de ambulatoriedade.⁹⁸ Além dos exemplos das cotas condominiais no condomínio edilício (art. 4º da Lei nº 4.591/64,⁹⁹ e arts. 1.336 e 1.345 do Código Civil de 2002) e obrigações decorrentes dos direitos de vizinhança, a doutrina mais recente tem apontado também como exemplos de obrigação *propter rem* aquelas estabelecidas em convenções relativas aos condomínios fechados acerca das regras sobre as construções das casas

97 Sobre obrigação real, obrigação *stricto sensu* e obrigação *propter rem*: Teixeira de Freitas, *Esboço*, art. 868; Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas*, I, pág. 106; San Tiago Dantas, *Conflitos de Vizinhança e sua Composição*, págs. 275 e segs.; Serpa Lopes, *Curso*, II, nos 21 e segs.; Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, I, nos 3 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, § 5º; Vittorio Polacco, *Obbligazioni*, págs. 61 e segs.; Barassi, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I, pág. 93; Rigaud, *Le Droit Réel*, págs. 420 e segs.; Aubry e Rau, *Cours*, II, § 172; Julien Bonnetcase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, nº 20; Eduardo Espinola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. II, § 1º, pág. 4.

98 Ricardo Pereira Lira, *Elementos de Direito Urbanístico*, pág. 189.

99 O *caput* do art. 4º da Lei nº 4.591/64 foi objeto de veto presidencial, persistindo, tão-somente, o parágrafo único do dispositivo, com a redação atual dada pela Lei nº 7.182/84.

pelos compradores dos lotes, devendo ser formulado positivamente o juízo de legitimidade das cláusulas para não permitir ofensa ao exercício lícito da propriedade.¹⁰⁰

Por fim, diferenciam-se das obrigações *propter rem* os chamados ônus reais e as obrigações com eficácia real. Os primeiros são encargos de prestação periódica que restringem o uso e o gozo da propriedade em benefício de terceiros ou da própria coletividade,¹⁰¹ sendo postos a cargo do titular da situação proprietária. O proprietário é o devedor de tal ônus, que pode ser exemplificado com os tributos cujo fato gerador é a propriedade de um bem móvel (ex.: Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor – IPVA) ou imóvel (ex: Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana – IPTU – ou Rural – IPTR). Embora não sejam obrigações autônomas, assim como as obrigações reais, os ônus reais são limitações da propriedade, enquanto as segundas são condições para o seu pleno gozo;¹⁰² os primeiros têm sua responsabilidade restrita ao bem onerado, além de cujo valor não responde o devedor; além disso, os efeitos dos ônus reais cessam com o perecimento da coisa, enquanto os da obrigação real podem subsistir; os ônus reais sempre implicam prestação positiva e são exigíveis por ação de natureza real, enquanto as obrigações *propter rem* podem expressar-se em prestação negativa, e sua ação é de índole pessoal.¹⁰³

Já as obrigações com eficácia real correspondem a situações híbridas em que o elemento obrigacional é mais acentuado, tendo o credor, contudo, além do direito à prestação, alguns poderes diretos sobre a coisa, em semelhança aos efeitos de direitos reais de gozo e de aquisição.¹⁰⁴ Distintamente da obrigação real, não pressupõe a categoria em exame a existência de um direito real, sendo tão-somente uma obrigação comum que gera alguns efeitos tipicamente reais, podendo-se ilustrar essa situação com o direito do locatário à continuidade da locação predial urbana em caso de alienação (art. 8º, Lei nº 8.245/91) e o direito de preferência com eficácia real (art. 33, Lei nº 8.245/91).

100 André Gondinho, *Direitos Reais e autonomia da vontade*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pág. 131.

101 Fernando Noronha, *Direito das Obrigações*, pág. 298.

102 Fernando Noronha, *Direito das Obrigações*, pág. 299.

103 Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, pág. 15.

104 Fernando Noronha, *Direito das Obrigações*, pág. 299.