



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS REAIS: fundamento, adaptação de direitos reais
estrangeiros, *lex rei sitae*, *numerus clausus* e outros desdobramentos**

BRASÍLIA
2022

CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS REAIS: fundamento, adaptação de direitos reais
estrangeiros, *lex rei sitae*, *numerus clausus* e outros desdobramentos**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientador: Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima.

BRASÍLIA
2022

FOLHA DE APROVAÇÃO

CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS REAIS:
fundamento, adaptação de direitos reais estrangeiros, *lex rei sitae* e outros
desdobramentos**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Brasília/DF, em _____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. João Costa Neto

Prof. Dr. Hércules Alexandre Benício da Costa

Prof. Dr. Flávio Murilo Tartuce Silva

Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Ao Supremo Arquiteto do Universo, Deus,
que entregou ao ser humano a liberdade de
construir o seu próprio destino com o
conhecimento.

À doce Leilinha, querida esposa, titular da
arte de me surpreender diariamente com as
suas virtudes.

AGRADECIMENTOS

Esta tese é fruto de vários anos de pesquisa.

Mas seria criminoso creditar o resultado ao meu esforço pessoal. Tenho muito a agradecer.

Antes de tudo, levanto aos céus meus agradecimentos para o Arquiteto do Universo.

Endereço, ainda, minha mais profunda admiração à minha queridíssima esposa, a Leilinha, pelo apoio incondicional.

Também estendo meus abraços de agradecimento a meus familiares, como meus pais e meu irmão.

Tenho, ainda, o privilégio de ter contado com a batuta de um dos maiores civilistas desta geração: o professor Frederico Henrique Viegas de Lima. Tive a honra de, sob as asas de suas lições, caminhar desde a graduação, passando pelo mestrado e seguindo agora no doutorado. Esta tese concentra parte do que conseguimos captar da vastidão intelectual desse grande jurista.

Rendo meus sinceros agradecimentos, ainda, a diversos outros destacados juristas e amigos que colaboraram com as reflexões dessa tese, seja de modo direto, seja de forma indireta.

Refiro-me a vários juristas, dos quais, sem excluir outros, nomeio os Professores da Universidade de São Paulo Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Ignacio Maria Poveda Velasco, Eduardo Tomasevicius Filho, Maria Cristina da Silva Carmignani, Fernando Campos Scaff, Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Marco Fábio Morsello.

Reporto-me, outrossim, a notáveis juristas de outros países, que nunca hesitaram em compartilhar suas genialidades, caso da professora portuguesa Mónica Jardim (Universidade de Coimbra), do professor português Afonso Patrão (Universidade de Coimbra), do professor James Goudkamp (*University of Oxford*), do professor austríaco Jakob Fortunat Stagl (*Universidad de Chile*), do professor chileno Jorge Aranda (*Universidad de Chile*), da professora chilena Ana María Moure (*Universidad de Chile*) e do professor chileno Cristián Banfi (*Universidad de Chile*).

Externo, ainda, minha profunda admiração e sentimento de gratidão aos ilustres integrantes da banca examinadora, os Professores Hércules Alexandre da Costa Benício, João Costa-Neto, Flávio Tartuce e Pablo Malheiros da Cunha Frota. Tenho a honra de estar sob o escrutínio desses que estão entre os principais juristas brasileiros. Sei da alta responsabilidade que pesa sobre meus ombros, em submeter a presente tese a esses notáveis juristas.

Registro, ainda, minha admiração pelo apoio institucional que tivemos não apenas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, mas também da Universidade de Lisboa, da Universidade de Coimbra, da *Universidad de Chile*, Universidade de São Paulo, do Senado Federal e outras tantas instituições que, com sua estrutura voltada ao conhecimento, abriram as portas para a inquietude deste pesquisador em dissolver dúvidas e descortinar conhecimentos.

Pecarei em deixar de registrar vários outros nomes pela escassez do espaço: eu precisaria de camalhões de folhas se não quisesse cometer esse pecado. Mas averbo que pouca coisa ou mesmo nada eu poderia ter feito se não fosse o conhecimento e a disposição colaborativa de outros vários juristas, amigos e familiares.

*Afinal, uma tese não é uma simples
compilação de dados, mas sim uma nova
maneira de compreender determinada
matéria.*

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau.

RESUMO

Este estudo volta-se a definir, fundamentar e explorar o princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

Com base nesse princípio, trata-se de desdobramentos importantes, como a adaptação de direitos reais estrangeiros, a tipologia de *numerus semi-clausus* dos direitos reais, a flexibilização da exceção de ordem pública internacional e a dessacralização do *lex rei sitae*.

Erguem-se reflexões sobre outras questões laterais, como as relativas aos sistemas notariais e registrais de diferentes países.

Demonstra-se que a harmonização dos direitos é fruto de um processo histórico. Expõe-se a existência de pontos em comuns entre os diversos ordenamentos jurídicos.

Trata-se de diversos conceitos importantes, como o de *escape clause* (cláusula de escape, cláusula de exceção ou cláusula de salvaguarda), o de *professio iuris*, o de vontade presumível, o de conversão substancial do negócio jurídico, o de autonomia privada e outros.

Detalham-se diversas experiências de outros países em matéria de harmonização de direito.

Indicam-se pontos de aprimoramento do direito brasileiro à luz do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

Palavras-chave: Harmonização internacional dos direitos reais. Direito internacional Privado. Direito Civil. Adaptação, transposição e substituição. *Numerus clausus*. *Soft law*. Registros Públicos. Notários.

ABSTRACT

This research assesses the principle of international harmonization of property rights. Based on this principle, the research deals with important consequences, such as the adaptation of foreign property rights, the *numerus clausus*, the flexibilization of the public policy exception and the desacralization of *lex rei sitae*.

The work also assesses other side issues, such as the notary and registry system from different countries.

Also, the research demonstrates that the harmonization of rights is result of a historical process.

The work brings to light the existence of commonalities between the different legal systems.

Furthermore, the work assesses several important concepts, such as the escape clause, *professio iuris*, presumptive will, substantial conversion of the juridical acts, private autonomy, etc.

It details different experiences of other countries in terms of harmonization of law.

The research also indicates points for improvement of Brazilian law according to the principle of international harmonization of property rights.

Key words: International harmonization of property rights. Private International Law. Civil Law. Adaptation, transposition and substitution. *Numerus clausus*. *Soft Law*. Land Registry. Notaries.

LISTA DE ABREVIATURAS

BGH – *Bundesgerichtshof* (Corte Federal Alemã)

CFR – *Common Frame of Reference*

CPLI – *Switzerland's Federal Code on Private International Law* (Código Suíço de Direito Internacional Privado)

DCFR – *Draft Common Frame of Reference*

DGRN – *Dirección General de los Registros y del Notariado*

DIPriv – Direito Internacional Privado

EGBGB - *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Lei de Introdução ao Código Civil Alemão)

EUA – Estados Unidos da América

ONU – Organização das Nações Unidas

RJE-CC – Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial

TEC – Tarifa Externa Comum

TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ZLC – Zona de Livre Comércio

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS COMO UMA TENDÊNCIA HISTÓRICA	22
1.1. Breves reflexões históricas sobre as interações dos povos: simbioses e polinizações culturais	22
1.2. Principais sistemas jurídicos do mundo	26
1.2.1. Introdução	26
1.2.2. Família dos direitos socialistas.....	28
1.2.3. Família do <i>common law</i>	33
1.2.3.1. Principais países da família do <i>common law</i>	33
1.2.3.2. Direito inglês	39
1.2.3.2.1. Delineamento geográfico	39
1.2.3.2.2. Fundamentos	40
1.2.3.3. Esvanecimento dos muros divisórios entre a família do <i>common law</i> e a do <i>civil law</i>	42
1.2.4. Família romano-germânica (<i>civil law</i>).....	49
1.2.4.1. Delineamento geográfico	49
1.2.4.2. Fundamentos.....	52
1.2.5. Direito muçulmano (ou islâmico).....	59
1.3. Importância do direito comparado e a harmonização do direito	63
1.4. Importância do direito internacional privado	65
1.4.1. Adaptação de direitos	67
1.5. Harmonização <i>lato sensu</i> e experiências de leis uniformes, <i>soft law</i> e quejandos	69
1.5.1. Nomenclatura e conceituação: harmonização e unificação	69
1.5.2. Tendências históricas	74
1.5.3. Experiências de leis uniformes e de <i>soft law</i>	76
2. TENDÊNCIA DE HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS REAIS: EXPERIÊNCIA PRÁTICA E DOCTRINÁRIA EUROPEIA E DE OUTROS PAÍSES	83
2.1. Noções gerais sobre o direito comunitário europeu	83
2.1.1. Direito da Integração e Direito Comunitário	83
2.1.2. Integração internacional: fundamentos.....	85
2.1.3. Estágios de integração internacional.....	87
2.1.4. União europeia.....	89
2.1.4.1. Breve histórico e bases normativas.....	89
2.1.4.2. Estrutura institucional	92
2.1.4.3. Principais princípios fundamentais da União Europeia	100
2.2. Harmonização jurídica na União Europeia no direito privado	102
2.3. Movimentos de harmonização dos direitos reais	117
2.3.1. Panorama	117
2.3.2. Adaptação de direitos reais na Europa	118
2.3.2.1. Visão geral do instituto da adaptação de direitos	118
2.3.2.2. Experiência em matéria sucessória e reflexões em outros domínios em adaptação de direitos reais	120
2.3.2.3. Suporte operacional e informacional para a aplicação da adaptação de direitos na União Europeia	125
2.3.2.4. Acórdão Kubicka: conflito entre leis polonesa e alemã sobre legado à luz do art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões	130

2.3.2.5.	O que é desconhecimento, pela <i>lex situs</i> , de um direito real estrangeiro? O problema de diversidade jurídico-real entre os sistemas jurídicos.....	132
2.3.2.6.	Espécie de adaptação <i>lato sensu</i>	136
2.3.2.6.1.	Classificação.....	136
2.3.2.6.2.	Adaptação <i>stricto sensu</i>	137
2.3.2.6.3.	Substituição	150
2.3.2.6.4.	Transposição	153
2.3.2.7.	Critérios para os problemas de equivalência no caso de substituição ou de transposição: caso Europeu e cotejo com situação brasileira	161
2.3.3.	Flexibilização da <i>lex rei sitae</i> para conflitos de leis.....	163
2.3.3.1.	Importância do método conflitual na harmonização internacional de direitos e as limitações da harmonização do direito material.....	163
2.3.3.2.	Autonomia conflitual e a <i>lex rei sitae</i>	166
2.3.3.3.	Cláusula de exceção, cláusula de salvaguarda, cláusula de escape, <i>the escape clause</i>	171
2.3.3.4.	Autonomia conflitual, cláusula de escape e Alemanha: caso <i>Polish Cans</i> (1996) e reflexões críticas.....	178
2.3.3.5.	Precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia: exemplos de progressiva harmonização do direito material em questões conexas ao direito real.....	184
2.3.3.5.1.	Acórdão <i>Konle</i> : circulação de capitais e direitos reais na União Europeia.....	184
2.3.3.5.2.	Acórdão <i>Manfred Trummer</i> : indevida recusa de registro de hipoteca com dívida em marcos alemães (caso anterior à adoção do euro como moeda da União Europeia)	187
2.3.4.	Reflexões sobre flexibilização do <i>numerus clausus</i> para os direitos reais .	188
2.3.4.1.	Introdução: origem, histórico e experiência do Reino Unido.....	188
2.3.4.2.	Experiência holandesa	198
2.3.4.3.	Experiência da África do Sul: sistema <i>semi-clausus</i>	202
2.3.4.4.	Experiência da Espanha: sistema <i>semi-clausus</i> (ou <i>numerus quasi-clausus</i>)	209

3. PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS REAIS

246

3.1.	Definição.....	246
3.2.	Fundamentos	249
3.3.	Desdobramentos.....	264
3.3.1.	Adaptação de direitos reais estrangeiros.....	265
3.3.1.1.	Fundamento.....	265
3.3.1.2.	Critérios.....	267
3.3.1.3.	Conveniência de Tabelas de Equivalências em <i>soft law</i>	279
3.3.2.	Por uma tipologia <i>numerus semi-clausus</i> de direitos reais no Brasil	280
3.3.2.1.	Vantagens do sistema de <i>numerus clausus</i> e a importância socioeconômica dos direitos reais: reflexões sobre enfiteuse, predestinação de cadeia dominial e o <i>leasehold property</i> inglês	280
3.3.2.2.	Reflexões sobre a tipologia <i>numerus quasi-clausus</i> ou <i>numerus semi-clausus</i>	288
3.3.2.3.	Tipologia dos direitos reais no Brasil: presente e futuro.....	301
3.3.2.4.	Hospitalidade da tipologia <i>numerus quasi-clausus</i> ou <i>numerus semi-clausus</i> a direitos reais estrangeiros	311
3.3.3.	Diretriz no manuseio da exceção de ordem pública: visão flexível e internacionalizada.....	312
3.3.4.	Reflexões sobre a flexibilização do <i>lex rei sitae</i>	315
3.3.5.	Interrelação dos sistemas notariais e registrais	319

4. REFORMULAÇÕES NOS DIREITOS REAIS NO BRASIL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS REAIS

CONCLUSÃO	325
REFERÊNCIAS	329
Jurisprudência.....	329
Legislação brasileira	329
Vídeos.....	329
Imprensa e outras notícias na Internet	330

Livros e artigos..... 330

INTRODUÇÃO

A presente tese destina-se a delinear o que se denomina de “princípio da harmonização internacional dos direitos reais” para, com base nele, refletir sobre institutos relevantes, como a adaptação de direitos reais estrangeiros, a tipologia de *numerus semi-clausus* dos direitos reais, a flexibilização da exceção de ordem pública internacional e a dessacralização do *lex rei sitae* como elemento de conexão relativo ao estatuto real.

Também com base nesse princípio, erguem-se reflexões acerca de possíveis remodelações do direito brasileiro.

A relevância e a atualidade do assunto são inegáveis.

De um lado, as pesquisas acadêmicas em “direitos reais” no Brasil são menores quantitativamente do que as empreendidas em alguns outros ramos do Direito Civil, o que dá à presente tese o peso da responsabilidade de não apenas ajudar a preencher essa lacuna, mas também de arrimar e estimular futuras pesquisas nessa província.

De outro lado, os direitos reais precisam estar alinhados às novas exigências contemporâneas. Isso, porque os direitos reais são o ramo do Direito Civil mais vocacionado a tratar da propriedade - que é um dos institutos mais importantes à realização dos direitos fundamentais dos indivíduos e ao bem-estar socioeconômico dos países.

A contemporaneidade globalizada tem imposto diversos desafios aos direitos reais em situações de transnacionalidade.

A inafastável interrelação entre os indivíduos e as entidades privadas de diferentes países têm exigido que, com muito mais intensidade, os ordenamentos jurídicos sejam hospitaleiros à recepção de situações jurídico-reais estrangeiras.

Essa necessidade de diálogo entre os sistemas de direitos reais de diversos países exacerba-se quando se constata o surgimento de novos modelos de arranjos proprietários e negociais, a exemplo da multipropriedade, da expansão de negócios fiduciários, das operações envolvendo fundos de investimentos imobiliários e da progressiva expansão de formas de exploração econômica de bens sob a ótica da economia compartilhada.

A realidade contemporânea de financeirização e de espiritualização da propriedade dilui a importância das barreiras geográficas. Intima os ordenamentos jurídicos dos mais diferentes países a se readaptarem para se acomodarem aos novos reclamos dos indivíduos, do mercado e das sociedades. A interligação entre os contratos transpõe as fronteiras dos territórios dos países, do que dá exemplo a existência de títulos mobiliários lastreados em direitos reais relativos a bens situados no Brasil, os quais podem vir a ser adquiridos por estrangeiros.

Considerando que o sistema de *numerus clausus* dos direitos reais prepondera no Brasil, a recepção de situações jurídico-reais estrangeiras pode encontrar dificuldades diante da insuficiência do rol legal de direitos reais. Em consequência, isso pode inviabilizar não apenas atividades econômicas ou investimentos, mas também a realização de direitos fundamentais dos indivíduos.

Os direitos reais são uma das bases da economia e das relações civis nos mais diversos países. Problemas informacionais ou operacionais nesses direitos podem comprometer o exercício de direitos fundamentais e aumentar exagerada e desnecessariamente os custos de transação. Esse quadro patológico pode estimular situações de informalidades ou pode desincentivar o desenvolvimento econômico ou pessoal, ainda mais considerando o inafastável ambiente de transnacionalidade da economia e das relações privadas.

Nesse contexto, reflexões acerca da compatibilidade do sistema nacional de direitos reais com os de outros países são relevantíssimas e consonantes com a atualidade de inexorável globalização.

A hipótese inicial que anima a presente tese é a existência de um princípio (e, portanto, de uma norma) no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro deve atentar para a necessidade de harmonizar-se com situações jurídico-reais estrangeiras.

Harmonizar não é necessariamente uniformizar. Não é necessariamente igualar normas nem se curvar a modelos estrangeiros, até porque isso seria derrespeitar as idiossincrasias sociais, culturais e econômicas de cada país.

Harmonizar é estruturar o ordenamento de modo a, com o menor custo de transação, facilitar que indivíduos e entidades privadas estrangeiros tenham o mínimo de transtorno possível ao lidarem com situações jurídico-reais no Brasil. E

vice-versa (facilitar que nacionais tenham pouco custo de transação ao lidarem com situações jurídico-reais no exterior).

Daí decorrerão não apenas cogitações acerca da disciplina atual dos direitos reais brasileiros ou da conveniência do sistema de *numerus clausus*, mas também reflexões sobre a aptidão do atual Direito Internacional Privado brasileiro em cuidar situações jurídico-reais transnacionais e a recepcioná-las.

Se, por exemplo, um testador residente em Londres deixa seu patrimônio em regime de *trust*. Supondo que um de seus bens é um apartamento situado no Rio de Janeiro. Indaga-se: como essa última vontade seria implementada no Brasil, se o *trust* não é admitido como direito real no Brasil (conforme entendimento ainda majoritário), ao contrário do que sucede na Inglaterra? É preciso refletir se o nosso ordenamento precisa ou não ter mecanismo para permitir a adaptação ou a conversão desses direitos reais estrangeiros.

Igualmente, ter um sistema de direitos reais que dialogue com os estrangeiros reduziria os custos de transação de vários negócios, como os realizados por Fundos de Investimentos Imobiliários brasileiros com empresas estrangeiras ou os que envolvem operações comerciais internacionais lastreadas em direitos reais sobre bens situados no Brasil.

Em suma, a presente tese desvelará os fundamentos do princípio da harmonização internacional dos direitos reais. No cenário de internacionalização da economia e das relações interpessoais, os países têm de buscar articular o sistema doméstico de direitos reais de maneira a viabilizar, com o menor custo de transação, relações jurídicas envolvendo indivíduos e entidades privadas nacionais e estrangeiros. Essas relações podem ser das mais variadas naturezas, seja em situações civis (como a de um testamento ou de partilha de bens por divórcio), seja em situações empresariais (como as parcerias entre empresas nacionais e estrangeiras envolvendo direitos reais sobre bens sítos no Brasil).

Com base nesse princípio, a tese avaliará a adequação do sistema nacional de direitos reais, como a tipologia de *numerus clausus*, a viabilidade de prever uma conversão substancial para acomodar direitos reais estrangeiros não contemplados pela legislação local, o sistema de registros públicos e outros aspectos do ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns cortes epistemológicos devem ser realçados.

Em primeiro lugar, o foco são os direitos reais. Não se abrange a posse.

Como, porém, a posse é a aparência da titularidade de um direito real, é verossímil a hipótese de estender as reflexões ora desenvolvidas para alcançar também a posse. Essa hipótese, porém, dependeria de confirmação mediante pesquisa mais aprofundada, que imergisse no histórico e desenvolvimento da posse. Abstemo-nos de fazê-lo neste trabalho por conta da necessidade de corte epistemológico. Deixamos tal mister para outra ocasião. Além do mais, situações transnacionais envolvendo problemas possessórios até existem, mas não na mesma intensidade como os relativos a direitos reais. De qualquer forma, ao longo desta tese, valemo-nos da expressão “direito das coisas” para referir-se ao gênero do qual os direitos reais e a posse são espécie.

Na doutrina, o próprio termo “propriedade” é, por vezes, utilizado no sentido de direito real (tanto o de propriedade como os direitos reais menores) e, em outras vezes, é empregado no sentido de outros vínculos de titularidade sobre a coisa, como os direitos obrigacionais e até mesmo a posse.

Por convenção, adotamos a expressão “direitos reais” como tradução de termos inglês como “*property rights*” (quando era o caso), por entendermos que essa é a aproximação mais adequada em termos de tradução ao português.

Outro corte epistemológico consiste em reservar-se a uma análise jurídico-dogmática do princípio. Não se trata de um exame político, ideológico ou filosófico dos direitos reais. Em outras palavras, o princípio da harmonização internacional dos direitos reais é estudado aqui sob a sua perspectiva jurídica, de maneira que ele, em hipótese alguma, significa que os países têm de abrir irrestritamente o seu mercado. A abertura ou não do mercado é uma questão que foge ao Direito Civil por pertencer ao âmbito da política e por convidar a intervenção de outros ramos do Direito, como o Tributário, o Administrativo ou o Concorrencial, com suas ferramentas de barreiras tarifárias ou de licenças administrativas. Com efeito, o princípio ora focado se restringe ao âmbito do Direito Civil e presta-se a garantir que a estrutura de Direitos Reais esteja harmonizada com a de outros países no intuito de que esse aspecto jurídico não seja um estorvo a opções políticas futuras de exacerbação da globalização.

Em relação à metodologia, a tese se valerá primordialmente de um método dedutivo mediante consulta de bibliografia nacional e internacional. Lançar-se-á mão, porém, também do método indutivo em determinados aspectos, visto que se aproveitará da experiência adquirida com a análise de casos concretos. Alguns desses casos concretos estarão noticiados em reportagens ou em estudos acadêmicos. Outros foram apreendidos pelo doutorando ao longo de sua carreira profissional como ex-Assessor de Ministro do STJ, ex-Advogado da União, Advogado e Consultor Legislativo do Senado. Dos casos concretos poder-se-ão intuir algumas generalizações, o que, obviamente, será feito com o cuidado de alertar o leitor sobre eventuais riscos dessa metodologia indutiva quando ela for empregada.

Para a elaboração desta empreitada, este pesquisador reuniu bibliografia em sua biblioteca pessoal física e virtual como fruto de pesquisas feitas em bibliotecas nacionais e estrangeiras, além de já ter participado de eventos estrangeiros sobre o assunto. Em suma, o doutorando realizou diligências de pesquisa nestes cinco países¹, além das pesquisas feitas em bibliotecas nacionais:

- a) **Portugal:** o doutorando efetuou pesquisas nas nas bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa bem como na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, além de ter, nos dias 11 e 12 de outubro de 2018, participado “V Encontro de Direitos Reais, Direito Registral e Direito Notarial” na Faculdade de Direito de Coimbra, organizado pelo Centro de Estudos Registros e Notariais (CENoR), então presidido pela Professora portuguesa Mónica Jardim. Além disso, o doutorando adquiriu vários exemplares importantes nas livrarias especializadas da cidade de Lisboa.
- b) **Chile:** o doutorando, em 2019, efetuou pesquisa na biblioteca da Faculdade de Direito da *Universidad de Chile*, além de ter tido a oportunidade de, em palestra, trocar experiências com estudantes chilenos². Aproveitou, ainda, para adquirir vários exemplares importantes nas livrarias especializadas da cidade de Santiago.

1 As pesquisas, em geral, não geraram vínculos formais com as instituições estrangeiras.

2 O debate com os alunos chilenos ficou registrado em uma reportagem no sítio eletrônico da *Universidad de Chile* (UChile, 2019).

- c) **Espanha:** o doutorando, em 2019, efetuou pesquisas na biblioteca do Colegio Notarial de Madrid, além de ter adquirido várias obras importantes nas livrarias especializadas de Madrid.
- d) **Inglaterra:** o doutorando, em 2019, adquiriu várias obras importantes em livraria indicada pelo Professor de Oxford James Goudkamp na cidade de Londres.
- e) **França:** o doutorando adquiriu, em 2019, várias obras relevantes em livrarias de Paris.
- f) **Itália:** o doutorando adquiriu, em 2019, várias obras relevantes em livrarias de Milão.

Além disso, como forma de robustecer a pesquisa, o doutorando cursou, como ouvinte (de modo não oficial, portanto), na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) as seguintes disciplinas:

- a) *“Os Direitos Reais na Visão dos Juristas Oitocentistas”*, no ano de 2017, sob a coordenação do Professor Titular Ignacio Maria Poveda Velasco, do Professor Associado Eduardo Tomasevicius Filho e da Professora Dra. Maria Cristina da Silva Carmignani; e
- b) *“Temas Atuais de Direitos Reais”*, no ano de 2020 (as aulas estão em curso ainda e estão ocorrendo por videoconferência por conta da pandemia), sob a coordenação do Professor Titular Fernando Campos Scaff, do Professor Associado Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Professor Doutor Marco Fábio Morsello.

Como referencial teórico, a tese terá três fios condutores.

O primeiro provém do Professor da UnB Frederico Henrique Viegas de Lima com base na sua tese *“Propriedade, Estado e Mercado”*, que lhe alçou ao cargo de Professor Titular de Direito Privado (Lima, 2010). Em suma, o aludido catedrático, após realizar um riquíssimo estudo teórico na doutrina nacional e comparada, destaca a importância da propriedade para o contexto socioeconômico e, por meio de pesquisas empíricas no Pará, em Recife e no bairro da Rocinha, demonstra a importância da transposição das ocupações irregulares para a formalidade imobiliária. Ainda na lição do eminente professor (Lima, 2010, p. 97), a tradicional característica da taxatividade dos direitos reais não satisfaz as

necessidades sociais e econômicas da atualidade. Em sistemas do *common law*, a figura do *property* distingue-se dos "direitos reais", conceito típico do sistema do *civil law*, por não se submeter à tipicidade estrita e por designar "quer direitos obrigacionais, quer direitos incidentes sobre as coisas" (Penteado, 2008, p. 71). O *property* corresponde ao que, entre nós, se conhece como "direitos patrimoniais", de maneira que "há grande plasticidade e poder conferido aos privados na configuração de vínculos jurídicos, ainda que estes incidam sobre coisas" (Penteado, 2008, p. 71). Essas ideias constituem um dos marcos teóricos desta tese.

O segundo marco teórico advém do jurista espanhol Héctor Simón Moreno (2013), que trata da viabilidade de ser realizada uma harmonização dos direitos reais europeus e que discute ajustes que devem ser feitos no sistema dos direitos reais para concretizar esse intento. Essas ideias constituem um dos marcos teóricos desta tese.

O terceiro marco teórico procede do professor português Afonso Patrão, que realizou valiosos estudos relacionados à adaptação de direitos reais estrangeiros e ao prestígio à autonomia privada em questões envolvendo conflitos de leis em matéria de estatuto real³. Essas suas ideias servem como um dos marcos teóricos desta tese.

Outras diversas obras foram relevantes para esta tese, conforme se verá ao longo desta tese.

Por fim, para alcançar o seu objetivo, a tese foi estruturada em quatro capítulos.

No primeiro capítulo ("Harmonização internacional de direitos como uma tendência histórica), expõe-se a proximidade das diferentes famílias jurídicas do mundo por conta das interações históricas. Destacam-se também as experiências de harmonização ocorridas no mundo ao longo da história.

No segundo capítulo ("Tendência de harmonização dos direitos reais: experiência prática e doutrinária europeia e de outros países"), deita-se sobre as mobilizações institucionais, normativas e acadêmicas do direito comunitário europeu e do direito de diversos países em matéria de harmonização internacional de direitos reais.

³ Patrão, 2016; Patrão, 2017; Patrão, 2011.

No terceiro capítulo (“Princípio da Harmonização Internacional dos Direitos Reais”), lançam-se as bases do princípio da harmonização internacional e reflete-se sobre os desdobramentos desse princípio em institutos relevantes, como o de adaptação de direitos reais estrangeiros, o da tipologia de *numerus clausus*, o de exceção de ordem pública internacional, o de *lex rei sitae* e o dos serviços notariais e registrais.

No quarto capítulo (“Reformulações nos direitos reais no Brasil a partir do princípio da harmonização internacional dos direitos reais”), erguem-se reflexões sobre ajustes que poderiam ser realizados no direito brasileiro à luz do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

1. HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS COMO UMA TENDÊNCIA HISTÓRICA

1.1. Breves reflexões históricas sobre as interações dos povos: simbioses e polinizações culturais

A interrelação entre os diferentes povos da Terra, em maior ou em menor escala, sempre foi uma realidade em todos os tempos da história. Desses contatos decorrem o que chamamos de simbiose cultural. Os diferentes povos conhecem a cultura um dos outros e, mesmo que em graus diversos, absorvem parte da experiência (simbiose). Outros povos espalham sua cultura a outros por diferentes meios, num processo que designamos de polinização cultural. No conceito de cultura aí, inclui-se também o Direito.

Em cada momento histórico, a simbiose e a polinização culturais assumiram perfis diferentes, como por meio das interações decorrentes do comércio, das guerras, da Internet etc.

As trocas culturais, no que nos importa, também abrange uma das expressões da cultura de um povo: o Direito. Os diferentes sistemas jurídicos mundiais guardam pontos em comum em diferentes escalas de intensidade, fruto – entre outras causas – dos processos de simbiose e de polinização culturais.

As interações mais marcantes nesse processo foram as que decorreram de formação de impérios (apesar de a maior parte deles terem nascido à base da violência). Em geral, não se pode falar aí propriamente em integração internacional, e sim em formas antigas de anexação de território.

Em várias regiões do mundo, houve grandes impérios, os quais, na história, deixaram rastros culturais e jurídicos comuns nas regiões.

Na região euroasiática e africana, destacam-se o Império Macedônico, o Império Romano, o Sacro Império Romano-Germânico, o Império Otomano, o Império Mongol, o Império Persa Aquemênida, o Império Napoleônico, o Império Britânico, além de outros impérios da época do neocolonialismo do século XIX.

O Império Persa Aquemênida, também chamado de Império Aquemênida⁴ ou de Primeiro Império Persa, perdurou desde o ano 550 a.C. até 330 a.C., até ser vencido pelo exército macedônico comandado por Alexandre Magno. Alcançou parte da Europa Oriental, da Ásia Central e do Oriente Médio. Envolveu, por exemplo, áreas pertencentes total ou parcialmente aos atuais Bulgária, Ucrânia, Irã, Iraque, Turquia, Líbano, Síria, Egito e Paquistão. Matheus Treuk Medeiros de Araujo trata de interações havidas entre os gregos e os persas nesse período⁵.

O Império Macedônico foi um dos grandes impérios da Antiguidade, que existiu entre 359 a.C e 323 a.C. Notabilizou-se pelo expansionismo promovido sob o comando do famoso rei Alexandre Magno (também conhecido como Alexandre, o Grande), que havia recebido, na infância, instrução de Aristóteles. Apesar da curta duração, esse império alcançou um vasto território, desde o Norte da Grécia e o Egito até a Índia. Uma das principais marcas desse império é ter colaborado para a difusão da cultura helênica para várias regiões do Oriente.

O império mais marcante para a história jurídica ocidental foi o Império Romano⁶. Este chegou a dominar territórios desde a Península Ibérica até o Oriente Médio, além de ocupar parte do Norte da África. Alcançou total ou parcialmente territórios dos atuais Marrocos, Tunísia, Israel, Líbano, Iraque, Síria, Balcãs (Albânia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Grécia etc.), Rússia, Portugal, Espanha, França, Inglaterra, Bélgica e Países Baixos. É no contexto do expansionismo do Império Romano que se deve entender a origem da disseminação do Direito Romano entre inúmeros países.

Outro exemplo foi o Sacro Império Romano-Germânico, nascido na Idade Média com a coroação de Carlos Magno pelo Papa Leão III no ano 800. Foi dissolvido só em 1806. Nesse ínterim, esse império alcançou territórios da atual Alemanha, Áustria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, República Checa, República Eslovaca, Eslovênia, parte da França, parte da Itália e parte da Polônia.

O Império Otomano nasceu no século XIII como fruto da união de tribos de turcos nômades, num contexto de conflitos causados pelas Cruzadas e pelas

⁴ O nome reporta-se ao rei Aquemênes, fundador da dinastia tido como fundador desse império persa. A expansão territorial do império ocorreu posteriormente, sob o comando do rei Ciro, o grande, um descendente de Aquemênes.

⁵ Araujo, 2018.

⁶ Incluímos na expressão genérica “Império Romano” tanto o Império Romano do Ocidente quanto o Império Romano do Oriente (que também ficou conhecido como Império Bizantino).

ameaças do Império Mongol. Desapareceu após a I Guerra Mundial. O fundador do Império Otomano foi Osmã I, filho do célebre guerreiro turco Ertuğrul. Ocupou territórios do sudoeste da Europa, do norte da África e de grande parte do Oriente Médio. Alcançou, total ou parcialmente, territórios dos atuais Turquia, Egito, Grécia, Bulgária, Hungria, Macedônia, Romênia, Jordânia, Palestina, Líbano, Síria etc.⁷. Valores históricos e culturais comuns, de matriz muçulmana, foram desenvolvidos ao longo do Império. Mehemet Maksudoğlu esmiúça o histórico e as instituições desse império⁸.

O Império Mongol, nascido sob a liderança do lendário Genghis Khan e vigente nos séculos XIII e XIV (dos anos 1206 a 1368), foi um dos maiores da história em extensão territorial. Dominou quase toda a Ásia e parte da Europa oriental. Alcançou territórios que iam do Mar da China até o Cáucaso, abrangendo total ou parcialmente áreas das atuais China, Mongólia, Rússia⁹.

A propósito do Império Mongol, é simbólica a interação do Oriente com o Ocidente a partir da famosa viagem do mercador veneziano Marco Polo. Esse mercador conviveu no palácio do imperador Kublain Khan por anos e, ao retornar para Veneza, espalhou as famosas histórias que soavam totalmente exóticas aos europeus em razão do pouco contato com a cultura oriental¹⁰. Apesar de críticas que se possam endereçar à fidedignidade dos relatos de Marco Polo, o episódio é considerado um dos marcos simbólicos da internacionalização.

Nesse período do Império Mongol, houve também contatos entre a cristandade da Europa Ocidental com esse império, do que dão notas os relatos das

⁷ Unesco, 2010; History, 2022.

⁸ Maksudoğlu, 2011.

⁹ Vicente, 2004.

¹⁰ Polo, 2006. Em caráter literário, com uma mescla de ficção com realidade, Italo Calvino retrata suposta conversa de Marco Polo com Kublain Khain. O imperador mongol, que havia incumbido Marco Polo de diversas missões de inspeção de áreas do vasto território, questiona se o veneziano contaria essas histórias com exatidão ao retornar à sua terra natal. Marco Polo responde positivamente, mas alerta que não poder garantir a manutenção da fidedignidade dos relatos, pois – disse o famoso viajante (Calvino, 2003, pp. 129-130):

... quem me ouve retém somente as palavras que deseja. Uma é a descrição do mundo à qual você empresta a sua bondosa atenção, outra é a que correrá os campanários de descarregadores e gondoleiros às margens do canal diante da minha casa no dia do meu retorno, outra ainda a que poderia ditar em idade avançada se fosse aprisionado por piratas genoveses e colocado aos ferros na mesma cela de um escriba de romances de aventuras. Quem comanda a narração não é a voz; é o ouvido.

viagens dos franciscanos Giovanni (João) de Pian de Carpini e Willhelm (Guilherme) de Rubruck, conforme expõe Luiz Rafael Xavier Vicente (2004)¹¹.

O Império Napoleônico perdurou de 1799 a 1815 e avançou pela Europa, dominando total ou parcialmente áreas das atuais França, Bélgica, Países Baixos, Suíça, Alemanha e Itália.

O Império Britânico foi o maior império do mundo em extensão de terras descontínuas, a ponto de se dizer que “o sol nunca se põe no Império Britânico”. Perdurou desde o século XVI até final do século XX (especificamente em 1997). Dominou territórios na América, na África, na Ásia, na Oceania e na Europa. Além dos países integrantes do Reino Unido (Escócia, Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte), alcançou total ou parcialmente áreas do Nova Zelândia, Austrália, Singapura, Iêmen, Canadá, Bahamas, Jamaica, Catar, Emirados Árabes Unidos, Myanmar, Nigéria, EUA, Hong Kong, Índia, Bangladesh, Paquistão, Malásia, Iraque, Zâmbia, Zimbabwe, Somália, Tanzânia, Namíbia, Zanzibar, África do Sul e outros.

Outros expansionismos devem ser mencionados como resultado de políticas de colonização, especialmente na Idade Moderna e no início da Idade Contemporânea (com o neocolonialismo do século XIX, marcado, entre outros eventos, pela “partilha” da África entre catorzes potências europeias da época por meio da Conferência de Berlim em 1884 e 1885). Territórios da América, da África e da Ásia tornaram-se colônias de países europeus. A título exemplificativo, citam-se como:

- a) *colônias do império português*: os territórios das atuais Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Brasil, Macau.
- b) *colônias do império espanhol*: os territórios – total ou parcialmente – dos países da América Hispânica, da Filipinas, do Camboja, de Taiwan, da Indonésia etc.
- c) *colônias do império colonial francês*: territórios das atuais Quebec (Canadá), Haiti, Senegal, Marrocos, Tunísia, Camarões, Guiné, Benin, Níger, Madagascar, Costa do Marfim, República do Congo, Mauritânia, Argélia, Djibouti etc.

¹¹ Luiz Rafael Xavier Vicente sustenta que essas viagens tiveram, entre outros objetivos, o de buscar uma aliança dos cristãos com os mongóis contra os muçulmanos que ocupavam a Terra Santa (Vicente, 2004, p. 1).

- d) *territórios dominados pelo império colonial holandês*: territórios total ou parcial dos atuais Brasil, Sri Lanka, Angola, Indonésia, África do Sul (na região da Cidade do Cabo) etc.
- e) *colônias do império colonial belga*: território do atual Congo.

Todas essas interações entre os povos, mesmo que por meio da violência de posturas colonialistas ou imperialistas, acarretaram simbioses e polinização culturais. Daí decorrem que os próprios sistemas jurídicos dos países foram influenciados, em maior ou menor grau, pelo sistema dos povos com os quais foram mantidos contatos.

1.2. Principais sistemas jurídicos do mundo

1.2.1. Introdução

A interrelação entre os diversos povos sempre esteve presente na história, ainda que em diferentes graus. Algumas dessas interrelações ocorreu por meio de conflitos causados por pretensões territoriais expansionistas de impérios. Outras deram-se para fins comerciais. Outras ocorreram por movimentos migratórios naturais.

Essas interrelações, ao longo da história, geraram, como consequência natural, aproximações jurídicas entre os povos, ainda que em diferentes intensidades. Esse fato, aliado às afinidades históricas e culturais de determinados povos, terminou por desenhar os sistemas jurídicos contemporâneos, que, apesar das diferenças, guardam pontos de proximidade entre si.

É viável agrupar os sistemas jurídicos em diferentes famílias. É semelhante ao que se dá em outras áreas do conhecimento. Podemos falar em famílias em matéria de religião (hinduísmo, cristianismo, judaísmo, islamismo etc.), de biologia (mamíferos, répteis etc.), de linguística (línguas eslavas, romanas, semitas etc.). É o que faz René David¹² (2014, p. 22).

¹² René David foi uma das principais referências de direito comparado no mundo. Uma de suas principais obras foi “Os Grandes Sistemas de Direito Comparado”, publicada em 1964. Nela René David indica metodologicamente a existência de grupos de famílias jurídicas. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2021-A) dá este relato biográfico:

René David (1906-1990) desponta como a mais recorrente referência no assunto, ao longo do século 20. Nasceu em Paris, faleceu em Aix-en-Provence. Lecionou em Grenoble e depois em Paris. Ao

Comumente, reportam-se às seguintes famílias de direito: (1) família romano-germânica; (2) família do *comoon law*; e (3) família dos direitos socialistas. Esta última, porém, não mais subsiste, como lembra Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2021-A).

Há autores que defendem que todos os sistemas jurídicos atualmente existentes coletaram elementos dessas famílias. René David (2014, p. 28), porém, com acerto, critica a ingenuidade dessa conclusão e realça que a sistematização acima é meramente didática para compreensão de um fenômeno que é muito mais complexo. Há, pois, outros sistemas jurídicos que possuem particularidades que inviabilizam o enquadramento nas três famílias acima, como: (1) o sistema muçulmano; (2) o sistema hindu; (3) o sistema judaico; (4) o sistema do Extremo Oriente; e (5) o sistema da África subsariana e Madagascar¹³.

Apesar das diferenças, é inegável que os mais diferentes sistemas jurídicos guardam pontos em comum, num processo de harmonização jurídica naturalmente decorrente das inevitáveis interrelações entre os diferentes países.

O comércio internacional, as migrações e os casamentos entre estrangeiros são exemplos de interrelações privadas que inevitavelmente atraem a necessidade de os ordenamentos jurídicos manterem postura de hospitalidade às situações jurídico-privadas transnacionais.

Nos últimos anos, essa exigência de uma postura de hospitalidade foi catapultada em razão do vertiginoso desenvolvimento da Internet – que facilitou a interação com os estrangeiros e reduziu a distância comunicacional das fronteiras geográficas. A Internet promoveu um fenômeno de desterritorialização.

É evidente que há países mais hostis a esse processo. Todavia, geralmente, esses países incluem-se naqueles que ostentam regimes políticos fechados, marcados por acusações e suspeitas de violações a direitos humanos. Trata-se de nações que mantêm políticas severas de censura, de controle da imprensa, de limitação à emigração etc.

longo da Segunda Guerra Mundial foi prisioneiro dos alemães e lutou na resistência francesa. É o prestigiadíssimo autor de "Os grandes sistemas do direito contemporâneo" e de "O direito inglês" (...).

¹³ John Gilissen (2016), em sua obra "Introdução Histórica ao Direito", segue a mesma linha. Franz Wieaker (2015), na sua obra "História do Direito Privado Moderno", fornece aprofundada visão do desenvolvimento da cultura jurídica da Europa continental.

Há, ainda, nações que, por conta de sua condição de extrema vulnerabilidade financeira, ficam excluídas do circuito internacional por estarem nas raias da luta pelo mínimo existencial.

1.2.2. Família dos direitos socialistas

A família dos direitos socialistas teve seu marco com a Revolução Russa. Existiu notadamente até a queda do Muro de Berlim. Concentra-se essencialmente na estrutura jurídica da antiga União Soviética. Abrange outros países que adotaram o sistema socialista, mas é preciso fazer sérias ressalvas. As particularidades dessas outras nações são tão robustas que é tentador questionar se realmente elas integram a mesma família. René David, apesar de enquadrá-las nas famílias socialistas, prefere concentrar-se no modelo da antiga União Soviética e deixar o estudo do direito dos demais países que se intitularam como socialistas para outro momento (David, 2014, pp. 176-177).

Para René David (2014, pp. 173-177 e 192), o foco das famílias dos direitos socialistas é preparar o terreno para um estágio de solidariedade social e de coletivização dos bens de produção. Essa preparação do terreno, todavia, passou a ser realizada mediante a onipotência do partido comunista e a imposição de pesadas formas de opressão e imposição estatais. Não se conseguiu, porém, alcançar o ponto de chegada. O que se viu na União Soviética foi uma intensa regulamentação das relações sociais, com um agigantamento do intervencionismo estatal e com a eliminação daqueles que eram considerados inimigos da humanidade por rejeitarem os ideários marxistas.

A figura do Estado, no modelo utópico do comunismo, deveria desaparecer diante da entrega efetiva dos bens de produção ao povo. O modelo soviético, porém, rumou em sentido contrário. O Estado agigantou-se e tomou o comando da produção e das relações sociais. Nas palavras de René David (2014, p. 230), “o sistema socialista que se pretendia criar foi substituído, na União Soviética, por um simples sistema de capitalismo de Estado”. O ideário comunista nunca se concretizou efetivamente¹⁴.

¹⁴ Houve certo impasse com a Iugoslávia em 1948. Nesta, buscava-se efetivamente entregar os meios de produção ao povo, com o consequente esvanecimento do Estado. Retardar esse processo, como se fosse necessária uma fase transitória de hipertrofia estatal, seria uma traição ao povo. A Iugoslávia, após a experiência

Por isso, o direito soviético seguiu com forte conexão com os sistemas romanistas. Valia-se da taxonomia jurídica e da estrutura destes. Não havia, portanto, uma plena originalidade na família dos direitos socialistas. Essa era a tese de René David. A divergência a essa visão provinha de juristas dos países socialistas, que reivindicava uma autonomia. Seja como for, ao menos para o período anterior à queda do Muro de Berlim, é de admitir-se a existência de uma família de direitos socialistas. Os conceitos jurídicos nessa família – ainda que guardem pontos em comum com os sistemas romanistas – assumem sentidos práticos diferentes em razão do modelo político-econômico socialista¹⁵.

O estudo comparatista sobre a família de direito socialista precisa ser visto com esses olhos. Apesar da estrutura de opressão do modelo soviético, juristas da família romano-germânica devem manter estudos comparatistas sobre o modelo soviético em busca de soluções jurídicas que podem ser vantajosas socialmente e que podem inspirar reflexões críticas, sem necessidade de conversão ao ideário marxista. É a recomendação de René David (2014, p 175).

Historicamente, a ligação do direito russo com o modelo romano-germânico é inafastável, conforme René David (2014, pp. 182-190). Ao longo da história russa, inexistiu uma tradição jurídica originalmente russa. O modelo jurídico adotado seguiu o direito bizantino (direito romano, portanto). Concebe-se o direito como regras de conduta formuladas pelo legislador e pela doutrina, e não propriamente da jurisprudência (ao contrário da família do *common law*).

Além disso, o próprio desenvolvimento científico do direito na Rússia foi historicamente refratário¹⁶, comparativamente com a Inglaterra e a França. Só na

de uma Constituição centralizadora de poderes na figura do Estado (Constituição de 1946), caminhou para uma postura descentralizadora nas Constituições posteriores de 1953, 1963 e 1974 (René David, 2014, pp. 229-233).

¹⁵ Na década de 1960, René David (2014) afirmava:

(...) Atualmente, transpondo a fronteira de um país do bloco socialista, imediatamente nos surgem um mundo novo, em que os problemas se colocam de um modo diferente que nos países não socialistas e em que até mesmo as palavras adquirem, por vezes, um outro sentido. As palavras democracia, eleições, parlamento, federalismo, sindicatos, convenções coletivas têm um sentido bem diferente, devido, por exemplo, ao fato da existência de um partido comunista onipotente; as palavras propriedade, arbitragem contrato referem-se a realidades diversas, devido à planificação global e à coletivização dos bens de produção. Por essas razões, deve-se classificar o direito soviético numa família diversa da família romano-germânica.

¹⁶ A tradição jurídica de outros países que foram envolvidos pelo socialismo antes da queda do Muro de Berlim é diferente. René David (2014, pp. 188-190) destaca os países europeus incorporados ao socialismo nessa época. Lembra que, ao contrário da Rússia, a tradição jurídica era diferente nesses países. De um lado, há os países socialistas de tradição ocidental: Hungria, Polônia, Tchecoslováquia, Croácia e Eslovênia. O desenvolvimento do direito neles seguiu as pegadas do direito na Alemanha, na Áustria e na França. A tradição jurídica era forte, o

segunda metade do século XIX é que surge uma literatura jurídica russa. A primeira universidade russa – a de Moscou – só nasceu em 1755. A universidade de Petesburgo é de 1802. A criação de tribunais profissionais, separados de funções administrativas, só ganhou corpo com a reforma judiciária de 1864: até então, imperava uma promiscuidade entre polícia, justiça e administração.

A unidade do povo russo não repousa no direito. Historicamente, os juristas russos não buscavam os fundamentos do direito, ao contrário do que se dava nos demais países europeus. Atuavam como mero servidores operacionais do Estado ou do czar, formalizando juridicamente a vontade arbitrária do autocrata, tudo dentro da máxima romana do *princeps legibus solutus est*¹⁷ (Tierney, 1963, pp. 378-400). O direito privado russo era essencialmente urbano, voltada aos comerciantes e à burguesia. Os camponeses seguiam os costumes. Para eles existe, por exemplo, apenas (David, 2014, p. 187):

... uma propriedade familiar (*dvor*) ou comunal (*mir*), com exclusão da propriedade individual que está norteadas por critérios de equidade, tal como a administra o tribunal do *volost'*, composto por juizes eleitos, que não são juristas; o tribunal *volost'* depende do Ministério do Interior, e não do Ministério da Justiça.

No campo do Direito Civil, a tônica dos sistemas jurídicos socialistas não é a proteção da propriedade individual, e sim da propriedade coletiva. Perde sentido a própria divisão entre direito público e direito privado (a *summa divisio* das famílias romano-germânicas, originada do direito romano). São clássicas estas palavras de Lênin em uma carta a Kourski¹⁸: “No que se refere à economia, deixou de existir direito privado, tudo se tornou direito público” (René David, 2014, p. 330).

Os juristas soviéticos reportavam-se a elas frequentemente. Essa fórmula leninista precisa ser interpretada adequadamente. Ela refere-se primordialmente ao âmbito econômico. E também externa a visão soviética de que o direito não é uma decorrência de soluções de justiça ou de moral, e sim um

direito era uma das bases da sociedade e o corpo de juristas era numeroso e respeitado. De outro lado, há os países socialistas dos Balcãs: Albânia, Bulgária, Romênia e Sérvia. Neles havia certa semelhança com a história jurídica russa por conta da influência do direito bizantino e da estagnação jurídica ocorrida nas épocas de expansionismo mongol e turco-otomano. A diferença, porém, é que esses países europeus balcânicos só se libertaram da dominação com a ajuda externa, o que os conduziu a submeter-se à influência cultural das nações da Europa Ocidental e da Europa Central. A Rússia, a seu turno, livrou-se do domínio sem ajuda externa, fato que colaborou para a manutenção de sua autonomia jurídico-identitária. Nesse contexto, com a superveniência do domínio soviético nos países europeus de tradição ocidental e nos países balcânicos, houve certa resistência a abandonar a tradição jurídica romano-germânica e a incorporar instituições jurídicas que faziam mais sentido na Rússia (país de fraca tradição jurídica e de falta de um corpo de juristas).

¹⁷ “O princípio está livro da lei” (tradução livre).

¹⁸ Dimitri Ivanovitch Kourski era o comissário de justiça (Douroux, 2017).

instrumento de imposição forçada da vontade estatal. O direito é uma ferramenta da política; direito é política. É nesse sentido que se deve interpretar a frase de Lênin. Não se deve, portanto, extrair dela a ideia de que, do ponto de vista científico, o direito público teria absorvido o direito privado (René David, 2014, p. 330).

Daí decorrem algumas consequências, ligadas a um caráter imperativo do direito civil. Reprimem-se severamente ilícitos de natureza civil. Um exemplo é a imposição de sanções penais por descumprimento de contratos nos setores coletivizados da economia soviética, por trabalho inferior ao mínimo exigido para o camponês integrante do *kolkhoz*¹⁹, por simulação na criação de empresa privada disfarçada de cooperativa ou por compras de bens para revenda²⁰.

Apesar do modelo socialista, a União Soviética não rejeitou as ferramentas jurídicas desenvolvidas pelos países progressistas ocidentais, conforme alerta V. M. Thckhikvadzé (1968, pp. 20-21). Lênin estimava importante valer-se dessas ferramentas na construção do sistema jurídico soviético. Rejeitava, apenas, uma imitação servil do direito burguês. Em carta a Kourski sobre a ideia de elaboração de um Código Civil, Lênin aconselha: “Utilize tudo o que existe na literatura e na experiência dos países da Europa Ocidental para a proteção dos trabalhadores” (Thckhikvadzé, p. 21)²¹.

O conceito civil de propriedade das famílias de direitos socialistas distancia-se do construído nas famílias romano-germânica.

Distinção entre bens móveis e imóveis é de pouca relevância, por exemplo. Importa mais distinguir os bens entre os de produção e os de consumo²².

No lugar de uma visão aparentemente unitária de propriedade – própria da família romano-germânica –, o regime soviético contemplava três regimes de propriedades: o da propriedade pessoal, o da propriedade cooperativa e o da propriedade estatal.

A propriedade pessoal é a utilizada para a satisfação pessoais do titular, e não para a obtenção de rendas ou de lucros com especulação. Substitui o

¹⁹ O colcoz (колхоз ou *kolkhoz*) (plural: colcozes, *kolkhozy*) era a unidade de produção coletiva soviética. Era uma espécie de propriedade rural coletiva, que era explorada em forma de cooperativa de produção agrícola. O Estado fornecia os meios de produção (Vucinich, 1949).

²⁰ René David (2014, p. 331).

²¹ Tradução livre deste excerto: “Prendre absolument tout ce qui existe dans la littérature et l’expérience des pays d’Europe occidentale pour la protection des travailleurs”.

²² René David (2014, pp. 337-341).

conceito de propriedade privada, vigente nas famílias romano-germânica e do *common law*. Veda-se o emprego da propriedade para fins lucrativos. Por essa razão, os objetos suscetíveis de propriedade pessoal são aqueles necessários ao uso para fins pessoais do seu titular²³.

A propriedade cooperativa e a propriedade estatal eram expressões da propriedade socialista na União Soviética, fruto de uma nacionalização dos bens.

A propriedade cooperativa era chamada também de *colkoz* (*kolkhoz*). Os camponeses (*colcozes* ou *kolkozes*) não são proprietários, mas meros usufrutuários perpétuos. O usufruto aí não coincide com os dos países das famílias romano-germânicas. Não pode ser compreendido como um desmembramento da propriedade nem como um direito real. Tampouco pode ser comparado com a noção de propriedade das famílias romano-germânicas nem com a ideia de *estate* da família do *common law*. O usufruto soviético dos *colcozes* atraía deveres a estes e era perpétuo. Eles eram obrigados a explorar o solo nos moldes impostos pelo Estado, à luz das regras do direito *kolkoziano*²⁴.

A propriedade estatal, por fim, pode recair sobre capital fixo (solo, edifícios, instalações e máquinas) ou sobre capital circulante (matérias-primas e produtos). Reporta-se a bens no domínio da agricultura (como as fazendas do Estado, chamadas de *sovkozes*) e no domínio da indústria (como os *trusts*, empresas do Estado incumbidas da produção industrial). A titularidade aí é do povo, do qual o Estado é um representante provisório. O conceito de titularidade não deve ser pensado sob a ótica das famílias romano-germânica. Na família socialista, a noção de propriedade é diferente. O mais importante no conceito de titularidade soviética não é saber quem é dono, e sim quem e como são explorados os bens²⁵.

Outra marca do direito civil soviético é a rejeição da noção de direito real por ser inconcebível vincular uma pessoa a uma coisa. “Nada mais capitalista há

²³ René David (2014, p. 338) destaca:

.... O art. 13 da Constituição soviética de 1977 estabelece que: “Podem ser de propriedade pessoal os objetos de uso e de comodidade pessoais, os bens da economia doméstica auxiliar, uma residência e as economias provenientes do trabalho ...”. Em alguns países socialistas, como a Iugoslávia, as pequenas empresas artesanais (com até cinco empregados), que fazem parte da “pequena economia”, podem ser objeto da propriedade pessoal.

²⁴ René David (2014, p. 339) realça que “um novo estatuto dos *kolkhoz* foi adotado em 1969 pelo Congresso Nacional Kolkoziano e aprovado pelo Comitê Central do Partido Comunista e pelo Conselho dos Ministros da União Soviética”.

²⁵ *Ut* René David, 2014, pp. 339-341.

do que essa ideia”, diriam os juristas soviéticos. O direito endereça-se a regular relações jurídicas entre os indivíduos, e não entre a pessoa e a coisa.

Em matéria de contratos, a diferença da família de direitos socialistas em relação ao da família romano-germânica está mais na sua destinação do que na conceituação. Em princípio, o conceito de contratos é igual. A distinção é que, no regime socialista, o contrato é empregado sem o apelo burguês de enriquecimento individual. Essa particularidade não está evidenciada nos contratos corriqueiros do cotidiano dos indivíduos, os quais não oferecem grandes questionamentos. Está, sim, descortinada nos contratos relativos ao setor planejado da economia. Alguns juristas chegam a tentar enquadrar esses contratos como administrativos, e não como contratos civis, o que não é tecnicamente suficiente. Os contratos empregados no setor planejado da economia assumem um perfil próprio, indicativo da originalidade do direito soviético²⁶.

1.2.3. Família do *common law*

1.2.3.1. Principais países da família do *common law*

A família do *common law* tem sua gênese na Inglaterra com os trabalhos dos juristas e dos Tribunais Reais de Justiça após a conquista normanda no século XI.

Essa família jurídica espalhou-se para outros países que sofreram a influência da Inglaterra, especialmente pelo expansionismo do Império Britânico e pela colonização de povoamento desenvolvida após o *Mayflower* atracar, em 1620, no território do atual EUA. Com algumas exceções, países de língua inglesa e membros da *Commonwealth*²⁷ perfilham-se à família do *common law*. Ainda que esses países tenham particularidades jurídicas vinculadas às suas idiossincrasias, é inegável que a influência britânica no pensamento jurídico local e na estruturação institucional foi marcante²⁸.

Por exemplo, apesar de o sistema jurídico dos EUA (*rectius*, da maioria dos Estados norte-americanos) e da Inglaterra poderem ser enquadrados na família do *common law*, há diferenças marcantes.

²⁶ *Ut* René David, 2014, pp. 341-349.

²⁷ A *Commonwealth* é uma organização intergovernamental que reúne 54 países independentes (Dellagnezze, 2020). Com exceção de alguns países (como Moçambique e Ruanda), todos já integraram o Império Britânico. O site da *Commonwealth* é este: <https://thecommonwealth.org/>.

²⁸ *Ut* René David, 2014, pp. 351-352.

Na década de 1960, Franz Wieacker creditou essa distinção, entre outras causas, à diferença de ideologias jurídicas. Na ideologia, os norte-americanos assentam-se mais em uma ideia de otimismo revolucionário, em um controle pela Constituição e em uma atuação mais intensa dos juízes. Já os ingleses estavam mais impulsionados por confrontos entre grupos políticos de uma sociedade tradicional sob a mediação da coroa, fato que vem sendo modificado diante da perda de influência das oligarquias sobre a política²⁹.

Vejamos, por continente, os principais países integrantes da família do *common law*.

No continente europeu, três países integrantes do Reino Unido (Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte) encaixam-se na família do *common law*.

A Escócia, apesar de integrar o Reino Unido, posta-se em uma linha intermediária entre a família romano-germânica e a família do *common law*³⁰. Historicamente, a particularidade jurídica escocesa resulta da precoce autonomia conquistada e da relação próxima da Igreja presbiterial escocesa e o calvinismo da Europa ocidental. Por conta dessa proximidade, por cerca de um século, a formação de juristas escoceses ocorreu na França e, posteriormente, na Holanda, o que colaborou para a influência romanística no sistema jurídico escocês (Wieacker, 2015, p. 573).

No continente americano, o ambiente é sortido.

Na América do Norte, os EUA e o Canadá integram a família do *common law*, ressalvados, porém, o Estado norte-americano de Luisiana, Porto Rico³¹ e a Província canadense de Quebec.

Na América Central, integram a família do *common law* Barbados³², Belize³³, Bahamas³⁴, República de Trindade e Tobago³⁵ e outros países do Caribe (como as Ilhas Cayman³⁶ e Antígua e Barbuda³⁷).

²⁹ Wieacker, 2015, p. 572.

³⁰ Há juristas que enquadram a Escócia na família romano-germânica (Guido Fernando Silva Soares, 1997), ou como um regime híbrido (René Dellagnezze, 2020).

³¹ Embora Porto Rico integre a América Central, seu vínculo geopolítico é com os EUA, conforme exporemos mais abaixo.

³² Para uma visão do sistema jurídico de Barbados, recomendamos acesso a estes dois sites: <https://www.barbadoslawcourts.gov.bb/> e <https://guides.law.fsu.edu/caribbean/barbados>.

³³ Florida State University, 2020-A.

Na América do Sul, a Guiana adota um sistema misto, com elementos do *common law* e do *civil law*³⁸.

No caso dos EUA, por influência da colonização francesa e espanhola, o Estado de Luisiana e Porto Rico³⁹ alinham-se à família do *civil law*.

No Estado de Luisiana, seu código Civil (*Lousiana Civil Code*) remonta a 1808, lavrado pelo trabalho do jurista Louis Casimir Moreau-Lislet. Foi revisado em 1825 e sofreu algumas alterações, como as ocorridas em 1870, 1960 e 1992. Segue sendo o Código Civil atualmente em vigor⁴⁰. A inspiração desse Código foi o Código Civil francês de 1804 (Código Napoleônico).

Razões históricas justificam essa singularidade: o território correspondente ao atual Estado norte-americano de Luisiana pertenceu à França desde o final do Século XVII até 1803. O próprio nome de batismo dessa região (que alcançava uma extensão territorial maior do que a atual⁴¹) foi uma homenagem ao rei francês Luís XIV. Napoleão, premido por necessidade financeira e desinteressado em manter colônias em outro continente, vendeu o território para os EUA em 1803 em uma transação conhecida como *Louisiana Purchase*. A tradição jurídica francesa manteve-se forte especialmente na região sul do grande território adquirido, ou seja, na região atualmente correspondente ao Estado norte-americano de Luisiana. Isso justifica a vinculação do Estado norte-americano de Luisiana à família jurídica do *civil law*⁴².

Em Porto Rico, foi editado um novo Código Civil em 2020 (*Ley núm. 55 de 1 junio de 2020*), o qual revogou o anterior (que remontava a 1930). Ambos

³⁴ Lex Bahamas, 2009.

³⁵ Fitzwilliamstone, 2022.

³⁶ Cayman Islands Judicial Administration, 2022.

³⁷ Florida State University, 2020-A.

³⁸ Adams, 2020-B.

³⁹ Porto Rico é um Estado Livre Associado vinculado aos EUA. Não é um país independente. Historicamente, Porto Rico foi adquirido pelos EUA em 1898 após a Guerra Hispano-Americana. Em 1952, Porto Rico tornou-se “Estado Livre Associado” aos EUA, um *status* jurídico que não frui das mesmas prerrogativas dos 50 Estados norte-americanos. É que o estabelece o preâmbulo da Constituição de Porto Rico, de 1952 (Porto Rico, 2021-B).

⁴⁰ O governo local disponibiliza o texto do *Lousiana Civil Code* neste site: https://www.legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent (Lousiana, 2022).

⁴¹ A colônia francesa de Luisiana, à época, ocupava uma área que abrange não apenas o atual Estado norte-americano de Luisiana, mas também outros 14 Estados norte-americanos bem como 2 Províncias canadenses (Facchini Neto, 2013, p. 81).

⁴² *Ut* Facchini Neto, 2013, pp. 81-82.

mantêm inspiração no Código Civil espanhol conforme exposição de motivos do novo Código Civil de Porto Rico⁴³.

Antes do antigo Código Civil (o de 1930), vigorava o Código Civil de 1902, que se inspirara tanto no Código Civil francês de 1804 (O Código Civil napoleônico) quanto no Código Civil do Estado norte-americano de Luisiana.

Em momento anterior, vigorava o Código Civil Espanhol por força da *Real Orden de 31 de julio de 1889*⁴⁴, código esse que – como se sabe – espelhou-se no Código Civil francês de 1804 (O Código Napoleônico). Apesar da tradição de Porto Rico ser a do *civil law*, houve influências do *common law*, especialmente após Porto Rico ter sido adquirido pelos EUA em 1898 após a Guerra Hispano-Americana.

No caso do Canadá, a Província de Quebec segue o sistema do *civil law* por influência francesa, ao menos no direito privado. De fato, Quebec é a única província canadense que possui um Código Civil, o qual é baseado no Código Civil francês⁴⁵.

O primeiro Código Civil na província de Quebec é de 1866 e era conhecido como o Código Civil do Baixo Canadá⁴⁶ (*Code civil du Bas-Canada*), que costuma ser abreviado como CCBC. Ele foi revogado pelo atual Código Civil de Quebec, que é de 1994 e cuja sigla é CCQ. Esse novo Código manteve-se vinculado à tradição do *civil law*, com forte influência do direito francês.

Razões históricas justificam esse alinhamento da Província canadense de Quebec à família romano-germânica. O Canadá foi originariamente colonizado pela França, com o envio das primeiras expedições em 1534 a mando do rei francês Francisco I. Quebec – então batizada de *Nouvelle France* – foi uma das primeiras colônias. Juridicamente, desde o século XVII, as colônias, além das ordenações régias (*ordonnances*), seguiam o *Coutume de Paris*⁴⁷ e, no que este fosse omissivo, o Direito Romano (na sistematização dos juristas franceses) e o Direito Canônico (nas disciplinas em que fosse cabível, como em família e sucessões)⁴⁸.

⁴³ Porto Rico, 2021-A, pp. 1-15.

⁴⁴ Esse ato normativo espanhol havia estendido a vigência do Código Civil espanhol para Porto Rico, Cuba e Filipinas (Porto Rico, 2021-A, pp. 1-15).

⁴⁵ Government of Canada, 2022. Além disso, o governo canadense disponibiliza informações jurídicas gratuitamente neste site: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/03.html>. O atual Código Civil de Quebec está disponível neste site: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/ccq-1991>.

⁴⁶ Baixo Canadá ou Canadá Inferior era o antigo nome de Quebec

⁴⁷ Zoltvany, 1971; Facchini Neto, 2013, p. 82.

⁴⁸ Facchini Neto, 2013, pp. 82-83.

Apesar do posterior avanço britânico em detrimento da França no século XVIII, os colonos franceses conseguiram, por meio do *The Quebec Act*, de 1774, manter o direito de continuar regidos pelas leis francesas, salvo as penais (que seriam britânicas). O *Coutume de Paris*, portanto, seguiu a reger o direito privado em Quebec até 1866, ano em que foi promulgado o Código Civil do Baixo Canadá, inspirado tanto no Código francês de 1804 quanto no Código Civil de Luisiana⁴⁹.

Na Oceania, a Austrália⁵⁰ e a Nova Zelândia vinculam-se à família do *common law*.

Na Ásia, como nações vinculados à família do *common law*, citam-se Hong Kong⁵¹, Índia⁵², Paquistão⁵³ e Bangladesh.

No continente africano, citam-se, como nações vinculadas ao *common law*, Zâmbia, Tanzânia, Quênia, Nigéria, Sudão do Sul, Uganda, Ruanda, Gana, Libéria, Serra Leoa e Gâmbia.

Em relação aos demais países sul-americanos, há os que seguem a família do *civil law* (sob a tradição napoleônica), outros que mesclam as famílias do *civil law* com a do *common law* e outros que perfilham um regime misto do *civil law* com o direito muçulmano.

Seja como for, o fato é que os países africanos possuem modelos jurídicos que partem de três famílias: a do *civil law*, a do *common law* e a do direito muçulmano. Camile Astier (2012) disponibiliza este didático desenho mapeando os sistemas jurídicas africanos:

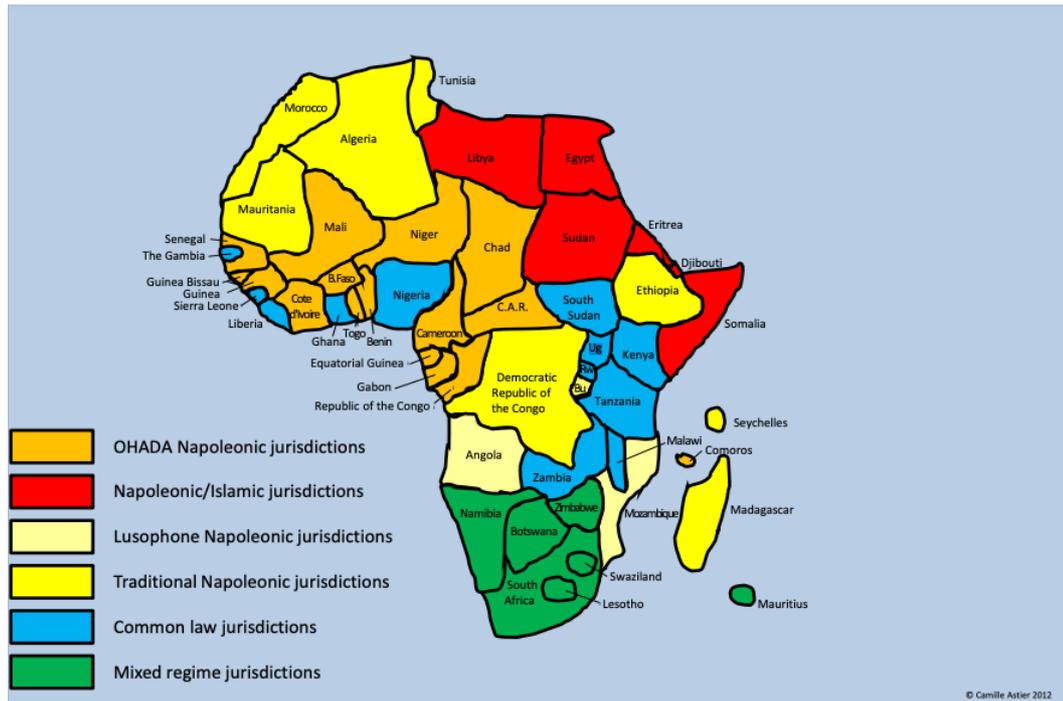
⁴⁹ A inspiração no Código Napoleônico e no Código Civil de Luisiana foi determinada expressamente pela lei de 1857 que determinou a elaboração de um Código Civil destinado a substituir o *Coutume de Paris* na Província de Quebec (Facchini Neto, 2013, p. 83).

⁵⁰ A título de curiosidade, o Estado Australiano da Tasmânia disponibiliza informações jurídicas gratuitas neste site oficial: <https://www.hobartlegal.org.au/handbook/the-justice-system/the-law/>.

⁵¹ Hong Kong é, na verdade, um território autônomo da China. Adota um sistema jurídico baseado na *common law*, embora seja complementado por leis (como, de resto, tem ocorrido nos diversos países da família do *common law*). Apesar de integrar a China, mantém um sistema jurídico diferente, tudo dentro do princípio “um país, dois sistemas” (*one country, two systems*) (Hong Kong, 2022). O governo de Hong Kong disponibiliza acesso à legislação e a informações jurídicas neste site: <https://www.elegislation.gov.hk/>.

⁵² Ut Nagar, 2015.

⁵³ O sistema jurídico paquistanês integra a família do *common law*, fruto da inspiração da Índia britânica. O Paquistão é uma República Islâmica, conforme sua Constituição de 1973, razão por que não se pode ignorar a influência do direito muçulmano (Lau, 1994).



Cabe uma ressalva acerca da África do Sul e de outros países africanos que se espelharam na África do Sul, como Namíbia, Botsuana, Zimbábue, Lesoto e Suazilândia, ou que sofreram múltiplas colonizações, como as Ilhas Maurício.

Prevalece o entendimento de que, lá, vigora um regime misto de *common law* com *civil law*. De um lado, houve a influência do *common law* pelos britânicos. De outro lado, houve a influência do *civil law* pelos holandeses, sob uma versão holandesa conhecida como direito romano-holandês (*Roman-Dutch law*).

O direito holandês, que é uma variante da família romano-germânica, vigorou na região da África do Sul, notadamente na atual localidade da Cidade do Cabo, tudo durante o período de colonização holandesa (séculos XVII e XVIII).

Após a invasão dos Países Baixos pela França de Napoleão Bonaparte, o direito holandês deixou de ser um direito não codificado para seguir a tendência inaugurada pelo Código Civil francês de 1804: o Código Civil Holandês (*Burgerlijk Wetboek* ou BW) nasceu de 1838⁵⁴, com forte inspiração no Código Civil

⁵⁴ Ele sofreu uma substancial reforma em 1992, a ponto de se considerar que, em 1992, a Holanda recebeu um novo Código Civil. Assim, referindo-se à versão reformada do Código Civil holandês, encontram-se, na literatura jurídica, expressões como novo Código Civil Holandês (NBW, sigla de *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, em holandês), BW (1992) ou simplesmente ao BW (sem indicação de ano). O marco temporal de 1992 é utilizado por convenção, mas, a rigor, desde 1970, foram sendo publicados progressivamente as reformas de partes do Código Civil holandês, como lembra Liane Schmiedel (2012).

napoleônico. Além disso, o direito holandês absorveu tanto experiências do direito romano quanto do pensamento do *common law* inglês. Isso colaborou para que, na África do Sul, fosse formado um sistema jurídico que mescla a família do *civil law* com a do *common law*. A colonização britânica – ocorrida após de 1795 durante a quarta guerra Anglo-Holandesa (1780 a 1785) – também contribuiu para esse cenário. Sob domínio britânico, houve a interiorização territorial da África do Sul, com uma conseqüente difusão do regime jurídico misto⁵⁵.

O regime misto sul-africano espalhou-se para outros países africanos, como Namíbia, Botsuana, Zimbábue, Lesoto e Suazilândia⁵⁶.

As Ilhas Maurício, a seu turno, adotaram um regime jurídico que mescla o *common law* (fruto da colonização britânica) com o *civil law* das versões francesas (resultante da colonização francesa) e holandesa (derivada da colonização holandesa)⁵⁷.

1.2.3.2. Direito inglês

1.2.3.2.1. Delineamento geográfico

A família do *common law* parte da estrutura do direito inglês. É evidente que cada país integrante dessa família possui particularidades e diferenças. O que as fazem integrantes da mesma família são os pontos em comum na estruturação e na operacionalização do direito como resultado da influência do direito inglês.

Convém, por esse motivo, conhecer o direito inglês e o seu desenvolvimento para ter um ponto de partida nos estudos do sistema jurídico dos diversos países integrantes do *common law*. É verdade que o *common law* foi desenvolvido também fora da Inglaterra, mas é inegável a notável influência do direito inglês na modelagem do *common law*.

Por direito inglês, deve-se entender aquele aplicável na Inglaterra e no País de Gales. Não é um direito de todo o Reino Unido.

Escócia e Irlanda do Norte possuem um regime jurídico diverso que lhes impede de serem enquadrados dentro do conceito de “direito inglês”.

⁵⁵ Ut Zimmermann, 2016; Astier, 2012; Rodrigues Junior, 2022-A; Rodrigues Junior, 2022-B;

⁵⁶ Astier, 2012; Lac, 2022; Dube, 2014; Dube, 2008; Dube e Magagula, 2007.

⁵⁷ Golver, 2022.

Igualmente, as Ilhas do Canal⁵⁸ (Ilhas Anglo-Normandas, *Channel Island*) e a Ilha de Man (*Isle of Man*) não são integrantes do Reino Unido, mas formam uma confederação com este. Possuem uma jurisdição própria e separada do Reino Unido. Integram as famílias do *common law*, mas não podem ser consideradas propriamente parte integrante do direito inglês por conta de sua individualidade, especialmente por conta da influência sofrida pelos tempos em que integraram a Normandia⁵⁹.

1.2.3.2.2. Fundamentos

Historicamente, ao contrário do que se deu com a família romano-germânica (*civil law*), o direito inglês não experimentou o movimento de codificação nem a renovação pelo direito romano⁶⁰. Formou-se e desenvolveu-se de modo apartado da Europa continental, mas com inquestionáveis interações com o direito europeu continental.

Os juristas ingleses enxergam o movimento de codificação ocorrido na Europa Continental como uma ruptura da tradição do direito continental. Enfatizam o caráter histórico do *common law*, à diferença dos juristas franceses, que alardeiam o caráter lógico e racional do próprio direito. Valorizam a continuidade história do *common law* com a consequente facilidade de adaptação diante das transformações sociais. Partem de uma premissa – talvez mítica – de que o *common law* não pode ser reduzido a um ato de fundação, pois ele é imemorial, como defendia um dos mais destacados juristas ingleses do século XVI e XVII: Sir Edwart Coke (1552-1634)⁶¹. O *common law* seria a sedimentação histórica de princípios fundamentais, confirmados pelos costumes. O *common law* funda-se no costume e em práticas continuadas (na história, portanto) e, por isso, paradoxalmente, seria a-histórica, pois:

... o costume não faz senão sedimentar certos princípios fundamentais que a lei reflete e que não são eles próprios alterados com a história, sendo, ao contrário, o que permanece imutável e contínuo através dos tempos (Limongi, 2015, p. 39).

⁵⁸ As Ilhas do Canal são integradas por duas ilhas: Guernsey e Bailiado de Jersey.

⁵⁹ David, 2014, p. 353; DQ, 2022; Davidson, 2015; Guernseybar, 2022; UK Parliament, 2019. Para uma ambientação no sistema jurídico das Ilhas do Man, recomendamos este site oficial do governo local: <https://www.gov.im/>.

⁶⁰ David, 2014, pp. 355-379.

⁶¹ Lobban, 2001, pp. 18-21; Limongi, 2015, p. 43.

No *common law*, a lei é a positivação de costumes imemoriais⁶². Na mentalidade do *common law* (*common law mind*⁶³), pode-se legitimar um princípio com a demonstração do maior número de práticas e registros demonstrando sua antiguidade. A subsistência longeva de práticas indica que a sobedoria de muitas gerações chancelou um princípio que se afigura saudável à sociedade inglesa. Os juízes atuam para aprimorar e refinar as regras.

Aliás, a própria expressão *common law* refere-se à ideia de um *direito comum* a todos os ingleses, em oposição a costumes localizados⁶⁴.

Essa teoria de que o *common law* é a prescrição do costume está ligada ao mito da antiga constituição: os antigos saxões teriam trazido o *common law* para a Grã-Bretanha e nem mesmo a invasão normada teria abalado essa cultura jurídica. Essa é uma premissa inegociável por Sir. Edwart Coke e pelos *common laweyrs*⁶⁵.

Não havia propriamente leis entre os saxões. As cortes saxãs eram mais uma corte judiciária do que uma corte legislativa. Suas soluções jurídicas baseavam-se nos costumes (ou, na verdade, em uma lei natural, e não em uma lei civil). Isso, na prática, revelava um certo grau de discricionariedade do magistrado⁶⁶.

O direito inglês, portanto, é essencialmente jurisprudencial, ligado ao contencioso, alicerçado na valorização dos costumes⁶⁷.

Isso, porém, não significa que, ao longo do desenvolvimento do direito inglês, não tenha havido normas escritas. Houve sim, especialmente na forma de *statutes*, de que são exemplos a famosa *Magna Charta, de 1215*, do rei João I, e a produção normativa mais intensa do rei Eduardo I (1272-1307). Na Baixa Idade Média, o Parlamento deixou de ser mera instância consultiva para passar a elaborar o *Statutory Law*⁶⁸.

A distinção entre a família do *common law* e a do *civil law*, todavia, tem de ser vista *cum grano salis*, ainda mais levando em conta tanto a aproximação com

⁶² Limongi, 2015, p. 43.

⁶³ Expressão de Pocock (Limongi, 2015, p. 43; Cabral, p. 100).

⁶⁴ Sampaio, 2021-B.

⁶⁵ Hespanha, 2012, p. 252; Limongi, 2015, p. 43.

⁶⁶ Limongi, 2015, pp. 47-48.

⁶⁷ René David, 2000, p. 3,

⁶⁸ *Ut* Cabral, 2019, pp. 99-101.

os saxões ao serem conquistados à força pelo exército normando⁶⁹ quanto as outras interações ocorridas ao longo da história.

1.2.3.3. Esvanecimento dos muros divisórios entre a família do *common law* e a do *civil law*

Apesar da tradicional distinção da família do *common law* com a do *civil law*, essa diferença é cada vez mais esvanecente. Essa dicotomia não é, de todo, adequada.

Ao contrário do mito da insularidade do direito inglês (segundo a qual o direito inglês teria-se desenvolvido em postura de isolacionismo cultural em relação ao direito da Europa continental), a Inglaterra, desde a conquista normanda⁷⁰, manteve-se em interação com a cultura jurídica da Europa continental. Foi, pois, influenciada pelo direito romano⁷¹.

Houve, ainda, influência do direito romano ao tempo do domínio da Ilha pelos romanos nos anos 43 a 410 d.C.: a Ilha correspondia à província romana de Britânia (*Britannia*). Charles Phineas Sherman⁷² destacou que, nos séculos II e III, o direito romano avançou rapidamente pela Grã-Bretanha, fato atestado pelos juristas romanos Javolenus e Ulpiano. Registra que a Grã-Bretanha contou, ao longo de três anos, com altos tribunais romanos compostos por jurisconsultos ilustres, como Ulpiano, Paulus e Papiniano. Sobre esse episódio, Sherman faz esta metáfora: “Era como se a Suprema Corte dos EUA fizesse sessões no Alasca”⁷³.

⁶⁹ Limongi, 2015, p. 53. Para uma reflexão sobre a influência do direito romano no período anterior à conquista normanda, desde a retirada das tropas romanas e passando pela influência do cristianismo, ver: Turner, 1975.

⁷⁰ No século XI, o exército normando liderado pelo duque Guilherme II da Normandia (Guilherme, o Conquistador) atravessou o Canal da Mancha e invadiu a ilha da Grã-Bretanha. Guilherme II reivindicava o trono por conta de seu parentesco com o falecido rei anglo-saxão Eduardo, o Confessor. Ainda que, à época da conquista, houvesse a defesa de que a conquista normanda tivesse resultado de um consenso com os saxões, a realidade é que se tratou de uma conquista armada, à base da força, por parte dos normandos, conforme se passou a reconhecer mais tarde (Limongi, 2015, p. 54).

⁷¹ Ataíde Jr., 2019; Zimmermann, 2017, pp. 18-23; Limongi, 2014; Vigil Neto, 2009; Sherman, 1914.

⁷² Sherman, 1914, p. 318. Chales P. Sherman (1874-1962) foi professor de direito romano e de direito canônico em diversas universidades, inclusive na *Yale Law School*.

⁷³ Sherman, 1914, p. 318. A assimilação da cultura romana, com inclusão do direito, pelos habitantes da Bretanha ao tempo do domínio romano não foi tão intensa. As próprias origens das instituições inglesas são mais conectadas à influência germânica do que à romana. Entre as justificativas históricas, estão as invasões dos povos germânicos (especialmente dos Anglo-Saxões) à Bretanha, com o surgimento de sete reinos medievais: *East Anglia, Essex, Kent, Mercia, Northumbria, Sussex* e *Wessex*. Os senhores territoriais mantiveram-se com forte influência mesmo após a invasão normanda em 1066. O rei normando colaborou para uma maior centralização jurídica, com o surgimento de um direito comum britânico (o *common law*), que convivía com o direitoaplicada em cada unidade senhorial. Esse *common law* britânico não foi, porém, fruto de normas

A influência do direito romano na Grã-Bretanha também ocorreu no final do Século VI com a reintrodução do cristianismo, com a conversão dos anglo-saxões⁷⁴.

Juristas ingleses mantiveram essa conexão, com produções jurídicas marcantes na recepção e na adaptação da cultura jurídica da Europa continental. São os casos, por exemplo, de juristas ingleses, como Henry of Bacton (1210-1268), além de vários juízes⁷⁵.

A fundação da Universidade de Oxford em 1090 também foi um marco no diálogo com o direito romano. Nos seus quadros de docentes, esteve o jurista italiano Vacarius (1120-1200), que lecionou direito justianeu. Esse estudo do direito romano nas universidades, porém, desempenhou uma influência mais restrita no direito inglês. É que, na prática, as jurisdições aplicavam mais os costumes. Na Inglaterra dessa época, juízes e advogados não precisavam de título universitário para atuar, o que colaborou para reduzir a intensidade da influência do direito romano⁷⁶. Isso, porém, não significa que não tenha havido essa influência romana no direito inglês.

No Século XIII, Henry Bracton, em 1258, em latim, escreveu um dos principais tratados de direito inglês reconhecendo as influências do direito romano e expondo que o direito inglês era assentado no respeito a precedentes jurisprudenciais⁷⁷. O tratado foi conhecido como *De Legibus et Consuetudinibus Angliae (Of The Laws and Customs os England)*.

Por conta desse tratado, Bracton é considerado um dos pais do *common law* inglês por ter sistematizado mais de 450 precedentes e por ter desenhado teoricamente o direito inglês. E, para tanto, Bracton valeu-se insistentemente do direito romano, pois tinha domínio da matéria: Bracton foi formado na Escola dos Glosadores. Isso, porém, não significa que Bracton tenha reconhecido o direito romano como um direito positivo na Inglaterra, mas apenas

produzidas pelo rei, mas principalmente como resultado do sistema judicial, marcado pela eficácia territorial ampla das decisões das Cortes de *common law*. Por conta da importância dos precedentes jurisprudenciais, estes passaram a ser sistematizados e organizados nos chamados *Year Books* e nos *Laws Reports*, espécies de repositórios jurisprudenciais (Cabral, 2019, pp. 98-106).

⁷⁴ Sherman, 1914, p. 318.

⁷⁵ Zimmermann, 2017-A, pp. 18 e 20.

⁷⁶ René David, 2000, p. 3.

⁷⁷ O outro principal tratado foi de Ranulf de Glanville (falecido em 1190), intitulado *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae (Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England)*. Esse foi o primeiro grande tratado do direito inglês (Cabral, 2019, pp. 102-103).

que havia pontes de conexão entre o direito inglês e o romano⁷⁸. Os estudos de Bracton marcaram profundamente o *common law*. Três séculos depois, mesmo Sir Edwart Coke – que era um defensor da tese mítica de isolacionismo cultural do *common law* em relação ao direito europeu continental – contraditoriamente teve de valer-se dos trabalhos de Bracton⁷⁹.

A influência do direito romano sobre o direito inglês ficou mais notável com o surgimento, ao lado do direito comum (*common law*), do outro sistema jurídico inglês: o da *equity*.

O sistema do *common law* exibiu sinais de insuficiência para lidar com as transformações sociais e com o surgimento de questões novas e complexas. Seu sistema era representado por três principais cortes (*King's Bench*, *Common Pleas* e *Exchequer*), acessíveis por uma malha processual bem rigorosa e extremamente formal de ações e remédios. Seu forte apego aos precedentes petrificaram o sistema diante de situações mais complexas.

Como uma espécie de válvula de escape, passou-se a admitir o direito de petição diretamente ao rei para resolver questões não abrangidas pelo *common law*. Não havia nenhum procedimento a ser seguido. O rei e os seus conselheiros, então, passaram a julgar as petições por equidade. Essa tarefa passou a ser desincumbida pelo *Lord Chancellor*, que, até o reinado de Henrique VII (em meados do século XVI), sempre era um clérigo. Enquanto clérigo, suas decisões por equidade e a criação de procedimentos foram manifestamente influenciadas pelo direito canônico⁸⁰.

Os sistemas do *common law* e da *equity* coexistiram até sua unificação nos anos de 1873 e 1875, com o *Judicature Acts*. A influência do direito romano foi evidente até essa unificação, especialmente no sistema da *equity*⁸¹.

Enfim, a influência do direito romano sobre o inglês existiu inequivocamente, ainda em intensidade e forma diferentes do que sucedeu no

⁷⁸ Gustavo César Machado Cabral lembra que, na obra de Bracton, “a influência do Direito Romano foi patente a ponto de Maitland afirmar que a obra de Bracton era romanescas na forma e inglesa no conteúdo, o que implicava que o autor reconhecia o valor do método dos juristas formados no *ius civile*, mas pretendia construir um livro dedicado ao direito real da Inglaterra, meta que foi alcançada” (Cabral, 2019, p. 103).

⁷⁹ Sherman, 1914, p. 326; Vigil Neto, 2009.

⁸⁰ *Ut* Cabral, 2019, pp. 104-106.

⁸¹ *Ut* Cabral, 2019, p. 105-106.

âmbito da *civil law*. A influência do direito romano foi mais limitada, como realça René David⁸² na sua obra “O Direito Inglês”, escrita na década de 1960.

Charles P. Sherman⁸³ critica a postura de juristas ingleses que, apesar de valerem-se de institutos do direito romano com muita frequência, negam a origem, como se se tratasse de criação genuinamente inglesa. Critica o apego ao mito da insularidade do direito inglês.

A romanização do direito inglês foi ampla. Inúmeros princípios básicos do direito inglês em matéria de, por exemplo, Sucessões, Obrigações, Contratos, Direitos Reais, Provas, Posse, Responsabilidade Civil e outras advêm do direito romano. Até o famoso princípio de que “a casa de cada homem é seu castelo” (*every man’s house is his castle*) foi importado pelo direito inglês dos romanos: não tem origem anglo-saxã⁸⁴.

Sob essa ótica, o direito inglês e o direito da europa continental não são, na sua essência, tão distintos assim. Ambos encontram pontos em comum por serem herdeiros (ainda que em diferentes intensidades) do direito romano. Não é, portanto, adequado o mito desenvolvido pelos próprios juristas ingleses de que o seu direito é totalmente apartado e que foi fruto de uma conquista nacional derivada do isolamento dos britânicos em relação ao direito da Europa continental⁸⁵.

A influência do direito romano sobre o direito inglês é inegável, ainda que se tenha de reconhecer as particularidades decorrentes do modo pelo qual o direito inglês se desenvolveu. Além da interação cultural com os romanos durante o tempo de domínio romano sobre a ilha da Grã-Bretanha⁸⁶, o domínio normando do século XI tornou inevitável a interface do direito inglês com a cultura jurídica romana. Aliás, no século XI, também houve interrelações do direito inglês com o romano por conta do reinado que o nórdico Canuto II exerceu sobre a Inglaterra, a Dinamarca e a Noruega concomitantemente⁸⁷.

O próprio modo de pensar dos juristas ingleses (os *common lawyers*) não era tão diferente dos juristas continentais do medievo. O direito inglês aproximava-se do *ius commune* da Europa medieval e do direito romano clássico

⁸² David, 2000, pp. 2-15.

⁸³ Sherman, 1914, pp. 328-329.

⁸⁴ Sherman, 1914, p. 324.

⁸⁵ Zimmermann, 2017-A, pp. 18-23.

⁸⁶ Vigil Neto, 2009.

⁸⁷ Sherman, 1914, pp. 319-320.

(direito europeu continental anterior à era das codificações). Em ambos os casos, os juristas raciocinavam mediante a análise de cada caso concreto a partir de um juízo prudencial, o que gerava um desenvolvimento gradual e casuístico do direito⁸⁸. Como lembra António Manuel Hespanha, o direito inglês assumiu uma estrutura bem próxima ao *agere per formulas* do *ius pretorium* romano (Hespanha, 2012, p. 252).

Ao contrário do que se pensa, a edição de leis também ocorreu na Ilha. Aliás, os reis ingleses dos séculos XII e XIII foram os únicos soberanos europeus que legislaram com abundância em direito privado, com concessão de numerosos *writs* e com normas. Não se tratava de normas gerais e abstratas, mas, ao conceder *writs*, positivam o direito, à semelhança do que faziam os editos dos pretores romanos⁸⁹.

Os precedentes jurisprudenciais na Inglaterra só passaram a ter efeitos formalmente vinculantes na segunda metade do século XIX. Essa noção de efeito vinculante já existia na Europa continental medieval para as decisões das cortes superiores (*stylus curiae*). As Ordenações Afonsinas, por exemplo, davam efeito vinculante às decisões da Casa de Suplicação. Como se vê, apesar de o *common law* ser associado ao prestígio aos precedentes jurisprudenciais, a Europa continental europeia foi pioneira em valer-se de eficácia vinculante. Isso é mais um indicativo da proximidade do direito inglês ao direito europeu continental anterior à fase das codificações⁹⁰.

É claro que a influência romana é recepcionada de diferentes formas entre os países. Nem mesmo os países da Europa continental receberam o direito romano da mesma maneira, do que dá prova haver manuais de direito comparado separando as famílias jurídicas romanas (nas quais se inclui o direito francês) das famílias jurídicas germânicas (nas quais se incluem o direito alemão). É o que sublinha Reinhard Zimmermann⁹¹.

Por exemplo, há diversas questões que são resolvidas de modo diferente entre os países a família do *civil law*. Comparando, por exemplo, o direito

⁸⁸ Ataíde Jr., 2019.

⁸⁹ Ataíde Jr., 2019.

⁹⁰ Ataíde Jr., 2019.

⁹¹ Zimmermann, 2017-A, p. 19.

alemão com o francês, Zimmermann⁹² aponta algumas diferenças entre o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) e o Código Civil francês (*Code Civil*):

- a) “segundo o BGB, o vendedor responde pela transmissão da propriedade do objeto vendido, enquanto que, no *Code Civil*, sua responsabilidade articula-se pela evicção”⁹³ (Zimmermann, 2017, p. 19).
- b) o direito alemão especifica diversas modalidades de descumprimento da obrigação; o direito francês trata esse tema sob o conceito amplo de inexecução;
- c) a transmissão da propriedade do bem dá-se por meio do contrato no direito francês e por meio de um ato separado e abstrato no direito alemão;
- d) o direito francês não disciplina, de modo específico, a *mora creditoris*, ao contrário do direito alemão;
- e) a compensação ocorre *ipso iure* no direito francês e mediante declaração expressa no direito alemão.

Essas diferenças, porém, não eclipsam a existência de pontos em comum no modo de estruturação desses direitos, o que justifica o enquadramento dos direitos francês e alemão na família romano-germânica.

Além da influência do antigo direito romano pelas razões históricas supracitadas, o direito inglês manteve interação com as produções jurídicas da Europa continental de cada época.

O moderno direito contratual inglês, por exemplo, foi delineado mediante robustos empréstimos de autores como Robert Joseph Pothier (1699-1772) e Jean Domat (1625-1696), o jurista holandês Hugo Grocio (1583-1645), o jurista suíço Jean-Jacques Burlamqui (1694-1748) e os juristas alemães Samuel Pufendorf (1632-1694) e Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). Reinhard Zimmermann⁹⁴ lembra, entre outros exemplos, que a doutrina inglesa da frustração do fim do contrato deriva da cláusula *rebus sic standibus*, conceito romano desenvolvido na Europa continental.

⁹² Zimmermann, 2017, pp. 19-20

⁹³ Tradução livre.

⁹⁴ Zimmermann, 2017-A, p. 21.

A doutrina reconhece que, ao longo do tempo, a família do *common law* e a do *civil law* têm-se aproximado, com incorporação recíproca de características uma das outras. Há uma progressiva e gradual confluência das duas famílias, seja no âmbito do direito substantivo, seja sob a perspectiva metodológica e institucional⁹⁵.

No direito inglês, por exemplo, identificam-se uma profusão de edição de leis (*Acts*) e a postura dos juristas ingleses em apreciar conceitos da ciência jurídica, metodologia própria do *civil law*. É o caso, por exemplo, do *Children and Families Act 2014*, do *Law of Property Act 1925*, do *Eviction Act 1977*. Embora não haja códigos, esses *Acts* acabam retratando uma aproximação à concepção do *civil law*.

Em sua obra de 1952 – “História do Direito Privado Moderno” (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*) –, Franz Wieacker⁹⁶ já indigitava essa mudança de estilo jurídico tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra. Apontava para uma aproximação ao estilo abstrato e racional dos sistemas jurídicos do *civil law*, com uma “progressiva tendência para codificações parciais (*consolidations*) ou para as súmulas da jurisprudência em *restatements* oficiais (USA)” e com “uma certa limitação do controle judiciário das funções públicas”⁹⁷.

No direito dos países do *civil law*, verifica-se uma valorização dos precedentes jurisprudenciais e da regulação jurídica a partir dos casos concretos, metodologia afeta ao *common law*⁹⁸.

Tanto na Inglaterra quanto na Europa continental, o direito é delineado pelo legislador, pelos juízes e pela doutrina, ainda que o peso de cada um na produção jurídica possa oscilar entre cada nação⁹⁹.

Esse raciocínio estende-se também ao Brasil, que, apesar de ser enquadrado na família do *civil law*, vem desenvolvendo fortemente concepções e metodologias próprias da família do *common law*, como a sobrevalorização dos precedentes jurisprudenciais e o casuísmo na produção jurídica¹⁰⁰.

⁹⁵ Zimmermann (2017-A, pp. 21-22) lembra que “Basil Markesinis fala de uma ‘convergência gradual’, James Gordley de uma ‘diferença esvanescente’ entre *common law* e *civil law*”

⁹⁶ 2015, pp. 573-574

⁹⁷ Wieaker, 2015, p. 574.

⁹⁸ Zimmermann (2017-A, p. 22); Ataíde Jr., 2019.

⁹⁹ Zimmermann (2017-A, p. 23); Ataíde Jr., 2019.

¹⁰⁰ Pasqualotto, 2019.

A própria dicotomia *civil law* e *common law* perdeu, ao menos em parte, o sentido prático. Ela permite apenas uma visão geral, como a de quem vê o mapa-múndi em uma escala cartográfica pequena (“pouco zoom”). Mais cirúrgico, nos estudos comparatista, é cotejar os sistemas jurídicos de cada país.

Além da supracitada aproximação entre as duas famílias, há muitas oscilações entre os países integrantes de cada uma das famílias. Entre os países do *civil law*, há países com tradição romanísticas, outros com tradição germânica e outras com tradição nórdica. Entre os países do *common law*, também há distinções estruturais, como entre o direito inglês e o direito norte-americano¹⁰¹.

No direito inglês, há institutos jurídicos de direito privado desenvolvidos de modo mais específico, a exemplo do *trust*, dos deveres fiduciários e da doutrina da *consideration*. Há também um maior peso à liberdade contratual diante de princípios intervencionistas, como o da função social. A ideia de codificação não granjeou muitos adeptos diante da crença de que, na verdade, regras abstratas não poderiam ser aptas a regular todo o direito de modo mais eficaz do que a análise dos casos concretos¹⁰².

1.2.4. Família romano-germânica (*civil law*)

1.2.4.1. Delineamento geográfico

Na Europa continental, desenvolveu-se a cultura jurídica do *civil law*, de origem romano-germânica.

Essa proximidade da cultura jurídica entre os países da Europa continental deve-se especialmente a fatores históricos¹⁰³. Por exemplo, foram marcantes: (1) a “cientificização” do direito com os estudos medievais do direito romano¹⁰⁴; (2) o desenvolvimento do direito comum (*ius commune*) a partir dos estudos do *Corpus Iuris Civilis*¹⁰⁵; (3) a influência do jusracionalismo; (4) a

¹⁰¹ Dias, Rosenvald, Venturi e Fortes, 2020.

¹⁰² Dias, Rosenvald, Venturi e Fortes, 2020.

¹⁰³ Wieacker, 2015, pp. 574-575.

¹⁰⁴ Dellagnezze, 2020. Antonio Manuel Hespanha, em sua obra “A Cultura Jurídica Europeia”, destaca a importância da Escola dos Glosadores e dos Comentaristas na unificação do direito europeu por meio da cientificização do direito (Hespanha, 2012, pp. 188-206).

¹⁰⁵ *Ut Cabral*, 2019; Salgado, 2010; Massaú, 2006/2007. O direito comum (*ius commune*) surgiu na Baixa Idade Média, no contexto de transformação da sociedade feudal rumo a uma sociedade mais cidadina e comercial. O paroxismo, porém, do *ius commune* ocorreu posteriormente, na Idade Moderna. O *ius commune* partiu de uma

racionalização jurídica derivada da difusão do Iluminismo; (5) a difusão da noção de Estado de Direito; (6) o movimento de codificações liberais; (7) a renovação conceitual e sistemática do direito comum pela pandectística; (8) a contribuição do espírito francês na ênfase na liberdade e igualdade dos indivíduos; (9) a colaboração do espírito alemão na intensa ordenação jurídico-teórica; (10) a maior ductibilidade do estilo mais abstrato e axiomático do direito para ser exportado a países não europeus.

A família do *civil law* disseminou-se por diversos países do mundo. O mapa abaixo indica, de vermelho, os locais em que prevalece essa família, além de indicar as regiões de influência das outras famílias jurídicas¹⁰⁶:

pretensão de unidade no mundo jurídico e de universalidade do direito. Cria-se na existência de um único ordenamento para toda a Europa e, após a expansão marítima, para o Novo Mundo. O universalismo jurídico do *ius commune*, de certo modo, encontrava respaldo na pretensão universalista de uma instituição religiosa (Igreja) e de uma instituição política (Império). A maioria das monarquias europeias da Idade Média valeram-se, em maior ou menor intensidade, da herança jurídica e política do Império Romano (Cabral, 2019, pp. 1-10). Ao lado do *ius commune*, havia o *ius patrium*, que passou a ter mais importância a partir de meados do século XVI, com o desenvolvimento de ordenamentos jurídicos particulares nos reinos europeus (o que vai além das leis editadas pelos monarcas). Entre os marcos teóricos do *ius patrium*, estão “os comentários de Bártolo, que reconheceu o direito de todos os povos estabelecerem um direito próprio ‘omni populo iurisdictionem habenti, ius proprium statuere permittitur’” (Cabral, 2019, p. 77). Outro marco teórico foi a obra *Les six livres de la République*, de Jean Bodin (1530-1596), que associa a soberania ao poder de legislar (Cabral, 2019, pp. 77-78). O *ius commune* coexistia com o *ius proprium* de cada povo. Isso já era da ciência dos próprios juristas medievais: “Bártolo, por exemplo, distingue duas espécies de direito, o próprio, pertinente a cada povo, e um direito comum a todos” (Salgado, 2010, p. 244). A definição do que seja *ius commune* é complexa: ora é vinculada ao direito romano enquanto direito do Império; ora é associada ao *ius gentium*; ora é conectada à ideia de unidade dos direitos existentes no período medieval (o romano, o canônico e o local); ora é irmanada com a ideia de unidade na forma de desenvolvimento do conhecimento jurídico. A principal concepção de *ius commune*, porém, é a que, por contraste, realça a existência de *ius proprium* (Salgado, 2010, p. 245).

¹⁰⁶ *Ut International business law*, 2022.



Sistemas Jurídicos Existentes. Fonte: *Universidade de Ottawa, Canadá - Faculty of Law*⁷

Na **Europa**, os países da Europa continental encaixam-se no modelo do *civil law*, ainda que haja particularidades entre eles.

No **continente americano**, na América do Norte, o Estado norte-americano de Luisiana, Porto Rico¹⁰⁷ e a Província canadense de Quebec adotam o *civil law*, conforme já expusemos quando tratamos dos principais países do *common law*.

Na América Central e do Sul, a maioria dos Estados adotaram o modelo do *civil law*, especialmente por conta das colonizações portuguesa e espanhola. A exceção corre à conta da Guiana (que adota um sistema misto), de Belize e de alguns outros países da América Central (especialmente do Caribe), conforme já expusemos quando tratamos dos principais países do *common law*.

Na **Ásia**, entre outros países que adotam a família do *civil law*, estão o Japão¹⁰⁸ e a Rússia.

¹⁰⁷ Embora Porto Rico integre a América Central, seu vínculo geopolítico é com os EUA, conforme exporemos mais abaixo.

¹⁰⁸ *Ut* Taylor, Britt, Ishida e Chafee, 2008; Rodrigues Júnior, 2017.

Há países asiáticos que adotam um regime misto de *civil law* e *common law*, como as Filipinas¹⁰⁹.

Há outros em que o regime misto é do *civil law* com o direito consuetudinário ou com o direito islâmico. É o que, por exemplo, da Indonésia, em que há um regime misto de *civil law* (de tradição holandesa), de direito costumeiro (o sistema *hukum adat*) e de direito islâmico¹¹⁰.

A China tem um regime predominantemente vinculado ao *civil law*, mas há particularidades ao longo do território. Na China continental, as leis foram influenciadas pelos direitos soviético, alemão e japonês. Em Hong Kong, vigora um regime do *common law*. Em Taiwan, vige um modelo de *civil law* influenciado pelos direitos alemão e japonês¹¹¹.

Na África, há alguns países que adotaram a família do *civil law*, como Moçambique¹¹².

1.2.4.2. Fundamentos

A família do *civil law* decorre de desenvolvimento dos estudos de direito romano realizados ao longo da história (com inclusão dos estudos dos glosadores e comentadores) até a deflagração dos movimentos de codificação.

Embora os costumes tenham importância, o *civil law* marcou-se por uma busca de um sistema jurídico mais racional, assentado em normas escritas, fruto dos fortes estudos acadêmicos do direito romano realizado desde a Baixa Idade Média¹¹³. As codificações a partir do século XIX consolidaram esse modo mais racional de pensar, fundado em um direito escrito. A influência do direito romano subsistiu mesmo após as codificações, pois os fundamentos do *civil law* estão umbilicalmente ligados a ele¹¹⁴.

¹⁰⁹ *Ut* Concil of Asean Chief Justices, 2022.

¹¹⁰ *Ut* Black e Bell, 2011.

¹¹¹ *Ut* Rou, 1989; China Justice Observer, 2020.

¹¹² *Ut* Rainha, 2011.

¹¹³ Com enfoque no direito francês, ver: René David, 2000, pp. 1-2.

¹¹⁴ A ênfase do direito romano era no direito privado. E desse desenvolvimento privatista dos romanos que descende a essência da família do *civil law*. O direito público romano, apesar de sua importância, foi um espelhamento do desenvolvimento do desenvolvimento do direito privado. René David (2000, p. 2) destaca, *in verbis*:

... Nossa concepção do direito permanece bastante marcada pela ciência dos romanistas. O direito por excelência continua a ser, para nós, o direito privado, que rege as relações entre os

A expansão da codificação, iniciada com o Código Civil francês de 1804, ajudou para espalhar a família do *civil law* para dentro e fora da Europa¹¹⁵.

Na Europa, destacam-se, após o Código Civil napoleônico (1804), o Código Civil holandês em 1838 (*Burgerlijk Wetboek – BW*), o Código Civil português de 1867 (Código de Seabra¹¹⁶), o Código Civil espanhol de 1889 (*Real Decreto de 24 de julio de 1889*), o Código Civil alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), o Código Civil suíço de 1907 (*Zivilgesetzbuch – ZGB*).

Na América, o movimento da codificação disseminou-se¹¹⁷.

Na América do Norte, o estado norte-americano de Luisiana editou seu Código Civil em 1808.

Na América Central e do Sul, destacam-se os Códigos Cívicos do Haiti (1825), do estado mexicano de Oaxaca (1827-1829)¹¹⁸, da Bolívia (1830), da Costa Rica (1841), da República Dominicana (1845), do Peru (1852), do Chile (1855)¹¹⁹, do Estado Soberano de Magdalena (1857)¹²⁰, do Equador (1856-1860), do Estado Soberano de Santander (1858)¹²¹, de El Salvador (1859), do Estado Soberano de Cauca (1859)¹²², do Estado Soberano de Cundinamarca (1859)¹²³, do Estado Soberano do Panamá (1860), do Estado Soberano de Tolima (1861)¹²⁴, do estado mexicano de Veracruz (1861), da Venezuela (1861, posteriormente substituído em 1873)¹²⁵, do Estado Soberano de Bolívar (1862), do Estado Soberano de Boyacá (1863) e do Estado Soberano de Antioquia (1864), do Império Mexicano (1866), da Nicarágua (1867, posteriormente substituído em 1904) e do Uruguai (1868).

particulares; o direito público, pelo qual os juristas romanos não se interessam, só se afirma com certa dificuldade quando modelado à imagem do direito privado. Nossos conceitos e nossas categorias jurídicas permanecem essencialmente os conceitos ensinados nas Universidades, tendo por base o direito romano.

¹¹⁵ David, 2014, p. 67.

¹¹⁶ O epíteto é uma homenagem a António Luís de Seabra e Sousa, o 1º Visconde de Seabra, considerado pai do primeiro Código Civil português. Esse Código foi revogado com o advento do novo Código Civil português de 1966.

¹¹⁷ Guzmán Brito, 1999-2000.

¹¹⁸ *Ut* Guzmán Brito, 1999-2000; Barney, 2022; Barney, 2020.

¹¹⁹ Andrés Bello é tido como pai do Código Civil chileno.

¹²⁰ O Estado Soberano da Magdalena foi um dos estados da atual Colômbia. *Ut* Mayorga Garcia, 1991.

¹²¹ Correspondia a parte da área da atual Colômbia.

¹²² Correspondia a parte da área da atual Colômbia.

¹²³ Correspondia a parte da área da atual Colômbia.

¹²⁴ Correspondia a parte da área da atual Colômbia.

¹²⁵ Galito, 2020.

Em seguida a esses Códigos, sobrevieram os Códigos Civis da Argentina (1869)¹²⁶, da Colômbia (1887), de Honduras (1898, posteriormente substituído em 1906) e do Brasil (1916)¹²⁷.

Apesar de o primeiro Código Civil brasileiro só ter nascido em 1916, houve, ao longo do século XIX, diversos movimentos de codificação com a apresentação de projetos de códigos por diferentes juristas.

A primeira tentativa de codificação foi por meio do Esboço de Código Civil, de Teixeira de Freitas, publicado em três partes entre os anos de 1860 e 1865 (1983-A e 1983-B). Teixeira de Freitas já havia entregado a Consolidação das Leis Civis em 1858, organizando sistematicamente o caótico sistema jurídico privado da época. José de Alencar¹²⁸ fez, publicamente, análise crítica do projeto de Teixeira de Freitas com esta afirmação: “o que uma vez se entregou à publicidade pertence-lhe, entra no seu domínio soberano: é julgado’ (CORREIO MERCANTIL, 1860)” (Paranhos, 2012). O Esboço de Teixeira de Freitas, todavia, não avançou por questões políticas.

Em 1872, o ministro da Justiça Duarte de Azevedo contratou José Tomás Nabuco de Araujo¹²⁹ para a elaboração de um novo projeto de Código Civil. Nabuco de Araujo esforçou-se por manter o que fosse possível do Esboço e Teixeira de Freitas, mas não conseguiu concluir o trabalho por conta de sua morte em 1878¹³⁰.

¹²⁶ Dalmacio Vélez Sarsfield é considerado o pai do Código Civil argentino. Foi influenciado pelos trabalhos de Teixeira de Freitas: o Esboço de Código Civil e a Consolidação das Leis Civis (Ferreira, 1929; Nocchi, 2010; Lopes da Silva, 2022; Carvalho, 2019, p. 69). A influência dos trabalhos de Teixeira de Freitas alcançou também o Uruguai, o Paraguai, a Venezuela, o Chile e a Nicarágua (Lopes da Silva, 2022). Sobre a notável reputação jurídica de Teixeira de Freitas no Brasil, Joseane Suzart Lopes da Silva (2017) averba:

Reconheceu Clóvis Beviláqua que Teixeira de Freitas sedimentou “um edifício de grandes proporções e de extraordinária solidez”. Rui Barbosa referiu-se a ele como “o maior civilista morto” e segundo Orlando Gomes, “pagou pela audácia de ter sido original e autêntico ao passar à frente do seu tempo, e, por isso, não foi esquecido. Nem será”.

¹²⁷ *Ut* Costa, 2004. Venceslau Tavares Costa Filho desenvolveu tese de doutorado problematizando o processo histórico da codificação civil no Brasil (Costa Filho, 2013). Eduardo Tomasevicius Filho (2016) destaca o legado que o Código Civil de 1916 deixou para o direito brasileiro, abordando, entre outros aspectos, o histórico de sua formação.

¹²⁸ José de Alencar, além de grande romancista brasileiro, foi juristas e Ministro dos Negócios da Justiça (Carvalho, 2019, p. 69).

¹²⁹ Nabuco de Araújo fora quem, na condição de Ministro dos Negócios da Justiça, havia convidado seu ex-colega de graduação e seu amigo Augusto Teixeira de Freitas para elaborar a Consolidação das Leis Civis e o projeto de Código Civil (Carvalho, 2019).

¹³⁰ Havia, porém, quem sustentasse que os trabalhos haviam sido concluídos (Carvalho, 2019, pp. 70-71). Sobre a morte de Nabuco Araujo, o *Jornal do Commercio* publicou: “se não bastassem os regulamentos dos tribunais

O pai do Código Civil português, Visconde de Seabra, chegou a oferecer-se para elaborar um projeto de Código Civil para o Brasil.

Após as duas tentativas (a de Teixeira de Freitas e a de Nabuco Araujo), Joaquim Felício dos Santos¹³¹, após obter a permissão do Conselheiro Lafayette (então Ministro da Justiça) em 1872, elaborou um projeto de Código Civil em 1882 (Felício dos Santos, 1891).

Também foi o caso do Projeto de Código Civil de Antônio Coelho Rodrigues após ter sido contratado em 1890 para tal tarefa pelo Ministério da Justiça (Quintela, 2017; Coelho Rodrigues, 1893; Costa Filho, 2014).

Os projetos de Joaquim Felício dos Santos e de Antônio Coelho Rodrigues não vingaram por questões políticas e por conta da rivalidade existente entre os juristas da época “por escrever o próprio nome na história do Direito Brasileiro” (Tomasevicius Filho, 2016, p. 88).

Foi Clóvis Beviláqua, jurista ligado à Escola de Recife (liderada por Tobias Barreto), que se sagrou vitorioso sob essa ótica. Foi do seu anteprojeto que, com ajustes ocorridos ao longo da tramitação legislativa, gerou o Código Civil de 1916. Inspirou-se na experiência alemã, além dos trabalhos dos juristas brasileiros anteriores¹³².

Prossigamos tratando da disseminação do movimento de codificação para outros continentes.

Na Ásia, a família do *civil law* deitou raízes, ainda que, em alguns casos, em mescla com outras famílias. Foi o caso, por exemplo, da Turquia, que, embora tenha mantido elementos do direito muçulmano, incorporou do *civil law* uma forma de modernização do seu direito, tudo a partir de 1839¹³³. A dinâmica plural do Império Otomano concorreu para essa configuração.

No século XIX, o Império Otomano introduziu elementos laicos no seu sistema jurídico, que, até então, era preponderantemente muçulmano. A pluralidade de povos sob o domínio otomano colaborou para esse cenário. A ideia de um direito

de comércio, o regimento de custas, a lei hipotecária e o seu regulamento, o projeto de lei de locação de serviços, e tantas outras provas do seu alto mérito, lega ele à família e ao país, para eternizar o seu nome, o projeto de Código Civil, que felizmente completara e que, na opinião dos entendidos e insuspeitos, será um monumento para a jurisprudência pátria" (Migalhas, 2013).

¹³¹ Joaquim Felício dos Santos era senador.

¹³² Tomasevicius Filho, 2016, p. 89.

¹³³ David, 2014, pp. 79-80.

turco mais racional e justo ganhou força. Houve uma secularização do direito turco. É desse contexto que decorrem, por exemplo, o Código Comercial otomano (1850), o Código Marítimo otomano (1863) e as Regras de Processo Civil (1879). No século XIX, a ideia de um Código Civil em si sofreu resistência e, em seu lugar, houve publicação de partes da Sharia em 16 livros, os quais ficaram conhecidos como *Mecelle* (*Mecelle-i ahkamı adliye*, em turco), também traduzida em outros países como *Mejelle*, *Majalla*, *Meğelle*, *Medjélié*. O *Mecelle*, de qualquer forma, pode ser considerada uma espécie de Código Civil do Império Otomano¹³⁴.

No século XX, especialmente entre 1926 e 1929, a Turquia – fundada em 1923 após o desmantelamento do Império Otomano – passou por mudanças estruturais rumo a formação de uma república parlamentar ocidentalizada, marcada por um maior secularismo e pela adoção de um modelo de Estado de Direito. Nesse contexto, o primeiro Código Civil turco nasceu em 1926 como fruto dessa conexão, com fortíssima inspiração do ZQB¹³⁵ (Código Civil suíço). A escolha do ZQB como referência explica-se por vários motivos, como: (1) o fato de alguns juristas turcos terem estudado na Suíça francesa; (2) a maior familiaridade desses juristas com idioma francês; (3) o fato de o ZQB ser um dos mais recentes; (4) a extensão do ZQB ser consideravelmente inferior ao BGB¹³⁶; (5) o uso de muitas cláusulas gerais colaborou para a recepção das regras do ZQB pela Turquia¹³⁷. O antigo Código Civil turco foi substituído pelo atual, de 2002¹³⁸.

Os Estados árabes do Oriente Médio, a seu turno, não foram tão receptivos ao *civil law*. Mantiveram-se fiéis ao direito muçulmano, ao menos em relação aos cidadãos muçulmanos. A influência do *civil law* foi pequena na pensínsula da Arábia¹³⁹.

Israel sofreu maior influência do *common law* por conta dos britânicos. Iraque e Jordânia também seguiram esse caminho em um primeiro momento, mas, posteriormente, regressaram à tradição romano-germânica¹⁴⁰.

¹³⁴ Atamer, 2012.

¹³⁵ Sigla de *Zivilgesetzbuch*, em alemão.

¹³⁶ O BGB continha 2.385 artigos. O Código Civil Suíço (ZGB) e o Código das Obrigações Suíço (*Obligationenrecht* – OR) continham, juntos, 1.528 artigos. O Código das Obrigações suíço (OR) é a quinta parte do Código Civil Suíço (ZGB), apesar de contar com uma numeração própria (Siehr, 2012).

¹³⁷ Atamer, 2012.

¹³⁸ Tusev, 2022; Max-EuP, 2012.

¹³⁹ David, 2014, p. 80.

¹⁴⁰ David, 2014, p. 80.

O *civil law* exerceu influência em alguns outros países asiáticos, como na China, no Vietnã, no Japão, na Coreia do Sul, na Coreia do Norte, na Tailândia, em Camboja, no Laos, Filipinas, Sri Lanka, Indonésia. Vários deles, porém, seguem um modelo misto por ter elementos de outras famílias¹⁴¹.

Mesmo dentro da família do *civil law*, há variações, como: (1) os direitos franceses (*civil law* francês); (2) os dos direitos germânicos (*civil law* germânico); (3) o dos direitos escandinavos (*civil law* escandinavo); e (4) os dos direitos da América Latina¹⁴².

O *civil law* francês é marcado não apenas pela estrutura do Código Civil napoleônico, mas também por uma valorização da cultura jurídica judicial. O Código foi uma sistematização e positividade dos costumes e da jurisprudência, além, obviamente, das teorizações do direito romano. Os profissionais do Direito, como advogados e, em alguns países – como na Espanha –, os notários, possuem notável relevância nesse sistema¹⁴³.

O *civil law* francês espalhou-se na América Latina (com certas ressalvas em alguns países, como no Brasil e no Peru), na América do Norte (estado norte-americano de Luisiana e províncias canadenses de Quebec), nos países do Oriente Médio com forte influência francesa (Egito, Síria e Líbano) e nas antigas colônias francesas na África e na Ásia. Na Europa, a presença do *civil law* francês expressa-se nos Estados do Benelux (Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo) e em parte dos Balcãs (especialmente Romênia), além de inegável influência em praticamente todas as demais nações europeias¹⁴⁴.

Já o *civil law* germânico refere-se especialmente às codificações das nações de língua germânica, como o Código Prussiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten - ALR*)¹⁴⁵ e o Código Civil Austríaco de 1811 (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*). Reporta-se também ao Código Civil

¹⁴¹ David, 2014, pp. 80-81.

¹⁴² David, 2014, p. 34; Wieacker, 2015, pp. 561-589.

¹⁴³ Wieacker, 2015, pp. 575.

¹⁴⁴ Wieacker, 2015, pp. 575.

¹⁴⁵ Os mais de 1.900 artigos do ALR abrangiam regras não apenas de Direito Civil, mas também de Direito Penal, de Direito Constitucional, de Direito Canônico etc. (Ricken, 2022).

Alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) e à segunda maior codificação pandectista: o Código Civil Suíço de 1907 (*Zivilgesetzbuch* – ZGB)¹⁴⁶.

Apesar da proximidade, o BGB e o ZGB possuem diferenças estruturais. O ZGB, por exemplo, não é tão favorável a cláusulas gerais nem possui uma Parte Geral por conta de sua maior perspectiva próxima da realidade, ao contrário do BGB¹⁴⁷. A preocupação com uma redação legislativa mais clara, expressiva e acessível é mais intensa no ZGB, que, por vezes, vale-se de expressões que, embora não sejam técnicas juridicamente, são mais bem compreendidas (a exemplo da frase “o casamento emancipa”). O ZGB é marcado por uma maior participação do próprio cidadão, o que foi obtido pela menor intensidade na cientificação da consciência jurídica popular¹⁴⁸.

O *civil law* germânico foi marcado pela influência da versão científica da pandectística, pela influência dos costumes germânicos. Destacam-se, como característica do *civil law* germânico, uma sistemática rigorosa e uma preocupação perfeccionista com conceitos jurídicos¹⁴⁹.

Na Alemanha, a classe jurídica é mais técnica e menos política, tudo sob uma busca por neutralidade científica oriunda do positivismo científico e legalista. Profissionais do Direito, como advogados e juízes, raramente alçam-se a posições e a posturas políticas. Difere, nesse ponto, das demais famílias jurídicas¹⁵⁰.

O *civil law* germânico, além de estar presente nos países europeus de língua germânica, alcançou outras nações. Embora haja certa indeterminação para definir o alcance fora da Europa, é certo que o BGB influenciou fortemente o Japão e, em certa medida, a Tailândia. O ZGB, a se turno, influi intensamente na Turquia de Mustafá Kemal Atatürk¹⁵¹ (1927), além de ter inspirado a Hungria (especialmente até a segunda guerra mundial), a Iugoslávia, a Polônia (especialmente o Código de Direito das Obrigações de 1933) e a Grécia.

¹⁴⁶ Sobre as particularidades históricas da Suíça, as quais lhes outorgam traços que o distinguem da Alemanha, reportamo-nos a Franz Wieacker (2015, pp. 561-570). O ZGB foi fruto do trabalho de sistematização de Eugen Huger, que atentou para as particularidades jurídicas de cada cantão (alguns dos quais já tinham códigos de direito privado, a exemplo do Código de Direito Privado de Zurique – *Zürcher Privatrechtliches Gesetzbuch*).

¹⁴⁷ Franz Wieacker, 2015, p. 564.

¹⁴⁸ Franz Wieacker, 2015, pp. 565-566.

¹⁴⁹ Franz Wieacker (2015, p. 578) aponta que essas características do *civil law* alemão, notadamente sob a influência do BGB, pode, por vezes, descambar para perfeccionismos vazios e limitados. E há aspectos positivos e negativos nessas características, as quais realçadas no direito hipotecário e no sistema cadastral.

¹⁵⁰ Wieacker, 2015, p. 579.

¹⁵¹ A Turquia de 1927 era mais europeizada e laicizada (Wieacker, 2015, p. 568).

A influência do *civil law* germânico (ora por conta do BGB, ora em razão do ZGB, ora graças a ambos) teve influência (importante, mas menos intensa) em outras nações, como nos Estados bálticos (Estônia, Letônia e Lituânia), na América Latina (notadamente Brasil – 1916 –; México – 1928 –; e Peru – 1936), no Líbano (1933), no Código Civil da União Soviética de 1923¹⁵², na Albânia, na Bulgária, China pré-comunista e na Tailândia.

O *civil law* escandinavo reporta-se aos cinco países nórdicos: Suécia, Dinamarca, Noruega, Islândia e Finlândia. Foi influenciado pelo *civil law* francês e pelo *civil law* germânico, mas mantém particularidades que permitem uma categorização apartada. Sua principal marca decorre da menor intensidade da influência de uma concepção científica e fria do direito. A consciência escandinava do direito é forte, o que torna o sistema jurídico mais maleável para adaptar-se a novos problemas sociais e morais. O direito é mais hospitaleiro a soluções jurídicas de índole progressiva e social¹⁵³.

1.2.5. Direito muçulmano (ou islâmico)

Na mesma linha do que sucede com direitos de origem religiosa (divina), a família do direito muçulmano é marcada por uma maior valorização do conteúdo das regras do que por um foco no procedimento.

Não que é o procedimento seja desprezado.

O que sucede é que o direito muçulmano parte da lógica de que o direito já é dado pela divindade e, portanto, não precisa ser definido por meio de procedimentos.

O direito religioso dá forte atenção para a substância (o conteúdo normativo), e não para o procedimento. Há uma sacralidade no conteúdo normativo. O direito religioso é um direito mais substantivo e menos procedimental, ao contrário da concepção de direito dos países ocidentais (em que o mais importante é que as normas tenham sido fruto de um procedimento previamente estabelecido).

Nessa linha, o legislador por excelência, além de Deus, são os sábios religiosos, e não uma instituição legisladora que cria o direito por meio de

¹⁵² Wieacker, 2015, pp. 578 e 568-569.

¹⁵³ Wieacker, 2015, pp. 581 e 568-569.

procedimentos democráticos (como um Parlamento)¹⁵⁴. Uma das consequências é que o direito religioso é mais difícil de mudar: não é fácil justificar a mudança de uma regra estabelecida por Deus.

Similar raciocínio vale para outros direitos religiosos, como o direito talmúdico, o direito hindu¹⁵⁵ e o direito canônico¹⁵⁶.

Potencialmente, o direito muçulmano não tem limitação geográfica. Não é o direito de um país. Ele pretende ser aplicável em todo lugar onde houver uma sociedade muçulmana. Daí decorre que cada Estado tem uma postura diante do direito islâmico.

Em Estados muçulmanos¹⁵⁷, o direito islâmico pode ser adotado como oficial. Isso ocorre de modo diverso entre as nações que atualmente admitem a aplicação da Lei Sharia. Em alguns, o direito islâmico é uma entre outras fontes estatais. Em outros – de modo mais raro (como a Arábia Saudita¹⁵⁸) –, todo o direito é islâmico: não haveria, em princípio, legislação, pois o direito islâmico é aplicado diretamente para todas as questões.

Nos Estados não muçulmanos, o Poder Público poderá ter de lidar com problemas decorrentes de um ordenamento jurídico paralelo vigente de fato, cultivado por minorias muçulmanas em seu território¹⁵⁹.

Também pode haver, em contratos ou em arbitragem, a escolha do direito islâmico para disciplinar a relação jurídica.

De um modo geral, o direito islâmico possui maior incidência sobre o estatuto pessoal, ou seja, sobre regras que disciplinam pessoas, direito de família e direito das sucessões.

Em matéria contratual e em de direito das coisas¹⁶⁰, apesar de se poder falar em aplicação do direito muçulmano, há uma tendência de

¹⁵⁴ É o que destaca Salem Nasser (International Law Association, 2020).

¹⁵⁵ David, 2014, pp. 545-582.

¹⁵⁶ Sobre o direito talmúdico (direito hebraico), ver: Campos Neto, 2008; International Law Association, 2020.

¹⁵⁷ ABC Internacional, 2021.

¹⁵⁸ Embora haja quem sustente que o Irã se encaixaria nesse perfil, Salem Nasser dissente (International Law Association, 2020).

¹⁵⁹ Sobre esse assunto, tivemos a oportunidade de tratar de um problema enfrentado por um tribunal inglês diante de um casamento islâmico (*nikah*) ocorrido dentro da Inglaterra. Na ocasião, o tribunal inglês considerou que o *nikah* era nulo por não observar a legislação britânica sobre casamento; todavia, apesar disso, foram reconhecidos efeitos patrimoniais em favor do casal (Oliveira, 2018).

¹⁶⁰ A propósito, Richard A. Debs esmiuça o regime de direito de propriedade no Egito, sob a perspectiva do direito muçulmano (Debs, 2010).

ocidentalização jurídica, com incorporação de regras próprias das famílias do *civil law* ou do *common law*.

Tal justifica-se especialmente em razão do fato de o comércio internacional pressupor certo grau de harmonização jurídica. Além disso, o direito muçulmano preocupa-se, sobretudo, com a pessoa em si, ou seja, com o modo de viver de cada indivíduo¹⁶¹.

Além disso, em alguns países muçulmanos, há uma tendência de codificação do direito islâmico. Como vantagem desses trabalhos de codificação, a compreensão das regras jurídicas torna-se mais fácil. O aplicador do direito terá ganhos de sistematicidade. Reduzir-se-á o caos assistemático causado pela profusão de obras e textos (por vezes, confusos), escritos em idioma árabe (que nem sempre é o idioma do Estado).

Há, porém, resistência a esses trabalhos de codificação ou de consolidação, pois a racionalização própria desses trabalhos entra em conflito com os tradicionalistas muçulmanos por lhes subtrair o seu poder normativo.

Nesse contexto, houve trabalhos de codificação que permaneceram privados, apesar de seu reconhecido valor jurídico, a exemplo dos códigos de estatuto pessoal elaborados no Egito por Mohammed Pacha, na Tunísia por D. Santillana e na Argélia por M. Morand¹⁶². Na Arábia Saudita, em 2010, o governo anunciou a pretensão de codificar a Sharia. Em 2018, o Estado publicou um manual de princípios e preceitos legais¹⁶³.

O direito muçulmano corresponde à aplicação da Sharia¹⁶⁴ (*Châr'ia*, *Charia* ou *Xaria*¹⁶⁵), a qual pode ser vista como o conjunto de leis islâmicas. Não se trata de um código ou de uma lei, e sim do conjunto de normas. Essencialmente, o direito muçulmano (a lei Sharia) consiste essencialmente na aplicação do Alcorão (Corão, *al-Qur-ân* ou *Qorân*) e nas fontes jurídicas dele decorrentes.

¹⁶¹ David, 2014, pp. 534-538; UNAM, 2022, pp. 349-350.

¹⁶² David, 2014, p. 536-537.

¹⁶³ ABC Internacional, 2021.

¹⁶⁴ “Etimologicamente, “charia” é uma palavra árabe que significa “avenida”, “abertura” ou “caminho”. O professor Wael Hallaq da Universidade Colúmbia explica que a charia “era tanto uma forma de viver e ver o mundo quanto um corpo de crenças” (Unesco, 2017).

¹⁶⁵ Louro e Costa, 2004.

Em suma, estas são as fontes do direito muçulmano: o Alcorão, a Suna (ou *Sunna*), o *Idjmâ'* (ou *Ijmâ'*) e o *Qiyâs*¹⁶⁶.

O Alcorão é o livro sagrado dos muçulmanos. Contém as revelações de Alá a Maomé, o último e o principal dos profetas para os muçulmanos. É a primeira e a mais importante fonte do direito muçulmano.

Como o Alcorão não dispõe sobre todas as questões sociais, ele é insuficiente enquanto fonte jurídico, razão por que o direito muçulmano socorre-se de outras fontes.

A Suna é a segunda fonte do direito muçulmano. Corresponde ao modo como Maomé vivia. Contém os atos, os comportamentos e os pensamentos de Maomé, ou seja, o *h'adith*.

Diante da insuficiência de o Alcorão e a Suna fornecerem respostas jurídicas a todas as relações sociais, o direito muçulmano vale-se de uma terceira fonte: o *Idjmâ'*. Trata-se de um acordo unânime entre os doutos sábios religiosos. Trata-se de um dogma acerca da infalibilidade das deliberações unânimes dos sábios integrantes da comunidade muçulmana. Não se trata de costume nem de uma busca da unanimidade popular. Cuida-se, sim, de uma unanimidade apenas entre aqueles os juristas do islã (*fuqahâ*), os quais são considerados como os herdeiros dos profetas.

Nesse ponto, há, porém, divergências no meio jurídico muçulmano: há diferentes vias (*madh'hab*), as quais são também chamadas de “ritos” ou de escolas. Essas escolas são as responsáveis por formar a jurisprudência islâmica (*fiqh*).

Há quatro principais escolas (*madh'hab*, ritos ou correntes): (1) a escola Hanafi ou o hanafismo; (2) a escola chafeíta ou o chafeísmo (ou xafeísmo); (3) a escola malequita ou o maliquismo; (4) a escola hanbalita ou hanbali¹⁶⁷. Os nomes dessas escolas vinculam-se a um jurista muçulmano que deu origem à linha interpretativa¹⁶⁸.

Assim, quando um país adota a Lei Sharia (o direito muçulmano), é preciso indicar a escola (*madh'hab*) que será aplicada.

¹⁶⁶ David, 2014, pp 524; UNAM, 2022; Gómez, 2007, pp. 591-615; Ascanio e Castellari, 2011; Lage, 2016; Carmona González, 1997, pp. 25-32.

¹⁶⁷ Sobre o direito islâmico, ver: David, 2014, pp. 515-544; Lipovetsky e Silva, 2009.

¹⁶⁸ Por exemplo, a escola Hanafi reporta-se ao jurista iraquiano Abu Hanifa Na-nu'man Ibn Thabit, do século VII. A escola Hanbali refere-se ao jurista Amadé Ibne Maomé Ibne Hambal, do século IX.

A escola Hanafi é a mais antiga e a mais difundida, especialmente por ter sido espalhada ao longo dos vastos territórios do Império Otomano, do Império Mongol e do Califado Abássida. É a que mais adeptos têm no mundo, da ala dos muçulmanos sunitas. É mais liberal do que as demais.

A escola malequita prepondera na África subsaariana e na África Ocidental. A escola chafeíta vige na Malásia, na Indonésia e na costa oriental da África. A escola hanbalita hospeda-se na Arábia.

A quarta fonte do direito muçulmano é o *Qiyâs*, que é fruto de um raciocínio por analogia. É uma fonte útil para oferecer respostas jurídicas a situações novas que não foram contempladas nas demais fontes. Como o jurista muçulmano parte da lógica de respeito à autoridade, não lhe é própria a ideia de criar novas regras, ao contrário do que se dá com o jurista do *civil law* ou do *common law*. O jurista muçulmano apenas extrai regras que estariam implícitas nas fontes do direito islâmico. O *Qiyâs* é resultado dessa lógica do jurista muçulmano em prestigiar a autoridade divina.

1.3. Importância do direito comparado e a harmonização do direito

Um olhar de relance na história do direito é suficiente para identificar o caráter universalista do Direito. Nas palavras de René David, “não existe ciência do direito que não seja universal”¹⁶⁹.

Os desenvolvimentos dos sistemas jurídicos entrelaçam-se, assim como se entrelaçam o desenvolvimento dos diferentes povos. O Direito nasce dos fatos (*ex facto oritur jus*). Como os fatos consistem em interação entre os diferentes povos, o Direito precisa ser hospitaleiro a essa realidade, respeitadas, obviamente, as idiosincrasias jurídicas de cada nação¹⁷⁰.

A interrelação entre os povos é inevitável, seja pelo comércio, seja por relações puramente civis (como casamento de estrangeiros), seja por conflitos de

¹⁶⁹ David, 2014, p. 19.

¹⁷⁰ “Quem pensa que o Direito provém do fato, assim como uma lei física resulta de uma experiência realizada em laboratório, engana-se redondamente. Como tantas vezes já salientamos, não há símile possível entre as leis físico-matemáticas, que procuram retratar de maneira neutra e objetiva a realidade, e as leis jurídicas, que marcam sempre uma posição espiritual, uma atitude crítica e valorativa do homem perante os fatos (...): longe de se conformarem aos fatos, como ocorre com as leis físicas, as regras jurídicas se contrapõem aos fatos, quando assim o exigem o bem comum. Uma das características, alias, do Direito atual é o seu sentido dinâmico e operacional, interferindo positivamente no processo social” (Reale, 2002, p. 200).

interesses, seja – até mesmo – por posturas imperialistas e expansionistas de algum país. Ainda que haja algumas nações que se fechem para o mundo exterior, esse fechamento dificilmente conseguirá ser absoluto.

Não podem os juristas ficar presos apenas ao direito local. É mister o estudo comparatista. As novas gerações de juristas, cientes da realidade globalizada do mundo, não podem “aceitar que a ciência do direito seja, como lamentou Jhering, posta ao nível da jurisprudência local”¹⁷¹.

O estudo de direito comparado não é tarefa reservada a uma classe específica de juristas. Todos, de todos os ramos do Direito, têm o dever de imergir em estudos de direito comparado, com vistas a construir um direito internacional que corresponda às necessidades do mundo contemporâneo¹⁷².

Esse estudo comparatista, porém, não se volta apenas a fins de aperfeiçoamento do direito interno. Não se trata de mero método. Destina-se também a aprimorar regras de conflitos de leis e de qualificações ou de refletir sobre questões de harmonização de direitos no plano transnacional.

Nesse sentido, apesar de todos os juristas, das diferentes áreas, serem convocados aos estudos comparatistas, haveria espaço para o desenvolvimento do direito comparado como um ramo autônomo do conhecimento jurídico em razão da necessidade do desenvolvimento de técnicas destinadas a viabilizar o uso adequado do direito comparado¹⁷³. É dever dos comparatistas preparar o terreno para os demais juristas enfrentarem os desafios do exercício de direito comparado, especialmente quando o cotejo ocorre com sistemas de famílias jurídicas totalmente diferentes.

Os juristas, ainda mais de diferentes países, recebem formações próprias, aprendem métodos diversos, raciocinam de modo diferente. Diante de um mesmo problema e de um mesmo texto legal, podem chegar a soluções totalmente díspares. Afinal, o direito não se resume ao texto frio da lei ou ao exercício frio de uma interpretação literal. Juristas de formações diferentes podem não confluir na solução para um caso concreto, mesmo diante de textos legais iguais. Nas palavras de René David, são necessários “comparatistas para instruírem os juristas, antes

¹⁷¹ David, 2014, p. 19.

¹⁷² David, 2014, p. 12.

¹⁷³ David, 2014, p. 13.

que eles encontrem dificuldades para compreender os seus interlocutores e fazer-se compreender por eles”¹⁷⁴.

Além disso, o direito comparado é ferramenta¹⁷⁵ essencial para os trabalhos de harmonização internacionais do direito, os quais são imperativos no cenário jurídico internacional da atualidade. Conhecer o direito estrangeiro é fundamental para identificar os pontos em que são ou não viáveis processos de uniformização ou harmonização e para aprimorar as regras de solução de conflito de leis ou de qualificações.

Cabe, porém, um alerta. O direito comparado não necessariamente destina-se a gerar uma harmonização jurídica. A própria harmonização de direitos pode decorrer de outros fatores. Rodolfo Sacco, por exemplo, defende que a harmonização causada pelo *ius commune* na Europa decorreu mais da falta de opção de outros modelos jurídicos do que propriamente de uma escolha racional fruto de direito comparado¹⁷⁶. O direito comparado destina-se, sobretudo, à aquisição de conhecimento, o que é útil para desmistificar instrumentos abusivos, para afastar generalizações precipitadas, para expor as razões de ser das regras jurídicas, para refletir sobre a criação de um modelo ideal¹⁷⁷. Nas palavras de Rodolfo Sacco, que se apoia em G. Gorla¹⁷⁸:

A comparação é história, e esta história, que destrói os falsos conceitos, conduz ao conhecimento. O direito comparado é conhecimento puro. Portanto, não é necessariamente pesquisa de modelos para utilizar nas reformas ou na criação de um direito uniforme, nem é busca de modelos comuns dissimulados sob roupagens diversas.

O direito comparado, portanto, é importante para a harmonização dos direitos, mas não se esgota nesse fim.

1.4. Importância do direito internacional privado

Pelo fato de o Direito estar vinculado com a cultura de um povo, é natural que os ordenamentos jurídicos dos diversos países distingam-se uns dos

¹⁷⁴ David, 2014, p. 13.

¹⁷⁵ O direito comparado, para alguns – com acerto –, não é um ramo autônomo do direito, e sim um método (Godoy-A, 2021).

¹⁷⁶ Sacco, 2001, p. 32.

¹⁷⁷ Sacco, 2001, pp. 30-44.

¹⁷⁸ Sacco, 2001, p. 38.

outros em diversos aspectos. Essas divergências acabam criando situações de conflitos diante de situações transnacionais.

Esses conflitos – que chamamos de conflitos jurídico-transnacionais – podem ser de normas, de qualificações ou de jurisdição.

As regras para enfrentar esses conflitos jurídico-transnacionais nem sempre são iguais entre os países, do que decorrem dois desdobramentos deletérios: a imprevisibilidade jurídica e o risco de soluções contraditórias diante de um mesmo caso concreto. Os sujeitos de direito (cidadãos, empresas, entes despersonalizados, associações etc.) terminam por não terem, de antemão, clareza acerca das “regras do jogo” em situações transnacionais, o que é nocivo ao desenvolvimento do mercado e ao exercício de direitos fundamentais dos indivíduos.

Diante disso, René David, com razão, realça que uma das principais tarefas do jurista contemporâneo “é terminar com essa anarquia”¹⁷⁹.

O direito internacional privado é o ramo que lida essencialmente com esses conflitos jurídico-transnacionais. Cabe-lhe desenvolver soluções que reduzam a insegurança jurídica causada pela heterogeneidade das regras de conflitos jurídico-transnacionais de cada país. Entre essas soluções, há de estarem reflexões sobre uniformização de direitos, adoção de convenções internacionais e, até mesmo, postura da jurisprudência.

Em relação a esta última (postura da jurisprudência), é fundamental que os tribunais, ao analisarem situações jurídico-transnacionais, atentem, se for o caso, para “a maneira como o problema foi resolvido pela lei ou jurisprudência nos outros países”¹⁸⁰.

O próprio objeto científico do direito internacional privado é objeto de controvérsia. Há três principais correntes, que, em comum, tem um ponto: o de que o conflito de lei no espaço é objeto do direito internacional privado.

A primeira corrente é a doutrina alemã, para a qual o único objeto do direito internacional privado é só o conflito de lei no espaço.

¹⁷⁹ David, 2014, p. 11.

¹⁸⁰ René David, 2014, p. 11.

A segunda corrente são as doutrinas norte-americana e inglesa: os objetos do direito internacional privado é tanto o conflito de leis (*conflict os laws*) quanto o conflito de jurisdição.

A terceira corrente é pela inclusão, a esses dois temas, dos temas de nacionalidade e de condição jurídica de estrangeiro como objeto do direito internacional privado. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio seguem essa terceira corrente¹⁸¹.

O direito internacional privado é, na verdade, “a projeção do direito interno para o plano internacional, como formulou Bartin, ou, como bem formulado por Ferrer Correia, professor de Coimbra, o Direito Internnacional Privado é a dimensão internacional ou universalista do direito interno”¹⁸².

Em outras palavras, o direito internacional privado pode ser visto como a aplicação transnacional do Direito Civil, do Direito Empresarial e de outros ramos do Direito Privado, notadamente se o concebermos como a corrente alemã (a de que o objeto do Direito Internacional Privado é o conflito de leis no espaço). É território no qual civilistas, empresalistas e outros privatistas devem transitar, sem, porém, portar-se como aventureiros que ignoram as particularidades científicas do terreno. O direito internacional privado é dotado de conceitos que lhes conferem autonomia científica e que precisam ser manejados para resolver os conflitos de leis.

A autonomia científica do direito privado internacional não significa, porém, isolacionismo. Contributos da doutrina civilísticas podem e devem ser utilizados para o aprimoramento de ferramentas do direito internacional privado. Afinal, na essência, o direito internacional privado é o direito civil e outros ramos do direito privado nas relações transnacionais; é a versão internacional do direito privado ... ao menos, se restringirmos o seu objeto ao conflito das leis no espaço (na linha da corrente alemã).

1.4.1. Adaptação de direitos

¹⁸¹ Dolinger e Tiburcio, 2020, pp. 3-9.

¹⁸² Dolinger e Tiburcio, 2020, p. 10.

Em situações jurídico-transnacionais, é comum ocorrer o problema de um direito de um país (país de origem) não ser conhecido total ou parcialmente em outro (país de destino¹⁸³).

Por desconhecimento total, designamos a situação de o ordenamento do país de destino não admitir o direito do país de origem.

Por desconhecimento parcial, batizamos a situação em que o ordenamento do país de destino admite o direito do país de origem com ressalvas. Essas ressalvas referem-se a diferenças de regime jurídico ou a diferenças de *nomen iuris*.

Em sucessões *mortis causa* envolvendo bens situados em diferentes países, é potencial o problema de a lei do lugar do bem (*lex rei sitae* ou *lex situs*) não conhecer total ou parcialmente o direito real que a lei sucessória outorgue a um herdeiro. Lembramos que, na maioria dos países, a *lex situs* é o elemento de conexão adotado para disciplinar direitos reais sobre bens, especialmente no caso de imóveis.

Se, por exemplo, uma lei sucessória ou um testamento defere um direito real de habitação a um herdeiro, indaga-se: o que se fará se a *lex rei sitae* não conhecer total ou parcialmente esse direito real dentro de sua legislação? Seria viável onerar o bem com um direito real totalmente desconhecido pela *lex rei sitae* (desconhecimento total)? E como ficaria essa questão na hipótese de o direito real ser apenas parcialmente conhecido pela *lex rei sitae*, como na situação em que o direito real é sujeito a um regime jurídico diferente (com, por exemplo regras de transmissão e de extinção diversas)?

Para situações como essa, discute-se se seria ou não cabível a adaptação do direito estrangeiro para sua admissão no país de destino.

Reportamo-nos o leitor para o que exporemos sobre adaptação de direito real estrangeiro mais à frente (item 3.3.1.). Por ora, basta essa noção geral do conceito de adaptação, um instituto de direito internacional privado fundamental para a harmonização jurídica dos ordenamentos jurídicos.

¹⁸³ Empregamos as expressões “país de origem” e “país de destino” para facilitar a compreensão.

1.5. Harmonização *lato sensu* e experiências de leis uniformes, *soft law* e quejandos

1.5.1. Nomenclatura e conceituação: harmonização e unificação

Antes de tudo, uma questão de nomenclatura precisa ser resolvida. Os termos “harmonização” de direitos e “unificação” de direitos nem sempre são empregados de forma uníssona. Por vezes, confundem-se os termos. Para efeito de sistematização, propomos esta postura taxonômica: harmonização *lato sensu* é gênero do qual a harmonização *stricto sensu* e a unificação são espécies.

Por harmonização *lato sensu* de direitos entendem-se as práticas destinadas a conciliar os ordenamentos jurídicos de diferentes países. Tal pode ocorrer por meio de duas formas: a unificação ou a harmonização *stricto sensu*.

A acepção ampla de harmonização é costumeiramente utilizada para se referir ora à unificação, ora à harmonização *stricto sensu*, ora a ambas. Isso é feito sem a adjetivação “*lato sensu*”. Assim, ao se deparar com o verbete harmonização na literatura jurídica, o leitor precisa contextualizar para saber se a referência é à concepção *lato sensu* ou à *stricto sensu*.

De um lado, a unificação consiste na submissão de diferentes países uma mesma regra jurídica. Tal pode ocorrer de duas formas: (1) leis uniformes e (2) direito comunitário.

A edição de leis uniformes a serem incorporadas ao ordenamento de cada país são resultantes de tratados internacionais¹⁸⁴. É o caso, por exemplo, da Lei Uniforme de Genebra, fruto da Convenção para a adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissória, a qual foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 57.663/1966.

O direito comunitário é fruto de um grau avançado de integração internacional, com a criação de uma estrutura normativa e judicial comunitária e com a vigência imediata das normas comunitárias dentro dos países sem necessidade de qualquer procedimento de incorporação. É o caso, atualmente, da União Europeia, com suas normas comunitárias.

¹⁸⁴ Emprega-se, aqui, o termo “tratado internacional” em sentido amplo para abranger qualquer acordo entre Estados Soberanos e Organismos Internacionais.

Não incluímos, dentro do conceito de unificação do direito, as hipóteses de fusão de países, pois, nesses casos, haverá apenas um país. O conceito de unificação pressupõe, porém, uma pluralidade de ordenamentos jurídicos.

De outro lado, a harmonização *stricto sensu* consiste em aproximações entre os ordenamentos jurídicos de diferentes países fora das hipóteses acima. Tal pode ocorrer principalmente de quatro formas: (1) aproximação aos ordenamentos jurídicos de outros países; (2) hospitalidade do direito internacional privado às situações jurídicas estrangeiras; (3) abertura a direitos estrangeiros dentro do próprio território; e (4) *soft law*.

A aproximação aos ordenamentos jurídicos de outros países dá-se pelo exercício de direito comparado, com a importação de soluções jurídicas estrangeiras. Exprime-se, entre outros caminhos, na jurisprudência (com precedentes escorados em julgados estrangeiros sobre casos concretos análogos) e na legislação (com edição de leis inspiradas em normas estrangeiras). Por exemplo, no Brasil, o direito real de laje previsto no art. 1.510-A do Código Civil foi regulamentado mediante inspiração parcial nos arts. 1.421º e 1.5226º do Código Civil Português, embora tenha assumido um *nomen iuris* peculiar à cultura brasileira e tenha introduzido algumas particularidades, como o tratamento da laje como um direito real sobre coisa própria¹⁸⁵.

A hospitalidade do direito internacional privado (DIPriv) às situações jurídicas estrangeiras consiste na organização das regras de conflitos de leis e de conflitos de qualificação em uma postura de acolhimento e conservação de situações jurídicas transnacionais. A admissão, por exemplo, de situações de adaptação de direitos estrangeiros é um exemplo de hospitalidade do DIPriv.

A abertura a direitos estrangeiros dentro do próprio território é uma forma de harmonização mais sensível por conta da sua tensão com a soberania estatal.

Ao contrário do que uma impressão superficial possa externar, essa via não consiste em uma derrogação parcial do ordenamento jurídico local. Não significa a criação de ilhas jurídicas dentro do próprio território, sujeitas a normas de outros países.

¹⁸⁵ Oliveira, 2017, pp. 304. Há, porém, quem divirja desse enquadramento como direito real sobre coisa própria, como Flávio Tartuce, Frederico Henrique Viegas de Limas, José Fernando Simão e outros. Flávio Tartuce faz uma vasta lista de juristas divididos entre as duas correntes (Tartuce, 2022-B, p. 586).

Trata-se, na verdade, de o ordenamento jurídico doméstico deferir um tratamento inclusivo para situações jurídicas locais em que os envolvidos escolhem a aplicação de direitos estrangeiros.

Há duas principais formas de tal ocorrer.

A primeira já é tratada pelo direito internacional privado: trata-se das hipóteses de negócios jurídicos em que as partes elegem a aplicação de lei estrangeira. Essa primeira situação já estaria contemplada na supracitada “hospitalidade do DIPriv”.

A segunda situação ocorre quando grupos locais se comportam de acordo com regras de outros sistemas jurídicos. Tal situação excepcional é mais comum com o direito muçulmano, que, por sua natureza, possui pretensão jurisdicional universal, conforme já expusemos ao tratar da família do direito islâmico. Um exemplo de problema como esse são o de casamentos realizados, dentro da Inglaterra, por muçulmanos de acordo com o direito islâmico e sem observância das regras oficiais inglesas. Nesses casos, o Judiciário inglês, recentemente, mudou a jurisprudência para, apesar de decretar a nulidade desse casamento, reconhecer os efeitos patrimoniais em favor dos nubentes¹⁸⁶. Há, ainda, situações mais sensíveis, como a de mutilações genitais femininas feitas dentro dos EUA por crianças com base em regras admitidas em países africanos que seguem direitos religiosos tolerantes dessa prática¹⁸⁷.

O *soft law* (também chamado de *soft norm*, *droit doux*, direito flexível e direito plástico) consiste em regras não vinculantes adotadas em foros internacionais, como os fornecidos por institutos privados. Apesar de não vincularem, essas regras de *soft law* guiam os negócios privados e as instituições jurídicas locais (especialmente o Parlamento e o Judiciário) para manter um ambiente de harmonização internacional de direitos. Podem, por exemplo, ser escolhidas pelas partes como a regra aplicável a um contrato. Podem guiar câmaras arbitrais no julgamento. Servem de parâmetro pelo Poder Judiciário doméstico.

¹⁸⁶ Oliveira, 2021.

¹⁸⁷ Em 2018, um juiz norte-americano declarou inconstitucional uma lei federal que proibia a mutilação genital feminina pelo fato de que cabe aos Estados legislador sobre crimes. Com esse entendimento, o juiz absolveu uma médica que havia realizado o procedimento de mutilação genital feminina em nove meninas de 6 a 8 anos de idade que viviam nos EUA. Esse procedimento foi realizado pelo fato de os pais serem “da seita *Dawoodi Bohra*, com origens no oeste da Índia, que segue os preceitos do islamismo xiita. (...) De acordo com um levantamento do CDC (Centro para o Controle e Prevenção de Doenças, na sigla em inglês), em 2012, cerca de 513 mil mulheres no país haviam sido submetidas ao procedimento ou corriam o risco de passarem por ele. Em comparação com 1990, o número mais do que triplicou” (Folha, 2018).

De uma certa forma, o *soft law* consegue ter certa força orientadora do Estado por espelhar os costumes e os princípios gerais do direito, os quais costumam ser fontes dos ordenamentos jurídicos dos países. Os costumes refletem uma prática generalizada (elemento material do costume) acompanhada de uma *opinio iuris* (elemento subjetivo). A *opinio iuris* é a convicção acerca da juridicidade daquela prática generalizada¹⁸⁸.

Dentro do conceito de *soft law*, podem-se incluir normas vinculantes com um conteúdo aberto ou programático, marcado pela sua flexibilidade: uma espécie de direito flexível¹⁸⁹. Na presente tese, não estamos tratando dessa acepção¹⁹⁰. Aqui estamos a focar a acepção do *soft law* como um quase-direito.

¹⁸⁸ Nasser, 2006, pp. 70-74, 92-93 e 156-157; Mazzuoli, 2018, pp. 213-214.

¹⁸⁹ Nasser, 2006, pp. 97-140.

¹⁹⁰ Paulo Henrique Gonçalves Portela (2021, pp. 80-81) dá didática definição:

O conceito foi desenvolvido pela doutrina norte-americana, em oposição à noção de *hard law*, que se refere ao Direito tradicional. No Brasil, Nasser define *soft law* como um conjunto de “regras cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criariam obrigações de direito positivo ou não criariam senão obrigações pouco restritivas”. O autor aponta ainda as seguintes modalidades de *soft law*:

- normas, jurídicas ou não, de linguagem vaga e de conteúdo variável ou aberto, ou, ainda, que tenham caráter principiológico ou genérico, impossibilitando a identificação de regras claras e específicas;
- normas que prevejam mecanismos de soluções de controvérsia, como a conciliação e a mediação;
- atos concertados entre os Estados que não adquiram a forma de tratados e que não sejam obrigatórios;
- atos das organizações internacionais que não sejam obrigatórios;
- instrumentos produzidos por entes não estatais que consagrem princípios orientadores do comportamento dos sujeitos de Direito Internacional e que tendam a estabelecer novas normas jurídicas.

(...)

Em suma, o *soft law* inclui preceitos que ainda não se transformaram em normas jurídicas ou cujo caráter vinculante é muito débil, ou seja, “com graus de normatividade menores que os tradicionais”, como afirma Soares. Com isso, é comum que as regras de *soft law* tenham caráter de meras recomendações.

(...)

Exemplos relevantes de documentos internacionais que podem ser considerados como de *soft law* são a Declaração Universal dos Direitos Humanos, as declarações de organismos internacionais referentes à saúde pública (como a Declaração de Alma-Ata e a Declaração de Cartagena), as recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Lei Modelo sobre Arbitragem Internacional, a Carta Democrática Interamericana, as Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade e a Declaração Sociolaboral do Mercosul.

Independentemente do caráter de fonte do Direito Internacional de que se revista ou não o *soft law*, é inegável a influência dos diplomas que têm esse formato no atual quadro do Direito das Gentes e da Ciência Jurídica como um todo.

O *soft law* vem servindo, por exemplo, como modelo para elaboração de tratados e de leis internas, como parâmetro interpretativo, como pauta de políticas públicas e de ação da sociedade civil e como reforço da argumentação para operadores do Direito. (...) Cabe destacar que a própria jurisprudência dos tribunais brasileiros vem mencionando alguns desses documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Princípios Yogyakarta.

(...)

Abrange, por exemplo, instrumentos não obrigatórios formalmente produzidos por organismos privados ou estatais. Alcança, inclusive, o *gentlemen's agreement* (acordo de cavalheiros), oriundo da doutrina anglo-saxã e que consiste em compromissos não obrigatórios que expressam uma diretriz dos Estados em concerto.

Memorandos de entendimentos, declarações, declarações conjuntas, declarações das grandes conferências internacionais, atas finais, agendas, programas de ações, recomendações, acordos não vinculantes (*non-binding agreements*) e leis-modelo são, no plano internacional, nomes que são empregados a instrumentos que podem designar exemplos de *soft law*. É preciso, porém, tomar cuidado. Por vezes, esses nomes (com ressalva óbvia do termo “acordos não vinculantes”) reportam-se a instrumentos vinculantes, escapando do conceito de *soft law*. É preciso olhar o caso concreto.

No direito privado, um exemplo de *soft law* são os princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais¹⁹¹. Não se trata de uma convenção internacional internalizada por Estados. Não há caráter vinculante. Entretanto, os referidos princípios Unidroit guiam a prática do comércio internacional e orientam interpretações a serem feitas da legislação doméstica e internacional, pois refletem um *topoi* (um lugar comum) jurídico. São utilizados em arbitragem ou como lei escolhida pelas partes em contratos¹⁹². Há até decisões dos Poderes Judiciários domésticos valendo-se dos princípios Unidroit. O próprio preâmbulo dos Princípio Unidroit, ao tratar de seu âmbito de aplicação, reconhece que, apesar de não ostentar uma força vinculante formal estatal, gaba-se de uma força de fato em guiar contratos, leis (domésticas e internacionais), jurisprudência e doutrina¹⁹³. Os

^{43.} A respeito do emprego da Declaração Universal dos Direitos Humanos nos julgamentos do Pretório Excelso, e a título de mero exemplo, ver os seguintes julgados do STF: ARE 639.337 AgR/SP e ADC 29/DF.

^{44.} A respeito do emprego dos princípios de Yogyakarta nos julgamentos do Pretório Excelso, ver os seguintes julgados: RE 477.554 AgR/MG, ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF.

¹⁹¹ Sobre os princípios do Unidroit em arbitragem internacional, ver Kuguimiya, 2021.

¹⁹² Kuguimiya, 2021.

¹⁹³ Segue o inteiro teor do dispositivo:

PREÂMBULO

(O objetivo dos Princípios)

Estes Princípios estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais. Devem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles.(*). Podem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios

princípios Unidroit caminham para ser uma espécie de “*Restatements*”¹⁹⁴ internacional dos princípios gerais de direito dos contratos”¹⁹⁵. Aliás, as próprias partes podem eleger, em contratos, a aplicação dos princípios do Unidroit (ou outras normas não estatais), ao menos no âmbito da União Europeia, respeitadas as particularidades das normas comunitárias europeias e as normas domésticas¹⁹⁶.

1.5.2. Tendências históricas

A história dos sistemas jurídicos do mundo envolve a existência de pontos em comum. As inúmeras situações transnacionais, como as provocadas pelo comércio internacional e por interrelações entre estrangeiros (como casamentos), forçam a necessidade de um ambiente jurídico internacional hospitaleiro à harmonização de direito.

Após a Primeira Guerra Mundial, houve uma intensificação na busca dos comparatistas por harmonizar os sistemas jurídicos, com olhos, inclusive, em uma unificação¹⁹⁷.

Em 1923, nasceu a Academia de Direito Internacional de Haia (*The Hague Academy of International Law*), entidade privada que, entre as várias produções, oferece cursos e mantém publicações oportunos para o desenvolvimento do direito comparado e do direito internacional privado¹⁹⁸.

Em 1928, em Roma, nasceu o Unidroit (*Institut international pour l'unification du droit privé*), que se dedica à harmonização internacional dos direitos.

gerais de direito, pela *lex mercatoria*, ou similares. Podem ser aplicados caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato. Podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de direito uniforme. Podem ser usados para interpretar ou suplementar leis nacionais. Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais.

¹⁹⁴ A referência é aos *Restatements of the Law*, espécies de tratados que reúnem princípios gerais do *common law* para auxiliar os operadores do Direito nos EUA. São espécies de consolidação da jurisprudência. Assemelham-se às súmulas dos tribunais, com a diferença de que não são oriundas de órgão estatal. Os *Restatements* são publicados pela entidade privada *American Law Institute (ALI)*, criada em 1923. Há quatro *Restatements*, os quais subdivididos em vários volumes conforme o conteúdo. Por exemplo, o *Restatement of the Law Third* possui volumes relativos a repsonsabilidade civil, a hipotecas (*mortgages*), a servidões (*servitudes*), a a enriquecimento ilícito (*restitution and unjust enrichment*) etc. (Romano, 2017; Texas Law, 2022). O site oficial da *American Law Institute* disponibiliza, para venda, os volumes (<https://www.ali.org/publications/#publication-type-restatements>).

¹⁹⁵ Unidroit, 2016, p. 28.

¹⁹⁶ A propósito, o item 13 dos Considerandos do Regulamento Roma I (Regulamento CE nº 593/2008) dispõe: (13) O presente regulamento não impede as partes de incluírem, por referência, no seu contrato, um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional.”

¹⁹⁷ Sacco, 2001, pp. 30-31.

¹⁹⁸ Site da entidade: <https://www.hagueacademy.nl>.

Diversas outras iniciativas no século XX robusteceram essa tendência de harmonização internacional dos direitos.

Além disso, a ideia de harmonização ou uniformização de direitos no mundo também pode ser associada à experiência do *ius commune* na Baixa Idade Média e na Idade Moderna. A noção de uma tradição jurídica comum na Europa ocidental, com raiz no direito romano, é realçada quando se recorda da aplicação do *ius commune* nas diferentes regiões da Europa ocidental e quando se lembra de que os sistemas jurídicos europeus foram fortemente influenciados pelo direito romano. A ideia de expansão universalista do direito para além da Europa também estava presente no *ius commune*, que cruzou os oceanos para outros continentes na era das expansões marítimas.

Gustavo César Machado Cabral (2019, pp. 139-142), com razão, considera inadequado afirmar que o *ius commune* esvaiu-se, ao menos enquanto um argumento. A ideia de um direito comum (de um *ius commune*) foi requeitado especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial como argumento para unificação da então esfacelada Europa¹⁹⁹.

A criação de organismos como a União Europeia e a consolidação de um direito comunitário são reflexos disso.

Outro indicativo disso é a prolífica produção acadêmica em matéria de tradição jurídica comum e de harmonização de direitos, com protagonismo de instituições como o Instituto Max Planck de Direito Comparado e Privado Internacional²⁰⁰ (sediado em Hamburgo), e o Instituto Max-Planck para a História do Direito Europeu²⁰¹ (localizado em Frankfurt).

António Manuel Hespanha (2012, pp. 267-268) segue a mesma linha. Destaca que um dos legados é a ideia da existência de uma cultura europeia, com abertura para a criação de um direito comum na Europa, ainda que essa ideia contenha um pouco de simplificação sobre o que realmente foi o *ius commune*. Outro legado é a ideia de que o direito não nasce apenas do Estado, mas emerge da natureza das coisas, da sociedade e da atividade intelectual dos juristas

¹⁹⁹ *Ut* Hespanha, 2012, p. 268.

²⁰⁰ *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, abreviado como MPIPRIV.

²⁰¹ *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, abreviado como MPIeR.

Enfim, ainda que sob uma perspectiva retórica, o *ius commune* subjaz os debates de harmonização ou unificação do direito não apenas na Europa, mas no mundo. Essa ideia transmite a lição de que ordens jurídicas gerais e universais podem coexistir harmonicamente com ordens jurídicas locais, à semelhança do que se deu com a coexistência do *ius commune* com os direitos pátrios (*ius patrium*)²⁰².

1.5.3. Experiências de leis uniformes e de *soft law*

Ao longo da história mundial do direito, já houve uma relativa harmonização internacional dos direitos. O agrupamento sistemático dos diferentes sistemas jurídicos em famílias indica que há uma proximidade entre os ordenamentos jurídicos. Esse agrupamento não é perfeito. Há diferenças dentro dos países integrantes das mesmas famílias. Mas, ao menos, é possível identificar que há pontos em comum na construção dos ordenamentos. No caso de ordenamentos jurídicos pertencentes a diferentes famílias, é comum observar pontos de contato entre eles para lidar com situações jurídicas transnacionais.

A ocorrência de situações jurídicas transnacionais induz os Estados a posicionarem-se diante da necessidade de uma harmonização internacional com outros sistemas jurídicos, especialmente no âmbito do estatuto obrigacional (que engloba as obrigações e o comércio internacional) e do estatuto pessoal em questões sensíveis envolvendo direitos humanos.

Afinal de contas, as pessoas migram, casam com estrangeiros, realizam compras internacionais e realizam negócios transnacionais.

No tocante ao estatuto pessoal envolvendo questões sensíveis de direitos humanos, há diversas leis uniformes e instrumentos de *soft law* que assentam regras mínimas a serem observadas pelos Estados em relação à dignidade da pessoa humana. No âmbito do Direito Privado, citamos estes exemplos:

- a) Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, adotada pela ONU.
- b) Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 6.949/2009);

²⁰² *Ut Cabral*, 2019, pp. 141-142.

- c) Convenção sobre os Direitos da Criança (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 99.710/1990);
- d) Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 3.087/1999).
- e) Pacto de São José da Costa Rica, também chamada de Convenção Americana de Direitos Humanos (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 678/1992);
- f) Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 10.932/2022).
- g) Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, da OEA, de 2015 (ainda não foi incorporada ao Brasil²⁰³).

No tocante ao estatuto obrigacional, também há diversas leis uniformes e instrumentos de *soft law*. Citam-se estes exemplos:

- a) Lei Uniforme de Genebra, também chamada de Convenção para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 57.663/1966);
- b) Lei Uniforme do Cheque, também chamada de Convenção para a adoção de uma lei uniforme em matéria de cheque (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 57.595/1966);
- c) Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (incorporada ao Brasil pelo Decreto nº 8.327/2014);
- d) Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional da ONU

²⁰³ A tramitação legislativa para sua incorporação ao Brasil está em curso por meio do Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, Tratados ou Atos Internacionais (PDC) nº 863/2017, na Câmara dos Deputados (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2164910&ord=1>).

(Uncitral, sigla de *United Nations Commission on International Trade Law*)²⁰⁴: trata-se de instrumento de *soft law* por não ser vinculante.

- e) Lei Modelo de Garantias Mobiliárias da OEA (*Model Inter-American Law On Secured Transactions*)²⁰⁵.
- f) Lei Modelo de Garantias Mobiliárias da Uncitral (*UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*)²⁰⁶.

Há importantes organizações internacionais privadas e intergovernamentais que trabalham na edição de leis uniformes ou de instrumentos de *soft law*, na elaboração de convenções internacionais e na promoção de práticas de harmonização internacional, especialmente em direito privado.

Uma das principais é a HCCH (*Hague Conference on Private International Law – Conférence de La Haye de droit international privé*)²⁰⁷, que é uma organização intergovernamental com 83 membros (82 Estados e a União Europeia). Foi fundada em 1893. Seu escopo é promover a progressiva unificação das regras de direito internacional privado, conforme art. 1º do seu estatuto²⁰⁸. É construir pontes entre os ordenamentos jurídicos de diferentes países. João Ribeiro dá exemplos da importância desse esforço de harmonização jurídico-internacional (HCCH, 2018, pp. 6-7):

Quando uma mãe vê um filho menor levado pelo pai para o estrangeiro contra a sua vontade; quando dois empreendedores situados em dois países diferentes querem escolher um tribunal para dirimir eventuais disputas contratuais; quando um requerente necessita de entregar uma citação ou notificação judicial no estrangeiro; quando uma pessoa necessita de apresentar no estrangeiro cópias certificadas e reconhecidas do seu certificado de nascimento ou dos seus diplomas universitários, de um ato notarial ou de uma certidão de registo comercial da sua empresa; quando uma criança é adotada internacionalmente; quando uma mãe divorciada quer assegurar o pagamento da pensão de alimentos em benefício dos seus filhos menores, devida pelo outro progenitor, entretanto emigrado; ou quando alguém pretende contrair um empréstimo bancário oferecendo como garantia valores mobiliários detidos junto de intermediários; em cada uma destas situações, uma Convenção da Haia determinará o Direito aplicável, o tribunal competente, o processo de reconhecimento e execução das respetivas decisões judiciais e/ou estabelecerá um quadro de cooperação e coordenação judicial internacional. Tal significa que pelo menos os 260 milhões de cidadãos hoje considerados como migrantes em todo o mundo se constituem como potenciais beneficiários do trabalho da HCCH, através do acesso a uma moldura jurídica

²⁰⁴ citral, 2006.

²⁰⁵ Organization of American States, 2013. Para aprofundamento, reportamo-nos a Fábio Rocha Pinto Silva (2017), Eveline Vieira Brigido (2009) e João Grandino Rodas (2020).

²⁰⁶ Uncitral, 2019.

²⁰⁷ Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

²⁰⁸ HCCH, 2022.

estável e previsível para regular muitas das suas relações civis e comerciais transnacionais.

(...)

No dia 12 de setembro de 1893, o Ministro dos Negócios Estrangeiros dos Países Baixos, Van Tienhoven, declarou abertos os trabalhos da Primeira Conferência Internacional de Direito Internacional Privado, notando que “a segurança dos interesses privados pela certeza dos direitos, não só nas relações entre indivíduos de um mesmo país, mas também naquelas com o estrangeiro, é uma condição indispensável para o bem-estar dos indivíduos e das nações, e simultaneamente, de todo o progresso social”.

Um desígnio que viria a ser reconhecido pelo Comité Nobel quando atribuiu a Tobias Asser o Prémio Nobel da Paz em 1911 pelo seu papel na promoção e organização das primeiras Conferências de Direito Internacional Privado na Haia, também como seu primeiro Presidente.

Os objetivos da HCCH foram claramente expostos na primeira intervenção de Asser durante a Primeira Conferência, e inspirandose no trabalho precursor de Pasquale Mancini: “Nós respeitaremos a soberania e a autonomia dos Estados. Nós não aspiramos à unificação geral do direito privado. Pelo contrário, é a diversidade das leis domésticas que suscita a necessidade de uma solução uniforme para os conflitos internacionais” acrescentado que para se alcançar tal objetivo, são necessárias “concessões: sacrificar opiniões e ideias que temos como próximas, no altar do entendimento internacional”.

Diversas convenções internacionais (as famosas convenções de Haia) decorrem dos trabalhos da HCCH²⁰⁹.

O Brasil é signatário de 8 acordos internacionais de Haia. Um desses acordos é o Protocolo de Haia de 2007 (sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos)²¹⁰. Os outros sete são as Convenções de Haia de:

- a) 1961: Convenção da Apostila (sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros)²¹¹, a qual desburocratiza o uso de documento estrangeiro com o afastamento da exigência da legalização (ou consularização) em troca da aposição da apostila;
- b) 1965: Convenção Relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Actos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial²¹², a qual desburocratiza a tramitação de cartas rogatórias;
- c) 1970: Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial²¹³, a qual também desburocratiza cartas rogatórias relativas a instrução probatória;

²⁰⁹ A lista das convenções de Haia está neste site: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions>.

²¹⁰ Decreto nº 9.176/2017.

²¹¹ Decreto nº 8.660/2016

²¹² Decreto nº 9.734/2019.

- d) 1980: Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças²¹⁴;
- e) 1980: Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça²¹⁵;
- f) 1993: Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional²¹⁶;
- g) 2007: Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família²¹⁷.

Há outras várias Convenções de Haia que não foram ainda incorporadas pelo Brasil, a exemplo das Convenções de Haia de²¹⁸:

- a) 1970: Convenção sobre o Reconhecimento de Divórcios e Separações;
- b) 1971: Convenção sobre Conflitos de Leis em matéria de forma de testamentos;
- c) 1985: Convenção sobre lei aplicável ao *Trust* e sobre o seu reconhecimento;
- d) 1996: Convenção sobre jurisdição, lei aplicável, reconhecimento, execução e cooperação em relação à responsabilidade parental e medidas para a proteção de crianças;
- e) 2000: Convenção sobre internacional de adultos, a qual foca pessoas com deficiência sujeitas a vulnerabilidades e que guarda sintonia com a Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência;
- f) 2005: Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro;
- g) 2006: Convenção sobre lei aplicável a certos direitos sobre valores mobiliários sob intermediários;

²¹³ Decreto nº 9.039/2017.

²¹⁴ Decreto nº 3.413/2000.

²¹⁵ Decreto nº 8.343/2014.

²¹⁶ Decreto nº 3.087/1999.

²¹⁷ Decreto nº 9.176/2017.

²¹⁸ Disponível no site da HCCH: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions>.

- h) 2008: Convenção sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria civil ou comercial;
- i) outras listadas no site da HCCH, envolvendo, entre outras questões, processo civil, vendas de móveis corpóreo, personalidade jurídica de pessoas jurídicas, alimentos, crianças e adolescentes, acidente de trânsito, administração internacional de herança, casamento, contratos de mediação e representação e sucessões²¹⁹.

Há, ainda, instrumentos de *soft law* editados pela HCCH. Atualmente, o principal são *Princípios sobre escolha da lei aplicável em contratos comerciais internacionais*. Este foi o primeiro instrumento de *soft law* da HCCH²²⁰.

Outra instituição com atuação destacada na harmonização internacional do direito privado é o Unidroit (*International Institute for the Unification of Private Law* ou *Institut International pour l'unification du droit privé*)²²¹. Trata-se de uma organização intergovernamental, composta por 63 Estados membros. Chamamos a atenção para estes instrumentos de *soft law* criados pela Unidroit:

- a) *Princípios do Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais*, cuja última versão é de 2016²²².
- b) Lei Modelo de *Leasing* do Unidroit²²³
- c) Convenção do Unidroit sobre *Leasing* Financeiro Internacional²²⁴ (*UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*)²²⁵.

A Uncitral, a HCC e a Unidroit estão entre as principais organizações que promovem a harmonização internacional de direitos²²⁶.

No âmbito da OEA, há também muitas iniciativas de harmonização internacional dos direitos, especialmente na América. Além de casos já citados (como a supracitada Lei Modelo de Garantias Mobiliárias da OEA (*Model Inter-*

²¹⁹ Disponível no site da HCCH: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions>

²²⁰ HCCH, 2019.

²²¹ Site da Unidroit: <https://www.unidroit.org/>.

²²² Unidroit, 2016. Disponível neste site: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>.

²²³ Unidroit, 2010.

²²⁴ Duarte, 1988.

²²⁵ Unidroit, 1988.

²²⁶ A propósito, recomendamos este manual de instrumentos de uniformização por parte da Uncitral, HCC e Unidroit: Uncitral, HCC e Unidroit, 2021

American Law On Secured Transactions), vários outros instrumentos são editados. Um deles é o Código Bustamante, de 1928, que foi incorporado ao Brasil pelo Decreto nº 18.871/1929 e que estabelece regras importantes para lidar com conflitos de leis (direito internacional privado).

Ainda no seio da OEA, destacam-se os trabalhos das Conferências Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIP), as quais são reuniões que discutem temas relativos à uniformização e à harmonização de direito internacional privado. Ao final de cada Conferência, são criadas Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (abreviadas também como CIDIP) nos moldes do que foi discutido na conferência. A sigla CIDIP, portanto, é utilizada para reportar-se ora à Conferência, ora à Convenção²²⁷. Por exemplo, na 7ª Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-VII), discutiu-se uma lei modelo sobre garantias mobiliárias²²⁸.

Na União Europeia, o avanço na normatização é mais intenso por conta da visibilidade do direito comunitário. Chamamos, porém, a atenção para o fato de que, mesmo na União Europeia, há instrumentos de *soft law* que são empregados. Um deles são resultados dos esforços em criar um Código Civil Europeu. Referimo-nos ao *Draft Common Frame of Reference* – DCFR. Esse trabalho foi fruto dos anos de estudos de uma equipe seleta de juristas europeus e desaguou em um projeto de Código Civil Europeu com riquíssimos comentários sobre os mais variados aspectos do Direito Civil de diversos países europeus. Embora o DCFR não tenha sido convertido em uma norma comunitária (com efeito vinculante, portanto), ele presta-se a ser um instrumento de *soft law* por conta de sua influência para guiar as comunidades jurídicas dos diversos países²²⁹.

²²⁷ Rech, 2022.

²²⁸ No site da OEA, há a indicação dos debates de cada CIDIP: <https://www.oas.org/consejo/pr/cajp/dir%20internacional.asp>.

²²⁹ Pereira, 2021.

2. TENDÊNCIA DE HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS REAIS: EXPERIÊNCIA PRÁTICA E DOCTRINÁRIA EUROPEIA E DE OUTROS PAÍSES

Exporemos, neste capítulo, as experiências doutrinárias e normativas na harmonização internacional dos direitos reais.

A União Europeia será o epicentro pela exuberância da produção normativa e doutrinária no assunto. Haverá, porém, remissões a experiência de alguns outros países. A dosagem recairá mais na experiência europeia em virtude do estágio vastamente mais avançado da União Europeia nessas questões.

2.1. Noções gerais sobre o direito comunitário europeu

2.1.1. Direito da Integração e Direito Comunitário

É tendência da sociedade internacional a aproximação de países por meio de mecanismos conhecidos como integração internacional ou de integração regional, da qual decorrem a formação do que se conhece como “blocos regionais”. É o caso, por exemplo do Mercosul e da União Europeia.

Não se trata de fenômeno tão recente assim. Em 1834, por exemplo, alguns Estados que ocupam o território da atual Alemanha formaram, sob a liderança da Prússia, a *Zollverein*, uma área de livre comércio e de união aduaneira. Foi, porém, após o final da Guerra Fria, que os processos integracionistas intensificaram-se, com criação de novos blocos e com o aprofundamento das já existentes²³⁰.

Há dois sub-ramos do Direito Internacional Público que tratam desses fenômenos de integração internacional: o Direito da Integração e o Direito Comunitário²³¹.

Designa-se de Direito da Integração o sub-ramo do Direito Internacional Público que cuida das regras de funcionamento e formação dos “blocos regionais”.

²³⁰ Portela, 2021, p. 1285.

²³¹ Portela, 2021, pp. 1288 e 1289.

Não se confunde com o Direito Comunitário, que é outro sub-ramo do Direito Internacional Público e, por ser relativamente novo, ainda está em desenvolvimento pela doutrina.

O Direito Comunitário é o conjunto de regras que disciplina um estágio mais avançado de desenvolvimento. Esse estágio caracteriza-se, entre outros aspectos, pela aplicabilidade imediata de normas (ou de parte das normas) produzidas por órgãos do próprio bloco regional ou pelos próprios Estados membros, em sobreposição ao direito doméstico. Não há necessidade de nenhum procedimento de incorporação da norma no âmbito interno, ao contrário do que sucede, em regra, com o Direito Internacional tradicional em relação a tratados internacionais.

Há autores que chamam de supranacionalidade essa estrutura institucional e normativa do bloco regional com poder normativo hierarquicamente superior ao poder das entidades internas dos Estados membros. A supranacionalidade decorre de uma flexibilização da soberania dos Estados membros: estes delegam parte de suas competências internas (como de índole normativa e até jurisdicional) em favor de instituições supranacionais do bloco. Os Estados membros compartilham suas soberanias: há uma “soberania compartilhada” ou um “governo múltiplo”²³².

O Direito Comunitário é autônomo em relação aos ordenamentos jurídicos dos Estados membros. Embora seus fundamentos possam decorrer de tratados celebrados pelos Estados membros, a ordem jurídica supranacional do Direito Comunitário é marcada pela edição de normas supranacionais pelas suas instituições, formando uma ordem jurídica comunitária, que é independente das ordens jurídicas locais. O Direito Comunitário, portanto, “não é um mero conjunto de acordos entre os Estados nem um simples apêndice das ordens jurídicas nacionais”²³³.

Atualmente, o Direito Comunitário só existe na União Europeia, único bloco regional que alcançou esse estágio de integração. Seu nascimento e seu desenvolvimento, portanto, estão associados ao processo de integração europeu. É inadequado falar em Direito Comunitário para outros blocos regionais, como para o

²³² Portela, 2021, pp. 1289 e 1290.

²³³ Portela, 2012, p. 1290.

Mercosul, pois eles não alcançaram o estágio de integração marcado, entre outros aspectos, pela supranacionalidade (entendida no sentido supracitado). Os demais blocos integram o Direito da Integração, e não o Direito Comunitário²³⁴.

2.1.2. Integração internacional: fundamentos

No âmbito das relações internacionais, concorrem três doutrinas relevantes para a compreensão dos processos de integração internacional, a saber: o nacionalismo, o internacionalismo e o transnacionalismo²³⁵.

O nacionalismo corresponde ao sentimento de lealdade política que ambiciona a formação de um Estado-Nação. A identidade nacional é o valor politicamente supremo. Na Europa, Adriano Moreira entende que a expansão napoleônica colaborou para a emergência de nacionalismos europeus de índole mais defensiva do que agressiva e para a consolidação do ideal de Estado-Nação. Isso ocorreu em razão de a aventura napoleônica ter esmagado as soberanias e os orgulhos dos demais povos europeus em busca da formação de um governo supranacional²³⁶. Após a Segunda Guerra Mundial, o nacionalismo foi censurado, ao menos sob a ótica de correntes políticas (e não sob a perspectiva do estabelecimento de Estados-Nações). Foi associado a irracionalismos, a imperialismos e a inimigos do crescente mundialismo e universalismo.

O internacionalismo não se opõe necessariamente ao nacionalismo. Pode coexistir com este, especialmente em relação ao conceito de Estado-Nação. Parte, porém, do pressuposto de que é preciso reconhecer a existência de objetivos políticos acima das idiosincrasias históricas, geográficas e constitucionais de cada Estado. Em outras palavras, há o que designamos de objetivos supracionais.

Podem-se pensar em diversos exemplos de objetivos supracionais, a exemplo da existência de inúmeras situações privadas internacionais (relacionadas a

²³⁴ Há, porém, autores que não fazem a distinção ora adotada e tomam como sinônimas as expressões Direito Comunitário ou Direito da Integração (Portela, 2021, p. 1290). Não é a posição adotada nesta obra.

²³⁵ Moreira, 1999, p. 487.

²³⁶ Moreira, 1999, p. 488. Há quem distinga nacionalismo de patriotismo (Moreira, 1999, p. 488). Este último envolve o sentimento de lealdade à terra e ao grupo bem como o respeito às leis e às instituições nacionais. Já o nacionalismo possui cariz mais negativo por envolver sentimento de superioridade étnico-cultural, além do respeito à etnia, língua e tradição. Não adotaremos essa distinção. Ambos os conceitos serão encartados apenas como nacionalismos.

comércio internacional, a casamento entre estrangeiros, a circulação de pessoas etc.).

O ponto sensível do internacionalismo é como os Estados devem lidar com esses objetivos supracionais. A doutrina dominante das relações internacionais é pela adoção do método consensual e do modelo contratual do tratado²³⁷. É pela busca de consenso entre os Estados para a criação de uma plataforma jurídica que disciplina as relações jurídicas internacionais, tanto privadas quanto públicas.

Essa busca por soluções baseadas no consenso entre os Estados para lidar com os objetivos supracionais é designada frequentemente de transnacionalismo. Este, pois, é uma espécie do gênero internacionalismo²³⁸. A existência e a atuação supranacional das Organizações das Nações Unidas (ONU) ilustram hipótese de transnacionalismo por decorrerem de uma política de consenso entre os Estados aderentes.

O transnacionalismo justifica a tendência de integração internacional.

Integração internacional consiste no deslocamento das lealdades, das expectativas e das atividades políticas da esfera doméstica em prol de um centro supranacional. Esse centro supranacional compõe-se de instituições que possuem ou pretendem ter jurisdição sobre os Estados.

Não se trata de um organismo internacional que intermedeie o contato entre os Estados. Cuida-se, sim, de uma reformulação do processo decisório político para cancelar soluções supranacionais que prevalecem sobre deliberações nacionais²³⁹. Trata-se de uma forma de aproximação dos Estados, que se abstêm, em diferentes estágios, do exercício de aspectos de sua soberania em prol de uma plataforma institucional supranacional. A integração pode ser vista sob o critério federalista: os Estados formam uma espécie de governo supranacional que, sem esvaziar a soberania de cada Estado, rege determinadas questões.

²³⁷ Há outras propostas para enfrentamento dos objetivos transnacionais, mas não fruem do prestígio da doutrina dominante das relações internacionais. É o caso da proposta marxista: as lutas de classe seriam o caminho para a obtenção da unidade por meio da vitória final de um modelo soviético (Moreira, 1999, p. 488). É também a proposta hitlerista: os povos seriam hierarquizados, com a supremacia da raça ariana.

²³⁸ O termo transnacionalismo, por vezes, é empregado como internacionalismos em alguns textos, mas, a rigor, são diferentes (Moreira, 1999, p. 489).

²³⁹ Moreira, 1999, p. 489.

A integração regional costuma ocorrer entre Estados que possuem afinidades geográficas, culturas, econômicas ou históricas²⁴⁰. Mas há diferentes estágios de integração. Diferentes setores podem estar implicados nesse processo.

O setor econômico costuma ser o principal instigador de integração internacional, tendo em vista a perspectiva de fortalecimento econômico dos Estados envolvidos. As necessidades de facilitar o tráfego comercial impõe a eliminação de obstáculos domésticos à circulação de bens, serviços e pessoas. Sob essa ótica econômica, a integração internacional centra-se essencialmente nestes aspectos entre os Estados membros: (1) eliminar barreiras alfandegárias; (2) permitir a livre circulação de mercadorias, serviços, capital e pessoas; e (3) criar políticas econômicas comuns.

Geralmente em decorrência da integração internacional por imperativos do setor econômico, o setor social também tende a ser levado em conta na integração. A circulação de mercadorias, serviços, capital e pessoas implicam convívio de diferentes culturas, o que exigem aproximações sociais dos Estados membros. As lealdades cívicas deslocam-se em favor de uma visão supranacional. O europeísmo da União Europeia exemplifica²⁴¹.

O setor político é o mais sensível para ser abarcado em um processo de integração internacional. Alguns autores sustentam que tal dependeria de uma predisposição social à integração. Afinal de contas, a integração internacional no setor político enfraquecimento de valores históricos do patriotismo, de identidade nacional, de soberania e de lealdade ao Estado-Nação²⁴².

Em termos gerais, a integração internacional decorre do interesse dos Estados membros em fortalecer-se e criar mais oportunidades para os seus nacionais.

2.1.3. Estágios de integração internacional

Há diferentes estágios de integração internacional (ou integração regional). A doutrina indica cinco etapas²⁴³: (1) zona – ou área – de livre comércio;

²⁴⁰ Portela, 2021, p. 1285.

²⁴¹ Moreira, 1999, p. 490.

²⁴² Moreira, 1999, p. 490.

²⁴³ Há quem indique uma etapa embrionária, anterior à zona de livre comércio: a zona de preferência tarifária. Nela os Estados membros adotam tarifas preferenciais em relação aos demais (Portela, 2021, p. 1288).

(2) união aduaneira; (3) mercado comum; (4) união econômica e monetária; e (5) união política.

A zona de livre comércio (ZLC) caracteriza-se pela redução ou eliminação total ou parcial de barreiras alfandegárias e não alfandegárias, como alíquotas, cotas, gravames aduaneiros. Facilita-se, com isso, a circulação de bens dentro do bloco regional. Por vezes, há produtos que ficam excepcionados desses benefícios como medida protetiva de algum setor econômico nacional diante da concorrência estrangeira. Essas listas de exceção, todavia, tendem a ser temporárias, até o mercado nacional estar preparado para a concorrência²⁴⁴.

A união aduaneira é um estágio posterior à ZLC. Singulariza-se pela adoção de uma tarifa externa comum (TEC), assim entendida uma tarifa de importação adotada por todos os Estados membros em relação a mercadorias procedentes de outros países. A ideia é garantir que a concorrência dentro do bloco não seja abalada pela importação de produtos de outros países em tarifas diferentes por cada Estado membro. O Mercosul encontra-se nessa etapa de integração regional.

O mercado comum é a terceira etapa e marca-se pelas “cinco liberdades básicas”: livre circulação de bens, livre circulação de pessoas, livre prestação de serviços, livre circulação de capitais e livre concorrência²⁴⁵. Garantem-se, assim, a livre circulação de fatores de produção (bens, serviços, capitais e mão de obra) e a livre concorrência dentro do bloco. Forma-se um mercado único. Esse nível de integração depende de uma harmonização jurídica mais intensa entre os Estados membros, pois essas liberdades escalam demasiadamente o tráfego comercial e de pessoas. Essa harmonização jurídica tem de ser acompanhada de harmonização de políticas nacionais em diversas áreas, como econômicas, comerciais, aduaneiras, judiciária e laboral²⁴⁶.

A quarta etapa é a união econômica e monetária, a qual é marcada pela coordenação unificada de políticas macroeconômicas. Nessa fase de integração, o bloco cria uma estrutura de instituições destinadas a viabilizar a unificação de moeda e de políticas cambiais. Adota-se uma moeda única e cria-se um banco central único. A União Europeia enquadra-se nessa quarta etapa.

²⁴⁴ Portela, 2021, p. 1287.

²⁴⁵ Husek, 2017, p. 245.

²⁴⁶ Portela, 2021, p. 1288.

O estágio mais avançado de integração regional é a união política. Sua marca é a unificação de ações no campo político, com representação política do bloco. Esse estágio de integração pode vir a desaguar em uma unificação dos países ou à formação de uma confederação, formando um único país. Não há nenhum bloco regional que atualmente encaixe-se nesse perfil.

A classificação acima não é estanque. Trata-se de simplificação didática para compreensão do fenômeno da integração regional. Há blocos regionais que ostentam elementos de mais de uma das etapas. Por exemplo, a União Europeia, apesar de ser uma união econômica e monetária, exhibe alguns elementos próprios do estágio da união política, a exemplo da atuação de suas instituições para promover a coordenação de políticas externas e de algumas outras questões políticas²⁴⁷.

Além disso, não se podem confundir as hipóteses de integração internacional com outras formas de aproximação entre os países, como as que ocorrem por meio de parcerias²⁴⁸ ou de criação de organismos internacionais²⁴⁹ por meio de tratados internacionais.

2.1.4. União europeia

2.1.4.1. Breve histórico e bases normativas

A União Europeia é o bloco mais avançado em termos de integração internacional. Com sua estrutura institucional e normativa robusta, caminha para

²⁴⁷ Portela, 2021, p. 1288.

²⁴⁸ Parcerias aqui são utilizadas de modo amplo para abranger todas as aproximações internacionais decorrentes de tratados internacionais sem envolver a criação de organismos internacionais, como, por exemplo, a Convenção da Apostila (Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos ou Convenção de Haia de 5 de outubro de 1961), incorporada no Brasil por meio do Decreto nº 8.660/2016.

²⁴⁹ Há organismos internacionais de fins gerais e de fins especiais. As de fins gerais possui diversas finalidades e são eminentemente políticas, a exemplo da ONU (Organizações das Nações Unidas), a OEA (Organização dos Estados Americanos) e a OUA (Organização da Unidade Africana). Já as organizações internacionais de fins especiais possuem um objeto específico. Dividem-se em (Husek, 2017, pp. 214-215):

- a) organizações de cooperação política, como o Conselho da Europa;
- b) organizações de cooperação econômica, como FMI (Fundo Monetário Internacional), BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento), EFTA (Associação Europeia de Comércio Livre), OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico);
- c) organização de cooperação militar, como a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) e SEATO (Organização do Tratado do Sudoeste Asiático);
- d) organização de cooperação social e humanitária, como FAO (Organização Internacional para Alimentação e Agricultura), OIT (Organização Internacional do Trabalho) e OMS (Organização Mundial de Saúde);
- e) organização para finalidades culturais, como UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação e a Ciência).

avançar mais a ponto de haver quem atualmente mencione a existência do conceito de cidadania europeia²⁵⁰.

A sua motivação não foi apenas por conveniência econômica. Colaborou também a proximidade dos valores históricos e culturais dos Estados membros, que compartilham de valores de matriz greco-romana, judaico-cristã e iluminista. Contribuiu, igualmente, a busca pela paz, tendo em vista um histórico povoado de conflitos armados entre as nações europeias.

Após a II Guerra, as movimentações destinadas à integração da Europa recrudesceram.

Em 1944, Bélgica, Holanda e Luxemburgo criaram uma zona de livre comércio e de união aduaneira, formando o bloco Benelux²⁵¹.

Em 1949, foi criado o Conselho da Europa, que atualmente desempenha o papel de promover a democracia e defesa dos direitos humanos²⁵². Não se confunde com a União Europeia. Vários Estados-Membros do Conselho da Europa sequer integram a União Europeia.

Em 1951, foi criada a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) por meio do Tratado de Paris. Por causa dela, os Estados membros eram obrigados a seguir as decisões da CECA em matéria de produção de carvão e aço. Os Estados membros, portanto, abriram mão de parte de sua soberania em favor dessa instância supranacional, o que representa um dos mais marcantes antecedentes históricos da União Europeia.

Em 1957, foi criada a Comunidade Econômica Europeia (CEE) por meio do Tratado de Roma²⁵³ (que era conhecido pela sigla TCE em alusão ao seu epíteto Tratado da Comunidade Europeia), destinada a viabilizar a formação de uma nova etapa de integração regional: a do mercado comum. No mesmo ano, também foi criada a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM), destinada ao uso pacífico da energia nuclear, especialmente para alcançar uma independência energética. A EURATOM segue vigente e não se confunde com a União Europeia.

²⁵⁰ Portela, 2021, p. 1322.

²⁵¹ O nome do bloco decorre das iniciais dos nomes dos países integrados: **BE**lgique, **NE**derland e **LUX**embourg.

²⁵² Site do Conselho da Europa: <https://www.coe.int/pt/web/about-us>.

²⁵³ Esse tratado foi posteriormente rebatizado como Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Foi da CEE que veio a nascer a União Europeia, que representa uma etapa mais avançada de integração regional: união econômica e monetária.

A União Europeia, inicialmente, foi fruto do Tratado da União Europeia, também conhecido como Tratado de Maastrich ou pela sigla TUE (1992). Esse tratado foi posteriormente alterado pelo Tratado de Amsterdam (1997) e pelo Tratado de Nice (2001) até vir a sofrer uma grande reforma com Tratado de Lisboa (2009).

Atualmente, as bases normativas da União Europeia foram decisivamente alcançadas pelo Tratado de Lisboa²⁵⁴ (2009), que é conhecido como o Tratado de Reformador. Ele alterou o TUE (o Tratado de Maastrich) e o Tratado de Roma (o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia). Este último, inclusive, recebeu um novo nome de batismo: Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Portanto, o TFUE (antigo Tratado de Roma) e o TUE, com as alterações feitas pelo Tratado de Lisboa, são as principais bases normativas da União Europeia. São o Direito da União²⁵⁵. São “os Tratados”, nas palavras do item 2 do art. 1º do TFUE²⁵⁶.

O TFUE e o TUE não podem ser considerados uma Constituição, porque a União Europeia não é um Estado soberano. Ela é uma organização intergovernamental representativa de uma forma avançada de integração regional. Todavia, “os Tratados” dão a estrutura e os fundamentos da União Europeia, assemelhando-se, ainda que parcialmente, a uma Constituição.

Essas normas são utilizadas, entre outros fins, para guiar decisões em processos julgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

²⁵⁴ Tratado de Lisboa, 2007.

²⁵⁵ Há quem também inclua o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEa). Deixamos, porém, de problematizar o tema por conta de sua falta de pertinência com o objeto do nosso estudo, que é o direito privado.

²⁵⁶ Art. 1º do TFUE:

Artigo 1.º

1. O presente Tratado organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências.

2. O presente Tratado e o Tratado da União Europeia constituem os Tratados em que se funda a União. Estes dois Tratados, que têm o mesmo valor jurídico, são designados pelos termos “os Tratados”.

A União Europeia abrange 27 Estados membros. O mapa abaixo dá uma visão geográfica dos Estados membros da União Europeia, com a ressalva de que a Islândia (*Ireland*) suspendeu, por tempo indeterminado, seu pedido de adesão ao bloco e, portanto, não é um membro atual²⁵⁷:



2.1.4.2. Estrutura institucional

A União Europeia é formada por 8 principais órgãos²⁵⁸:

- a) Parlamento Europeu – PE;
- b) Conselho Europeu²⁵⁹;
- c) Conselho da União Europeia (ou simplesmente Conselho);
- d) Tribunal de Justiça da União Europeia;
- e) Comissão Europeia²⁶⁰ (ou simplesmente Comissão);

²⁵⁷ Cerkesas, 2021. Sobre o perfil dos países integrantes da União Europeia, ver seu site oficial: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/country-profiles_pt?page=1.

²⁵⁸ Artigos 223º ao 287º do TFUE e art. 13 do TUE.

²⁵⁹ O Conselho Europeu não é instituição legislativa, ao contrário do Conselho da União Europeia. Cabe-lhe definir orientações e prioridades da União Europeia. É composto pelos chefes de Estado ou de Governo dos Estados membros, além do presidente do Conselho Europeu e do presidente da Comissão Europeia. Site oficial do Conselho Europeu: <https://www.consilium.europa.eu/>.

- f) Tribunal de Justiça da União Europeia (ou simplesmente Tribunal de Justiça);
- g) Banco Central Europeu – BCE²⁶¹;
- h) Tribunal de Contas Europeu (ou simplesmente Tribunal de Contas)²⁶²;

Além desses órgãos, há outros, como o Comitê Econômico e Social (CESE)²⁶³ e o Comitê das Regiões, os quais auxiliam os trabalhos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Para nosso estudo, importa-nos mais os órgãos incumbidos da produção de normas e precedentes em matéria de direito privado, a saber: o Conselho da União Europeia, o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

O **Conselho da União Europeia**²⁶⁴ (ou apenas Conselho) é a principal instância decisória. É composto por ministros dos Estados membros, cujos votos possuem pesos diferentes a depender da sua bandeira.

Além de outras competências²⁶⁵, o Conselho exerce o papel de legislador, gerando os atos normativos comunitários.

Em geral, essa competência legislativa é exercida em conjunto com o Parlamento Europeu, mais especificamente quando for aplicável o processo legislativo ordinário.

Quando, porém, se trata de aplicação do processo legislativo especial, o Conselho, sozinho, é quem exerce a função de legislador.

Os principais atos normativos da União Europeia são estes²⁶⁶:

²⁶⁰ A Comissão Europeia é órgão executivo da União Europeia e toma decisões sobre o rumo político. Ela tem o monopólio para a iniciativa normativa. Site oficial: <https://ec.europa.eu/>.

²⁶¹ O BCE cuida da política monetária da União Europeia.

²⁶² O Tribunal de Contas fiscaliza as finanças da União Europeia.

²⁶³ O CESE, além emitir relatórios e pareceres, organiza eventos anuais para participação da sociedade civil.

²⁶⁴ Site: <https://www.consilium.europa.eu/pt/>

²⁶⁵ O Conselho da União Europeia também coordena as políticas dos Estados membros, elabora política externa e de segurança da União Europeia com base nas orientações do Conselho Europeu, celebra acordos da União Europeia com países terceiros ou organismos internacionais e adota o orçamento da União Europeia em conjunto com o Parlamento Europeu.

²⁶⁶ Há, ainda, as Decisões (que só vincula os seus destinatários em específico), as Recomendações (que não vinculam) e os Pareceres (que também não são vinculantes).

- a) *Regulamento*: é ato legislativo vinculante em todos os Estados membros;
- b) *Diretivas*: é ato legislativo que estabelece um objetivo geral aos Estados membros. Cabe a cada Estado membro editar normas domésticas para cumprir o objetivo das diretivas. No acórdão *van Duyn vs. Home Office* e no acórdão *Ratti*, o TJUE admitiu que a diretiva possa ser aplicada diretamente contra o Estado membro a pedido do particular no caso de omissão legislativa doméstica diante de uma diretiva com regras incondicionais e claras²⁶⁷.

As questões de direito privado tratadas na União Europeia costumam ser veiculadas nesses dois atos normativos, além dos atos jurisdicionais do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A propósito do efeito vinculante das diretivas, convém deitar holofotes nos dois julgados supracitados.

O supracitado caso *van Duyn vs. Home Office* decorreu de consulta feita ao TJUE (então, Tribunal de Justiça apenas) em 1974 pela *Chancery Division* da *High Court of Justice* da Inglaterra para interpretação do direito comunitário. Tratava-se de caso relacionado à livre circulação de trabalhadores. No caso concreto, o Reino Unido recusou a entrada de uma cidadã neerlandesa (a Sra. Ivonne van Duyn) para trabalhar de secretária na *Church of Scientology*. O motivo da recusa é o fato de o Reino Unido considerar a atividade da referida organização como de perigo social. A diretiva 64/221/CEE, todavia, estabelece que a negativa de ingresso de pessoas com fundamento na ordem ou segurança públicas só pode basear-se em comportamento pessoal do próprio indivíduo. Trata-se de regra destinada a limitar a discricionariedade das autoridades domésticas em matéria de entrada e expulsão de estrangeiros. Nesse caso, como a regra da referida diretiva não demanda nenhum ato posterior dos Estados membros por conta de sua clareza e pela falta de qualquer condicionante, o TJUE reconheceu-lhe efeito direto e vinculante contra o Reino Unido²⁶⁸.

No caso *Ratti*, o TJUE assentou que, se o prazo de adaptação da legislação interna a uma diretiva expirar, o Estado membro não pode aplicar suas

²⁶⁷ Eur-lex, 2021.

²⁶⁸ Eur-lex, 1974.

regras domésticas contrariamente a um particular que tenha cumprido os requisitos da diretiva, mesmo em questões de direito penal. No caso concreto o cidadão italiano Tullio Ratti havia sido incriminado com base em lei penal italiana que exigia a indicação, na rotulagem dos produtos, da presença de determinadas substâncias (benzeno, tolueno e xileno). Acontece que, à época dos fatos, o referido cidadão havia cumprido as exigências da Diretiva nº 73/173, de 3 de julho de 1973, e da Diretiva nº 77/228, de 7 de novembro de 1977, às quais a legislação italiana não se havia adaptado apesar do transcurso do pertinente prazo. Com base nisso, o TJUE entendeu que nenhum cidadão pode ser punido com base em uma lei penal doméstica que, mesmo após a consumação do pertinente prazo de adaptação, permanece incompatível com diretivas²⁶⁹.

Há outros julgados que reforçam a existência de efeito vinculante a diretivas com regras claras que independem de regulamentação. No acórdão *Franovich*, por exemplo, o TJUE esclareceu que o fato de os Estados membros terem liberdade para definir o modo como adaptará a legislação interna às diretivas não afasta o direito de os particulares invocarem direitos incondicionados previstos de modo claro na diretiva²⁷⁰.

O **Parlamento Europeu**²⁷¹ exerce um papel de legislador com o Conselho nos processos legislativos ordinários e um papel meramente consultivo no processo legislativo especial, além de outras atribuições²⁷². Não tem competência para iniciativa legislativa: esta é da Comissão Europeia²⁷³. É composto por parlamentares eleitos pelos cidadãos dos Estados membros.

O **Tribunal de Justiça da União Europeia**²⁷⁴ (TJUE ou apenas Tribunal de Justiça) é composto por 27 juízes, com uma estrutura tripartida de órgãos fracionários de julgamento: (1) Tribunal Pleno; (2) Grande Seção; e (3)

²⁶⁹ Eur-lex, 1979.

²⁷⁰ Segue este excerto do sumário do acórdão *Franovich*: “A faculdade de um Estado-membro destinatário de uma diretiva escolher entre uma multiplicidade de meios possíveis com vista a atingir o resultado estabelecido pela mesma não exclui a possibilidade de os particulares invocarem perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos cujo conteúdo pode ser determinado com precisão suficiente apenas com base nas disposições da diretiva.” (Eur-lex, 1991).

²⁷¹ Site: <https://www.europarl.europa.eu/portal/en>.

²⁷² O Parlamento Europeu também emite pareceres sobre relatórios da Comissão, do Banco Central, além de manifestar-se consultivamente em outras questões e de colaborar com parlamentos nacionais.

²⁷³ Para aprofundamento, ver Europarl, 2022.

²⁷⁴ Curia, 2022. Site: <https://curia.europa.eu/>. Não se pode confundir com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), fruto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Este integra o Conselho da Europa, que é organismo diferente da União Europeia.

Seções²⁷⁵. Há ainda o Tribunal Geral da União Europeia, que está associado ao TJUE e que aprecia causas específicas, especialmente as de iniciativa de particulares²⁷⁶.

O principal tipo de processo julgado pelo Tribunal de Justiça é processo de reenvio prejudicial. Os principais julgados em matéria de Direito Privado costumam decorrer desses processos.

O reenvio processual consiste em consultas feitas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados membros sobre a interpretação adequado do direito comunitário²⁷⁷. Dá-se quando o Poder Judiciário local depara-se com uma fundada dúvida acerca de qual seria a mais adequada interpretação de um ato normativo comunitário. Nesse caso, para evitar divergência de interpretação das normas comunitárias entre os Estados membros, o Poder Judiciário sobresta o julgamento do caso concreto e consulta o Tribunal de Justiça da União Europeia sobre essa questão jurídica prejudicial.

Há outros processos examinados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, como:

- a) *Ação por incumprimento*: é precedido de um procedimento perante a Comissão, e a legitimidade ativa *ad causam* é da Comissão ou de um Estado membro. Essa ação volta-se a suspeitas de violações do direito comunitário por outros Estados membros.
- b) *Recurso de anulação*: veicula pretensão de anulação de atos de órgãos da própria União Europeia, como um regulamento ou uma diretiva. A legitimidade recursal é dos Estados membros ou de particulares²⁷⁸.

²⁷⁵ Na sistemática de julgamento, não há espaço para votos vencidos. O juiz relator faz um projeto de acórdão. Qualquer juiz pode propor alteração. E só esse acórdão final é publicado, com a assinatura dos juízes que estiveram presentes na deliberação oral.

²⁷⁶ A rigor, o Tribunal de Justiça da União Europeia é dividido em duas jurisdições: o Tribunal de Justiça *stricto sensu* e o Tribunal Geral. Em termos de nomenclatura, a expressão “Tribunal de Justiça” é utilizada ora em alusão ao TJUE, ora em referência ao que chamamos de Tribunal de Justiça *stricto sensu*. Até 2016, havia também o Tribunal da Função Pública, mas, com sua extinção, as suas atribuições reverteram-se para o Tribunal Geral.

²⁷⁷ Conforme realçaremos mais abaixo, utilizaremos a expressão “direito comunitário” como sinônima de “direito da União” em virtude de tal emprego seguir sendo utilizada por doutrinadores em geral.

²⁷⁸ A competência será do Tribunal Geral se o recurso for de um particular.

- c) *Ação por omissão*: volta-se contra persistência em postura omissiva por parte de órgãos da União Europeia após provocação²⁷⁹.
- d) *Recursos de decisão do Tribunal de Geral*: só para questões de direito e volta-se contra acórdãos ou despachos do Tribunal Geral.

Em suma, o sistema de justiça da União Europeia é dividido em dois âmbitos: os sistemas nacionais (constituídos pelo Poder Judiciário de cada Estado membro) e o sistema da União Europeia (representado pelo TJUE).

Os julgados do TJUE possuem uma importância crucial no sistema jurídico comunitário. Diversos julgados estão na raiz da estrutura jurídica da União Europeia, respaldando regras e valores comunitários estruturais.

Por exemplo, a propósito do direito à livre circulação de mercadorias, o acórdão *Cassis de Dijon* (1979) é uma referência. Nesse julgado, o TJUE assegurou aos comerciantes o direito de importar de outros países produtos, salvo se estes forem ilegais ou contrários à proteção da saúde ou do meio ambiente²⁸⁰.

Sobre o direito à livre circulação de pessoas, há diversos julgados emblemáticos. No acórdão *Kraus* (1993), o TJUE estabeleceu que a homologação de diplomas estrangeiros tem de limitar-se à conferência meramente formal, destinada a investigar a fidedignidade do documento. No acórdão *Bosman* (1995), no acórdão *Deutscher Handballbund* (2003) e no acórdão *Simutenko* (2005), foram consideradas descabidas regras domésticas que impediam a transferência de jogadores ou que limitasse o número de estrangeiros em clubes de futebol, inclusive em relação a outros países que, embora não integrem da União Europeia, mantenham acordos internacionais.

Em relação ao direito à livre circulação de serviços, destacam-se três julgados.

O acórdão *Cowan* (1989) consagra o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, admitindo a um cidadão britânico que foi espancado em um metrô na França o direito a ser indenizado como qualquer cidadão francês.

²⁷⁹ Em alguns casos, a competência é do Tribunal Geral.

²⁸⁰ Curia, 2022.

O acórdão *Kohll* (1998) assegurou a um cidadão luxemburguês o direito a que uma caixa de assistência de saúde de Luxemburgo²⁸¹ reembolse despesas médicas efetuadas em outros Estados membros²⁸². Entendimento diverso seria um injusto entrave à livre circulação de serviços.

O acórdão *Decker* (1998) segue a mesma linha. Censurou a recusa da supracitada caixa de assistência de saúde de Luxemburgo a reembolsar as despesas com a aquisição de óculos em outro Estado membro.

No tocante à igualdade de tratamento e direitos sociais, reportamo-nos a três julgados. O acórdão *Defrenne* (1976) fixou o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos pelo mesmo trabalho e, com isso, concedeu razão a uma obreira cuja remuneração era inferior por causa do seu gênero. O acórdão *Brown* (1998) reputou ilegal a despedida de trabalhadora por faltas resultantes da gravidez, pois tal representaria uma discriminação por gênero. O acórdão *Bectu* (2001) censurou a legislação britânica que afastava o direito a férias anuais pagas para contratos de trabalho de curta duração.

Em direitos fundamentais, há também acórdãos do TJUE. É o caso do acórdão *Johnston* (1986), que, em nome do direito fundamental à igualdade, censurou ato estatal que proibia mulheres policiais de portarem armas.

Em matéria de cidadania, o acórdão *Zhu e Chen* (2004) estabelece que o direito do cidadão da União em residir em qualquer Estado membro estende-se também a crianças, ainda que sua mãe seja nacional de um país alheio à União Europeia.

Alguns esclarecimentos adicionais calham.

O primeiro diz respeito a uma questão taxonômica. As expressões “direito da União” e “direito comunitário” devem ser consideradas sinônimas²⁸³. A rigor, a última expressão era mais adequada antes da criação da União Europeia, quando havia uma Comunidade Econômica Europeia. Todavia, o uso das expressões como sinônimas mesmo após esse marco segue vigente na literatura jurídica.

²⁸¹ Essa caixa de assistência de saúde é estatal.

²⁸² Eur-lex, 1998.

²⁸³ Reportamo-nos à nota de rodapé 277.

O segundo é para esclarecer o modo de busca de atos produzidos no seio do direito comunitário.

Para encontrar os atos normativos, precedentes e outros atos oficiais da União Europeia, convém algumas explicações operacionais. Em suma, é viável realizar buscas por palavras-chave ou acessar diretamente o Jornal Oficial da União Europeia (JO), tudo no site oficial mantido pela própria União Europeia: o site EUR-lex (<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>).

Tomemos como exemplo este ato:

Diretiva 85/577, de 20 de dezembro, a qual foi publicada no JO nº L 31, número 372, de 31 de dezembro de 1985.

Na catalogação das diretivas, o primeiro número reporta-se ao ano e a parte final indica o dia e o mês. No caso acima, a Diretiva é de 20 de dezembro de 1985. O segundo número indica a numeração sequencial do ato. A supracitada Diretiva é a de nº 577.

O seu interior teor pode ser obtido por consulta no supracitado site EUR-lex. Há duas formas de encontrar o ato nesse site.

A primeira é, ao buscar os atos jurídicos, indicar as palavras-chave cabíveis. No caso acima, basta informar o ano e o número da Diretiva no campo próprio para obter o produto.

A segunda forma de pesquisa é clicar, no supracitado site, no campo do Jornal Oficial da União Europeia (JO) e buscar o ato na edição pertinente do JO.

O JO corresponde ao que, no Brasil, conhecemos como “Diário Oficial”. Nele são publicados todos os atos oficiais dos órgãos da União Europeia, tanto os normativos (como as diretivas) quanto os jurisprudenciais (como as decisões do Tribunal de Justiça) ou outros de natureza diversa (como comunicações).

Cada edição do JO recebe uma numeração. No caso acima, o número do JO em que foi publicado a supracitada Diretiva é 372.

Dentro da edição do JO, o ato a ser publicado é identificado por uma letra e um número. As letras correspondem às séries do JO, que são principalmente duas: (1) “L”, quando se tratar de legislação; (2) “C”, quando se cuidar de comunicações e informações. O número corresponde à página. Assim, no exemplo

acima, a supracitada diretiva é identificada como L 31, porque integra a série de “legislação” e está na página 31 da edição do JO.

Em resumo, no exemplo acima, a Diretiva está na página 31 da série “Legislação” do JO nº 372, publicado em 31 de dezembro de 1985.

2.1.4.3. Principais princípios fundamentais da União Europeia

O direito comunitário é assentado em alguns princípios fundamentais, muito dos quais foram expostos e consolidados pela jurisprudência do TJUE²⁸⁴. Destacam-se, entre eles: (1) o princípio do efeito direito do direito comunitário; (2) o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito interno; e (3) o princípio da responsabilidade de um Estado membro em relação aos particulares.

O **princípio do efeito direto do direito comunitário** estabelece que o direito comunitário tem de ser observado pelos Estados membros independentemente de qualquer ato de internalização. Daí decorre que os particulares podem invocar o direito comunitário perante as jurisdições domésticas, seja em demandas contra outros particulares (efeito direto horizontal), seja em demandas contra o próprio Estado membro (efeito direto vertical).

Esse princípio foi introduzido pelo TJUE no acórdão *Vand Gend & Loor* (1963). Nesse caso concreto, os Países Baixos estavam desrespeitando um Tratado da Comunidade Econômica Europeia (CEE) que proíbe o aumento de cobrança de direitos aduaneiros. O TJUE censurou essa postura neerlandesa, assentando que o referido tratado do direito comunitário tem efeito direto nos Estados membros. Com isso, o TJUE livrou a empresa *Van Gend & Loor* da cobrança indevida²⁸⁵.

A aplicação do princípio do efeito direito do direito comunitário depende do tipo de ato envolvido. Atos não vinculantes, como os pareceres e as recomendações, não possuem efeito direto.

Regulamentos, por outro lado, possuem efeito direto, pois são vinculantes, conforme art. 288º do TFUE²⁸⁶.

²⁸⁴ Curia, 2022; Eur-lex, 2021.

²⁸⁵ Para aprofundamento, com menção a outros dois acórdãos do TJUE (o acórdão *Becker* e o acórdão *Kaefer e Procacci contra o Estado francês*), ver Eur-lex, 2021.

²⁸⁶ Confira-se:

Diretivas, em algumas situações, possuem efeito direto contra o Estado membro (efeito direto vertical) que permaneceu inerte durante o prazo pertinente nas hipóteses em que as disposições da Diretiva eram incondicionais e suficientemente claras e precisas²⁸⁷.

Decisões têm efeito direto nos Estados membros que forem expressamente designados²⁸⁸.

Acordos internacionais, em alguns casos, também tem efeito direto em razão de sua força vinculante²⁸⁹.

O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional consiste no fato de as normas domésticas não poderem suplantar as normas comunitárias. Cabe, assim, ao Poder Judiciário doméstico e a todas as demais instâncias domésticas observar plenamente o direito comunitário e deixar de aplicar as normas domésticas contrárias, inclusive as normas constitucionais²⁹⁰.

Esse princípio foi introduzido pelo TJUE em 1964, no acórdão *Costa*. Nesse julgado, o TJUE analisou uma consulta do Poder Judiciário italiano e estabeleceu que uma lei italiana sobre nacionalização do setor de energia elétrica não poderia prevalecer sobre um tratado da Comunidade Econômica Europeia. Embora não haja nenhum dispositivo específico sobre o referido princípio nos Tratados da UE, trata-se de princípio fundamental reconhecido pelo TJUE.

O princípio da responsabilidade de um Estado membro em relação aos particulares estatui que os particulares têm direito a serem indenizados contra o Estado membro por violação às normas comunitárias. Entre as hipóteses de violação, está a hipótese de omissão do Estado membro em adaptar a legislação

Artigo 288.º
(ex-artigo 249.º TCE)

Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos.

²⁸⁷ Eur-lex, 2021.

²⁸⁸ Para aprofundamento (com citação do acórdão *Hansa Fleisch contra Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*), ver Eur-lex, 2021.

²⁸⁹ Eur-lex, 2021 (em que se reporta ao acórdão *Demirel contra Stadt Schwäbisch Gmünd*).

²⁹⁰ Farinhas, 2018; Curia, 2022.

interna a uma diretiva da União Europeia, especialmente quando o exercício do direito do particular dependa dessa prévia adaptação. Entendeu a Corte comunitária que, sem esse direito de indenização contra o Estado, a plena eficácia do direito da União seria enfraquecida

Esse princípio foi implantado pelo TJUE em 1991 no acórdão *Francovich*. No caso concreto, a Itália havia se omitido em transpor, para o direito interno, uma diretiva que protegia trabalhadores no caso de insolvência patronal. Dois obreiros obtiveram, por conta disso, direito a indenização contra o Estado por terem sofrido prejuízos com a insolvência do seu patrão e com a morosidade na regulamentação doméstica da referida diretiva²⁹¹.

2.2. Harmonização jurídica na União Europeia no direito privado

A harmonização internacional de direitos não necessariamente depende de uma de integração regional. Esta é apenas um catalisador da harmonização, a exemplo do que se testemunha com a experiência da União Europeia.

No caso da União Europeia, a harmonização jurídica no direito privado é fortemente estimulada pelos seus próprios fundamentos principiológicos, especialmente o da liberdade de circulação de pessoas, de capital e de trabalhadores²⁹² bem como o da busca por criar um espaço de liberdade, segurança e justiça²⁹³.

Para viabilizar essa liberdade, é essencial que haja uma harmonização jurídica entre os Estados membros, de modo a garantir previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos e ao mercado. Devem-se reduzir, ao máximo, obstáculos jurídicos que inviabilizem ou dificultem demasiadamente a referida livre circulação.

Não se pretendem, com isso, eliminar as particularidades jurídicas de cada Estado membro. O TFUE é expresso em preconizar o respeito “dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros” (art. 67º, item 1).

²⁹¹ Eur-lex, 1991; Curia, 2022.

²⁹² Reportamo-nos especialmente ao Título II do TFUE, que trata da livre circulação de mercadorias (arts. 28º e 29º) e ao Título IV, que lida com a livre circulação de pessoas, serviços e capitais (arts. 45º a 66º) do TFUE.

²⁹³ Remetemo-nos ao Título V do TFUE, que trata do fato de a União Europeia ser um espaço de liberdade, segurança e justiça.

A harmonização jurídica da União Europeia caminha não apenas em aproximar as normas de direito material e processual em direito privado, mas também em uniformizar as regras de direito internacional privado (relativamente aos conflitos potenciais entre os ordenamentos diante de situações privadas transnacionais).

A doutrina costuma reportar-se a esse fenômeno na União Europeia como “europeização do direito internacional privado”²⁹⁴. Na verdade, o fenômeno vai além do direito internacional privado. A europeização é de todo o direito privado. Não se trata apenas de resolver potenciais conflitos entre os ordenamentos diante de situações transnacionais ou de harmonizar situações processuais (competência jurisdicional, cooperação judiciária etc.). Busca-se, também, propiciar aos sujeitos um espaço jurídico que abranja nações com ordenamentos, ao máximo, próximos, para assegurar segurança jurídica nos processos de circulação de pessoas, capital e serviços²⁹⁵.

Alcança os próprios direitos privados domésticos, com aproximação da regulamentação.

No âmbito do direito privado, a harmonização jurídica da União Europeia focou mais o direito contratual do que propriamente os direitos reais²⁹⁶.

Em um primeiro momento, os órgãos legislativos da União Europeia concentraram-se em direito do consumidor para resolver problemas mais pontuais. Houve várias diretivas nesse âmbito, como:

- a) *Diretiva 85/577, de 20 de dezembro*²⁹⁷: protege o consumidor em compras a distância;
- b) *Diretiva 90/314, de 13 de junho*²⁹⁸: trata de viagens combinadas.

A livre circulação de pessoas, de capital e de serviços no âmbito da União Europeia intensificou as relações jurídico-privadas transfronteiriças. Por consequência, aumentou o esforço por alcançar uma maior definição das regras de

²⁹⁴ Nesse sentido: Augusto Jaeger Junior (2012); Ribeiro, 2014.

²⁹⁵ Gustavo Ferraz de Campos Monaco e Rui Manuel Moura Ramos coordenaram uma obra destacando diversos aspectos da unificação europeia do direito internacional privado: “Aspectos da Unificação do direito internacional privado” (Moura Ramos e Monaco, 2016).

²⁹⁶ Moreno, 2013, p. 23

²⁹⁷ JO n° L 31, número 372, de 31 de dezembro de 1985.

²⁹⁸ JO n° L23, número 158, de 23 de junho de 1990.

direito internacional privado e das regras comunitárias para dar segurança jurídica aos sujeitos.

Entre as várias questões jurídicas de direito internacional privado e de direito comunitário, estão as que tocam a harmonização internacional dos direitos reais, a qual esmiuçaremos mais à frente.

A harmonização jurídica na União Europeia tem avançado de modo expressivo, especialmente pela abundância de edição de Regulamentos e Diretivas em diversas matérias de direito privado.

A aproximação dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros em matéria de direito privado é essencial para viabilizar a livre circulação de pessoas, de capital e de serviços. Sem previsibilidade e clareza do direito que será aplicado para reger as relações privadas, os sujeitos ficão acuados a praticar atos jurídicos transfronteiriços.

Foi nesse contexto que, por exemplo, a União Europeia editou o Regulamento Europeu das Sucessões: o Regulamento UE nº 650/2012.

A referida norma comunitária buscou dar clareza e previsibilidade jurídicas às sucessões *mortis causa* transfronteiriça. Sem esse ambiente normativo previsível e seguro, os sujeitos seriam inibidos a exporem-se a relações jurídicas privadas internacionais.

Se o sujeito não tem clareza sobre como será a sucessão *mortis causa* caso ele tenha bens em outros países ou caso ele se mude do seu país de origem, a tendência é que esse fato seja um entrave à circulação transnacional. É nesse sentido que o Regulamento Europeu das Sucessões nasceu, pois, conforme seu Considerando nº 7:

(7) É conveniente facilitar o bom funcionamento do mercado interno suprimindo os entraves à livre circulação de pessoas que atualmente se defrontam com dificuldades para exercerem os seus direitos no âmbito de uma sucessão com incidência transfronteiriça. No espaço europeu de justiça, os cidadãos devem ter a possibilidade de organizar antecipadamente a sua sucessão. É necessário garantir eficazmente os direitos dos herdeiros e dos legatários, das outras pessoas próximas do falecido, bem como dos credores da sucessão.

Essa preocupação já estava presente desde quando o Regulamento Europeu das Sucessões era apenas um projeto. Em 2009, no Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, foi realçada a elevada importância em haver

uma harmonização das regras sucessórias no espaço europeu²⁹⁹. Segundo o referido documento, em 2009, o volume patrimonial envolvido em sucessões *mortis causa* na União Europeia chegava a 646 bilhões de euros por ano. Estima-se que cerca de 10% desse volume dizem respeito a sucessões transnacionais. Sem uma regra sucessória de harmonização, o volume de bens que poderiam ficar fora do mercado por transtornos jurídicos em matéria sucessória seria expressivo. Os indivíduos seriam desencorajados a realizar relações privadas transnacionais pela insegurança jurídica da partilha de seus bens situados em outros países. Ter regras sucessórias claras e harmonizadas para sucessões transnacionais é um fundamental para alcançar a livre circulação de pessoas, de capital e de serviços.

O Regulamento Europeu das Sucessões centra-se em definir apenas questões transnacionais estritamente de direito sucessório, como a definição de quem são os sucessores e o modo de repartição do acervo hereditário. Foca essas questões sob o aspecto de conciliar os diversos ordenamentos jurídicos da União Europeia. Em suma, ele trata de três questões básicas diante de situações jurídicas transfonteiriças: (1) competência jurisdicional internacional; (2) conflitos de leis no espaço; e (3) forma de reconhecimento e de execução de decisões estrangeiras³⁰⁰.

O normativo europeu de sucessões busca evitar que a sucessão *mortis causa* transnacional fique vulnerável a uma insegurança jurídica que ocorreria caso a lei de mais de um Estado membro fosse aplicável.

Assim, se uma pessoa falecer deixando bens em vários Estados membros, o Regulamento Europeu das Sucessões definirá uma única lei que será aplicável para reger a transmissão *mortis causa* de todos os bens, independentemente da sua localização. A norma comunitária censura a fragmentação da sucessão para leis diferentes por adotar o princípio da unidade sucessória³⁰¹. Esse princípio contrapõe-se ao princípio do fracionamento da lei

²⁹⁹ Eur-lex, 2009.

³⁰⁰ Essas três questões básicas de direito internacional privado em matéria de sucessão foram disciplinadas em um único regulamento: o Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento UE nº 650/2012). Não se deu o mesmo em matéria obrigacional. O legislador comunitário fragmentou a disciplina em três regulamentos. Um foi para disciplinar forma de reconhecimento e execução de atos estrangeiros: Regulamento UE nº 1.215/2012. Outros dois para disciplinar as questões de competência jurisdicional internacional e de conflitos de lei no espaço em matéria de obrigações contratuais (Regulamento Roma I, ou seja, Regulamento nº 593/2008) e de obrigações extracontratuais (Regulamento Roma II, ou seja, Regulamento UE nº 864/2007).

³⁰¹ Transcreva-se o Considerando 37 do Regulamento Europeu das Sucessões (Curia, 2012-A):

(37) Para que os cidadãos possam beneficiar, com toda a segurança jurídica, das vantagens oferecidas pelo mercado interno, o presente regulamento deverá permitir-lhes conhecer antecipadamente qual será

a lei aplicável à sua sucessão. Deverão ser introduzidas normas harmonizadas de conflitos de leis para evitar resultados contraditórios. A regra principal deverá assegurar previsibilidade no que se refere à lei aplicável com a qual a sucessão apresente uma conexão estreita. Por razões de segurança jurídica e para evitar a fragmentação da sucessão, essa lei deverá regular a totalidade da sucessão, ou seja, todos os bens da herança, independentemente da natureza dos bens e independentemente de estes se encontrarem situados noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro.

No mesmo sentido, os arts. 20º, 21º, n. 1, 22º, n. 1, e 23, n. 1, do Regulamento Europeu das Sucessões são incisivos em deixar claro que a *lex successionis* escolhida nos seus termos disciplinará “toda a sucessão”, ou seja, “o conjunto da sucessão”, ainda que ela não seja a lei aplicável à luz do ordenamento de algum Estado membro. Confirma-se (Curia, 2012-A):

CAPÍTULO III LEI APLICÁVEL

Artigo 20.º

Aplicação universal

É aplicável a lei designada pelo presente regulamento, mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro.

Artigo 21.º

Regra geral

1. Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito.
2. Caso, a título excepcional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do nº 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado.

Artigo 22.º

Escolha da lei

1. Uma pessoa pode escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito.

Uma pessoa com nacionalidade múltipla pode escolher a lei de qualquer dos Estados de que é nacional no momento em que faz a escolha.

2. A escolha deve ser feita expressamente numa declaração que revista a forma de uma disposição por morte ou resultar dos termos dessa disposição.
3. A validade material do ato pelo qual foi feita a escolha da lei é regulada pela lei escolhida.
4. Qualquer alteração ou a revogação da escolha da lei deve preencher os requisitos formais aplicáveis à alteração ou à revogação de uma disposição por morte.

Artigo 23.º

Âmbito da lei aplicável

1. A lei designada nos termos do artigo 21.º ou do artigo 22.º regula toda a sucessão.
2. Essa lei rege, nomeadamente:
 - a) As causas, o momento e o lugar da abertura da sucessão;
 - b) A determinação dos beneficiários, das respetivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios, incluindo os direitos sucessórios do cônjuge ou parceiro sobrevivente;
 - c) A capacidade sucessória;
 - d) A deserção e a incapacidade por indignidade;
 - e) A transmissão dos bens, direitos e obrigações que compõem a herança aos herdeiros e, consoante o caso, aos legatários, incluindo as condições e os efeitos da aceitação da sucessão ou do legado ou do seu repúdio;
 - f) Os poderes dos herdeiros, dos executores testamentários e outros administradores da herança, nomeadamente no que respeita à venda dos bens e ao pagamento dos credores, sem prejuízo dos poderes a que se refere o artigo 29.º, n.os 2 e 3;

sucessória, que é comum quando se prestigia a *lex rei sitae* para reger a sucessão *mortis causa* em detrimento da *lex successionis*.

Aliás, o sistema da sucessão unitária (assentado no princípio da unidade da lei sucessória) é a tendência dos ordenamentos desde a segunda metade do século XX em virtude das dificuldades do sistema de fracionamento da sucessão. É o que vigora em Portugal, na Alemanha, na Áustria, na Checoslováquia, na Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Estônia etc. Foi proposto por Savigny e Mancini³⁰².

O sistema da sucessão unitária substituiu, em vários países, o sistema do fracionamento da sucessão, de origem feudal. Este último (o sistema do fracionamento da sucessão) é o sistema tradicional nos países anglo-saxões, nos influenciados pelo Código Civil napoleônico (como França, Bélgica, Luxemburgo), na Bulgária, na Lituânia e na Romênia³⁰³.

O Regulamento Europeu das Sucessões, todavia, rejeitou o sistema do fracionamento da sucessão pelo fato de que a insegurança jurídica desse modelo tem o potencial de inibir a livre circulação de pessoas, de capital e de serviços.

Em sintonia com essa necessidade de conciliar os diversos sistemas jurídicos dos Estados membros com a vontade dos sujeitos, o Regulamento Europeu das Sucessões prestigia a autonomia da vontade, ao admitir o *professio iuris* em matéria sucessória³⁰⁴.

Professio iuris é a escolha da lei aplicável. Esse conceito era utilizado na Idade Média. Referia-se às manifestações de vontade das partes de um negócio quanto à lei a ser aplicada. Era termo mais utilizado em escolhas feitas em testamento para reger a sucessão *mortis causa*.

Na Suíça do final do século XIX, esse termo foi resgatado para a escolha da lei aplicável pelo testador. A Convenção de Haia de 1989 sobre a Lei

g) Responsabilidade pelas dívidas da sucessão;

h) A quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte, bem como as pretensões que pesam sobre as próximas do falecido possam deduzir contra a herança ou os herdeiros;

i) A colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários;

j) A partilha da herança.

³⁰² Patrão, 2016, p. 124.

³⁰³ Patrão, 2016, pp. 124-125.

³⁰⁴ Santiago Álvarez González (2009, pp. 17-49) tratou do tema antes da superveniência do Regulamento (UE) nº 650/2012.

Aplicável a Sucessões *mortis causa* reforçou a figura e serviu de modelo a diversas outras legislações. O Regulamento Europeu das Sucessões positiva o *professio iuris* em matéria sucessória em favor da lei da nacionalidade³⁰⁵.

De fato, o Regulamento Europeu das Sucessões adota, por exemplo, como elemento de conexão no caso de conflito de leis, o ordenamento da residência habitual do falecido, admitida, porém, a escolha da lei da nacionalidade (*lex patriae*) pelo autor da herança em testamento (arts. 21 e 22). Essa exceção representa a admissão do *professio iuris* em favor da lei da lei nacionalidade.

O *professio iuris* é uma excelente alternativa para conciliar, de um lado, a autonomia da vontade dos sujeitos e, de outro lado, a importância em harmonizar os diversos ordenamentos jurídicos implicados no caldeirão jurídico da União Europeia. Permitir que as partes possam escolher o direito aplicável é lhes conceder previsibilidade jurídica e condições efetivas de planejar suas relações privadas.

É nesse contexto o *professio iuris*³⁰⁶ é empregado em vários domínios do direito privado europeu.

Em matéria obrigacional (contratual e extracontratual), a escolha da lei aplicável é uma das colunas da normatização comunitária.

É o que estatui o Regulamento Roma I³⁰⁷, que disciplina a lei aplicável em obrigações contratuais. A liberdade de as partes escolherem o direito aplicável é “uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”³⁰⁸.

É a mesma linha do Regulamento Roma II³⁰⁹, que regula a lei aplicável em obrigações extracontratuais, como a proveniente de responsabilidade civil, de enriquecimento sem causa, de culpa *in contrahendo* (responsabilidade civil pré-contratual) e de gestão de negócios.

³⁰⁵ Josep M. Fontanellas Morell (2010 e 2011) faz aprofundada análise dessa figura na sua obra *La profesio iuris sucesoria* e no artigo *La Professio Iuris Sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitária*. A expressão *professio iuris* é utilizada para eleição de leis em outras questões que não sucessórias, como em matéria de casamento (Baarsma, 2011, p. 68). Sobre o assunto, ver: Carrascosa González, 2014; Caravaca, 2016; Palao Moreno, 2017, pp. 77-102.

³⁰⁶ Embora tecnicamente o conceito de *professio iuris* seja empregada em matéria sucessória por conta de seu contexto histórico medieval, temos por conveniente estender seu conceito para qualquer situação de escolha de leis, como fazem alguns autores (a exemplo de Baarsma, 2011, p. 68).

³⁰⁷ Regulamento CE nº 493/2008, de 17 de junho de 2008.

³⁰⁸ Considerando 11 do Regulamento Roma I (Eur-lex, 2008).

³⁰⁹ Regulamento CE nº 864/2007, de 11 de julho de 2007 (Eur-lex, 2007).

O *professio iuris* em matéria contratual e extracontratual, todavia, deve ser feita sem abuso de direito. E, por isso, os Regulamentos Roma I e Roma II estabelecem limites à escolha da lei para evitar lesões à ordem pública e prejuízos a partes vulneráveis.

Por exemplo, em contratos celebrados com consumidor, a escolha da lei não pode ser feita de modo a afastar proteções de ordem pública que são garantidas ao consumidor pela lei da sua residência habitual (art. 6º, nº 2, do Regulamento Roma I³¹⁰). Em resumo, quando envolver consumidor, prestigia-se a aplicação da lei mais favorável a ele por conta de sua vulnerabilidade³¹¹.

³¹⁰ Confira-se o art. 6º do Regulamento Roma I (Eur-lex, 2008):

Artigo 6.º

Contratos celebrados por consumidores

1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 5.º e 7.º, os contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade comercial ou profissional («o consumidor»), com outra pessoa que aja no quadro das suas actividades comerciais ou profissionais («o profissional»), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual desde que o profissional:

a) Exerça as suas actividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou

b) Por qualquer meio, dirija essas actividades para este ou vários países, incluindo aquele país, e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas actividades.

2. Sem prejuízo do n.º 1, as partes podem escolher a lei aplicável a um contrato que observe os requisitos do n.º 1, nos termos do artigo 3.º. Esta escolha não pode, porém, ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável com base no n.º 1.

3. Caso não sejam cumpridos os requisitos estabelecidos nas alíneas a) ou b) do n.º 1, a lei aplicável ao contrato celebrado entre um consumidor e um profissional é determinada de acordo com os artigos 3.º e 4.º.

4. Os n.ºs 1 e 2 não são aplicáveis aos contratos seguintes:

a) Contratos de prestação de serviços quando os serviços devam ser prestados ao consumidor exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual;

b) Contratos de transporte diferentes dos contratos relativos a uma viagem organizada na acepção da Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados [\(15\)](#);

c) Contratos que tenham por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel, diferentes dos contratos que têm por objecto um direito de utilização de bens imóveis a tempo parcial, na acepção da Directiva 94/47/CE;

d) Direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro e direitos e obrigações que constituam os termos e as condições que regulam a emissão ou a oferta ao público e as ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários, e a subscrição e o resgate de partes de organismos de investimento colectivo na medida em que estas actividades não constituam a prestação de um serviço financeiro;

e) Contratos celebrados no âmbito do tipo de sistema abrangido pela alínea h) do n.º 1 do artigo 4.º.

³¹¹ Confira-se o Considerando 23 do Regulamento Roma I (Eur-lex, 2008):

(23) No caso dos contratos celebrados com partes consideradas vulneráveis, é oportuno protegê-las através de normas de conflitos de leis que sejam mais favoráveis aos seus interesses do que as normas gerais.

No mesmo sentido, para obrigações extracontratuais, é esclarecedor o Considerando nº 31 do Regulamento Roma II, *in verbis*:

(31) Para respeitar o princípio da autonomia das partes e reforçar a certeza jurídica, as partes deverão poder escolher a lei aplicável a uma obrigação extracontratual. Esta escolha deverá ser expressa ou demonstrada com um grau de certeza razoável pelas circunstâncias do caso. Ao determinar a existência de acordo, o tribunal deverá respeitar as intenções das partes. É necessário proteger as partes mais vulneráveis, impondo determinadas condições a esta escolha.

Outro ponto importante no processo de harmonização do direito na União Europeia é a escolha de elementos de conexão compatíveis com essa finalidade.

É o caso, por exemplo, do estatuto sucessório: adotou-se, como elemento de conexão, a lei de residência habitual do falecido³¹². Esse elemento de conexão favorece a circulação de riquezas, pois geralmente o centro da vida das pessoas e seu patrimônio costumam estar no seu domicílio³¹³. Além disso, esse elemento de conexão coincide com o foro competente para lidar com a sucessão *mortis causa*³¹⁴.

É verdade que a residência habitual como elemento de conexão apresenta alguns pontos negativos.

Um deles é a facilidade na sua alteração: basta o indivíduo mudar-se para outro local com ânimo definitivo. Esse caráter itinerante pode gerar um pouco de insegurança jurídica.

Outro ponto negativo é que, em alguns casos concretos, é difícil determinar qual é a residência habitual. O próprio Regulamento Europeu das Sucessões reconhece esse ponto negativo; tanto que, para alguns casos, a norma comunitária permite que o juiz indique o local com o qual o falecido guardava conexão manifestamente mais estreita à luz do caso concreto³¹⁵. É o que expõem os Considerandos nº 24 e 25³¹⁶:

³¹² Art. 21 do Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento UE nº 650/2012) (Eur-lex, 2012-A).

³¹³ O art. 34 do Regulamento Europeu das Sucessões admite o reenvio entre os Estados membros da União Europeia sem restrição. E acata o reenvio em favor de um Estado não membro que aplicaria a própria lei (Eur-lex, 2012-A).

³¹⁴ Art. 4º do Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento UE nº 650/2012) (Eur-lex, 2012-A).

³¹⁵ Art. 21º, nº 2, do Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento UE nº 650/2012) (Eur-lex, 2012-A):

(24) Em certos casos, poderá ser complexo determinar a residência habitual do falecido. Poderá ser esse o caso, em particular, quando o falecido, por razões profissionais ou económicas, tenha ido viver para o estrangeiro a fim de aí trabalhar, por vezes por um longo período, mas tenha mantido uma relação estreita e estável com o seu Estado de origem. Nesse caso, o falecido poderá, em função das circunstâncias, ser considerado como tendo ainda a sua residência habitual no Estado de origem, no qual se situavam o centro de interesses da sua família e a sua vida social. Outros casos complexos poderão igualmente ocorrer quando o falecido tenha vivido de forma alternada em vários Estados ou tenha viajado entre Estados sem se ter instalado de forma permanente em nenhum deles. Caso o falecido fosse um nacional de um desses Estados ou tivesse todos os seus principais bens num desses Estados, a sua nacionalidade ou o local onde se situam esses bens poderia ser um fator especial na apreciação global de todas as circunstâncias factuais.

(25) No que diz respeito à determinação da lei aplicável à sucessão, a autoridade que trata da sucessão pode, em casos excecionais – quando, por exemplo, o falecido se tenha mudado para o Estado da sua residência habitual muito pouco tempo antes da sua morte e todas as circunstâncias do caso indiquem que tinha uma relação manifestamente mais estreita com outro Estado – chegar à conclusão de que a lei aplicável à sucessão não deverá ser a do Estado da residência habitual do falecido, mas sim a lei do Estado com o qual o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita. No entanto, a relação manifestamente mais estreita não deverá tornar-se em fator de conexão subsidiário caso se revele complexa a determinação da residência habitual do falecido no momento do óbito.

Todavia, esses pontos negativos são robustamente desprezíveis se se levarem em conta as exuberantes vantagens desse elemento de conexão à criação de um espaço internacional hospitaleiro a situações jurídico-transnacionais³¹⁷.

Além do mais, o próprio Regulamento Europeu fornece algumas ferramentas que aliviam esses pontos negativos.

É o caso, por exemplo, da supracitada autorização para o juiz afastar a lei da residência habitual do falecido em favor da lei do Estado com o qual o falecido guarde manifestamente mais estreita relação (art. 21º, nº 2, do Regulamento UE nº 650/2012). Consideramos que essa hipótese deve ser aplicada com extrema cautela, para não frustrar a legítima expectativa dos sujeitos e para não instigar empreitadas oportunistas de herdeiros que seriam beneficiados com o deslocamento da *lex successionis* do Estado da residência habitual para o Estado supostamente mais conexo.

1. Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito.

2. Caso, a título excepcional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do n.º 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado.

³¹⁶ Eur-lex, 2012-A.

³¹⁷ Patrão, 2006, p. 135.

Outra ferramenta que alivia os pontos negativos da *lex domicilii* para o estatuto sucessório é o caso do *professio iuris* em favor da lei da nacionalidade (art. 22º, nº 1º, do Regulamento UE nº 650/2012). Há quem critique a *lex patriae* como elemento de conexão por implicar uma discriminação quanto à nacionalidade. Todavia, essa crítica não prospera no presente caso, pois a *lex patriae* só será aplicada se a parte mesmo a eleger. Nessa situação, a *lex patriae* não gera discriminação quanto à nacionalidade, mas sim promove a autonomia da vontade e aumenta a previsibilidade jurídica aos sujeitos.

Além disso, a União Europeia focou bastante um aspecto procedimental essencial para a operacionalização: as medidas necessárias à cooperação judiciária e à execução de decisões judiciais estrangeiras. Pouco proveito haveria em uma harmonização de direito material se, na prática, os cidadãos não conseguissem concretizar seus direitos por obstáculos à eficácia extraterritorial das decisões judiciais.

Nesse sentido, a União Europeia, no Conselho de Tampere (reunião do Conselho Europeu ocorrida na cidade finlandesa de Tampere em 15 e 16 de outubro de 1999), aprovou o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais. Esse princípio estabelece que os Estados membros devem eliminar, ao máximo, exigências adicionais à eficácia, em seus territórios, de decisões judiciais uns dos outros. Devem-se abolir os procedimentos intermédios para o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras. Os Estados membros devem reconhecer as decisões judiciais uns dos outros.

Trata-se de uma pedra angular para a efetiva criação de um *espaço de justiça* dentro da União Europeia. O Conselho de Tampere, ainda, recomenda a adoção de regras processuais comuns em processos transfonteiriços (aqueles que envolvem a jurisdição de mais de um Estado membro). São esclarecedores estes excertos das conclusões do Conselho de Tampere³¹⁸:

5. A liberdade apenas pode ser disfrutada num verdadeiro espaço de justiça, onde as pessoas possam recorrer aos tribunais e às autoridades de qualquer Estado-Membro tão facilmente como o fariam no seu próprio país. Os criminosos não devem ter a possibilidade de tirar partido das diferenças entre os sistemas judiciários dos Estados-Membros. As sentenças e decisões devem ser respeitadas e aplicadas em toda a União, salvaguardando simultaneamente a segurança jurídica de base tanto dos indivíduos como dos operadores económicos. É necessário alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.

³¹⁸ European Parliament, 1999.

(...)

B. UM VERDADEIRO ESPAÇO EUROPEU DE JUSTIÇA

28. Num verdadeiro espaço europeu de justiça, os cidadãos e as empresas não deverão ser impedidos ou desencorajados de exercerem os seus direitos por razões de incompatibilidade ou complexidade dos sistemas jurídicos e administrativos dos Estados-Membros.

(...)

VI. Reconhecimento mútuo das decisões judiciais

33. Um maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária aproximação da legislação facilitarão a cooperação entre as autoridades e a protecção judicial dos direitos individuais. Por conseguinte, o Conselho Europeu subscreve o princípio do reconhecimento mútuo que, na sua opinião, se deve tornar a pedra angular da cooperação judiciária na União, tanto em matéria civil como penal. Este princípio deverá aplicar-se às sentenças e outras decisões das autoridades judiciais.

34. Em matéria civil, o Conselho Europeu exorta a Comissão a apresentar uma proposta tendo em vista uma maior redução dos trâmites intermediários que ainda são necessários para o reconhecimento e execução de uma decisão ou sentença no Estado requerido. Como primeiro passo, estes procedimentos intermédios deverão ser abolidos no caso das pequenas acções do foro comercial ou de consumidores e para certas sentenças no domínio do direito da família (p. ex., em matéria de pensões de alimentos e direitos de visita). Essas decisões seriam automaticamente reconhecidas em toda a União sem quaisquer procedimentos intermediários ou motivos de recusa de execução. Tal passo poderia ser acompanhado da fixação de normas mínimas sobre aspectos específicos do processo civil.

Em decorrência dessa diretriz de Tampere, a União Europeia avançou na edição de normas para facilitar a cooperação judiciária e viabilizar a execução de decisões judiciais estrangeiras. São os casos, por exemplo, destes Regulamentos:

- a) *Regulamento Europeu n.º 1348/2000*: lida com citações e intimações³¹⁹.
- b) *Regulamento Europeu n.º 4/2009*: versa sobre alimentos.
- c) *Regulamento Europeu n.º 2201/2003*³²⁰: trata de decisões em matéria de Direito de Família (divórcio, guarda, tutela, curatela etc.) e guarda sintonia com a Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980³²¹.

³¹⁹ Eur-lex, 2000.

³²⁰ Revogou o Regulamento CE n.º 1347/2000.

³²¹ Eur-lex, 2003. Para aprofundamento na legislação europeia sobre direitos da criança, ver Manual de Legislação Europeia sobre Legislação Europeia sobre os Direitos da Criança (European Union Agency for Fundamental Rights, European Court of Human Rights e Concil of Europe, 2016).

- d) *Regulamento Europeu n° 1215/2012*: cuida de decisões em matéria civil e comercial³²².
- e) *Regulamento Europeu n° 650/2012 (Regulamento das Sucessões)*: trata, entre outras questões³²³, de decisões judiciais estrangeiras em matéria de direito sucessório³²⁴.
- f) *Regulamento Europeu n° 606/2013*: versa sobre o reconhecimento mútuo de medidas protetivas em matéria civil, assim entendidas as decisões destinadas à proteção de pessoas sob ameaça de dano à sua integridade física ou psicológica³²⁵.

Os movimentos de uniformização do direito privado europeu sempre envolveram a ideia de criação de um Código Civil Comum a toda a Europa.

Símbolo dessa tendência são as manifestações do Parlamento Europeu em 1989³²⁶ e em 1994³²⁷. Elas recomendavam a criação de um código europeu comum de direito privado com oitiva dos Estados membros. Elas também estimavam os esforços para promover “a harmonização e a unificação no plano mundial ou europeu”, com interação com organizações como a Unidroit, a Unicitral e o Conselho da Europa³²⁸.

Ilustra essa mesma linha a manifestação do Comitê Econômico e Social Europeu (CESE) em 2010³²⁹. Esta defende que o mercado interno europeu reclama um direito europeu dos contratos. Apoiava também os estudos para a criação de um Quadro Comum de Referências (QCR), ferramenta útil a facilitar o cotejo dos direitos de cada Estado membro. Igualmente, o CESE ratifica a importância de um Código Europeu Comum de Direito Privado³³⁰.

³²² Eur-lex, 2012-B.

³²³ Entre as outras várias questões, o Regulamento Europeu das Sucessões trata dos pactos sucessórios, assim entendido acordos dispondo de direitos sobre heranças futuras. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão C-277/20, definiu que se inclui no conceito de pacto sucessório o caso de um contrato de doação de um imóvel quando do falecimento do doador (Curia, 2021).

³²⁴ Eur-lex, 2012-A.

³²⁵ Eur-lex, 2013.

³²⁶ Resolução A2-157/89, JO n° C 158, de 26 de junho de 1989, p. 400 (Eur-lex, 1989).

³²⁷ Resolução A3-0329/94, JO n° C 205, de 25 de julho de 1994, p. 158 (Eur-lex, 1994).

³²⁸ Eur-lex, 1994.

³²⁹ A publicação, porém, deu-se em 2011 (Eur-lex, 2011).

³³⁰ Convém leitura destes excertos do Parecer do CESE (Eur-lex, 2011):

1.1 O CESE partilha do ponto de vista da Comissão segundo o qual o mercado interno europeu deve ser realizado também na óptica do direito europeu dos contratos e reconhece a importância

Trata-se de desdobramento de diretrizes de harmonização já traçadas anteriormente no âmbito comunitário, a exemplo do Conselho Europeu de Tampere de 1999 (que solicitou à Comissão um estudo para a aproximação das legislações dos Estados membros)³³¹.

Também se cuida de fruto do convite feito pelo Programa Estocolmo para 2010-2015 para a Comissão apresentar uma proposta de Quadro Comum de Referência no domínio europeu dos contratos. Esse quadro seria um instrumento não vinculante com princípios fundamentais, definições e regras-padrão a inspirarem os legisladores comunitários e domésticos³³². Em outras palavras, a ideia do Quadro Comum de Referência é ser um instrumento de *soft law*.

Esses esforços de harmonização são mais adequados para o mercado. A estratégia “Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo” é nesse sentido. Reconhece ser mais fácil e menos oneroso para as empresas e os consumidores a conclusão de contratos com parceiros de outros países da União Europeia dentro de um ambiente de direito europeu dos contratos de natureza facultativa³³³.

dos estudos dos investigadores académicos sobre o Quadro Comum de Referência (QCR), de que se poderia tirar partido ao nível prático.

(...)

1.4 O CESE é de opinião que os instrumentos propostos pelo Quadro Comum de Referência poderão contribuir para assegurar a coerência global do direito europeu dos contratos, reduzir os obstáculos ao comércio e promover a concorrência no mercado interno.

(...)

2.1.7 O Parlamento Europeu aprovou uma série de resoluções sobre uma possível harmonização do direito privado substantivo. Em 1989 e 1994, apelou ao início de um trabalho sobre a possibilidade de elaborar um Código Europeu Comum de Direito Privado.

2.1.8 O Parlamento declarou que a harmonização de determinados domínios do direito privado é essencial para a realização do mercado interno e que a unificação dos ramos mais importantes do direito privado, sob a forma de um Código Civil Europeu, constituiria a forma mais eficaz de levar a cabo essa harmonização.

2.1.9 O CESE já havia indicado no seu parecer de 2002 que «a elaboração de um direito europeu dos contratos uniforme e geral, por exemplo, sob a forma de um regulamento, solução que o Comité prefere para evitar divergências, pode requerer tempo e estudos complementares, mas deveria apoiar-se nos trabalhos já efectuados pelas várias comissões e instituições já mencionadas e nas regras e práticas internacionais em vigor»

2.1.10 Noutro seu parecer de 2010, o CESE sublinhou que «A rede “Princípios Comuns de Direito Europeu dos Contratos” (rede CoPECL) deu por terminado há pouco o seu Projecto de Quadro Comum de Referência e apresentou-o à Comissão Europeia. Essas regras dão manifestamente ao legislador europeu um modelo que poderia ser utilizado para a adopção de um instrumento opcional, como advogado pela comissária Viviane Reding»

³³¹ European Parliament, 1999.

³³² Eur-lex, 2010; Eur-lex, 2010-B. O programa Estocolmo foi o último programa plurianual da União Europeia e era respaldado pelo art. 68º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Antes dele, houve o programa de Haia (2004 a 2009) e o programa de Tampere (1999-2004). O objetivo era estabelecer orientações estratégicas no âmbito da União Europeia.

³³³ Eur-lex, 2020.

Em 2005, a Comissão Europeia financiou uma rede universitária europeia em pesquisas para a elaboração de um projeto de Quadro Comum de Referência (projeto de QRC ou, inglês, *Draft of Common Frame of Reference – DCFR*), com foco em consumidores e contratos. Participaram desse trabalho a *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* bem como a *Société de législation Comparée*³³⁴, além de outras entidades (como o *Study Group on European Civil Code* e o *Research Group on Existing EC Private Law – “Acquis Group”*).

Os trabalhos resultaram no projeto de Quadro Comum de Referência (mais conhecido por seu nome inglês *Draft Common Frame of Reference – DCFR*), de 2009³³⁵.

Trata-se de um vasto documento, de quase cinco mil páginas, que, na prática, mais se assemelha a um Código Civil Europeu comentado em matéria de obrigações, contratos e responsabilidade civil³³⁶. Prevê não apenas modelos de regras, mas também princípios e definições.

O DCFR – que é um “rascunho” – servirá de suporte para os trabalhos do grupo de peritos criado em 2010 pela Decisão de 26 de abril de 2010 da Comissão Europeia³³⁷, com o objetivo de elaborar o *Common Frame of Reference – CFR*, intento ainda em marcha.

O DCFR vai muito além de um documento para respaldar uma futura norma europeia. Ele é um documento acadêmico de valor inestimável, como uma das maiores empreitadas comparatistas em obrigações e contratos. É, portanto, útil a pesquisas acadêmicas³³⁸, à jurisprudência doméstica (que encontrará seguras referências de direito comparado) e a legisladores de países não europeus. Aliás, pode até ser considerado um instrumento de *soft law* e, entre outras finalidades,

³³⁴ A *Société de législation Comparée* duas obras importantes: *Principes contractuels Communs: projet de cadre commun référence* e *Terminologie Contractuelle Commune: projet de cadre commun de référence*.

³³⁵ Em 2008, houve a publicação de uma versão interina para consulta pública. Após absorção das sugestões da comunidade jurídica, foi publicada, em 2009, a versão final.

³³⁶ A versão completa em inglês intitula-se *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame Of Reference (DCFR)*. Há uma versão completa (*full edition*) e uma versão resumida (está disponível na Internet: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/DCFR.html>). Ver: Law Kuleuven, 2009.

³³⁷ Decisão de 26 de abril de 2010 da Comissão Europeia, JO L105, de 27 de abril de 2010, p. 109 (Eur-lex, 2010-A). Ver: Moreno, 2013, p. 23; Alpa, 1999; Aquino, 2004.

³³⁸ Luiz Cláudio Cardona Pereira (2021), por exemplo, pesquisou o enriquecimento sem causa sob a perspectiva do DCFR.

poderia ser escolhido como regra aplicável em contratos ou em julgamentos arbitrais³³⁹.

Outra iniciativa igualmente relevante para a harmonização são os três volumes do *Principles of European Contract Law (PECL)*, fruto do trabalho, em três estágios, da Comissão Europeia de Direito Europeu dos Contratos envolvendo renomados juristas (comissão essa que ficou conhecida como “Lando Commission” em referência ao jurista Ole Lando, tido como o criador e o presidente da comissão). As partes I e II foram publicadas em 1995 e 1999; a Parte III, em 2003³⁴⁰.

2.3. Movimentos de harmonização dos direitos reais

2.3.1. Panorama

A liberdade de circulação de pessoas, serviços e capitais é dificultada pela heterogeneidade jurídico-internacional. A disparidade do direito material, a desconfiança em relação a atos estrangeiros e a inflexibilidade de elementos de conexão para os casos de conflitos de lei no espaço são alguns dos obstáculos a essa liberdade.

Tal é válido também em matéria de direito real.

Por exemplo, no caso da hipoteca, Afonso Patrão aponta a inconveniência de métodos tradicionais para conflitos de lei no espaço. Pondera que o mercado europeu de garantias precisa de uma maior flexibilidade. A adoção inflexível da *lex rei sitae* como elemento de conexão para definir a lei aplicável pode ser um robusto obstáculo a negócios transnacionais dentro da União Europeia: credores terão inseguranças quanto às regras efetivamente vigentes para o seu direito real de garantia³⁴¹.

A doutrina e os órgãos da União Europeia movem-se para enfrentar essas questões em busca de soluções de harmonização dos direitos reais.

Exporemos, nos próximos subcapítulos, a experiência doutrinária e normativa europeia com olhos em três principais institutos: (1) a adaptação de direitos reais estrangeiros; (2) a dessacralização da *lex rei sitae*; e (3) a flexibilização

³³⁹ Sobre o DCFR, ver: Giliker, 2019; Ruse-Khan, 2008; House of Lords, 2008.

³⁴⁰ Lando, Clive, Prüm e Zimmermann, 2003; Hesselink, 2001.

³⁴¹ Patrão, 2017.

do sistema de *numerus clausus* para os direitos reais. Cuidaremos de outros assuntos conexos também.

2.3.2. Adaptação de direitos reais na Europa

2.3.2.1. Visão geral do instituto da adaptação de direitos

Já antecipamos noções gerais sobre a adaptação de direitos estrangeiros anteriormente (item 1.4.1.). Passamos aqui a tratar da conceituação do tema.

O tema da adaptação de direitos estrangeiros é tratado pela doutrina do direito internacional privado. Hans Lewald é tido como um dos pais desse instituto por ter implantado a discussão sobre essa figura no seu artigo *Règles générales des conflits de lois*, na *Recueil des cours* de 1939 (Lewald, 1939). Outros juristas cuidaram do assunto a partir dessas reflexões de Hans Lewald³⁴².

Trataremos, no presente item, da adaptação *lato sensu*, assim entendido gênero do qual são espécies a adaptação *stricto sensu*, a transposição e a substituição. Trataremos das espécies mais à frente (item 2.3.2.6.).

Quando nos referirmos ao termo “adaptação”, estaremos fazendo alusão à adaptação *lato sensu*. A doutrina costuma seguir essa convenção taxonômica.

De um modo simples, mas bem impressionante, a adaptação de direito estrangeiro pode ser vista como uma tradução, nas palavras de Gustavo Ferraz de Campos Monaco³⁴³.

Nas palavras de Afonso Patrão, é o “conjunto de mecanismos aptos a solucionar os problemas derivados da aplicação parcial de várias leis”³⁴⁴. É um expediente técnico para que o julgador possa resolver esses problemas.

Esses problemas ocorrem quando estamos diante de situações jurídica plurilocalizadas, ou seja, de situações jurídicas transnacionais. Nesses casos, a

³⁴² Entre outros, citamos: Rozas, 2009; Patrão, 2016; Patrão, 2011; Marques dos Santos, 1989; Machado, 1960; Machado, 1985; Monaco, 2019, pp. 121-160; Ferrer Correia, 1983; Ancel, 2022. Destaca-se também o jurista francês Henri Batiffol (1905-1989), que dominou a doutrina francesa de direito internacional privado e que é multicitado pelos demais internacionalistas privados também em matéria de adaptação de direitos estrangeiros (*Société française pour le droit international*, 2022). Entre as diversas contribuições dele, destaca-se artigo sobre as contribuições das regras norte-americanas de soluções de conflitos para o direito francês (1939, pp. 48-74).

³⁴³ Monaco, 2019, pp. 121-159.

³⁴⁴ Patrão, 2016, p. 140.

adaptação é a técnica do direito internacional privado destinada a lidar com questões claramente sujeitas a distintas leis e a distintas normas de conflito³⁴⁵.

A necessidade de resolver esses problemas por meio da técnica da adaptação decorre da ideia de unidade do sistema jurídico.

No plano internacional privado, há um vínculo natural entre as diversas regras jurídicas. Por vezes, esse vínculo natural pode ser abalado “no jogo das normas em conflito”³⁴⁶. Para dissolver esse abalo ao vínculo internacional das normas, pode ser necessário ajustar a própria solução material das leis em conflito³⁴⁷.

A doutrina majoritária do direito internacional privado admite a figura, embora ainda esteja tateando na sua aplicação nos casos concretos.

Não há muitas normas chancelando expressamente a figura. As principais são em caso de adaptação de direitos reais. É o caso, por exemplo, do art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões³⁴⁸ e também do art. 15 da Convenção de Haia de 1985 sobre a lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento³⁴⁹. Este último estabelece a necessidade de o *trust* ser adaptado em outro direito admitido pelo ordenamento local com efeitos similares³⁵⁰.

³⁴⁵ Patrão, 2016, pp. 139-140.

³⁴⁶ Machado, 1960, p. 330.

³⁴⁷ Lima Pinheiro, 2019, p. 541.

³⁴⁸ Regulamento (UE) n.º 650/2012 (Eur-lex, 2012-A). Confira-se o teor do dispositivo:

Artigo 31.º

Adaptação dos direitos reais

No caso de uma pessoa invocar um direito real sobre um bem a que tenha direito ao abrigo da lei aplicável à sucessão e a legislação do Estado-Membro em que o direito é invocado não reconhecer o direito real em causa, esse direito deve, se necessário e na medida do possível, ser adaptado ao direito real equivalente mais próximo que esteja previsto na legislação desse Estado, tendo em conta os objetivos e os interesses do direito real em questão e os efeitos que lhe estão associados.

³⁴⁹ HCCH, 1985.

³⁵⁰ Confira-se o dispositivo o art. 15 da Convenção de Haia de 1985:

Artigo 15

A Convenção não prevê a aplicação de disposições de direito designadas pelas regras de conflitos do foro, na medida que estas disposições não possam ser derogadas por ato voluntário, relacionado em particular às matérias que seguem:

- a) a proteção de menores e partes incapazes;
- b) os efeitos pessoais e de propriedade do casamento;
- c) direitos de sucessão, testamentária e não testamentária, especialmente a reserva a cônjuges e parentes;
- d) a transferência do título de propriedade e garantias reais;

Mesmo sem previsão normativa expressa, entendemos que a adaptação pode ser admitida com base nos princípios gerais de Direito Internacional Privado.

2.3.2.2. Experiência em matéria sucessória e reflexões em outros domínios em adaptação de direitos reais

Cabe-nos cuidar, neste momento, da experiência europeia no manejo da adaptação de direitos estrangeiro em casos de direitos reais. Embora estejamos focando os direitos reais, as reflexões estendem-se à posse. É que tanto os direitos reais quanto a posse dizem respeito ao estatuto real e são sujeitas a regras similares de direito internacional privado, a exemplo da adoção, na maior parte dos países, da *lex rei sitae* como elemento de conexão³⁵¹.

No âmbito do direito comunitário europeu, a principal norma que lida com o tema é o art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento EU nº 650/2012³⁵²), que admite a adaptação de direitos reais estrangeiros no caso de sucessão *mortis causa* transnacional³⁵³.

O referido dispositivo comunitário cuida de hipóteses em que a *lex successionis* (o ordenamento do país de origem) outorga a um sucessor um direito real desconhecido pela *lex rei sitae* (o ordenamento do país de destino). Em outras palavras, lida com conflitos entre o estatuto sucessório e o estatuto real³⁵⁴.

O sistema da sucessão unitária (aquele assentado no princípio da unidade da lei sucessória e que representa um modelo monista de lei sucessória³⁵⁵) pode gerar esses conflitos entre o estatuto sucessório e o estatuto real: basta que a lei sucessória outorgue um direito real desconhecido da lei do país do local do

-
- e) a proteção dos credores em questões de insolvência;
 - f) a proteção de terceiros de boa-fé.

Caso o reconhecimento do trust seja impossível pela aplicação do parágrafo precedente, a corte buscará dar efeitos aos objetivos do trust por outros meios jurídicos.

³⁵¹ Lima Pinheiro, 2021, p. 538.

³⁵² Eur-lex, 2012-A.

³⁵³ Sucessão *mortis causa* transnacional dá-se quando há elementos de direito internacional privado na sucessão *mortis causa* para lidar com problemas envolvendo os atos notariais (Pasqualis, 2010).

³⁵⁴ Esse conflito dá-se quando a lei aplicável ao estatuto sucessório diverge da lei que recai sobre o estatuto real. Quanto ao estatuto sucessório, o elemento de conexão costuma oscilar entre a lei da residência habitual (*lex domicilii*) ou a lei da nacionalidade (*lex patriae*), conforme se vê no Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento UE nº 650/2012)³⁵⁴. Já em relação ao estatuto real, o elemento de conexão sói ser o local do bem (*lex rei sitae*). Portanto, no caso de sucessões envolvendo bens fora do domicílio ou do país da nacionalidade, o conflito supracitado é potencial.

³⁵⁵ Patrão, 2016, p. 136.

bem³⁵⁶. No caso do sistema do fracionamento da sucessão, esse risco seria menor: o direito da situação do bem disciplinará tanto os direitos reais quanto a sucessão *mortis causa* dos bens. Se, por exemplo, o falecido deixou bens em cinco países, haverá cinco leis disciplinando a sucessão *mortis*: uma de cada país, relativamente aos bens nele situados.

Como o Regulamento Europeu das Sucessões adotou o sistema da sucessão unitária, ele disponibilizou uma ferramenta para enfrentar esses problemas de conflito entre o estatuto real e o estatuto sucessório: a adaptação de direitos reais estrangeiros. Trata-se de uma forma de coordenar sistemas jurídicas de diferentes países diante do conflito entre o estatuto sucessório e o estatuto real³⁵⁷.

À luz do art. 31.º do normativo europeu das sucessões, o direito real do país de origem deve ser adaptado a um direito real equivalente mais próximo previsto na *lex rei sitae*, observados os interesses das partes. Confira o preceito:

Artigo 31.º

Adaptação dos direitos reais

No caso de uma pessoa invocar um direito real sobre um bem a que tenha direito ao abrigo da lei aplicável à sucessão e a legislação do Estado-Membro em que o direito é invocado não reconhecer o direito real em causa, esse direito deve, se necessário e na medida do possível, ser adaptado ao direito real equivalente mais próximo que esteja previsto na legislação desse Estado, tendo em conta os objetivos e os interesses do direito real em questão e os efeitos que lhe estão associados.

Esse dispositivo é fundamental para conciliar conflitos potenciais entre o estatuto real e o estatuto sucessório. É essencial para a internacionalização. A relevância da figura para a harmonização internacional do direito certamente justifica o fato de que o supracitado dispositivo foi fruto de sugestão de um dos institutos mais importantes do mundo em internacionalização do direito: o *Max Planck Institute*. Não havia similar dispositivo no projeto inicial que gerou o Regulamento Europeu das Sucessões³⁵⁸.

O preceito comunitário acima foca duas espécies de adaptação *lato sensu*: a substituição e a transposição. Não versa, propriamente, sobre a adaptação *stricto sensu*³⁵⁹. Trataremos dessas espécies de adaptação *lato sensu* alhures (item

³⁵⁶ Patrão, 2016, p. 126.

³⁵⁷ Suárez, 2013, p. 47.

³⁵⁸ Patrão, 2016, p. 134.

³⁵⁹ Patrão, 2016, p. 153.s

2.3.2.6). Por ora, basta-nos tratar do tema como uma adaptação *lato sensu*, pois foi essa a aceção adotada pelo dispositivo em pauta.

Os problemas em pauta são uma realidade. Apesar de não haver grandes divergências entre os países quanto ao reconhecimento do direito real de propriedade, não se dá o mesmo em relação aos direitos reais menores³⁶⁰. Essa heterogeneidade normativa é um potencial para causar conflitos que possam exigir a adaptação de direitos reais estrangeiros. Há vários exemplos³⁶¹:

- a) *Lex successionis* francesa atribui ao viúvo o usufruto sobre metade da herança composta de bens situados na Alemanha. Todavia, a Alemanha não admite usufruto sobre um patrimônio, mas só sobre coisa determinada. O que fazer?
- b) *Lex successionis* espanhola atribui *derecho de usufruto a favor del conyuge supérstite* sobre um imóvel situado na Inglaterra. Acontece que o direito inglês desconhece esse direito real. O que fazer?
- c) Falecido era português, mas era domiciliado em Estocolmo (Suécia) e deixou imóvel nessa cidade sueca. Vivia em união de fato ao tempo da morte. Suponha que o falecido tenha eleito a lei portuguesa para reger a sucessão *mortis causa*. A lei lusitana assegura direito real de habitação para a viúva sobre o imóvel situado na Suécia. Indaga-se: se a lei sueca não conhecer o direito real de habitação, o que se fará?
- d) Finlandês, residente em Portugal, faz testamento deixando um direito real de usufruto sobre um apartamento situado em Helsinque. Acontece que a lei portuguesa é a lei sucessória por se aplicar a lei do país de residência habitual do falecido. Que ocorrerá se o direito finlandês não conhecer o direito real de usufruto (que é admitido em Portugal)?
- e) No mesmo caso acima, suponha que o finlandês falecido tenha, no testamento, estabelecido uma substituição fideicomissária sobre o imóvel situado em Londres. O direito português admite a

³⁶⁰ Patrão, 2016, p. 128.

³⁶¹ Afonso Patrão (2016, pp. 128-129) cita alguns exemplos próprios e de outros autores (Paul Lagarde, Dierter Martiny e Isabel Rodríguez-Uría Suárez). Valerio de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 101) também indica exemplos.

substituição fideicomissária, com a criação de um direito de propriedade resolúvel do fiduciário. Indaga-se: que ocorrerá se o direito inglês não conhecer o direito de propriedade resolúvel criado com a substituição fideicomissária?

- f) Testador, em caso em que a lei inglesa regule a sucessão *mortis causa*, atribui *trust* sobre imóvel situado em Portugal. Indaga-se: que se fará, tendo em vista que o *trust* não é conhecido pela legislação portuguesa?
- g) “quando o direito brasileiro não conhecia o divórcio e o direito japonês só conhecia essa forma de dissolução da sociedade conjugal, concedia-se aos nipo-brasileiros o desquite, raciocinando-se no sentido de que se o direito japonês autoriza o divórcio, *plus*, com maior razão deveria admitir o desquite, *minus*”³⁶².

Cogitamos ainda outro exemplo: testamento celebrado no Brasil determinando a instituição de um condomínio em multiproprietário sobre um imóvel, com posterior outorga das unidades autônomas periódicas a diferentes herdeiros. Que se fará se, no país da situação do bem, o condomínio multiproprietário não for conhecido da legislação?

Diante de casos como esses decorrentes do conflito entre o estatuto real e o estatuto sucessório, há três alternativas:

- a) simples recusa ao reconhecimento do direito real estrangeiro, frustrando totalmente a efetiva transmissão *mortis causa*;
- b) introdução de uma figura autônoma de direito real, elastecendo o rol taxativo de direitos reais da *lex rei sitae* (opção essa aplicável apenas se a *lex situs* adotar uma tipologia de *numerus clausus* ou de *semi-clausus* de direitos reais);
- c) adaptação do direito real estrangeiro para uma outra figura real próxima reconhecida pela *lex rei sitae*;

A primeira opção seria uma negação total à realidade internacional privada. Esvaziaria completamente a atribuição patrimonial feita pela *lex successionis*. Inibiria cabalmente que os indivíduos desenvolvem relações privadas

³⁶² Mazzuoli, 2018, p. 101.

internacionais. Ignora que, na prática, os direitos reais entre os países nunca serão idênticos, ainda que possuam a mesma etiqueta (*nomen iuris*): o direito real de propriedade, ainda que admitido com essa rotulagem em grande parte dos países, possui regime jurídico diverso e, portanto, raramente será idêntico entre os países. Por exemplo, na Holanda, é vedada a propriedade fiduciária que não tenha objetivo de efetivamente transferir a propriedade: a figura da alienação fiduciária em garantia, portanto, é vedada na Holanda, ao contrário do que se dá no Brasil³⁶³. A primeira opção, a rigor, haveria de impedir qualquer tipo de atribuição patrimonial pela *lex successionis*: o direito real de propriedade da *lex successionis* não poderia ser “adaptado” no direito real de propriedade da *lex situs*.

A segunda opção é uma agressão à sistemática de *numerus clausus* ou de *numerus semi-clausus* do país da *lex situs*. Viola o interesse público de um Estado soberano em definir o modo de organização dos direitos reais. Contraria também a tradição pacífica e consolidada do direito internacional privado em eleger a *lex situs* para disciplinar o estatuto real, tradição essa que, inclusive, é ponto comum entre as famílias do *civil law* e do *common law*³⁶⁴.

A terceira alternativa (a adaptação) é a mais adequada em um ambiente de globalização e de prestígio ao direito fundamental dos indivíduos em exercer situações privadas transnacionais.

Enfim, a solução mais adequada para todos os casos acima é a adaptação de direitos reais estrangeiros na forma do art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões. Trata-se da via mais propícia à integração do bloco europeu.

A necessidade de valer-se da técnica adaptação envolvendo os direitos reais não ocorrem apenas em questões sucessórias.

Antonio Marques dos Santos (1989, pp. 542 e 571-572) dá exemplo envolvendo a aplicação da técnica da adaptação diante de resultados inadmissíveis provocados pelo “jogo de normas conflituais” envolvendo o estatuto contratual e o estatuto real.

Suponha um contrato de compra e venda celebrado em Portugal envolvendo um imóvel situado na Alemanha.

³⁶³ Tratamos do assunto no item 3.3.1.2.

³⁶⁴ Patrão, 2016, p. 132.

Pelas normas tradicionais de conflito de normas, a *lex contractus* será a lei portuguesa (lei do lugar da celebração do contrato). Por esse contrato, o imóvel já é transferido ao comprador³⁶⁵, enquanto o comprador tem de pagar o preço. O registro público é apenas declarativo. A propriedade transfere-se com o contrato.

Acontece que o modo de transferência do direito real de propriedade é tratado de modo diverso pela lei alemã (*lex rei sitae*). Na Alemanha, a transferência da propriedade não se dá com o mero contrato, e sim por um ato real (*Übereignung*).

Há, pois, aí uma contradição lógica: a lei portuguesa admite a transmissão da propriedade com o mero contrato de compra e venda, ao passo que a lei alemã exige um ato adicional (o ato real – *Übereignung*).

Essa contradição lógica precisa ser resolvida pelo instituto da adaptação *stricto sensu*. E, pela adaptação *stricto sensu*, deve-se alterar o conteúdo da lei portuguesa para estabelecer que, nesse caso, o contrato de compra e venda não haverá de transferir a propriedade de imóvel, mas dependerá de um ato real a ser praticado na forma da lei alemã. Assim, a lei portuguesa, nesse caso, é adaptada para estabelecer que o vendedor passa a ter uma obrigação de transferir a coisa (e não mais que o próprio contrato já implica a transferência da propriedade).

2.3.2.3. Suporte operacional e informacional para a aplicação da adaptação de direitos na União Europeia

A adaptação de direitos reais estrangeiros pressupõe um conhecimento aprofundado de direito comparado do jurista em matéria de direitos reais. Diante da diversidade dos ordenamentos jurídicos e de idiomas, é natural que os juristas não tenham fácil acesso a esse nível de conhecimento.

³⁶⁵ Veja o art. 879º, “a”, do Código Civil português:

SECÇÃO
Efeitos da compra e venda

II

Artigo 879.º (Efeitos essenciais)

A compra e venda tem como efeitos essenciais:
a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; b) A obrigação de entregar a coisa;
c) A obrigação de pagar o preço.

Para reduzir essa assimetria informacional, a União Europeia esforça-se por criar ferramentas que auxiliem os juristas que lidam com esses problemas de adaptação de direitos reais estrangeiros.

O próprio Considerando 16 do Regulamento (UE) nº 650/2012 recomenda a interação entre as autoridades dos Estados membros para obtenção de informações sobre a natureza e os efeitos dos direitos reais envolvidos³⁶⁶.

Um dessas ferramentas são as fichas de informações divulgadas pela Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial (RJE-CC)³⁶⁷, que foi criada pela Decisão 2001/470/CE do Conselho, de 28 de maio de 2001. A RJE-CC reúne as autoridades que lidam com processos transnacionais nos Estados membros³⁶⁸ e objetiva facilitar a cooperação não apenas judiciária, mas também jurídica entre os Estados membros³⁶⁹.

Entre as várias funcionalidades da RJE-CC, está a divulgação de informações relevantes sobre questões jurídicas comunitárias ou domésticas que tenham relevância no enfrentamento de questões transnacionais, a exemplo das fichas de informação³⁷⁰. Uma das fichas de informação trata especificamente de adaptação de direitos reais: destina-se especificamente a facilitar aos juízes dos Estados membros a aplicação do supracitado art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões³⁷¹. Essas fichas indicam, em cada Estado membro, os direitos reais que podem resultar da sucessão *mortis causa* bem como o modo e os efeitos de sua formalização (se há ou não registro público), além de apontar se há ou não algum procedimento especial para a adaptação de direitos reais.

³⁶⁶ Considerando 16 do Regulamento (UE) nº 650/2012 (Eur-lex, 2012-A):

(16) No entanto, a fim de permitir que os beneficiários gozem, noutra Estado-Membro, dos direitos que foram criados ou lhes foram transferidos por sucessão, o presente regulamento deverá prever a possibilidade de adaptar um direito real desconhecido ao direito real equivalente mais próximo previsto na lei desse outro Estado-Membro. No contexto dessa adaptação, deverão ser tidos em conta os objetivos e os interesses visados pelo direito real em causa e os efeitos que lhe estão associados. Para determinar o direito real equivalente mais próximo, podem ser contactadas as autoridades ou pessoas competentes do Estado cuja lei se aplicou à sucessão, a fim de obter mais informações sobre a natureza e os efeitos do direito em causa. Para esse efeito, poderão ser utilizadas as redes existentes no domínio da cooperação judiciária em matéria civil e comercial, bem como quaisquer outros meios disponíveis que facilitem a compreensão de legislação estrangeira.

³⁶⁷ O site oficial da RJE-CC é este: https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters-21-pt.do.

³⁶⁸ A Dinamarca é o único Estado membro que não participa da RJE.

³⁶⁹ E-justice, 2019.

³⁷⁰ As fichas de informação envolvem diversos assuntos, como alimentos, insolvência, jurisdição, divórcio etc. e podem ser acessadas neste site oficial da RJE-CC: <https://www.redecivil.csm.org.pt/fichas/>.

³⁷¹ Site oficial: https://e-justice.europa.eu/486/PT/adapting_rights_in_rem?clang=pt.

Há outras iniciativas similares. E muitas delas contam com a participação dos serviços notariais e registrais dos diferentes países. O objetivo é reduzir não apenas o *deficit* informacional, mas também eliminar, ao máximo, barreiras burocráticas à inscrição dos direitos reais nos órgãos públicos competentes.

É o caso do CROBECO (*Cross Border e-Conveyancing*), apadrinhado pela Comissão Europeia e mantido por esta associação de registradores de imóveis europeus: a ELRA (*European Land Registry Association*)³⁷².

O escopo do projeto é desembaraçar o mercado imobiliário na União Europeia. Muitos compradores hesitam em adquirir imóveis em outro país por inseguranças em relação à legislação estrangeira, às burocracias estrangeiras ou à diferença de idioma.

Entre as ferramentas resultantes dos trabalhos do CROBECO, destaca-se a criação de um quadro de referências para facilitar a comparação entre os institutos jurídico-reais entre países europeus. Diana Wallis e Sara Allanson, com base em casos concretos submetidos à Comissão do Parlamento Europeu³⁷³, apontam armadilhas jurídicas a que estão expostos compradores estrangeiros de imóveis.

Esse trabalho contou com a participação de professores portugueses da Universidade de Coimbra (professores Afonso Nunes Figueiredo Patrão e Mónica Vanderleia Alves Sousa Jardim), de professores espanhóis da Universidade de Valência (Professores José Luis Iglesias e Guilherme Palao Moreno) e professores holandeses da Universidade de Maastricht (Professores Sjef van Erp e Bram Akkermans)³⁷⁴.

Outra iniciativa europeia é o EULIS (*European Land Information Service*)³⁷⁵. Ele fornece um serviço *on-line* de acesso aos registros públicos europeus e de fornecimento de informações importantes para a compreensão e o cotejo dos direitos reais dos diferentes países da União Europeia.

³⁷² O site oficial do CROBECO é este: <https://www.elra.eu/crobeco/>.

³⁷³ Wallis e Allanson, 2011.

³⁷⁴ Elra, 2012. Em vídeo, Diana Wallis trata do tema (Crobeco, 2014).

³⁷⁵ Site oficial do EULIS: <https://eulis.eu/>.

Igual destaque há de deferir-se ao EUFides³⁷⁶, plataforma de autoria do CNUE (*Conseil des Notariats de l'Union Européenne*)³⁷⁷, que representa cerca de 40.000 notários europeus³⁷⁸. É um *cloud* notarial seguro. Essa plataforma facilita a interligação entre os notários europeus com o objetivo de facilitar a formalização das transações imobiliárias.

Se, por exemplo, um cidadão belga quer comprar uma casa na Espanha, ele poderá dirigir-se ao notário belga. Este, por meio da plataforma do EUFides, estabelecerá contato com o notário espanhol da localização do bem para formalizar a escritura de venda. Não haverá necessidade de as partes viajarem para assinarem a escritura: cada uma manifestará sua vontade perante o notário de seu país. Os próprios notários também poderão trocar informações sobre o conteúdo dos direitos reais da *lex rei sitae*, o que facilitará eventuais operações de adaptação *lato sensu* de direitos reais. Atualmente, os notários integrados ao EUFides são da Espanha, do “Benelux” (França, Bélgica e Luxemburgo) e da Itália, embora notários de outros países possam ser convidados para casos pontuais enquanto não houver a adesão definitiva³⁷⁹.

A adaptação de direito real estrangeiro outorgado pela *lex successionis* é uma saída encontrada pelo Regulamento Europeu das Sucessões para respeitar a tipologia de *numerus clausus* de direitos reais adotadas por grande parte dos Estados membros. O referido diploma comunitário é expresso em estabelecer que não se deve impor a um Estado membro o reconhecimento de “um direito real sobre um bem localizado em seu território se esse direito real não for conhecido na sua ordem jurídica”³⁸⁰.

Nesse mesmo sentido, o Regulamento Europeu das Sucessões não pretende subverter as regras domésticas sobre a forma exigida para a constituição, a modificação e a extinção de direitos reais. Por isso, a norma comunitária é expressa em afastar do seu âmbito a exigência ou não de inscrição de direitos reais em órgãos de registro público, os seus requisitos e os seus efeitos jurídicos (declarativo ou constitutivo). Tal tema deve ser regulado pela lei do Estado membro em que se situa o órgão registral.

³⁷⁶ Site oficial do Eufides: <https://www.eufides.eu/>.

³⁷⁷ Site oficial do CNUE: <https://www.notariesofeurope.eu/en/>.

³⁷⁸ Site oficial do CNUE: <https://www.notariesofeurope.eu/en/>.

³⁷⁹ Tendance Droit, 2022.

³⁸⁰ Considerando 15 do Regulamento Europeu das Sucessões: Regulamento UE nº 650/2012 (Eur-lex, 2012-A)

Nesse aspecto, o Regulamento Europeu apenas preconiza a eliminação de burocracias ao reconhecimento de documentos estrangeiros pelas instâncias competentes na atividade registral. E, para tanto, o Regulamento Europeu das Sucessões dá força jurídica ao certificado sucessório europeu como documento suficiente para a realização dos procedimentos registrais eventualmente exigidos para a formalizar a transmissão *mortis causa* de bens. O Considerando 18 do referido regulamento é textual, *in verbis*:

(18) Deverão ficar excluídos do âmbito de aplicação do presente regulamento os requisitos para a inscrição num registo de um direito sobre um bem imóvel ou móvel. Por conseguinte, deverá ser a lei do Estado-Membro no qual é mantido o registo (a *lex rei sitae*, para os bens imóveis) que determinará em que condições legais e de que forma deve ser feita a inscrição no registo e quais as autoridades, tais como as conservatórias de registo predial ou os notários, encarregadas de verificar se estão cumpridos todos os requisitos e se a documentação apresentada ou produzida é suficiente ou contém as informações necessárias. As autoridades podem, em particular, verificar se o direito do falecido sobre os bens da herança, mencionados no documento apresentado para efeitos de registo, está exarado como tal no registo ou pode ser de outra forma comprovado nos termos da lei do Estado-Membro no qual é mantido o registo. A fim de evitar a duplicação de documentos, as autoridades de registo deverão aceitar os documentos que foram exarados pelas autoridades competentes de outro Estado-Membro e cuja circulação seja prevista pelo presente regulamento. Em particular, o certificado sucessório europeu, emitido nos termos do presente regulamento, deverá constituir um documento válido para a inscrição dos bens da sucessão num registo de um Estado-Membro. Tal não deverá impedir que as autoridades responsáveis pelo registo peçam à pessoa que solicita o registo que apresente as informações ou os documentos suplementares exigidos pela lei do Estado-Membro no qual é mantido o registo, por exemplo, informações ou documentos relacionados com o pagamento de impostos. A autoridade competente poderá indicar à pessoa que requer o registo a forma como podem ser prestadas as informações e os documentos em falta.

O certificado sucessório europeu é apenas um título admitido nos Estados membros da União Europeia, veiculando uma atribuição patrimonial determinada pela *lex successionis*. Se, porém, essa atribuição patrimonial envolver um direito real desconhecido pela *lex situs*, haverá o problema de adaptação desse direito real de estrangeiro na forma do art. 31º do Regulamento (UE) nº 650/2012. É irrelevante o fato de a atribuição patrimonial ter sido veiculada pelo certificado sucessório europeu, pois este é apenas um título (forma de ato jurídico), e não o conteúdo de um ato jurídico³⁸¹.

³⁸¹ Patrão, 2016, p. 137.

2.3.2.4. Acórdão Kubicka: conflito entre leis polonesa e alemã sobre legado à luz do art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões

A adaptação de direitos reais estrangeiros em decorrência de transferência por sucessão *mortis causa* nos termos do Regulamento Europeu das Sucessões³⁸² foi tratada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) poucas vezes. O principal acórdão sobre a matéria é o Acórdão Kubicka (processo nº C-218/2016)³⁸³, o qual merece relato para ilustração casuística da figura.

O acórdão envolve conflito entre a lei alemã e a lei polonesa.

A cidadã polonesa Aleksandra Kubicka morava na cidadã alemã de Francoforte do Óder. Dirigiu-se à cidade polonesa de Słubice para lavrar um testamento público³⁸⁴ perante uma notária polonesa. No testamento, a Sra. Kubicka deixou a seu marido, a título de legado vindicatório (*per vindicationem*), a fração ideal que titularizava sobre um imóvel situado na Alemanha.

A lei polonesa acolhe dois tipos de legado: o vindicatório e o obrigacional (arts. 968º e 981º, nº 1, do Código Civil Polonês – *Kodeks Cywilny*)³⁸⁵.

Em relação ao legado vindicatório, é exigido testamento por escritura pública. Esse tipo de legado é caracterizado por acarretar a transmissão imediata da propriedade ao legatário quando da morte do testador (art. 981, n. 1, do Código Civil Polonês – *Kodeks Cywilny*). Nesse caso, o legatário passa a ser titular do direito real de propriedade sobre o legado no momento da morte do testador.

³⁸² Regulamento Europeu das Sucessões: Regulamento UE nº 650/2012 (Eur-lex, 2012-A).

³⁸³ Curia, 2017.

³⁸⁴ Testamento público é o formalizado por escritura pública lavrada por tabelião de notas.

³⁸⁵ A versão atualizada do Código Civil Polonês é disponível neste site oficial: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19640160093>. Uma versão traduzida para o inglês está neste site: <https://www.global-regulation.com/translation/poland/10092092/act-of-23-april-1964-civil-code.html>. Sobre o assunto, transcreva-se este excerto do acórdão em pauta (Curia, 2017):

O artigo 981, n.º 1, do *Kodeks Cywilny* (Código Civil) dispõe:

«O testador pode determinar, por testamento lavrado sob a forma de instrumento notarial, que o bem objeto de um legado seja transmitido a determinada pessoa no momento da abertura da sucessão (legado vindicatório).»

Segundo o n.º 2, ponto 2, deste artigo 981, o objeto de tal legado poderá consistir, nomeadamente, numa quota-parte da propriedade sobre um bem imóvel, que constitua um direito de propriedade transmissível.

O artigo 968.º do Código Civil refere-se ao «legado obrigacional» no qual o testador pode escolher qualquer forma testamentária admissível, incluindo o testamento hológrafo. Neste tipo de legados, o herdeiro está obrigado a transmitir o direito sobre o bem ao legatário, podendo este último exigir também ao herdeiro a execução do legado.

Já o legado obrigacional (*per damnationem*) pode ser formalizado por qualquer tipo de testamento e é caracterizado pelo fato de o herdeiro receber o dever de transferir o legado ao legatário (art. 968 do Código Civil Polonês – *Kodeks Cywilny*). No legado obrigacional, a transmissão da propriedade não ocorre com a morte, e sim com um ato posterior dos herdeiros: estes recebem a propriedade quando da morte e, posteriormente, “pagam” os legatários, transferindo-lhes o legado. Nesse caso, o legatário, quando da morte, é titular de um direito pessoal (obrigacional) em exigir dos herdeiros a entrega da coisa legada³⁸⁶.

O problema é que o imóvel objeto do legado vindicatório está situado na Alemanha e, nesse país, o legado vindicatório não é admitido. O § 2174 do Código Civil Alemão (BGB) só permite o legado obrigacional (*per damnationem*). Considerando que, para direitos reais, deve-se aplicar a lei do lugar da coisa (*lex rei sitae*), surge a discussão: deve ou não ser admitido o legado vindicatório previsto na lei polonesa em relação a imóvel situado na Alemanha?

O fato é que a Sra. Kubicka, objetivando evitar discussões jurídicas, escolheu a lei polonesa para reger a sucessão *mortis causa*. O notário polonês, todavia, recusou-se a lavrar o testamento. Entendeu que a lei alemã necessariamente teria de ser aplicada ao caso por se tratar de questão envolvendo direito real sobre imóvel, tudo à luz do elemento de conexão da *lex rei sitae*.

Irresignada, a Sra. Kubicka, após recusa do notário polonês em reconsiderar sua decisão, recorreu ao Tribunal Regional de Gorzów Wielkopolski³⁸⁷.

³⁸⁶ Com base no direito romano, há 4 espécies de legados (Meineiro, 2018, p. 130; Castellanos Ruiz, 2018; Barreda, 2014; Salomon, 2006):

- a) **Legado *per vindicationem***: a transferência do legado ao legatário dá-se de modo direto com a morte do autor da herança. O legatário passa a ter direito a uma ação reivindicatória. Conforme já expusemos, a Polônia admite essa espécie de legado, desde que seja contemplada em testamento por escritura pública. Também adotou esse tipo de legado o Brasil (art. 1.923 do Código Civil brasileiro), a Espanha (art. 882 do Código Civil espanhol), a Itália (art. 649 do Código Civil italiano), a França (art. 1.014 do Código Civil francês) e a Catalunha (art. 2713 do Código Civil catalão).
- b) **Legado *per praeceptionem***: legatário recebe o objeto antes da partilha. É uma subespécie do legado *per vindicationem*.
- c) **Legado *sinendi modo***: herdeiro não pode impedir legatário de escolher o objeto entre os integrantes do acervo hereditário.
- d) **Legado *per damnationem* ou obrigacional**: cria ao herdeiro o dever de transmitir o bem ao legatário. Este, com a morte, passa a ter um direito pessoal contra os herdeiros. Trata-se da espécie de legado adotada na Alemanha (§ 2174 do Código Civil alemão), na Áustria (§ 6491 do Código Civil austríaco), na Holanda (art. 117, Livro 4, do Código Civil holandês). A Polônia também admite esse tipo de legado, ao lado do legado *per vindicationem*.

³⁸⁷ Os arts. 81 e 83º, nº 2, do Código do Notariado Polonês (*Prawo o notariacie*, em polonês) impõem ao notário o dever de recusar-se a prática atos ilícitos, assegurado ao interessado recorrer ao próprio notário para

Essa Corte polonesa deflagrou um processo de reenvio prejudicial perante o Tribunal de TJUE para obter uma interpretação adequada do Regulamento Europeu das Sucessões.

O TJUE entendeu que, na espécie, não se estava tratando de regra de direito real, e sim de direito sucessório. A qualificação dada ao fato não foi de direito real, e sim de direito sucessório. A Corte europeia esclarece que, em termos de direitos reais, o que está em discussão é o direito real de propriedade, o qual é conhecido tanto no direito polaco quanto no direito alemão.

Entendeu que a divergência entre o direito polaco e o direito alemão dá-se não em relação ao direito real de propriedade, e sim quanto ao momento da transmissão do legado (o tempo da abertura da sucessão ou ato posterior do herdeiro). Isso é uma questão de direito sucessório, e não de direito real. Por consequência, o TJUE entendeu que não havia um problema de adaptação de direito real estrangeiro, o que afastava a discussão acerca da aplicação do art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões.

O TJUE reforçou esse entendimento com a lembrança de que, caso se entendesse diversamente, a sucessão *mortis causa* seria fragmentada em dois grupos: um regido pela lei alemã (bens situados na Alemanha) e outro pela lei polonesa (demais bens). Tal solução contraria o princípio da unidade da lei sucessória, adotada pelo Regulamento Europeu das Sucessões, conforme já expusemos alhures.

2.3.2.5. O que é desconhecimento, pela *lex situs*, de um direito real estrangeiro? O problema de diversidade jurídico-real entre os sistemas jurídicos

A adaptação de direito real estrangeiro, prevista no art. 31º do Regulamento (UE) nº 650/2012, é cabível quando a *lex situs*, além de desconhecer o direito real estrangeiro outorgado pela *lex successionis*, adota um sistema fechado de direitos reais (*numerus clausus* ou *numerus semi-clausus*).

Se a *lex situs* perfilhasse um sistema aberto de direitos reais, admitindo a criação de direitos reais mesmo sem previsão legal, não haveria esse problema de

reconsideração ou para remessa da queixa ao tribunal competente. Trata-se de um procedimento similar, no Brasil, ao procedimento de dúvida registral previsto no art. 198 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).

adaptação: o direito real estrangeiro atribuído pela *lex successionis* ingressaria incólume no ordenamento. Como, porém, grande parte dos países segue um modelo fechado de direitos reais, o problema da adaptação é uma realidade.

O problema é definir o que é desconhecimento, pela *lex situs*, de um direito real estrangeiro.

Antes de sistematizar o assunto, convém fazer duas ressalvas: uma em relação a casos de diferenças não estruturais e outra concernente ao *nomen iuris*.

De um lado, a doutrina do direito privado internacional, em geral, foca apenas situações em que há diferenças estruturais. Sob essa ótica, se não houver diferença estrutural, não seria o caso de aplicação do instituto da adaptação de direito real estrangeiro previsto no art. 31º do Regulamento UE nº 650/2012³⁸⁸. Não sealaria aí em adaptação de direitos reais estrangeiros.

O direito real de propriedade, por exemplo, não costuma ostentar diferenças estruturais entre os países europeus. Desse modo – para a doutrina majoritária –, não haveria necessidade de invocar o instituto da adaptação para essas situações em que a diferença é tênue e não estrutural.

No caso do direito inglês, o *fee simples* é o instituto mais próximo do direito real de propriedade previstos nos países da Europa Continental. Apesar da diferença de *nomen iuris*, as figuras são substancialmente iguais. Não há distinções estruturais. As diferenças são sutis³⁸⁹. Por esse motivo, seguindo a linha da doutrina supracitada, não haveria necessidade de adaptação de direito real estrangeiro³⁹⁰.

Não nos parece adequada essa posição. Nossa divergência, conforme se exporá abaixo, é apenas do ponto de vista de categorização do fenômeno. No final das contas, porém, chegamos ao mesmo resultado prático da posição acima: a desburocratização na efetivação da mutação jurídico-real determinada pela *lex successionis*.

Mesmo no caso de diferenças sutis de regime jurídico entre o direito real da *lex successionis* e o da *lex situs*, entendemos que há a necessidade de aplicar-se o instituto da adaptação. O que acontece é que, como as diferenças são

³⁸⁸ Patrão, 2016, p. 138.

³⁸⁹ Patrão, 2016, p. 138.

³⁹⁰ Em diversas questões, o direito inglês e o direito dos países do *civil law* não se distinguem tanto no conteúdo, e sim no fundamento. O direito inglês fundamenta-se mais nas relações entre os sujeitos. Já o direito continental escora-se mais na noção de *dominium* do direito romano (Patrão, 2016, p. 138).

secundárias, a comunidade jurídica não problematiza a questão: já admite automaticamente a adaptação do direito real.

Embora concordemos com essa prática de não problematizar por conta da insignificância das diferenças (*de minimis non curat praetor*³⁹¹), é importante nominar tecnicamente o fenômeno: trata-se de uma adaptação de direito real estrangeiro. Trata-se, portanto, de aplicação da adaptação de direito real estrangeiro prevista no art. 31º do Regulamento (UE) nº 650/2012.

A rigor, nenhum direito real estrangeiro é idêntico ao doméstico. A diversidade jurídico-real entre os ordenamentos jurídicos é um fato.

Ainda que possa haver identidade entre o texto legal que regula o direito estrangeiro e o texto legal que disciplina o direito real doméstico, certamente haverá distinções, ainda que suaves, por força da principiologia de cada ordenamento. A modelagem doutrinária ou jurisprudencial de um direito real em um país será diferente da de outro, ainda que o texto legal seja idêntico.

O direito real de propriedade em um país pode, por exemplo, atrair ao titular mais limitações oriundas de direito de vizinhança ou de regras urbanísticas do que o direito real de propriedade de outro país. Os direitos reais de propriedade nesses casos não são iguais, ainda que sejam próximos.

Só não haveria diferenças se os sistemas jurídicos tivessem sido unificados, como se daria na hipótese da adoção de alguma lei uniforme: nesse caso, haveria uma única norma disciplinando os direitos reais nos dois países.

O fato de haver uma diferença sutil entre os direitos reais é relevante apenas para o procedimento a ser adotado para a adaptação. Entendemos que o procedimento tem de ser o mais simplificado possível.

Além da insignificância das diferenças, a vontade presumível do falecido certamente seria nesse sentido: quem é titular de um direito real de propriedade em um país deseja, *id quod plerumque accidit*³⁹², que esse direito seja transmitido aos seus herdeiros nos moldes da *lex situs*. A vontade presumível é uma das bússolas que guiam o procedimento de adaptação de direitos reais estrangeiros, conforme exporemos mais à frente (item 3.3).

³⁹¹ De coisas mínimas não cuida o jurista.

³⁹² De acordo com aquilo que geralmente acontece.

Enfim, nessas situações de diferenças não estruturais em relação ao direito real estrangeiro, não se deve burocratizar. Deve-se, por exemplo, dispensar pronunciamento judicial nesse sentido. Órgãos incumbidos dos registros públicos, por exemplo, poderiam promover os pertinentes atos de inscrição sem exigir prévio assentimento judicial.

Outra questão relevante ao perscrutar o que é desconhecimento do direito real estrangeiro pela *lex situs* diz respeito ao *nomen iuris*. A análise da diversidade entre os direitos reais doméstico e estrangeiro não deve prender-se ao *nomen iuris*, e sim ao conteúdo. A adaptação do direito real estrangeiro deve ser em prol de um direito real doméstico estruturalmente similar e próximo, ainda que com *nomen iuris* diferente. Direitos reais com a mesma designação podem ter conteúdos estruturalmente diferentes, o que convidará a figura da adaptação do art. 31º do Regulamento (UE) nº 650/2012.

Por exemplo, um direito real de hipoteca em um país pode não corresponder ao direito real de hipoteca de outro país, apesar da identidade de rótulo.

No Brasil, por exemplo, o direito real de hipoteca é flagrantemente frágil enquanto garantia real, com um grau de *enforcement* baixo. Para contornar essa desmoralização da hipoteca, o direito brasileiro focou no emprego da alienação fiduciária em garantia³⁹³. Em outro país em que o direito real de hipoteca goze de um grau de *enforcement* elevado, a sua adaptação ao direito brasileiro deveria ser na alienação fiduciária em garantia, e não na hipoteca brasileira.

Afonso Patrão lembra outro exemplo da doutrina³⁹⁴. O direito real de usufruto do direito holandês, o qual admite que a coisa onerada seja consumida. Esse direito real de usufruto neerlandês pode ser substancialmente diferente de um direito real de usufruto de outro país, apesar da identidade de *nomen iuris*.

Outrossim, o fato de um direito real estrangeiro conter um *nomen iuris* distinto de um direito real doméstico não significa que eles não sejam intercambiáveis em um eventual processo de adaptação. Por exemplo, o direito real de superfície de Portugal, quando envolve o direito de construir sobre edifício alheio (art. 1526º do Código Civil português), não deveria ser adaptado ao direito real de

³⁹³ Sobre o tema, reportamo-nos ao artigo “Hipoteca e outras garantias reais no Brasil: Debilidades traiçoeiras diante de credores ‘privilegiados’” (Oliveira, 2021-A).

³⁹⁴ Patrão, 2016, p. 138.

superfície brasileiro, apesar da proximidade do *nomen iuris*. O motivo é que o referido direito real lusitano aproxima-se mais do direito real de laje brasileiro, o qual recebeu esse *nomen iuris* apenas por motivos políticos e popular³⁹⁵.

Feitos esses esclarecimentos, terreno fértil há para, em sistematização, definir o que é desconhecimento, pela *lex situs*, do direito real estrangeiro outorgado pela *lex successionis*.

Desconhecimento deve ser entendido como a falta de correspondência substancial do direito real estrangeiro em relação a um dos itens do catálogo de direitos reais admitido pela *lex situs*.

A mera falta de correspondência formal (assim entendida a divergência de *nomen iuris*), por si só, não significa falta de correspondência substancial. O parâmetro determinante é o conteúdo dos direitos reais, e não a sua etiqueta.

Quando a falta de correspondência substancial não é significativa, a adaptação do direito real estrangeiro deve ser feita da forma menos burocrática possível, com dispensa, por exemplo, de exigência de prévio reconhecimento judicial. Deve-se agir como se os direitos reais fossem idênticos.

2.3.2.6. Espécie de adaptação *lato sensu*

2.3.2.6.1. Classificação

Até o presente momento, empregamos a expressão “adaptação” em seu sentido amplo: a adaptação *lato sensu*. Há, porém, espécies desse tipo de adaptação, a saber:

- a) adaptação *stricto sensu*³⁹⁶;

³⁹⁵ Para detalhamento sobre o direito real de laje brasileiro, reportamo-nos ao artigo “Direito Real de Laje à Luz da Lei nº 13.465/2017: nova lei, nova hermenêutica” (Oliveira, 2017).

³⁹⁶ Há autores, como Luis de Lima Pinheiro, que adotam nomenclatura diferente: no lugar de “adaptação *lato sensu*” e “adaptação *stricto sensu*”, emprega respectivamente os termos “adaptação-problema” e “adaptação-solução” (Lima Pinheiro, 2019, pp. 540-545; Patrão, 2016, p. 139). No mais, admitem os termos substituição e transposição. Preferimos, porém, as expressões mais tradicionais para evitar dispersões taxonômicas que mais confundem do que esclarecem. Melhor, portanto, é referir-se à adaptação *stricto sensu*. Embora não se encontre na doutrina a expressão adaptação *lato sensu*, utilizamo-la aqui por entendermos estar implícita na escolha da doutrina em empregar o termo “adaptação” como um grande gênero dentro do qual a “adaptação *stricto sensu*” é uma espécie (Monaco, 2019, p. 153). Há, ainda, autores, como Giorgio Cansacchi, que deram sentido muito mais amplo ao conceito de adaptação, mas é adequadamente criticado por misturar o tema com problemas diferentes de direito internacional privado, como qualificação e reenvio (Patrão, 2016, p. 140).

- b) substituição; e
- c) transposição.

Doutrina minoritária inclui a transposição dentro da substituição. Não é essa a melhor corrente, conforme se verá. Mais adequado é separar as figuras, apesar de haver certa proximidade entre elas³⁹⁷.

A adaptação³⁹⁸, em qualquer uma das suas espécies, é caracterizada por implicar uma aplicação parcial de uma lei estrangeira a uma situação plurilocalizada. Esse é o ponto em comum entre elas³⁹⁹. A diferença está nos tipos de problemas a serem enfrentados.

A adaptação é empregada em situações de insuficiência das regras tradicionais de conflitos de normas em direito internacional privado. Estas não logram resolver todos os problemas conflituais. A adaptação é “o expoente paradigmático de algumas insuficiências do método conflitual”⁴⁰⁰. É uma amostra da necessidade de haver certa flexibilidade nas técnicas de soluções conflituais em direito internacional privado para obter resultados adequados.

Já explanamos sobre a adaptação *lato sensu* (item 2.3.2.1.). Passamos a esmiuçar as suas espécies nos próximos itens.

2.3.2.6.2. Adaptação *stricto sensu*

A adaptação *stricto sensu* dá-se quando há um “acidente técnico”, na expressão de João Baptista Santos (1960, p. 328). O acidente técnico ocorre quando, para uma situação transnacional, duas leis de países diferentes são consideradas competentes para regulá-la e entram em conflito a ponto de gerar resultados impossíveis ou inadmissíveis⁴⁰¹.

A adaptação *stricto sensu* é a técnica do direito internacional privado para conciliar essas duas normas que foram convocadas para regular a questão privada internacional e que, por si sós, acarretariam contradições (lógicas ou teleológicas) ou incompatibilidades materiais.

³⁹⁷ Patrão, 2016, pp. 126 e 146.

³⁹⁸ Quando utilizarmos o termo “adaptação”, a referência é ao sentido amplo (*lato sensu*).

³⁹⁹ Patrão, 2016, p. 140.

⁴⁰⁰ Rozas, 2009, p. 11.

⁴⁰¹ Patrão, 2016, pp. 140-142.

O objetivo da adaptação *stricto sensu* é encontrar uma congruência lógica ou teleológica diante da insuficiência dos métodos tradicionais de conflitos de normas, como os elementos de conexão. É corrigir o resultado inadmissível ou impossível que o “jogo de normas de conflito”⁴⁰² acarreta em um caso concreto.

As contradições (lógicas ou teleológicas) e as incompatibilidades materiais são resultados impossíveis ou inadmissíveis que a adaptação *stricto sensu* busca desmanchar.

Cabe ao jurista tal tarefa em respeito à necessidade de preservar o vínculo natural que há entre os diversos ordenamentos jurídicos, dentro de uma ideia de unidade do sistema jurídico mesmo no plano internacional⁴⁰³.

O fato de inexistir uma regra de conflito para essa situação específica é irrelevante: cabe ao jurista preencher essa lacuna, adotando, por vezes, uma postura de legislador para ajustar o conteúdo material das normas estrangeiras envolvidas.

O jurista, porém, precisa ter cautela para não subverter as normas envolvidas. Tem de ser minimalista e cauteloso no manuseio da técnica da adaptação *stricto sensu* no caso concreto, com a acuidade própria de um neurocirurgião na fase mais sensível de uma operação no cérebro. João Baptista Machado (1960, pp. 330-331) destaca, *in verbis*:

Ao juiz não será lícito aceitar de braços cruzados um tal resultado: terá de o corrigir, ao decidir a hipótese litigiosa, procurando guardar respeito, na medida do possível, àquela interconexão de sentido que solidariza e argamassa as normas no ordenamento respectivo. Tem de preencher as lacunas que apareçam – tal como se lhe impõe para hipóteses internas –, tem de eliminar os contrassentidos e ajeitar a coatuação das diferentes leis, por forma a obter um “mosaico ilacunar” (Wengler) e harmônico.

Por isso se reconhece hoje em geral a necessidade de recorrer, em certos casos, a um *procedimento de adaptação* das normas materiais aplicáveis. Na expressão de Wengler, o juiz terá de proceder como se se tratasse de construir um automóvel com peças de marcas diferentes: passando além da simples função “constatadora” de normas de conduta dadas, o juiz avançará no sentido de uma conformação concreta das relações jurídicas através da sua decisão, no uso de uma faculdade quase-legislativa. É caso para dizer-se que ele atua não só *secundum legem* mas também *de legibus*. Essa atividade requer, por parte do juiz, um bom conhecimento do direito estrangeiro a adaptar, e o interesse da segurança jurídica pede que se limite ao mínimo a alteração introduzida no conteúdo da lei estrangeira.

Tratemos das contradições e das incompatibilidades.

⁴⁰² Expressão de João Baptista Machado (1960, p. 338).

⁴⁰³ Machado, 1960, p. 330.

A rigor, contradição lógica e contradição teleológica são diferentes, nas palavras de Antônio Marques dos Santos (1989, p. 570), que se apoia em G. Kegel. Contradição lógica dizem respeito a casos “assim não *pode* ser”. Contradição teleológica já aludem a casos “assim não *deve* ser”. Apesar de ser didático pensar assim, temos por mais didático tratá-las em globo dentro do termo “contradições”, pois o resultado de ambas é o mesmo: a utilização da técnica da adaptação *stricto sensu*.

Quanto às contradições lógicas ou teleológicas (também chamadas de contrassentidos lógicos ou teleológicos), elas ocorrem quando a aplicação das duas leis competentes para disciplinar o caso gera um resultado incompatível com a finalidade de ambas as leis. Dá-se quando a aplicação pura das regras tradicionais de conflito internacional de normas cria uma contradição teleológica: colide com a *ratio* de ambos os ordenamentos jurídicos envolvidos.

O exemplo clássico da doutrina é do pai biológico português em conflito com o pai adotivo marroquino⁴⁰⁴.

Suponha que A (português residente em Portugal) tenha um filho biológico C.

Suponha que C tenha sido adotado por B (marroquino residente em Marrocos) à luz da lei marroquina. A adoção em países muçulmanos não corresponde propriamente à adoção comum nos países ocidentais. É chamada de *kafâla* e acarreta consequências jurídicas diferentes⁴⁰⁵.

C, portanto, é filho biológico do português e filho adotivo de B.

A lei portuguesa exclui o filho biológico que foi adotado por outrem da herança do pai biológico. Pressupõe que o filho biológico, ao ser adotado por terceiro, participará da herança deste último. No caso acima, à luz da lei lusitana, se o pai português (A) morresse, o seu filho biológico (C) não seria seu herdeiro, pois já foi adotado por outrem.

Acontece que a lei marroquina parte de lógica diferente. Ela exclui o filho adotivo da herança do pai adotivo. Escora-se na premissa de que o filho adotivo

⁴⁰⁴ Patrão, 2016, p. 141.

⁴⁰⁵ Considerar a *Kafâla* como uma adoção nos países ocidentais é fruto de uma espécie de adaptação *lato sensu*: a substituição. Sobre essa espécie, deitaremos holofotes mais à frente. Para um aprofundamento sobre a *kafâla*, ver: Cordero Álvarez, 2012.

se beneficiará da herança do pai biológico. Na hipótese em pauta, à luz da lei marroquina, se o pai marroquino (B) morrer, o seu filho adotivo (C) não lhe será herdeiro.

Pelas regras tradicionais de solução de conflito (especificamente a de elementos de conexão), a lei portuguesa disciplinará a sucessão *mortis causa* do pai português, e a lei marroquina, a do pai marroquino. É que, nesses casos, o elemento de conexão é a *lex domicilli*: aplica-se a lei do domicílio do falecido para disciplinar sua sucessão *mortis causa*.

Dado esse cenário, suponha que ambos os pais faleçam. Nessa hipótese, se aplicarmos isoladamente cada uma das leis em tela, C não receberá herança alguma: nem do pai português, nem do pai marroquino. Trata-se de uma contradição teleológica: a finalidade de cada uma das leis em conflito está sendo frustrada. Cada uma das leis colimava que o filho recebesse uma herança. Mas, na espécie, C não receberá herança alguma se aplicarmos as duas leis isoladamente.

No exemplo acima, percebe-se que a aplicação dos métodos tradicionais de solução de conflitos de normas estrangeiras desaguará em um resultado inadmissível diante da contradição teleológica.

A adaptação *stricto sensu* é a técnica de direito internacional privado destinada a dissolver essa contradição lógica.

No tocante às incompatibilidades materiais, elas consistem em hipóteses em que as normas convocadas a disciplinar uma situação transnacional geram, na prática, um resultado que denota uma incompatibilidade do conteúdo de ambas e a insuficiência dos critérios tradicionais de conflitos de normas. A adaptação *stricto sensu* é a via para afastar essa incompatibilidade material entre as normas.

O exemplo clássico é da comoriência⁴⁰⁶.

Suponha um pai português residente em Portugal, com um filho inglês residente na Inglaterra. Suponha que ambos morram em uma mesma ocasião, sem que se possa saber quem morreu em primeiro lugar (comoriência)⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Patrão, 2016, p. 142.

⁴⁰⁷ A propósito, o art. 21º, item 1, do Regulamento (UE) nº 650/2012 indica a lei do local da residência habitual do falecido como a competente para regular a sucessão *mortis causa*.

Para disciplinar a extinção da personalidade jurídica (momento da morte) e a sucessão *mortis causa*, deve-se aplicar a lei do domicílio do falecido, conforme elemento de conexão preponderante no caso. Assim, aplica-se a lei portuguesa para a extinção da personalidade e para a sucessão *mortis causa* do pai português. E aplica-se a lei inglesa para a extinção da personalidade e a sucessão *mortis causa* do filho inglês.

Acontece que esse critério tradicional de conflito de normas (a de elementos de conexão) acabará gerando uma incompatibilidade material entre as leis lusitana e inglesa.

É que, à luz da lei portuguesa, a comoriência faz presumir que a morte foi simultânea (extinção da personalidade jurídica). Desse modo, nenhum dos comorientes herdaria nada do outro (sucessão *mortis causa*). No exemplo acima, o pai português presumidamente teria morrido no mesmo momento do filho e, portanto, nenhum seria herdeiro do outro.

Todavia, a lei inglesa tem solução diferente para a extinção da personalidade jurídica no caso de comoriência. Ela faz presumir que o comoriente mais velho morreu em primeiro lugar⁴⁰⁸ (extinção da personalidade jurídica). Desse modo, o filho inglês teria morrido em segundo lugar.

E é aí que surge uma incompatibilidade material entre a lei portuguesa e a lei inglesa.

Pela lei inglesa, a presunção de precedência da morte do comoriente mais velho está umbilicalmente ligada à sua regra sucessória de que o comoriente mais novo poderá ser herdeiro daquele.

Já pela lei portuguesa, a presunção de morte simultânea dos comorientes está intrinsecamente conectada à sua regra sucessória de que nenhum dos comorientes será herdeiro um do outro.

As leis não são compatíveis no seu conteúdo quando são fracionadas para disciplinar aspectos diferentes de uma mesma situação jurídica transnacional.

Essa incompatibilidade material entre as duas normas exigiria que o jurista se valesse da adaptação *stricto sensu* para encontrar um resultado admissível e que sincronize as regras.

⁴⁰⁸ Sec. 184 do *Land Property Act*, de 1925.

Problemas como esse ocorrem, porque cada ordenamento jurídico possui uma coerência lógica e sistemática interna. É um todo unitário dentro de si mesmo. Uma norma encontra justificativa em outra do mesmo ordenamento por serem frutos de um jogo de compensações de justiça do legislador. Praticamente nenhuma norma pode ser “isolada da ‘sintaxe’ desse todo sem perder a significação jurídico-material que lhe é própria”⁴⁰⁹.

Por isso, ao se deparar com problemas como esses, o direito internacional privado precisa dar uma solução por meio da técnica da adaptação *stricto sensu*. O objetivo do direito internacional privado é estender o “sentido de justiça material da legislação competente”⁴¹⁰.

Esclarecemos que, no caso da União Europeia, o exemplo acima não seria aplicável, porque o art. 32º do Regulamento nº 650/2012⁴¹¹ evitou, na raiz, essa incompatibilidade material. O referido dispositivo comunitário estabelece a presunção de morte simultânea no caso de comoriência e, portanto, os comorientes não serão herdeiros uns dos outros. Considerando, porém, que o Reino Unido não é mais Estado membro da União Europeia em razão do *Brexit*, o exemplo acima voltou a ser atual.

A realidade é que nem sempre é nítido definir quando há um caso de contradições (lógicas ou teleológicas) ou um de incompatibilidade material. Há hipóteses que misturam as duas situações. E nem nos parece tão relevante uma obsessão por categorização diante da proximidade entre as hipóteses. O que importa mesmo é identificar se o “simples jogo das normas de conflito” (as regras tradicionais de conflitos de normas) gera ou não um resultado impossível ou inadmissível. Se gerar, o caso é de o jurista valer-se da técnica de adaptação para corrigir esse resultado, interferindo no conteúdo material das regras.

⁴⁰⁹ Machado, 1960, p. 338.

⁴¹⁰ Machado, 1960, p. 338.

⁴¹¹ Confira-se (Eur-lex, 2012-A):

Artigo 32.º

Comorientes

Sempre que duas ou mais pessoas cujas sucessões são regidas por leis diferentes morram em circunstâncias em que haja in certeza quanto à ordem em que os óbitos ocorreram e que essas leis regulem esta situação de forma diferente ou não a regulem, nenhuma destas pessoas tem direito à sucessão da outra ou das outras.

João Baptista Machado (1960, pp. 331-332) dá outro exemplo convidativo da adaptação. O exemplo retrata o quadro normativo dos países envolvidos na década de 1960⁴¹².

Suponha um casal alemão que tenha obtido a nacionalidade sueca. Suponha que o marido faleça. Indaga-se: o outro terá direito à meação dos bens comuns? E terá também direito sucessório?

A rigor, pelos elementos de conexão indicados por João Baptista Machado na década de 1960, a viúva nada herdaria (direito sucessório) nem nada mearia (direito de família).

É que o direito sueco haveria de disciplinar a sucessão *mortis causa* e, à luz dele, a viúva nada herdaria. E nada herdaria por um motivo: a lei sueca parte da premissa de que a viúva já terá sido beneficiada com a meação por regras de direito de família.

O direito alemão daria as regras de direito de família e, sob sua ótica, a viúva não teria direito algum a meação. E não teria direito à meação, porque, sob a lógica da lei alemã, a viúva seria herdeira.

Tanto na lei alemã quanto na lei sueca, a regra de meação (direito de família) está umbilicalmente conectada à regra da herança (direito sucessório) na lei alemã. Fragmentá-las no caso concreto geraria um resultado inadmissível no exemplo acima.

Não é admissível que, por regras tradicionais de conflito de normas, a viúva não tenha qualquer direito patrimonial. Trata-se de uma situação que, a nosso sentir, envolve tanto uma contradição teleológica (a finalidade das leis se contradiz no caso concreto) quanto de incompatibilidade material (o conteúdo das normas não é compatível).

Cabe ao jurista corrigir esse resultado inadmissível por meio da adaptação *stricto sensu*.

João Baptista Machado (1960, pp. 333-334) fornece outro exemplo similar. O exemplo retrata o quadro normativo dos países envolvidos na década de 1960⁴¹³.

⁴¹² Como o objetivo aqui é expor exemplos atrativos da adaptação *stricto sensu*, os exemplos em pauta são suficientes, ainda que vinculados ao quadro normativo da década de 1960.

Dois ingleses, domiciliados na Inglaterra, casam-se sem uma convenção antenupcial. Posteriormente, mudam-se para a França. Morre o marido. Indaga-se: a viúva terá direito à meação (direito de família) ou direito à herança (direito sucessório)?

À luz das regras tradicionais de conflito de normas em direito internacional privado, nada tocaria à viúva.

É que a lei inglesa seria aplicada para o direito de família. Segundo ela, o regime de bens de quem casa sem pacto antenupcial é o da separação de bens. Essa regra de direito de família inglesa justifica-se pelo fato de que, futuramente, o viúvo terá direito hereditário. A opção legislativa de direito de família está umbilicalmente conectada à opção sucessória no direito inglês. Assim, no exemplo acima, a viúva não teria qualquer meação, portanto.

Acontece que a sucessão *mortis causa* não será disciplinada pela lei inglesa na hipótese acima, segundo as regras tradicionais de conflito de normas. Aplicar-se-á aí o direito de francês, em virtude do qual, no exemplo acima, a viúva não terá nenhum direito na sucessão mobiliária. Essa opção legislativa sucessória francesa conecta-se intrinsecamente com a regra francesa de direito de família em assegurar o direito à meação sobre os bens adquiridos ao longo do casamento.

Ao aplicar a lei inglesa apenas quanto à meação (direito de família) e a lei francesa em relação à herança (direito sucessória), chegaremos a um resultado inadmissível: a viúva, no exemplo acima, não terá direito a qualquer proveito patrimonial⁴¹⁴.

É mister corrigir esse contrassenso lógico e essa incompatibilidade material das normas oriundas da aplicação distributiva das duas ordens jurídicas. A ferramenta adequada para tanto é adaptação *stricto sensu*.

Conflitos entre o estatuto real também podem atrair a adaptação *stricto sensu*. A lei que rege a constituição, a modificação e extinção dos direitos reais (geralmente, a *lex situs*) nem sempre é a mesma lei que rege o título gerador desse direito (ex.: *lex successionis*, *lex contractus* etc.). Ao aplicar as regras conflituais

⁴¹³ Como o objetivo aqui é expor exemplos atrativos da adaptação *stricto sensu*, os exemplos em pauta são suficientes, ainda que vinculados ao quadro normativo da década de 1960.

⁴¹⁴ João Baptista Machado (1960, pp. 332-333) lembra exemplo absolutamente similar nos EUA, levando em conta o quadro normativo da década de 1960. A lei do Massachussets adota o regime da separação de bens como regra, mas, em compensação, garante direito sucessório ao viúvo. Já a lei da Califórnia elege o regime da comunhão de bens como regra e, como contrapartida, nega direito hereditário ao viúvo.

tradicionais, um resultado inadmissível ou impossível pode ser obtido, o que convocará a incidência da técnica da adaptação *stricto sensu*.

João Baptista Machado (1960, p. 334) cita um julgado de 1986, do tribunal de Dresden, capital do Estado⁴¹⁵ alemão da Saxônia.

A esposa herdou um imóvel situado na Saxônia. O regime de bens era regido pela lei de outro local, da antiga região de Westfália⁴¹⁶. Por esse regime de bens, haveria comunicação do imóvel em razão do regime de bens em favor do marido.

Acontece que a lei da Saxônica, que regravava o estatuto real, estabelecia que a transmissão do bem por força de regime de bens não pode ser automática; não é *ex vi legis*.

O “simples jogo de normas de conflito” desaguou em um resultado inadmissível ou impossível: o marido tem direito ao imóvel pela comunicação decorrente do regime de bens à luz da lei de Westfália, mas a efetivação desse direito (a transmissão imobiliária) encontra obstáculo na *lex situs*.

Para corrigir esse contrassenso teleológico e essa incompatibilidade material, o Tribunal de Dresden valeu-se de uma adequação *stricto sensu*: obrigou a esposa a criar uma situação jurídica próxima à do estatuto matrimonial, conferindo ao marido um direito de disposição sobre o imóvel.

Outro exemplo clássico de adaptação *stricto sensu* é o caso *Chemouni*, apreciado pelo Judiciário francês nos idos das décadas de 1950 e 1960⁴¹⁷. Trata-se de problema decorrente de conflito móvel, que, embora geralmente gere problemas de transposição (uma outra espécie de adaptação *lato sensu* que trataremos mais à frente), pode também atrair a aplicação da adaptação *stricto sensu*.

O “conflito móvel” é o conflito de normas no Direito Internacional Privado em razão da mudança, no tempo ou no espaço, do elemento de conexão relativamente a uma situação jurídica. Essa mudança pode ocorrer em razão da superveniência de mudança legislativa (as regras de conexão mudam por mudança legislativa) ou de mudança fática (ex.: mudança de domicílio para outro país,

⁴¹⁵ *Bundesland*.

⁴¹⁶ Integrante atualmente do Estado alemão de Renânia do Norte-Vestfália.

⁴¹⁷ *Ut* Antonio Ferrer Correia (1983, p. 31) e Antônio Marques dos Santos (1989, pp. 561-570). O caso percorreu diferentes instâncias da justiça francesa 1955 e 1963.

transporte da coisa para outro país, mudança de nacionalidade etc.). Assim, uma situação jurídica transnacional ficará potencialmente sujeita a dois ordenamentos jurídicos no tempo, gerando ao jurista o conflito em definir se se deve aplicar o direito antigo (de um país) ou direito novo (do outro país)⁴¹⁸.

O caso *Chemouni* é um exemplo de conflito móvel por envolver situação de mudança do elemento de conexão em razão da mudança de domicílio e de nacionalidade.

Chemouni era um tunisino israelita. Era polígamo e veio a adquirir a nacionalidade francesa por ter-se estabelecido na França. Casara-se com duas esposas concomitantemente na Tunísia. Após chegar à França, separou-se de sua segunda esposa, a qual recorreu a *Cour de Cassation* em busca da condenação do marido a lhe pagar alimentos. Sua esposa também era tunisina israelita.

Nesse caso, contrapõe-se, de um lado, a lei francesa (que proíbe a poligamia) e, de outro lado, a lei da Tunísia (que admite a poligamia).

À luz das normas de conflito tradicionais – fornecidas pela *lex fori* (direito francês) –, deveria ser aplicada a lei francesa por ser a lei nacional comum dos cônjuges. Por consequência, o segundo casamento seria nulo.

A corte francesa, porém, para evitar esse resultado inadmissível, valeu-se da técnica de adaptação *stricto sensu* para aplicar a lei ao tempo da celebração do casamento, ou seja, a lei tunisiana.

Esse caso merece destaque por se tratar de hipótese em que a técnica da adequação *stricto sensu* para alterar as regras de conflitos de lei no espaço no lugar de alterar o próprio conteúdo da norma. A adaptação *stricto sensu*, portanto, corrigiu o resultado inadmissível criando uma nova regra conflitual, sem intervir no conteúdo das leis em conflitos.

Ainda em relação ao caso *Chemouni*, há outros autores que fazem leitura diversa da fundamentação do julgado francês. Há quem sustente que, na verdade, não houve adaptação, mas apenas delimitação espaço-temporal das normas: a lei tunisina aplica-se à validade do casamento por este ter ocorrido antes

⁴¹⁸ Felipe Rocha dos Santos (2008) lembra que, nesses casos de conflitos móveis, a doutrina divide-se em três posições: (1) a aplicação da teoria dos direitos adquiridos; (2) a aplicação da teoria do direito transitório; e (3) a aplicação contextual e valorativa da norma do Direito Internacional Privado com olhos na sua principiologia e nos seus objetivos.

da naturalização francesa de *Chemouni*, ao passo que a lei francesa aplica-se aos efeitos do casamento (como o dever de alimentos) após a naturalização⁴¹⁹.

Foi com base nessa concepção hospitaleira de ordem pública que o Tribunal de Versalhes entendeu que proteger a segunda esposa de *Chemouni* com o direito aos alimentos não violaria a ordem pública francesa. Esta rejeita casamento polígamos celebrados na França. Não rejeita, porém, casamentos polígamos celebrados legitimamente à luz da lei doméstica da época nem deixa desprotegidos os cônjuges cujo estatuto pessoal mude para o francês. Essa situação de mudança de estatuto pessoal (uma hipótese de conflito móvel de normas), do tunisino para o francês, deve ser feito sem prejudicar as legítimas expectativas dos envolvidos.

Há ainda quem tenha enfrentado esse caso sob a ótica da ordem pública internacional. Sabe-se que normas estrangeiras não podem ser admitidas em um país em contrariedade à ordem pública doméstica. O conceito de ordem pública, porém, precisa ser visto com maior flexibilidade, sob uma ótica internacionalista, destinada a não contrariar legítimas expectativas de sujeitos envolvidos em situações jurídicas transnacionais. No caso *Chemouni*, o Tribunal de Versalhes (que apreciou o caso antes da *Cours de cassation*) sublinhou essa noção mais universalista, aberta e tolerante de ordem pública para evitar que resultados agressivos contra a justiça e a equidade.

Antonio Marques dos Santos manifesta-se favoravelmente a essa ideia, rotulando-a como um *efeito atenuado da ordem pública internacional*⁴²⁰. Com base nas palavras do Procurador da República adjunto Flamant que atuou perante o Tribunal de Versalhes, deve-se defender “uma ordem pública que une as nações em vez de opô-las”, “que não varia de uma fronteira para outra”⁴²¹. O conceito de ordem pública precisa ser mais tolerante com situações jurídicas que nasceram legitimamente no exterior e que, por razões de transnacionalidade, reivindicam agora efeitos com base na lei doméstica. No caso acima, o casamento polígamo nasceu legitimamente, mas, por conta da mudança de estatuto pessoal, a segunda esposa reivindica, com base na lei francesa, um efeito do casamento: o dever de pagar alimentos. O conceito de ordem pública não pode ser empregado contra essa situação.

⁴¹⁹ Marques dos Santos, 1989, p. 567.

⁴²⁰ Marques dos Santos, 1989, p. 562.

⁴²¹ Marques Santos, 1989, p. 563.

Diferente seria a solução se o casamento polígamo tivesse nascido ilegítimamente, como se tivesse sido celebrado na França, cuja lei o censura. Nesse caso, o conceito de ordem pública poderia ser um obstáculo aos efeitos desse casamento nulo.

Portanto, o conceito de ordem pública é mais flexível e universal quando lida com situações transnacionais nascidas legitimamente no exterior relativamente ao conceito de ordem pública para situações jurídicas nascidas contrariando a legislação aplicável.

Há exemplos também envolvendo o emprego da adaptação *stricto sensu* envolvendo o estatuto real (geralmente correspondente à *lex situs*). Concentramos esses exemplos no item 2.3.2.2., para o qual nos reportamos.

Há, porém, um exemplo que merece ser citado neste item por envolver um caso decorrente de conflito de qualificação: o caso da herança vaga de um inglês envolvendo imóvel em Portugal⁴²².

Suponha que um inglês, sem herdeiros, residente na Inglaterra, tenha falecido. Deixa imóveis em Portugal. Trata-se, pois, de um caso de herança vaga (*bona vacantia*).

De um lado, o direito inglês trata o tema do destino da herança vaga como estatuto real, e não como estatuto sucessório. As normas sucessórias inglesas nada versam sobre o assunto. São suas normas de direito das coisas que estabelecem o *right to escheat* (o direito de confisco), de origem feudal, que foi mantido pelo *Administration of Estates Act*, de 1925, para imóveis. Segundo essa regra, a herança vaga reverte-se em favor da Coroa como uma espécie de expropriação.

De outro lado, o direito português cuida da herança vaga como regra de estatuto sucessório, e não como estatuto real. As regras de direito das coisas em Portugal não oferecem solução. São suas regras sucessórias que estabelecem a reversão da herança vaga ao Estado⁴²³.

⁴²² Patrão, 2016, p. 145.; Marques dos Santos, 1989, p. 556.

⁴²³ É o art. 2152º do Código Civil português:

Artigo 2152.º
(Chamamento do Estado)

Na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis, é chamado à herança o Estado.

Trata-se de um vácuo de normas materiais aplicáveis (*Normenmangel*, no direito alemão) ou de um conflito negativo de qualificação.

Pelas regras tradicionais de conflito de normas, não haveria lei alguma a ser aplicada. Haveria um vácuo normativo. A *lex successionis* é a lei inglesa, a qual – nas suas regras sucessórias - é silente quanto ao destino da herança vaga por qualificar esse assunto como estatuto real. A *lei rei sitae* (que é a lei de Portugal) guarda também silêncio, pois Portugal qualifica o tema do destino da herança vaga como estatuto sucessório.

Sob essa ótica, no caso acima, os imóveis situados em Portugal tornar-se-iam *res nullius*, o que é um resultado inadmissível por contrariar o espírito de ambos os ordenamentos jurídicos envolvidos. Por essa razão, o caso atrai a técnica da adaptação *stricto sensu* para afastar esse resultado inadmissível.

A doutrina aponta dois caminhos para essa adaptação *stricto sensu*⁴²⁴, todos desaguando no mesmo resultado: a apropriação da herança vaga pelo Estado português.

O primeiro é fazer a adaptação recair sobre o elemento de conexão, alterando-o. A ideia seria aplicar a *lex rei sitae* para a questão sucessória da herança vaga. Assim, a lei portuguesa (*lex rei sitae*) seria aplicada para reverter os imóveis vagos para o Estado português. Essa solução parece-nos mais adequada por força do que chamamos de *subsidiariedade na intervenção no conteúdo material das normas* (*ut* item 3.3.1.2.).

O segundo é adaptar as normas materiais, criando, na *lex rei sitae*, a regra de que o Estado português apropria-se das heranças vagas. Promove-se, assim, uma integração do direito lusitano.

Alerte-se que, no âmbito da União Europeia, esse conflito negativo de qualificação em relação à herança vaga não mais existe: o art. 33º do Regulamento Europeu das Sucessões⁴²⁵ disciplinou o tema, outorgando ao Estado membro do lugar do imóvel o direito à apropriação⁴²⁶.

⁴²⁴ Marques dos Santos, 1989, pp. 557-559.

⁴²⁵ Art. 33º do Regulamento (UE) nº 650/2012:

Artigo 33.º

Herança vaga

Na medida em que, nos termos da lei aplicável à sucessão por força do presente regulamento, não houver herdeiros nem legatários de quaisquer bens ao abrigo de uma disposição por morte, nem

Expostos esses exemplos, indaga-se: quais são os parâmetros para a adaptação *stricto sensu*?

A doutrina não nos parece ter clareza. Reporta-se, na prática, ao juízo equitativo do juiz no caso concreto, adaptando as regras conflituais e o próprio conteúdo das normas materiais⁴²⁷. Adota, como diretriz, a busca por uma situação jurídica justa no caso concreto. Por essa razão, o tema costuma ser abordado pela doutrina mediante exemplos empíricos com respostas a cada caso concreto.

Em resumo, a adaptação *stricto sensu* é técnica que corrigirá um resultado inadmissível ou impossível causado pelas regras conflituais tradicionais de direito internacional privado e operará mediante alteração, no caso concreto, dessas regras conflituais ou do conteúdo das próprias normas em conflito.

Retornaremos o tema de como a adaptação *stricto sensu* deve ser operacionalizada mais à frente (item 3.3.1.).

2.3.2.6.3. Substituição

A substituição lida com problemas de equivalência de institutos jurídico-materiais dentro de uma relação de prejudicialidade⁴²⁸.

Cuida de definir se o instituto da lei de um país pode ou não servir de condição prejudicial (ex.: filiação) para um efeito produzido por uma questão principal (ex.: sucessão *mortis causa*) da ordem jurídica de um outro país pressupondo figuras distintas.

A substituição destina-se a definir se o instituto de uma lei pode ser considerado equivalente ao instituto que, à luz da lei de outro país, é questão prejudicial à resolução de uma questão principal.

qualquer pessoa singular que possa ser considerada herdeiro por via legal, a aplicação da lei assim determinada não impede que um Estado-Membro ou uma entidade designada para o efeito por esse Estado-Membro possa apropriar-se, nos termos da sua própria lei, dos bens da herança situados no seu território, desde que os credores tenham o direito de obter a satisfação dos seus créditos a partir da totalidade dos bens da herança.

⁴²⁶ Afonso Patrão (2016, p. 145) defende que, no caso supracitado, ainda que não se aplicasse (e realmente não será aplicável pelo fato de o Reino Unido ter saído da União Europeia no ano de 2020), o caso seria resolvido pelo reenvio (*doctrine of renvoi*): o direito inglês devolveria a regra sucessória para Portugal em razão da adoção da *foreign court theory*. Por essa *foreign court theory*, há de aplicar-se a lei que seria aplicada pelos tribunais da *lex rei sitae*. O direito inglês admite o sistema do fracionamento da sucessão.

⁴²⁷ Patrão, 2016, p. 143.

⁴²⁸ Jayme, 2007; Paredes Pérez, 2012; Rozas, 2018; Patrão, 2016, p. 147.

A substituição visa a responder a esta pergunta: o instituto da lei de um país é ou não equivalente à condição jurídica referida pela lei de outro país⁴²⁹?

Há quem defenda que a substituição só se aplica quando se trata de uma questão prejudicial para a *lex fori*⁴³⁰. Afonso Patrão, com razão, discorda dessa necessidade de se envolver a *lex fori*⁴³¹. Basta que haja uma relação de prejudicialidade entre questões de leis diferentes, sem que necessariamente uma dessas leis seja o do foro. Ex.: sucessão *mortis causa* (questão principal) disciplinada por uma lei e filiação (questão prejudicial) disciplinada por outra lei. Não necessariamente essas leis envolvidas são as do foro.

A substituição exigirá do jurista enfrentar um problema de interpretação das regras materiais envolvidas.

Citamos um exemplo: o caso da sucessão *mortis causa* de um brasileiro residente no Brasil com dois filhos adotivos: um adotado de acordo com a lei brasileira e que mora no Brasil; e outro adotado à luz da lei da Arábia Saudita e que mora nessa nação do Golfo Pérsico.

A *lex successionis* é a lei brasileira. Ela disciplinará a questão principal: a sucessão *mortis causa*. A lei brasileira reconhece os filhos adotivos como herdeiros.

O problema é que, para resolver a questão principal, é necessário resolver uma questão prejudicial: o que é filho adotivo?

A rigor, a lei brasileira (*lex successionis*), ao estabelecer que filho adotivo é herdeiro, parte da premissa de que o instituto da adoção é igual ou semelhante ao da lei brasileira.

Em relação ao filho adotivo brasileiro, não há complicações: ele é herdeiro. O instituto da adoção é dado pela própria lei brasileira.

No tocante, porém, ao filho saudita, teremos um problema: não há propriamente um conceito de adoção na lei árabe. Há, sim, uma figura parecida: a

⁴²⁹ Patrão, 2016, p. 148.

⁴³⁰ Goderchot-Patris, 2010.

⁴³¹ Patrão, 2016, p. 147.

kafâla, a qual gera consequências jurídicas diferentes do instituto de adoção conhecido dos países ocidentais em geral⁴³².

Daí surge a pergunta: é ou não viável considerar a *kafâla* da lei saudita equivalente à adoção da lei brasileira para efeito sucessório? A resposta a essa pergunta é decisiva para definir se o filho adotivo saudita é ou não herdeiro.

Adoção e *kafâla* são figuras diferentes. É preciso definir se elas são ou não equivalentes para efeito de definir quem é herdeiro. Em outras palavras, é fundamental estabelecer se ambas as figuras são substituíveis para efeito da questão principal: a sucessão *mortis causa*.

A substituição é técnica do direito internacional privado destinada a avaliar essa equivalência entre institutos de leis de países diferentes tidos como questão prejudiciais para a aplicação de uma lei.

Para definir se os institutos são ou não equivalentes, há necessidade de averiguar a função de cada um deles, segundo Hans Lewald⁴³³. Tal exigirá um aprofundamento do jurista no estudo de cada figura⁴³⁴.

Não se pode confundir o problema da substituição com o da questão prévia em Direito Internacional Privado, apesar de haver quem confunda os termos⁴³⁵. Substituição consiste em averiguar a equivalência entre institutos jurídico-materiais como uma questão prejudicial. Já a questão prévia consiste em escolher a lei competente para regular uma questão prejudicial (ex.: a filiação).

Nesse ponto, um julgado que merece citação é este, da *Cour de Cassation* (França), de 1931: o caso *Ponnoucannamalle vs Nadimoutoupolle*⁴³⁶.

É mais adequado defender que, nesse caso, cuidou-se de uma questão prévia (definição qual lei regularia a validade de uma adoção), e não de uma substituição.

⁴³² Considerar a *Kafâla* como uma adoção nos países ocidentais é fruto de uma espécie de adaptação *lato sensu*: a substituição. Sobre essa espécie, deitaremos holofotes mais à frente. Para um aprofundamento sobre a *kafâla*, ver: Cordero Álvarez, 2012.

⁴³³ Lewald, 1939, p. 132.

⁴³⁴ Jorge Alberto Silva faz interessante análise sobre o reconhecimento, no México, de casamento religioso celebrado no exterior. Considera que, à luz da lei mexicana, o casamento religioso não gera efeitos civis: no máximo, indica um concubinato “*o un simple amasiato*”. Pondera, porém, que a jurisprudência mexicana reconhece casamentos religiosos celebrados no exterior por questões de direito internacional privado (Alberto Silva, 2014). Assim, seria possível, pela técnica da substituição, considerar o casamento religioso celebrado em um país que o admite como equivalente ao casamento civil mexicano, se essa questão for prejudicial.

⁴³⁵ Ferrer Correia, 1971, p. 231.

⁴³⁶ Patrão, 2016, p. 148; Ferrer Correia, 1971, p. 235; Alberto Silva, 2010.

Em suma, nesse precedente, discutiu-se se a adoção validamente feita à luz do direito hindu deveria ou não ser admitida diante do direito francês (que invalidaria essa adoção). Essa questão era prejudicial para o desate da questão principal: a definição dos herdeiros na sucessão *mortis causa*.

De modo mais específico, o falecido tinha vários filhos legítimos e, mesmo assim, adotou outro, indiano, de acordo com o direito indiano.

A lei francesa, que era aplicável à sucessão *mortis causa* dos imóveis deixados pelo falecido⁴³⁷, proibia a adoção quando o adotante já possuísse filhos legítimos. Foi o caso concreto. Assim, à luz da lei francesa, a adoção do filho indiano foi inválida e, por consequência, esse filho não poderia ser herdeiro.

Já a lei indiana – sob a qual foi feita a adoção – não continha essa restrição. A adoção era válida à luz dessa lei.

Como se vê, para definir a questão principal (sucessão *mortis causa*), é necessário definir uma questão prévia: qual a lei regerá a validade da adoção⁴³⁸, a francesa ou a indiana.

A *Cour de Cassation* entendeu que deve prevalecer a lei francesa para a questão prévia: a adoção é nula e, por consequência, não há direito sucessório⁴³⁹.

Esse julgado representa um problema de questão prévia no Direito Internacional Privado, e não propriamente de substituição. Não se discutiu, propriamente, a equivalência jurídico-material de institutos para efeito de definir uma questão prejudicial.

2.3.2.6.4. Transposição

Assim como a substituição, a transposição também envolve discussão de equivalência ou não entre dois institutos de direito material de leis distintas. A

⁴³⁷ Os imóveis situavam-se na Cochinchina (região sul do atual Vietname), que foi uma colônia francesa até 1948.

⁴³⁸ Há quem trate esse julgado como não sendo um tema de questão prévia propriamente dito.

⁴³⁹ No caso concreto, o neto do autor da herança (o filho indiano adotivo do autor da herança) pleiteava o direito hereditário por direito de representação. É que o filho indiano adotivo era premorto ao tempo da abertura da sucessão. O neto – que foi representado por sua mãe (a Sra. Ponnoucannamalle) – pleitou sua participação da herança como herdeiro necessário (que tem direito à legítima) diante do fato de que o autor da herança havia feito um testamento excluindo-o totalmente da herança. Antes de morrer, o autor da herança havia feito um testamento excluindo totalmente esse neto da herança. O neto, a seu turno, pleitou a nulidade do testamento por este ter violado a legítima, que é assegurada aos herdeiros necessários.

diferença está na causa. Na substituição, a causa é uma relação de prejudicialidade. Já, na transposição, a causa é a própria dinâmica da relação jurídica.

A transposição é mais um problema de direito comparado do que propriamente de direito de conflitos. É, grosso modo, buscar traduzir juridicamente um direito estrangeiro.

A transposição (*recognition*, em inglês) é a transformação de um direito em outro que deveria ter o mesmo efeito, conforme Bram Akkermans e Eveline Ramekers⁴⁴⁰.

Na transposição, responde-se à seguinte pergunta: o instituto jurídico da lei de um país pode ou não traduzir-se no instituto da lei chamada a regular certa situação jurídica transnacional? O instituto da lei estrangeira pode ou não ser transposto para o instituto da lei escolhida para regular a situação plurilocalizada?

Exemplos envolvendo deslocamento, para outro país, de coisas móveis oneradas por direitos reais costumam atrair debates de transposição. Cuida-se de hipóteses de conflitos móveis, as quais são férteis em discussões sobre transposição⁴⁴¹.

Essas questões são mais comuns em direitos reais menores (os direitos reais sobre coisa alheia), especialmente os de garantia⁴⁴². A doutrina costuma acenar que não é tão comum esses problemas envolvendo o direito real de propriedade, por se tratar de um direito admitido em quase todos os países do mundo⁴⁴³. Já manifestamos nossa ressalva pessoal quanto a essa afirmação, calçado no argumento de que, se o regime jurídico do direito de propriedade difere de um país para o outro, há necessidade de adaptação *lato sensu* (na modalidade da transposição), ainda que essa operação possa ser mais simplificada (*ut* item 2.3.2.5.).

Suponha um penhor de uma valiosa pintura situada na França, sem que haja a entrega da coisa. A lei francesa (que é a lei aplicável ao caso por força do elemento de conexão *lex rei sitae*) admite essa espécie de penhor.

⁴⁴⁰ Akkermans e Ramaekers, 2011, p. 4.

⁴⁴¹ Patrão, 2016, p. 150.

⁴⁴² Patrão, 2016, p. 150.

⁴⁴³ Patrão, 2016, p. 150; Lewald, 1939, p. 129.

Se essa pintura for levada a Portugal – cuja lei não admite penhor desacompanhada da entrega da coisa –, indaga-se: a garantia real será ou não extinta?

A pergunta surge pelo fato de que a lei que regula os direitos sobre a coisa é a da sua localização (*lex rei sitae* ou *lex situs*). Com o deslocamento da coisa para Portugal, a lei portuguesa passa a ser a competente para regular os direitos reais. E essa lei não admite penhor sem entrega da coisa (tradição) nem admite a criação de direitos reais por vontade das partes (*numerus clausus*).

A resposta à pergunta depende do manuseio da técnica da transposição, por meio da qual será investigado se o penhor sem tradição pode ou não ser “traduzido” (transposto) em outro direito real previsto na lei portuguesa, de modo a conservar, em favor do credor pignoratício, uma garantia real sobre a coisa.

A transposição é a espécie de adaptação *lato sensu* destinada a viabilizar essa operação de Direito Internacional Privado.

Um outro caso de transposição merece averbação. A referência é o *Colorado case*, fruto de acórdão da *Court of Appeal of England and Wales Colorado*, de 12 de fevereiro de 1923⁴⁴⁴. Trata-se de hipótese que se valeu da figura da transposição antes mesmo da publicação da principal e pioneira obra doutrinária sobre o tema da adaptação: a obra *Règles Générales des Conflits de Lois*, de Hans Lewald (1939).

O caso versava sobre definir uma hipoteca marítima (*hypothèque maritime*) constituída sob a égide da lei francesa. Pela lei francesa, o credor hipotecário - que era o banco *Credit Maritime et Fluvial de Belgique* – tinha prioridade em relação a outros credores na excussão da coisa.

O navio foi penhorado e vendido em hasta pública na Inglaterra por conta de ação judicial de cobrança dívidas da empresa proprietária da embarcação. A lei inglesa não previa essa hipoteca marítima.

Surgiu discussão acerca da prioridade creditória entre o credor hipotecário e outros credores (que haviam feito reparos no navio e não haviam sido pagos).

⁴⁴⁴ Patrão, 2016, p. 150; Case Books, 1923.

A Corte inglesa entendeu que, em relação à prioridade creditória, deveria ser aplicada a lei inglesa em respeito à *lex rei sitae* e à *lex fori*.

E, para tanto, é preciso traduzir (transpor) a hipoteca marítima francesa para uma figura próxima do direito inglês. É preciso, pois, realizar uma transposição.

E, ao realizar essa transposição, a hipoteca marítima francesa deve ser considerada como um direito de garantia com prioridade creditória em relação a outros credores. Deve ser considerada como uma figura com prioridade creditória similar a um penhor marítimo (*maritime lien*) ou uma hipoteca inglesa (*English mortgage*).

Portanto, feita a transposição da hipoteca marítima francesa para uma figura similar do direito inglês, é de reconhecer-se a prioridade creditória do banco *Credit Maritime et Fluvial de Belgique* na excussão da coisa.

Outros exemplos de aplicação da transposição merecem averbação.

Um deles é o Acórdão do Tribunal da Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof* - BGH) de 20 de março de 1963. Nesse caso, a Corte alemã transpôs um penhor de direito instituído à luz da lei francesa para uma propriedade fiduciária regida pelo direito alemão⁴⁴⁵.

Outro exemplo bem impressionante de aplicação da transposição é o que chamaremos de caso do Banco da Tanzânia.

Trata-se do caso *NBC Holding Corporation (Tanzania National Bank of Commerce) v. Societa Italiana Sisal e Afini Lavorata S.P.A.*, julgado pela Suprema Corte da Holanda (*Hoge Raad der Nederlanden*) em 23 de abril de 1999⁴⁴⁶.

Nesse caso, a Suprema Corte holandesa (*Hoge Raad*) transpôs uma garantia flutuante (*floating charge*) instituída à luz da lei da Tanzânia em um penhor sem apossamento da lei holandesa⁴⁴⁷.

Esse caso convida aprofundamento por sua riqueza fática e pela sua utilidade para outros casos concretos envolvendo conflitos móveis envolvendo a técnica do Direito Internacional Privado de transposição (*recognition*, no direito norte-americano)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Patrão, 2016, p. 150.

⁴⁴⁶ De Rechtspraak, 2001-A; De Rechtspraak, 2001-B; Akkermans e Ramaekers, 2011.

⁴⁴⁷ Ulrich Drobniç (problematiza várias outras situações decorrentes de direitos reais de garantias sobre imóveis).

⁴⁴⁸ Bram Akkermans e Eveline Ramaekers tratam do tema com olhos nos conflitos móveis entre os Estados norte-americanos (Akkermans e Ramaekers, 2011).

Os fatos podem ser resumidos da seguinte maneira.

Uma empresa chamada Codage tinha uma dívida de 2 milhões de dólares perante o banco da Tanzânia (*NBC Holding Corporation*⁴⁴⁹). E, em garantia dessa dívida, a Codage ofereceu um *floating charge* (uma garantia flutuante) sobre o patrimônio da sua atividade empresarial (como as mercadorias).

O *floating charge* não recai sobre um bem específico, mas sobre o patrimônio em si (a universalidade de bens), abrangendo bens presentes e futuros dessa universalidade. Desse modo, a empresa devedora tem liberdade para dispor dos seus bens na sua atividade empresarial, como mercadorias, recebíveis (créditos perante clientes) etc.

Quando o credor tiver de executar a garantia por conta de uma inadimplência, ele, então, especializará a garantia, fazendo-a incidir sobre um bem específico entre os que, naquele momento, estiver sob a titularidade do devedor. Cabe-lhe nomear um receptor por meio de um procedimento executivo previsto na lei da Tanzânia.

Nesse momento, o *floating charge* transformar-se em um *fixed charge* (garantia fixa). Em outras palavras, a *floating charge* é um ônus que fica flutuante dentro de uma universalidade de bens até, quando da execução, possa fixar em um bem específico. De modo metafórico, é um espírito que fica pairando em cima do patrimônio presente e futuro do devedor à espera de, no caso de inadimplência, encarnar-se em um bem específico.

Acontece que a empresa Codage tinha, na Holanda, um bem avaliado em 2,35 milhões de dólares⁴⁵⁰. A rigor, esse bem, por integrar o patrimônio da empresa, estava também onerado pela garantia flutuante da lei da Tanzânia.

A empresa Codage passou a desonrar suas dívidas não apenas perante o banco da Tanzânia, mas também perante um outro credor (a sociedade Sisal⁴⁵¹).

⁴⁴⁹ O NBC Holding Corporation é um dos bancos mais antigos da Tanzânia (site oficial dele: <https://www.nbc.co.tz/en/about-us/>).

⁴⁵⁰ O bem eram recebíveis que estavam sob a custódia de um banco holandês por terem sido integrados a uma carta de crédito. Os recebíveis eram créditos de 2,35 milhões de dólares que a empresa *Codage* tinha perante clientes canandenses.

⁴⁵¹ Società Italiana Sisal e Afini Lavorata S.P.A.

A Codage não pagou a dívida de 1,95 milhões de dólares que detinha perante a sociedade Sisal⁴⁵². Essa credora, então, ajuizou ação na Holanda e obteve a penhora do supracitado bem que a Codage tinha na Holanda.

O problema é que esse bem, a rigor, era objeto de uma garantia flutuante (*floating charge*) anteriormente instituída em favor do banco tanzaniano.

O banco da Tanzânia reagiu e, diante da inadimplência da Codage, executou o *floating charge* e especializou a garantia sobre esse mesmo bem situado na Holanda. Por consequência, o banco tanzaniano buscou onerar esse bem situado na Holanda com um *fixed charge*, fruto da execução sumária do *floating charge*.

O conflito entre esses dois credores (Sisal e banco tanzaniano) foi instalado. Quem teria prioridade na excussão da coisa: o banco tanzaniano por força de seu *fixed charge* ou a Codage por força de sua penhora?

O banco tanzaniano interveio no processo para reivindicar a prioridade na excussão da coisa com base no seu *floating charge* instituído à luz da lei da Tanzânia.

A Codage, porém, contra-atacou. Afirmou que, para reger direitos reais sobre a coisa, há de aplicar-se a lei da sua localização (*lex rei sitae*), que, no caso, é a lei holandesa. E, à luz da lei holandesa, que adota a tipologia de *numerus clausus* de direitos reais, o *floating charge* não é admitido. Logo, o banco tanziano não teria nenhuma prioridade creditória.

O Judiciário holandês, então, teve de decidir quem teria direito. E, para tanto, imergiu em debates de transposição: o *floating charge* tanzaniano, com seu alto *enforcement* garantido por um rito de execução sumária, poderia ou não ser transposto para algum direito real similar admitido na Holanda?

Esse foi o cerne dos debates no supracitado acórdão.

A discussão é se a garantia flutuante (*floating charge*) tanzaniana poderia ou não ser objeto de transposição para o direito real holandês mais próximo:

⁴⁵² A empresa Sisal havia reivindicado 2,5 milhões de dólares como crédito, mas os tribunais holandeses só reconheceram 1,95 milhões de dólares

o penhor silencioso (*stil pandrecht*, em holandês), também chamado de penhor não possessório (*bezitloos pandrecht*) ou penhor sem punho (*vuistloos pandrecht*)⁴⁵³.

O penhor silencioso holandês é um penhor sem tradição: o devedor pignoratício não entrega a coisa⁴⁵⁴. Recai sobre um bem presente e específico.

A Sisal defendeu que não cabia a transposição, entre outros motivos, pelo fato de o penhor silencioso neerlandês recair sobre um bem presente e específico, ao contrário da garantia flutuante tanzaniana (que recaí sobre uma universalidade de bens).

Invoca, também, outro motivo processual: o de que o penhor silencioso neerlandês enseja um procedimento de execução sumário, o qual não existiria para a garantia flutuante tanzaniana. O grau de *enforcement* dos direitos cotejados seria diferente.

O *Hoge Raad* (Supremo Tribunal da Holanda) rejeitou esses argumentos da Sisal. Admitiu, pois, a transposição da garantia flutuante (*floating charge*) tanzaniana para o penhor silencioso holandês.

O fato de a garantia flutuante recair sobre uma coisa futura não seria obstáculo para a transposição. O que importa é a proximidade das figuras e o fato de que, no caso concreto, o banco tanzaniano pleiteia a especialização da garantia flutuante sobre um bem específico. São esclarecedoras estas palavras do acórdão do Tribunal de Recurso de Amsterdã – que foi secundado pelo *Hoge Haad* nesse ponto:

4.20. a avaliação da possibilidade de assimilação não se trata de identificar pontos de divergência, mas de saber se a lei estrangeira em questão apresenta tal grau de concordância com a lei holandesa que se pode concluir que a lei estrangeira persegue o mesmo objetivo. Se a lei holandesa e em circunstâncias comparáveis levarem ao mesmo resultado. A avaliação disso deve ocorrer no momento em que a lei relevante se manifesta no sistema jurídico holandês.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Está previsto no livro 3, art. 239 do Código Civil holandês (3:329 BW). O Código Civil holandês (*Burgerlijk Wetboek* em holandês e abreviado como BW) está disponível neste site: <https://wetboekplus.nl/burgerlijk-wetboek-boek-3-artikel-236-vuistpand-vestigen/>.

⁴⁵⁴ O penhor com tradição é chamado de penhor de punho (*vuistpand vestigen*, em holandês) e está no livro 3, art. 236 do Código Civil holandês (3:226 BW).

⁴⁵⁵ Tradução livre deste excerto (De Rechtspraak, 2001-A; De Rechtspraak, 2001-B):

4.20 Het gaat bij beoordeling van de mogelijkheid van assimilatie immers niet om het signaleren van verschilpunten, maar om de vraag of het desbetreffende buitenlandse recht een zodanige mate van overeenstemming vertoont met een Nederlands recht, dat geconcludeerd kan worden dat het buitenlandse recht hetzelfde doel nastreeft als het Nederlandse recht en in vergelijkbare omstandigheden tot hetzelfde resultaat leidt. De beoordeling van een en ander dient te geschieden op het tijdstip dat het desbetreffende recht zich in het Nederlandse rechtssysteem manifesteert.

Além disso, para efeito da transposição, o rito executivo do *floating charge* tanzaniano, consistente na nomeação de um receptor, é equivalente à execução sumária do penhor silencioso holandês. Os meios executivos são similares. Os graus de *enforcement* são parecidos.

A doutrina também acena para a equivalência do *floating charge* para o penhor, inclusive o penhor silencioso holandês (*stil pandrecht*). O Procurador-Geral oficiante perante o Hoge Haad no caso concreto sublinhou⁴⁵⁶:

12. Na literatura, o *floating charge* é considerado equiparável ao penhor (silencioso holandês). Veja, por exemplo, R.J. Botter, Nn 1992, pp. 239/240; A.A. van Velten, NJB 1996, pp. 1041-1046; U. Drobniq, Security Rights in Movables, in: Towards a European Civil Code, 2ª ed. (1998), pp. 511-524 (ver em particular pp. 517 e 523); T.H.D. Struycken, AA 1998, pp. 417-436.

Tanto a garantia flutuante (*floating charge*) tanzaniana quanto o penhor silencioso holandês (*stil pandrecht*) possuem o mesmo objetivo: servir de uma garantia real que não inviabilize as atividades do devedor pelo fato de deixar este com a posse direta sobre o bem onerado. Ambas as garantias não subtraem a posse da coisa pelo devedor.

A principal diferença entre esses dois direitos reais de garantia é que, no penhor silencioso holandês (*stil pandrecht*), só os bens expressamente listados podem ser onerados. Não recai, portanto, sobre bens futuros e eventuais, como futuros créditos, ao contrário do *floating charge*.

No penhor silencioso holandês (*stil pandrecht*), a lista de bens oneradas tem de ser levada a registro no competente órgão registral. A lista pode ser periodicamente atualizada por um mero procedimento eletrônico simplificado. O próprio registro segue um procedimento bem simplificado.

Diante das fortes semelhanças entre o penhor silencioso holandês (*stil pandrecht*) com a garantia flutuante (*floating charge*) tanziano, as pequenas diferenças são irrisórias e não substanciais. Na essência, as figuras equivalem-se.

⁴⁵⁶ Tradução livre deste excerto (De Rechtspraak, 2001-A):

12. In de literatuur wordt de *floating charge* vergelijkbaar geacht met het (Nederlandse stille) *pandrecht*. Zie bijv. R.J. Botter, Bb 1992, blz. 239/240; A.A. van Velten, NJB 1996, blz. 1041-1046; U. Drobniq, Security Rights in Movables, in: Towards a European Civil Code, 2d ed. (1998), blz. 511-524 (zie met name blz. 517 en 523); T.H.D. Struycken, AA 1998, blz. 417-436.

2.3.2.7. Critérios para os problemas de equivalência no caso de substituição ou de transposição: caso Europeu e cotejo com situação brasileira

Nos casos de conflitos entre a *lex successionis* e a *lex rei sitae*, a busca pela equivalência no caso de transposição e de substituição guia-se por um juízo assentado nos critérios dos objetivos, interesses e efeitos dos institutos jurídico-reais das leis em conflito.

Se, porém, o jurista não enxergar equivalência, o que fazer?

A doutrina controverte-se. Nem sempre haverá correspondências entre os institutos jurídico-reais.

Há duas correntes.

A primeira é pela invalidação ou ineficácia da atribuição patrimonial da *lex successionis* por impossibilidade jurídica. O fundamento para tanto é a exceção de ordem pública internacional⁴⁵⁷.

Há gradações nessa linha.

Há, de um lado, os que só aplicam esse entendimento para grandes distâncias entre as ordens jurídicas em conflito. É que, se há grande distância entre as ordens jurídicas em conflito, a ordem pública internacional impediria o reconhecimento do direito real estrangeiro: não há como conectá-los.

Existe, de outro lado, ainda que de modo bem minoritário, quem entenda que, mesmo no caso de pequenas distâncias entre as ordens jurídica, não há como reconhecer o direito real estrangeiro.

A segunda corrente é pela admissão da transposição para um direito real diferente, mas próximo, sob a lógica da *transposition into a minus*⁴⁵⁸. Não importa se há uma diferença entre as ordens jurídicas e da inviabilidade de falar-se em uma equivalência propriamente dita entre os direitos reais. O jurista deverá buscar um direito real próximo da *lex situs* para a transposição, ainda em que esse

⁴⁵⁷ Patrão, 2016, pp. 161-162; Kieninger, 2018, pp. 49-50.

⁴⁵⁸ Sobre a *transposition into a minus*, ver: Akkermans, 2012; Patrão, 2016, p. 163; Paredes Pérez, 2012; Juenger, 1994-1995.

direito enfeixe menos prerrogativas ao seu titular. Afonso Patrão, com razão, defende essa corrente⁴⁵⁹.

No âmbito da União Europeia, essas duas concorrentes avocam interpretações diferentes do art. 31º do Regulamento (UE) nº 650/2012.

Para a primeira corrente (a que nega a transposição no caso de falta de equivalência), o argumento é de que o supracitado dispositivo teria-se inspirado no art. 15 da Convenção de Haia de 1985 sobre a lei aplicável ao *Trust*⁴⁶⁰. Esta expressamente previu que, no caso de falta de equivalência, a transposição deve ser feita a um direito real mais próximo. O art. 31º do Regulamento (UE) nº 650/2012, por outro lado, propositalmente adotou outra solução, estabelecendo que a transposição deve ser feita “na medida do possível”⁴⁶¹.

A segunda corrente adota interpretação diferente. Defende que, quando o art. 31º do Regulamento (UE) nº 650/2012 vale-se do sintagma “na medida do possível”, refere-se exatamente à necessidade de encontrar um direito real próximo da *lex situs*.

Entendemos que a segunda corrente tem razão. E acrescentamos mais os seguintes argumentos.

⁴⁵⁹ Patrão, 2016, p. 162.

⁴⁶⁰ Confira-se o dispositivo o art. 15 da Convenção de Haia de 1985:

Artigo 15

A Convenção não prevê a aplicação de disposições de direito designadas pelas regras de conflitos do foro, na medida que estas disposições não possam ser derogadas por ato voluntário, relacionado em particular às matérias que seguem:

- a) a proteção de menores e partes incapazes;
- b) os efeitos pessoais e de propriedade do casamento;
- c) direitos de sucessão, testamentária e não testamentária, especialmente a reserva a cônjuges e parentes;
- d) a transferência do título de propriedade e garantias reais;
- e) a proteção dos credores em questões de insolvência;
- f) a proteção de terceiros de boa-fé.

Caso o reconhecimento do trust seja impossível pela aplicação do parágrafo precedente, a corte buscará dar efeitos aos objetivos do trust por outros meios jurídicos

⁴⁶¹ Regulamento (UE) nº 650/2012 (Eur-lex, 2012-A). Confira-se o teor do dispositivo:

Artigo 31.º

Adaptação dos direitos reais

No caso de uma pessoa invocar um direito real sobre um bem a que tenha direito ao abrigo da lei aplicável à sucessão e a legislação do Estado-Membro em que o direito é invocado não reconhecer o direito real em causa, esse direito deve, se necessário e na medida do possível, ser adaptado ao direito real equivalente mais próximo que esteja previsto na legislação desse Estado, tendo em conta os objetivos e os interesses do direito real em questão e os efeitos que lhe estão associados.

O ponto central não é o jogo de palavras entre o art. 31º do supracitado Regulamento em relação ao art. 15 da Convenção de Haia de 1985. É sim o fato de que, a rigor, não existe nenhuma situação de uma equivalência perfeita, conforme expusemos anteriormente (item 2.3.2.5.). Toda operação de transposição e de substituição envolve uma conversão substancial do direito real estrangeiro em uma figura jurídico-real próxima. O fato de haver uma proximidade maior ou menor entre os direitos reais não afasta, por si só, a operação adaptativa. Sempre se deverá buscar algum direito real doméstico que consiga preservar, ao máximo, os objetivos do direito real estrangeiro.

Além disso, como defende Afonso Patrão⁴⁶², negar a adaptação dos direitos reais estrangeiros aí seria, na prática, restringir a liberdade de circulação de pessoas, de capital e de mercadoria. No caso da União Europeia, isso seria uma violação direta aos princípios comunitários, assentados nessa liberdade. A transposição para o instituto jurídico real mais próximo nas hipóteses de falta de uma equivalência “será o mecanismo mais amigo das liberdades europeias”⁴⁶³. Em caso de direitos reais de garantia, a transposição para um instituto jurídico real mais próximo deve ser feita sem limitar os direitos do credor, ainda que às custas de pequena redução da tutela de terceiros⁴⁶⁴.

No Brasil, o debate não passaria por esse jogo de palavras do art. 31º do Regulamento Europeu das Sucessões. Não há uma norma internacional expressa. O fundamento para a adaptação *lato sensu* de direitos reais estrangeiros é assentado nos princípios constitucionais e infralegais vinculados ao direito internacional privado.

2.3.3. Flexibilização da *lex rei sitae* para conflitos de leis

2.3.3.1. Importância do método conflitual na harmonização internacional de direitos e as limitações da harmonização do direito material

A harmonização internacional dos direitos não ocorre apenas por meio do alinhamento ou da aproximação das normas de direito material de cada país.

⁴⁶² Patrão, 2016, p. 165.

⁴⁶³ Patrão, 2016, p. 164 (parafrazeando Wulf Henning Roth).

⁴⁶⁴ Patrão, 2016, p. 164 (com apoio em Anne Röthel).

Essa via é importante, mas não é a única. Nem sempre ela é viável para determinadas questões, que inevitavelmente serão disciplinadas por cada Estado à luz das próprias idiossincrasias. Há limites para a criação de um direito uniforme para os diversos rincões do Direito Privado. A harmonização por meio da regulação direta possui restrições.

A harmonização internacional dá-se, também, pela uniformização das normas propriamente de Direito Internacional Privado: as relativas às normas de conflito de lei no espaço, à competência jurisdicional internacional e ao reconhecimento de atos jurídicos estrangeiros. Trata-se de uma forma de harmonização por meio de uma regulação indireta. Essa é uma das tendências do movimento europeu de harmonização internacional⁴⁶⁵.

Essa via não é suficiente. É necessário também refletir sobre as regras de direito internacional privada que serão adotadas. É que há certo desencanto da doutrina em resolver questões de internacionalidade das relações jurídicas por meio do método clássico do Direito Internacional Privado, que é o método conflitual (aquele que elege a lei aplicável com base em elementos de conexão).

Cogitam-se, atualmente, em formas alternativas, como as que envolvem soluções propriamente de direito material (como a criação de direito uniforme), as que buscam fazer coincidir a competência jurisdicional com a lei aplicável e as que criam novos mecanismos⁴⁶⁶ de operacionalização das relações privadas internacionais com base no princípio do reconhecimento mútuo⁴⁶⁷.

O motivo do desencanto com o método conflitual é a sua complexidade. Ela desanda, por vezes, em distorções e variações na sua aplicação⁴⁶⁸.

É preciso ter cuidado com essas formas alternativas.

⁴⁶⁵ Patrão, 2017, p. 473; Moura Ramos, 2016, pp. 3-61; Moura Ramos, 2016, pp. 366-427; De Miguel Asensio, 1997; De Miguel Asensio, 1998; Miguel Asensio, 2001; Kamdem, 2009; Reimann, 2022.

⁴⁶⁶ Afonso Patrão lembra que “a estes mecanismos chama Julio González Campos (...) o ‘*não-direito internacional privado*’, terminologia igualmente adotada por Miguel Amores Conradi e Elisa Torralba Mediola (ut Patrão, 2017, p. 473).

⁴⁶⁷ Patrão, 2017, p. 473. A origem do princípio do reconhecimento mútuo relaciona-se à eliminação da disparidade das legislações, um dos maiores obstáculos à liberdade de circulação (Patrão, 2017, pp. 427-472).

⁴⁶⁸ Patrão, 2017, p. 473.

Por exemplo, nem sempre é conveniente que a lei aplicável a um caso seja necessariamente a do local do foro. As regras de competência jurisdicional não precisam obrigatoriamente coincidir com as regras conflituais.

E há um motivo forte para tanto: as regras de competência jurisdicional focam o local onde será mais conveniente a produção de provas pelas partes. Seu foco não é a lei mais adequada para regular o conteúdo material da situação jurídica.

Há outros motivos que poderiam ser invocados, como o fato de diferentes países poderem avocar, para si, a competência jurisdicional simultaneamente⁴⁶⁹.

O método conflitual, apesar de ser clássico, segue importante para a harmonização internacional dos direitos reais. Ele coexiste com as novas tendências. Há, por assim dizer, aí uma espécie de novo Direito Internacional Privado, marcado pela regulação direta, em oposição ao velho Direito Internacional Privado, assentado na regra de conflito bilateral de leis⁴⁷⁰.

As regras de conflito precisam ser uniformes para assegurar o mínimo de previsibilidade jurídica aos indivíduos e ao mercado. O método conflitual não pode ser díspar entre os Estados. A estabilidade e a continuidade das relações jurídicas dependem disso.

Na União Europeia, a harmonização das regras conflituais (a regulação indireta, por meio das regras tradicionais de Direito Internacional Privado) é mais avançada do que a harmonização material (a feita por um processo de regulação direta, com criação de direito uniforme) por conta das dificuldades próprias de modificar os direitos materiais dos Estados⁴⁷¹.

Os direitos materiais atrelam-se à cultura jurídica de cada Estado, o que representa um empecilho a ser transposto para a harmonização material. A meta da harmonização não deve ser a de eliminar as particularidades jurídicas de cada Estado: a diversidade jurídica e cultural é um valor a ser respeitado.

Quando se trata de direitos reais de garantia, há ainda outro obstáculo à harmonização substancial. Muitas das opções dos legisladores domésticos

⁴⁶⁹ Patrão, 2017, p. 474.

⁴⁷⁰ Patrão, 2017, p. 474.

⁴⁷¹ Patrão, 2017, p. 475.

decorrem de opções políticas na promoção ou na repressão do crédito e do endividamento: o regime de garantias tem forte conexão com a orientação em política de crédito e de endividamento⁴⁷².

Mais importante do que isso é, no mínimo, criar uma uniformidade das regras conflituais: o processo de regulação indireta (método conflitual) respeita a identidade cultural e jurídica de cada Estado. Com regras conflituais claras e uniformes, os sujeitos terão previsibilidade jurídica para entabular as relações jurídicas transnacionais.

Nesse sentido, a harmonização internacional deve ser mais concentrada nos métodos conflituais do que no alinhamento do direito material.

A disparidade das regras conflituais entre os Estados existe, especialmente em razão da tendência de ensimesmamento jurídico ocorrido desde o século XIX⁴⁷³. Os Estados passaram a criar soluções domésticas sem prévia consulta a soluções estrangeiras.

Apesar disso, é inegável que há um ponto fundamental comum: as categorias básicas do Direito Internacional Privado são praticamente as mesmas na Europa e em vários outros países influenciados pelo direito europeu. Por exemplo, categorias como reenvio, qualificação e elementos de conexão são conhecidos nesses diferentes Estados. Há um *ius commune in private internacional law*⁴⁷⁴. Essa base comum colabora para o trabalho da harmonização internacional do direito por meio da unificação dos métodos conflituais.

2.3.3.2. Autonomia conflitual e a *lex rei sitae*

Nos direitos reais sobre imóveis, a disparidade de regras conflituais em Direito Internacional Privado é bem atenuada em virtude da disseminação da *lex rei*

⁴⁷² Patrão, 2017, p. 476.

⁴⁷³ Após os movimentos de codificações nacionais, os Estados passaram a adotar uma postura mais autônoma, buscando soluções jurídicas próprias sem necessariamente consultar experiências de outros países. As doutrinas nacionais deixaram de preocupar-se em manter sintonia com o direito de outros Estados, operando-se com maior autonomia. Esse fenômeno de ensimesmamento jurídico passou a ocorrer especialmente após o século XIX (Patrão, 2017, p. 576). Há o lado positivo disso: o direito fica mais conectado à identidade cultural e jurídica do Estado. Mas há também um lado negativo: a disparidade jurídico-material entre os Estados e a criação de soluções nacionais que poderiam ter sido, às vezes com maior eficiência, inspirada em soluções estrangeiras. É inegável que as categorias básicas do Direito Privado são muito próximas em razão da evolução histórica das grandes famílias jurídicas.

⁴⁷⁴ Bernard von Hoffman *apud* Patrão, 2017, p. 476.

sitae (*lex situs*), elemento de conexão de utilização universal e de origem histórica imemorial⁴⁷⁵.

Mas, nesse ponto, é preciso que a doutrina reflita criticamente sobre esse elemento de conexão diante da diversidade das regras substanciais sobre os direitos reais imobiliários, especialmente os de garantia.

A heterogeneidade da regulamentação dos direitos reais de garantia, associada ao *lex rei sitae*, representa um obstáculo, em alguns casos, à liberdade de circulação de pessoas, de serviços e de capital. Por conta da insegurança jurídica, os sujeitos são inibidos a obter uma garantia imobiliária sujeita a uma regulamentação do local do imóvel que nem sempre é facilmente compreendida.

No âmbito da União Europeia, esse fato já foi objeto de atenção pelo direito comunitário. Um exemplo foi a alteração do critério da *lex rei sitae* para viabilizar a aproximação substantiva das normas sobre “valores mobiliários detidos por intermediários”⁴⁷⁶.

Há, na União Europeia, movimentos com a pretensão de uniformizar o direito material relativo a hipotecas, criando uma euro-hipoteca⁴⁷⁷. Todavia, tal tarefa é extremamente difícil por entrar em rota de colisão com a identidade cultural e jurídica de cada Estado e com as opções de políticas de crédito e de endividamento de cada um. É por isso que, com razão, Afonso Patrão concentra a atenção na uniformização por meio da regulação indireta, mediante harmonização do método conflitual, permitindo uma maior flexibilidade do sacralizado critério do *lex rei sitae*⁴⁷⁸.

Afonso Patrão chega a considerar inútil ou impraticável a proposta de uma euro-hipoteca⁴⁷⁹. Não compartilhamos dessa visão negativa. Haveria muitos desafios. Mas não se nos parece inútil ou impraticável. Direitos uniformes tornam-se mais viáveis quando há forte apelo para tanto por parte do mercado. É certo, porém, que a pretensão de uma euro-hipoteca é uma meta de difícil alcance, razão por que a tônica deve ser a harmonização do Direito Internacional Privado, e não do direito material nesse ponto.

⁴⁷⁵ Patrão, 2017, p. 478.

⁴⁷⁶ Patrão, 2017, p. 476.

⁴⁷⁷ Campos, 2009; Menezes Leitão, 2009; Drobniç, 2009; Muñiz Espada, Aznar e Jordán, 2009, pp. 639-665; Jardim, 2009, pp. 743-763; Horvath e Velázquez, 2021.

⁴⁷⁸ Patrão, 2017, p. 477.

⁴⁷⁹ Patrão, 2017, p. 477.

Para a hipoteca, a alternativa mais adequada seria admitir a flexibilização da *lex rei sitae* mediante a autonomia conflitual. Entende-se por autonomia conflitual a escolha, pelas partes, da lei aplicável⁴⁸⁰. Trata-se de um *professio iuris* para os direitos reais de garantia⁴⁸¹. A expressão autonomia conflitual pode ser tida por sinônima de *professio iuris* ou, em inglês, de *party autonomy*: diz respeito à escolha, pelas partes, da lei de direito internacional privado a ser aplicada para resolver o conflito de lei no espaço.

A corrente que nega a via conflitual para a hipoteca enxerga a *lex rei sitae* (*lex situs*) como um obstáculo intransponível. Defende, por esse motivo, a unificação do direito material hipotecário.

Afonso Patrão, porém, pensa diferente. Entende que os esforços devem ser para remodelar o critério conflitual, admitindo que as partes escolham a lei aplicável para a hipoteca (*professio iuris* para a hipoteca). Não descarta, porém, uma harmonização mínima do direito material hipotecário⁴⁸². Suas palavras merecem transcrição (Patrão, 2017, p. 478):

Nesta sequência, e partindo do ensinamento de Kurt Siehr (que alerta para uma obsessão da regra da *lex rei sitae* que deve ser psicaliticamente estudada e sujeita a terapia), julgamos que a hipoteca é o campo perfeito para afastar o dogma da *lex situs*, pois a autonomia conflitual (desde que respeitados certos limites) realiza melhor os fins do direito internacional privado e da integração europeia. Demonstraremos que a disparidade legislativa não implica necessariamente uma compartimentação de mercados sempre que se utilize um comando do tipo conflitual: basta colocar à disposição das partes a opção do regime jurídico hipotecário para que se possa conviver distinção legal com integração econômico.

A autonomia conflitual na hipoteca na União Europeia, todavia, tem de ser acompanhada de alguns requisitos exigidos por Afonso Patrão, atrelando a solução da autonomia conflitual ao espaço comunitário europeu⁴⁸³:

- a) todos os Estados membros têm de adotar simultaneamente a regra da autonomia conflitual;
- b) a escolha é só para imóveis situados no Estado membro;

⁴⁸⁰ Bram Akkermans (2012), embora revele preocupações, externa simpatia pela ideia.

⁴⁸¹ Josep M. Fontanellas Morell (2010 e 2011) faz aprofundada análise dessa figura na sua obra *La profesio iuris sucesoria* e no artigo *La Professio Iuris Sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitária*. A expressão *professio iuris* é utilizada para eleição de leis em outras questões que não sucessórias, como em matéria de casamento (Baarsma, 2011, p. 68). Sobre o assunto, ver: Carrascosa González, 2014; Caravaca, 2016; Palao Moreno, 2017, pp. 77-102.

⁴⁸² Patrão, 2017, pp. 477-478.

⁴⁸³ Patrão, 2017, p. 479.

- c) na falta ou no caso de invalidade da escolha, deve-se voltar à *lex situs*;
- d) a liberdade de escolha é só para lei do Estado membro; e
- e) a existência de uma interrelação mínima do direito registral para a operacionalização da hipoteca nos países em que o registro público é essencial para essa figura jurídico-real.

Os olhos de Afonso Patrão ao defender a autonomia conflitual (a liberdade de escolha da lei) como forma de flexibilizar a *lex rei sitae* estão centrados na hipoteca. Mas há correntes doutrinárias que olham também para a propriedade intelectual⁴⁸⁴.

A autonomia conflitual estende-se a vários domínios, como o estatuto negocial, o estatuto pessoal, o estatuto delitual e o estatuto sucessório.

A resistência é na área do estatuto real em virtude de uma visão sacralizada da *lex rei sitae* ou, nas palavras da doutrina norte-americana, em virtude do “tabu da *lex situs*” (*the taboo of the situs rule*) ou do “mito da *lex situs*” (*situs mith*)⁴⁸⁵. Esse apego a esse elemento de conexão em estatuto real representa um obstáculo às relações transnacionais, o que contraria a diretriz de hospitalidade à circulação de capital.

A flexibilização da *lex situs* para permitir o *professio iuris* (ou a autonomia conflitual) em estatuto real é ainda ponto sob controvérsia doutrinária⁴⁸⁶.

Há linhas defensoras da autonomia conflitual para o estatuto real por meio de uma leitura diferenciada dos contratos. Sustentam que, como a autonomia conflitual é admissível para contratos, ela poderia ser estendida a situações de contratos com efeitos reais. Essa tese, porém, é mais comum a hipóteses de bens móveis.

Outras linhas defendem o *professio iuris* em estatuto real com foco apenas nos modos de aquisição dos direitos reais, mas não quanto ao conteúdo do direito real.

⁴⁸⁴ Patrão, 2017, p. 479.

⁴⁸⁵ Patrão, 2017, p. 479. Na doutrina norte-americana, David F. Cavers registra que o principal jurista que, nos EUA, atacou o dogma da aplicação inflexível da *lex rei sitae* foi o “Professor Moffat Hancock, que, nos seus textos, buscou exorcizar aquilo que chamou de ‘*the taboo of the situs rules*’” (Cavers, 1970, p. 198). Russell J. Weintraub refere-se ao *situs mith* (Weintraub, 1986, p. 229).

⁴⁸⁶ Patrão, 2017, p. 480.

A *lex situs* foi o ponto de partida em vários domínios. Mas, ao longo da história, houve alteração do critério conflitual em outros domínios, como no estatuto matrimonial e no estatuto sucessório⁴⁸⁷.

No âmbito do estatuto real, a flexibilização da *lex situs* tem sido mais paulatina.

Na doutrina norte-americana, o ataque ao dogma da *lex situs* em estatuto real dá-se desde meados do século XX, sobretudo com olhos no *trust*.

O contrato de instituição do *trust* define, em grande parte, o conteúdo (objetivos, os poderes do *trustee* e o destino do património quando da extinção do *trust*)⁴⁸⁸. Como o *trust* é uma figura real, a *lex situs* representa um obstáculo à sua operacionalização em situações transnacionais. Se o estatuto real e o estatuto contratual forem sujeitos a leis de países diferentes, haverá potenciais problemas jurídicos em definir o direito aplicável.

O fato de o *trust* ter sido desenvolvido nos países da família do *common law* e o fato de ele não ser uma figura conhecida, em regra, dos sistemas jurídicos da família do *civil law* agravam esse risco de conflito, diante da grande quantidade de situações transnacionais em potencial. Apesar disso, Afonso Patrão afirma que, entre os países do *civil law*, malgrado a falta de previsão legal da figura, a doutrina majoritária é pela viabilidade de sua utilização nas ordens jurídicas. No Brasil – país da família do *civil law* –, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou a utilização do *trust* por falta de sua inclusão no rol legal de direitos reais⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Patrão, 2017; Audit e d'Avout, 2018, pp. 127-149.

⁴⁸⁸ No *trust*, o *settlor* institui a propriedade fiduciária em favor do *trustee*, o qual se incumbem de administrar e dispor dos bens em favor do beneficiário (que pode ser o próprio *settlor*). Sobre o *trust* no direito brasileiro, reportamo-nos à tese de doutorado de Luciana Pedrosa Xavier (2016).

⁴⁸⁹ Esta foi a ementa do julgado (Brasil, 2018):

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ART. 119, INCISO IX, DA LEI 11.101/2005. CONTRATO DE 'TRUST'. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONTA CORRENTE BANCÁRIA. ARRECADAÇÃO DE SALDO PELA MASSA FALIDA. CABIMENTO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 417/STF. SUCUMBÊNCIA.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de restituição de quantia em dinheiro que se encontrava depositada em conta corrente do banco falido, em razão de contrato de 'trust'.

2. Necessidade de previsão legal específica para se estabelecer patrimônios de afetação. Doutrina sobre o tema. 3. Ausência de amparo legal para atribuição de efeitos reais ao contrato de 'trust' no ordenamento jurídico brasileiro.

4. Inaplicabilidade do art. 119, inciso IX, da Lei 11.101/2005.

5. Validade da arrecadação do saldo em conta corrente em favor da massa falida do banco depositário, não obstante a condição de 'trustee'.

A necessidade de flexibilizar a *lex situs* ancora-se em dois principais motivos: (1) a existência de problemas oriundos do entrecruzamento do estatuto real com o estatuto contratual e (2) a imperiosidade em obter soluções justas⁴⁹⁰.

A *lex rei sitae* gera insegurança jurídica em algumas situações jurídico-reais transnacionais. Por conta disso, assiste-se a um movimento de especialização dos direitos reais, o que indica o dogma da *lex situs* não é intocável. Esse movimento consiste em que algumas situações reais internacionais passaram a ser submetidas a regras próprias. Esse movimento alastrou-se para outros domínios – como o estatuto pessoal –, o que pode causar uma desarticulação de categorias clássicas. Por exemplo, no campo da responsabilidade civil aquiliana, há vozes contra os critérios conflituais gerais, especialmente no caso de violação a direitos da personalidade⁴⁹¹. Tratados internacionais ou regras nacionais conflituais para apenas algumas categorias levam a essa fragmentação regulatória⁴⁹². Trata-se de um pendor para a fragmentação normativa do Direito Privado, o que pode representar prejuízos de insegurança jurídica pela perda de sistematicidade.

2.3.3.3. Cláusula de exceção, cláusula de salvaguarda, cláusula de escape, *the escape clause*

O dogma da *lex rei sitae* não é intocável, ainda que em casos específicos.

Uma demonstração disso é a cláusula de exceção, também chamada de cláusula de salvaguarda, de cláusula de escape ou, em inglês, de *the escape clause* ou *exception clause*. Embora a doutrina portuguesa costume valer-se da expressão “cláusula de exceção”, preferimos “cláusula de escape” como mais adequada tradução para evitar confusão com o uso que a doutrina brasileira faz do

6. Inaplicabilidade ao caso da Súmula 417/STF, segundo a qual: "pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse êle a disponibilidade". Julgados desta Corte Superior. 7.

Inocorrência de sucumbência recíproca, tendo em vista a total improcedência do pedido de restituição, não obstante a majoração, de ofício, do valor do crédito inscrito no quadro geral de credores.

8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(STJ, REsp 1438142/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 09/08/2018)

⁴⁹⁰ Patrão, 2017, pp. 480-481.

⁴⁹¹ Dias Oliveira, 2013, pp. 132-162.

⁴⁹² Patrão, 2017, pp. 480-481.

verbete “exceção” para diversas outras situações⁴⁹³. Nomenclaturas devem ser selecionadas de modo a evitar confusões *prima facie* do pesquisador.

Ela foi introduzida pelo Direito Alemão em 1999⁴⁹⁴, especificamente no art. 46 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* - EGBGB). Como o referido dispositivo do EGBGB remete-se aos arts. 43 e 45, transcrevem-se todos eles⁴⁹⁵:

Art. 43.

Direitos *in rem*

- (1) Os direitos reais são regidos pela lei do Estado em que a coisa estiver situada.
- (2) Se a coisa à qual se vinculam os direitos reais chegar a outro Estado, esses direitos não podem ser exercidos em contradição com a ordem jurídica desse Estado.
- (3) Se um direito real em um item que ingressa no País sem ter sido adquirido previamente, os fatos ocorridos no Estado de origem quanto à aquisição do item consideram-se feitas neste País.

Art. 45.

Meios de transporte

- (1) Direitos reais sobre veículos de transporte aéreo, aquático e ferroviário são regidos pela lei do Estado de origem. Isto é:
 1. quanto às aeronaves, o Estado de sua nacionalidade;
 2. quanto às embarcações, o Estado onde estão registradas ou, se inexistir registro, o Estado do porto de origem ou do local de origem.
 3. quanto aos veículos ferroviários, o Estado de seu registro.
- (2) A constituição de garantias reais sobre esses veículos sujeita-se à lei aplicável ao crédito garantido. A classificação entre as várias garantias reais segue o art. 43(1).

Art. 46.

Conexão substancialmente próxima

Se houver uma conexão substancialmente mais estreita com a lei de um Estado diferente daquele em que se aplicaria à luz dos arts. 43 e 45, então essa lei será aplicável.

A cláusula de exceção foi introduzida na Alemanha com o objetivo de socorrer as situações em que a *lex situs* se revelasse insuficiente diante de certas figuras jurídico-reais e com o intento de prevenir problemas gerados pela circulação de bens móveis⁴⁹⁶. Esse dispositivo permite afastar a *lex situs* em favor da lei de outro Estado com a qual as particularidades do caso concreto guardem maior conexão.

⁴⁹³ Aludimos, exemplificamente, às figuras da exceção de contato não cumprido, da exceção de insegurança, da exceção como meio de defesa diante de uma pretensão etc.

⁴⁹⁴ Deutscher Bundestag, 1999.

⁴⁹⁵ Tradução livre (Federal Ministry of Justice, 2022).

⁴⁹⁶ Patrão, 2017, p. 481.

A introdução da cláusula de exceção pelos alemães não se ateve ao estatuto real. Alcançou também matérias de obrigações e de responsabilidade civil, conforme art. 41 do EGBGB. Veja o seu teor⁴⁹⁷:

Art. 41.

Conexão substancialmente próxima

(1) Se houver uma conexão substancialmente mais estreita com a lei de um Estado diferente da aplicável nos termos dos arts. 38 a 40(2), aplicar-se-á a lei desse outro Estado.

(2) Uma conexão substancialmente mais próxima pode ser baseada:

1. em uma relação jurídica ou de fato entre pessoas envolvidas na obrigação;
2. nos casos do art. 38, parágrafos 3 e 3, e do art. 39, sobre o fato de as pessoas envolvidas terem sua residência habitual no mesmo Estado no momento dos fatos relevantes. O art. 40, parágrafo 2º, 2ª parte, aplica-se *mutatis mutandi*.

O supracitado art. 41 do EGBGB prevê a cláusulas de escape para flexibilizar os elementos de conexão adotados como regra geral para o enriquecimento sem causa (art. 38, EGBGB), gestão de negócios (art. 39, EGBGB) e responsabilidade civil (art. 40, EGBGB).

O art. 46 do EGBGB pode ser complementado pelo art. 41 do EGBGB, pois ambos versam sobre a cláusula de escape, embora para domínios diferentes (o art. 46 para o estatuto real, e o art. 41 para os estatutos obrigacional e de responsabilidade civil). Por exemplo, a ideia de avaliar eventual conexão mais próxima a partir da análise da proximidade dos sujeitos envolvidos – tal qual previsto no art. 41(2) – pode ser transposto para a aplicação da cláusula de escape para o estatuto real.

Chama a atenção a preocupação com terceiros de boa-fé no art. 41(2) do EGBG.

O preceito reconhece o direito real de garantia como acessório em relação a um veículo e, por isso, determina aplicação da lei que rege o crédito para a constituição do direito real de garantia.

Todavia, preocupado com terceiros de boa-fé, o dispositivo estabelece que, para determinar o grau de prioridade entre os ônus reais incidentes sobre o veículo (como na hipótese de pluralidade de direitos reais de garantia sobre o mesmo bem), aplica-se a *lex rei sitae*.

Com isso, outros titulares de direitos reais de garantia não serão prejudicados no caso de concorrência na excussão da coisa: a ordem de prioridade

⁴⁹⁷ Tradução livre (Federal Ministry of Justice, 2022).

será da *lex rei sitae*, e não uma aleatória que poderia ser escolhida a depender do crédito garantido. Não haverá insegurança jurídica quanto à lei regente da ordem de prioridade creditória.

O art. 41(2) do EGBGB, em suma, prestigia o *professio iuris* (a autonomia conflitual) para afastar a *lex rei sitae*, salvo no que for prejudicial a terceiros de boa-fé⁴⁹⁸.

Parece-nos que o art. 23 do EGBG também prevê uma cláusula de escape, apesar de não fazer referência expressamente à ideia de conexão. O critério aí seria o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (“o interesse superior da criança”) para afastar a regra geral do elemento de conexão. Transcreve-se o referido dispositivo⁴⁹⁹:

Art. 23.

Consentimento

A necessidade e a outorga de consentimento da criança e da pessoa a ela relacionada à luz do direito de família como requisito de atribuição de um nome ou de adoção são adicionalmente regidas pela lei da nacionalidade da criança. Quando o interesse superior da criança assim o exigir, será aplicada a lei alemã.

A cláusula de escape também está presente na legislação da Suíça e da União Europeia.

Na Suíça, a referência é aos arts. 15 e 48 do Código Suíço de Direito Internacional Privado (*Switzerland's Federal Code on Private International Law – CPLI*)⁵⁰⁰:

Art. 15.

Cláusula de exceção

1. A lei designada por este Código não será aplicada nas situações excepcionais em que, à luz das circunstâncias, seja manifesto que o caso tem apenas uma muito limitada conexão com aquela lei e possui uma conexão muito mais forte com outra lei.
2. Este artigo não se aplica no caso de escolha da lei pelas partes.

Art. 48.

Lei aplicável

1. Os efeitos do casamento serão regidos pela lei do Estado de domicílio dos nubentes.
 2. No caso de os nubentes terem domicílios diversos, os efeitos do casamento serão governados pela lei do Estado do domicílio com o qual o caso concreto tenha uma conexão mais próxima.
- (...)

⁴⁹⁸ Van der Wiede (2011, p. 112).

⁴⁹⁹ Tradução livre (Federal Ministry of Justice, 2022).

⁵⁰⁰ Tradução livre (Fedexlex, 1987).

O supracitado art. 15 do CPLI aplica-se a todos os elementos de conexão, inclusive ao *lex rei sitae*, enquanto o retrocitado art. 48 foca o estatuto matrimonial.

No âmbito do direito comunitário europeu, a cláusula de escape está no Regulamento (UE) Roma I (Regulamento UE nº 593/2008) e no Regulamento (UE) Roma II (Regulamento UE nº 864/2007). Nesses casos, a cláusula de escape aplica-se para o estatuto obrigacional (obrigações contratuais e extracontratuais).

Confira os itens 20 e 21 do considerando e o art. 4º(3) do Regulamento (UE) Roma I⁵⁰¹:

(20) Se o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 4.º, uma cláusula de salvaguarda deverá estabelecer que é aplicável a lei desse outro país. Para determinar qual é esse país, deverá ser tido em conta, nomeadamente, se o contrato em questão está estreitamente ligado a outro contrato ou a uma série de contratos.

(21) Na falta de escolha, se a lei aplicável não puder ser determinada com base no fato de o contrato poder ser classificado num dos tipos especificados ou como sendo a lei do país de residência habitual do contratante que deverá efetuar a prestação característica do contrato, o contrato deverá ser regulado pela lei do país com o qual apresenta conexão mais estreita. Para determinar qual é esse país, deverá ter-se em conta, nomeadamente, se o contrato em questão está estreitamente ligado a outro contrato ou a uma série de contratos.

(...)

Artigo 4.º

Lei aplicável na falta de escolha

1. Na falta de escolha nos termos do artigo 3.º e sem prejuízo dos artigos 5.º a 8.º, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo:

- a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual;
- b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual;
- c) O contrato que tem por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa;
- d) Sem prejuízo da alínea c), o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país;
- e) O contrato de franquia é regulado pela lei do país em que o franqueado tem a sua residência habitual;
- f) O contrato de distribuição é regulado pela lei do país em que o distribuidor tem a sua residência habitual;
- g) O contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública é regulado pela lei do país em que se realiza a compra e venda em hasta pública, caso seja possível determinar essa localização;
- h) Um contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, na acepção do ponto 17) do n.º 1 do artigo 4.º da

⁵⁰¹ Eur-lex, 2008.

Directiva 2004/39/CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei.

2. Caso os contratos não sejam abrangidos pelo n.º 1, ou se partes dos contratos forem abrangidas por mais do que uma das alíneas a) a h) do n.º 1, esses contratos são regulados pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual.

3. Caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país.

4. Caso a lei aplicável não possa ser determinada nem em aplicação do n.º 1 nem do n.º 2, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita.

Confira, ainda, os itens 14, 18, 19 e 20 dos Considerandos bem como o art. 4º(3), o art. 10º(4), o art. 11º(4) e o art. 12º(2)(c) do Regulamento Roma II⁵⁰²:

(14) A exigência de certeza jurídica e a necessidade de administrar a justiça nos casos individuais são elementos essenciais de um espaço de justiça. O presente regulamento estabelece os factores de conexão mais apropriados para a consecução desses objectivos. Consequentemente, o presente regulamento estabelece uma regra geral, mas também regras específicas e, em certas disposições, uma «cláusula de salvaguarda» que permite não aplicar essas regras se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que a responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com outro país. Assim, este conjunto de regras cria um quadro flexível de regras de conflitos. Além disso, permite ao tribunal em que a acção é proposta tratar os casos individuais da forma adequada.

(...)

(18) A regra geral consagrada no presente regulamento deverá ser a *lex loci damni*, prevista no n.º 1 do artigo 4.º. O n.º 2 do artigo 4.º deverá ser visto como uma excepção a este princípio geral, criando uma conexão especial caso as partes tenham a sua residência habitual no mesmo país. O n.º 3 do artigo 4.º deverá ser entendido como uma «cláusula de salvaguarda» relativamente aos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que a responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com outro país.

(19) Deverão ser previstas regras específicas para os casos especiais de responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco em relação aos quais a regra geral não permite obter um equilíbrio razoável entre os interesses em presença.

(20) A regra de conflito de leis em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos deverá responder aos objectivos que consistem na justa repartição dos riscos inerentes a uma sociedade moderna de alta tecnologia, na protecção da saúde dos consumidores, na promoção da inovação, na garantia de uma concorrência não falseada e na facilitação das trocas comerciais. A criação de um sistema em cascata de factores de conexão, acompanhada de uma cláusula de previsibilidade, constitui uma solução equilibrada em relação a estes objectivos. O primeiro aspecto a ter em conta é a lei do país onde o lesado tenha a sua residência habitual, no momento em que tenha ocorrido o dano, se o produto tiver sido comercializado nesse país. Os outros elementos da cascata são desencadeados se o produto não tiver sido comercializado nesse país, sem prejuízo do n.º 2 do artigo 4.º e da possibilidade de uma conexão manifestamente mais estreita com outro país.

(...)

⁵⁰² Eur-lex, 2007.

Artigo 4.º **Regra geral**

1. Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco é a lei do país onde ocorre o dano, independentemente do país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e independentemente do país ou países onde ocorram as consequências indirectas desse facto.
2. Todavia, sempre que a pessoa cuja responsabilidade é invocada e o lesado tenham a sua residência habitual no mesmo país no momento em que ocorre o dano, é aplicável a lei desse país.
3. Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que a responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco **tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente** do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país. Uma conexão manifestamente mais estreita com um outro país poderá ter por base, nomeadamente, uma relação preexistente entre as partes, tal como um contrato, que tenha uma ligação estreita com a responsabilidade fundada no acto lícito, ilícito ou no risco em causa.

Artigo 10.º **Enriquecimento sem causa**

1. Se uma obrigação extracontratual que decorra de enriquecimento sem causa, incluindo o pagamento de montantes indevidamente recebidos, estiver associada a uma relação existente entre as partes, baseada nomeadamente num contrato ou em responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco que apresente uma conexão estreita com esse enriquecimento sem causa, é aplicável a lei que rege essa relação.
2. Sempre que a lei aplicável não possa ser determinada com base no n.º 1 e as partes tenham a sua residência habitual no mesmo país no momento em que ocorre o facto que dá origem ao enriquecimento sem causa, é aplicável a lei desse país.
3. Sempre que a lei aplicável não possa ser determinada com base nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei do país onde tenha ocorrido o enriquecimento sem causa.
4. Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso, que a obrigação extracontratual que decorra de enriquecimento sem causa **tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente** do indicado nos n.ºs 1, 2 e 3, é aplicável a lei desse outro país.

Artigo 11.º **Negotiorum gestio**

1. Se uma obrigação extracontratual que decorra da prática de um acto relativamente a negócios alheios sem a devida autorização estiver associada a uma relação previamente existente entre as partes, baseada nomeadamente num contrato ou em responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco que apresente uma conexão estreita com essa obrigação extracontratual, a lei aplicável é a lei que rege essa relação.
2. Sempre que a lei aplicável não possa ser determinada com base no n.º 1 e as partes tenham a sua residência habitual no mesmo país no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, é aplicável a lei desse país.
3. Sempre que a lei aplicável não possa ser determinada com base nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei do país onde tenha sido praticado o ato.
4. Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que a obrigação extracontratual que decorra da prática de um acto relativamente a negócios alheios sem a devida autorização **tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente** do indicado nos n.ºs 1, 2 e 3, é aplicável a lei desse outro país.

Artigo 12.º **Culpa *in contrahendo***

1. A lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente de negociações realizadas antes da celebração de um contrato, independentemente de este ser efectivamente celebrado, é a lei aplicável ao contrato ou que lhe seria aplicável se tivesse sido celebrado.

2. Caso não possa ser determinada com base no n.º 1, a lei aplicável é:

- a) A lei do país onde ocorre o dano, independentemente do país em que tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e do país ou países em que ocorram as consequências indirectas desse facto; ou,
- b) Quando as partes tiverem a sua residência habitual no mesmo país no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, a lei desse país; ou,
- c) Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que a obrigação extracontratual, decorrente de negociações realizadas antes da celebração de um contrato, tem uma **conexão manifestamente mais estreita com um país diferente** do indicado nas alíneas a) e b), a lei desse outro país.

2.3.3.4. Autonomia conflitual, cláusula de escape e Alemanha: caso *Polish Cans* (1996) e reflexões críticas

Na Alemanha, o art. 43 do EGBGB⁵⁰³ adotou o critério *lex rei sitae* para o estatuto real. Foi, porém, propositalmente omissivo quanto ao direito das partes em escolher a lei aplicável (*professio iuris*, autonomia conflitual ou *party autonomy*), como lembra Jan von Hein⁵⁰⁴.

No caso *Polish Cans*, de 1996, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH⁵⁰⁵) rejeitou a autonomia conflitual para o estatuto real. Esse julgado, inclusive, foi citado expressamente na justificação do *Act of 1999*, que deu a redação ao supracitado art. 43 do EGBGB, o que representa um reforço retórico ao apego alemão ao *lex rei sitae*⁵⁰⁶.

O caso concreto procedia de um contrato de compra e venda de latas (*cans*, em inglês) de comidas de uma empresa alemã sediada na Alemanha em favor de um comprador alemão domiciliado na Alemanha. A particularidade é que as latas vendidas pela empresa alemã ficavam estocadas em outro país, especificamente na Polónia. O produto era enlatado na Polónia (daí o precedente ficar conhecido como *Polish Cans*⁵⁰⁷), por outra empresa polaca. A lata, portanto, estava nas mãos de um terceiro: a empresa polaca.

⁵⁰³ *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (Lei de Introdução ao Código Civil Alemão).

⁵⁰⁴ Von Hein, 2011, pp. 103-118.

⁵⁰⁵ *Bundesgerichtshof*.

⁵⁰⁶ Federal Ministry of Justice, 2022.

⁵⁰⁷ Latas polonesas.

A questão jurídica era saber quando o comprador alemão se tornou proprietário das latas. A resposta depende de saber se qual lei será aplicável: a alemã ou a polaca.

De um lado, à luz da lei alemã, a transmissão do direito real de propriedade dá-se com a tradição real da coisa (a entrega efetiva). Admite-se, porém, por questões de conveniência, outras formas de transmissão de modo excepcional. Uma delas é para o caso de a coisa estar nas mãos de terceiro. Nesse caso, o vendedor pode transferir a coisa atribuindo ao comprador o direito a receber a coisa. Trata-se de uma tradição ficta. No caso acima, se a lei alemã fosse aplicável, teria havido essa tradição ficta: o comprador alemão teria se tornado proprietário das latas que estavam com o fabricante polonês na Polônia.

De outro lado, a lei polaca não admite a supracitada tradição ficta como uma forma de transmissão da propriedade. No caso acima, se a lei polaca fosse aplicável, a propriedade ainda seria do fabricante polonês à vista da falta de tradição real das latas.

O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH⁵⁰⁸) entendeu pela aplicação da lei polaca por força do critério *lex rei sitae*. Não admitiu sua flexibilização. O comprador alemão não teria adquirido a propriedade das latas após a celebração do contrato pela falta de sua entrega efetiva.

O Tribunal alemão assentou, ainda, que as partes não poderiam afastar o *lex rei sitae* por cláusula contratual: a autonomia conflitual é vedada nesse caso.

Justificou que o interesse público em garantir a segurança jurídica é mais bem servido com a aplicação do *lex situs*: terceiros precisam ter facilidade para averiguar qual lei será aplicável para reger o direito real de propriedade.

O BGH aduziu, outrossim, que o fato de que a escolha da lei aplicável pelas partes violaria o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais: “quem sabe que tipo de direito real estranho à lei alemã as partes poderiam inventar?”⁵⁰⁹, teria retoricamente perguntado a Corte alemã, nas palavras de Jan von Hein.

O BGH invocou mais dois argumentos ainda: (1) minar a segurança jurídica e estimular a criatividade jurídica dos direitos reais ameaçariam a proteção

⁵⁰⁸ *Bundesgerichtshof*.

⁵⁰⁹ Tradução livre (Von Hein, 2011, p. 107).

aos credores; e (2) a regra *lex rei sitae* não é uma particularidade alemã, mas é um princípio adotado praticamente de modo universal pelos países.

Em suma, para a Corte alemã, uma adesão estrita ao *lex situs* em matéria de estatuto real “fomenta um dos principais objetivos do Direito Internacional Privado clássico tal qual foi desenvolvido por Friedrich Carl von Savigny: a saber, a harmonia internacional das decisões”⁵¹⁰. A escolha da lei aplicável ao estatuto real é, portanto, nula à luz do referido julgado do BGH.

O julgado acima merece reflexão crítica.

O fato é que, se tivesse sido aplicada a cláusula de escape ao caso acima, talvez o desfecho do julgado teria sido outro. Afinal de contas, no caso concreto acima, o caso concreto possuía manifestamente maior conexão com a lei alemã.

A identificação de quando há essa manifesta conexão não é cartesiana. É certo que a mera divergência entre a lei regente do estatuto contratual e a *lex rei sitae* não é suficiente para a aplicação da cláusula de escape. Tampouco é, por si só, suficiente para a aplicação da cláusula de escape o fato de as partes terem escolhido a lei aplicável ao estatuto contratual.

Apesar disso, isso não significa que a escolha da lei do estatuto contratual seja irrelevante. Ela, associada a outros elementos do caso concreto, pode ser levada em conta para definir se haveria uma maior conexão do caso com outra lei, para efeito de credenciar a cláusula de escape.

Além disso, indaga-se: apesar de nula por ofensa ao *lex situs* à luz do supracitado julgado alemão, a cláusula de escolha da lei aplicável ao estatuto real poderia ou não ser um fator para determinar a aplicação da cláusula de escape? O tema é controverso na doutrina⁵¹¹.

Uma tese intermediária seria admitir a eficácia apenas *inter partes* da cláusula de eleição de lei em matéria de estatuto real com base no art. 46 do EGBGB (dispositivo que sedia a cláusula de escape no Direito Privado Internacional alemão).

⁵¹⁰ Tradução livre (Von Hein, 2011, p. 107).

⁵¹¹ Von Hein, 2011, p. 113.

O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH) não analisou ainda essa questão sob essa ótica, pois, à época do caso *Polish Cans*, não existia previsão expressa da cláusula de escape no EGBG: o julgado é de 1996, e o acréscimo do art. 46 do EGBGB deu-se em 1999. O tema ainda está em aberto na Alemanha, portanto.

Jan von Hein⁵¹², com razão, tece fortes argumentos no sentido de contrapor-se ao julgado alemão no caso *Polish Cans*, notadamente à luz da figura da cláusula de escape posteriormente introduzida ao direito alemão no art. 46 do EGBGB.

O primeiro ponto é sobre o suposto interesse público na segurança jurídica. Segundo a Corte alemã, afastar a *lex situs* com base na cláusula de eleição da lei causaria insegurança jurídica a terceiros, os quais seriam sujeitos aos riscos de não poderem prever que lei teria sido eleita pelas partes. Jan von Hein critica essa posição⁵¹³. Essa insegurança já haveria caso as circunstâncias do caso concreto autorizassem o uso da cláusula de escape do art. 46 do EGBGB e, assim, afastasse a *lex situs* ou caso a própria legislação do País da situação da coisa admitisse a cláusula de eleição da lei. Além disso, o art. 46 do EGBGB respalda a eleição da lei pelas partes em detrimento da *lex rei sitae*.

O segundo ponto é que o modelo alemão desenhado à luz do caso *Polish Cans* ignora a necessidade de garantir segurança jurídica às próprias partes diante da discricionariedade dos tribunais. Um olhar para o art. 3º do Regulamento Roma I e o art. 14 do Regulamento Roma II ilustra a tese. Os referidos preceitos asseguram o direito das partes em escolher a lei aplicável. Trata-se de um contrapeso à discricionariedade concedida aos tribunais pelo art. 4º(3) de ambos os regulamentos⁵¹⁴, o qual prevê a cláusula de escape.

O terceiro ponto é quanto ao argumento do Tribunal alemão assentado na afirmação de que a eleição da lei pelas partes em contrariedade à *lex situs* em matéria de direitos reais violaria o princípio do *numerus clausus*.

O art. 43(2) do EGBGB já flexibiliza isso ao estabelecer que, no caso de mudança do local da coisa, os direitos reais sobre ela não poderão ser exercidos em contrariedade com a lei do novo lugar. Aliás, no passado, as Cortes alemãs já

⁵¹² Von Hein, 2011.

⁵¹³ Von Hein, 2011, p. 114.

⁵¹⁴ O referido preceito já foi transcrito anteriormente.

havia reconhecido direitos reais de garantia sobre bens móveis situados em outro Estado sem que tivesse havido a tradição real da coisa. É o caso de uma garantia sobre veículo à luz do Código Comercial Uniforme dos EUA (*U. S. Uniform Commercial Code*) ou da lei italiana. Jan von Hein cita julgados⁵¹⁵. Nesses casos, as Cortes alemãs valeram-se do recurso da transposição, o qual permite traduzir o direito real estrangeiro em um funcionamento similar da legislação alemã. Com isso, evitou-se a ocorrência de “contradição” com o ordenamento jurídico alemão em relação a uma coisa oriunda do exterior.

Além disso, apesar de a lei alemã exigir a tradição real para a instituição de garantia (*lien*, em inglês), a doutrina e a jurisprudência germânicas admitem a instituição de garantia sobre veículos sem que o devedor perca a posse direta da coisa: o contrato substitui a tradição ficta e desmembra a posse. Trata-se do *Sicherungseigentum*. Essa figura é, do ponto de vista prático, muito similar ao *non-possessory lien* da legislação norte-americana ou italiana.

Portanto, o direito alemão já contém elementos relevantes de flexibilização que podem ser utilizados para acomodar situações jurídico-reais transnacionais em compatibilidade com o princípio do *numerus clausus*.⁵¹⁶

O quarto ponto do caso *Polish Cans* diz respeito à proteção aos credores. A Corte alemã invocou a proteção aos credores como um dos fundamentos para negar a flexibilização da *lex situs*. Todavia, o art. 45(2) do EGBGB admite essa flexibilização no caso de ônus reais sobre veículos, sem, porém, afastar a proteção aos credores por manter a *lex situs* para a definição da ordem de prioridade creditória no caso de concorrência com outros credores. Daí se indaga: por que não permitir a escolha da lei pelas partes mesmo em matéria de estatuto real se o interesse dos credores quanto à ordem de preferência creditória for protegido pela *lex situs*? Não parece haver obstáculos para isso⁵¹⁷.

O quinto ponto é o argumento da Corte alemã no caso *Polish Cans* de que a aceitação da *lex situs* é universal. Quando se trata de bens móveis, as codificações recentes seguem novas tendências, a exemplo da Holanda e da Suíça.

Na Holanda, a referência é ao art. 3(2) da *Wet conflictenrecht goederenrecht* (Lei sobre conflito de leis de propriedade ou *Act on conflict of law of*

⁵¹⁵ Von Hein, 2011, p. 115.

⁵¹⁶ Von Hein, 2011, p. 115.

⁵¹⁷ Von Hein, 2011, p. 115.

property laws)⁵¹⁸, a qual entrou em vigor em 2008. Antes de explicar o referido dispositivo, convém entender os seus três primeiros artigos.

O art. 1º estabelece que a nova lei não afasta a Convenção Internacional sobre a Lei Aplicável ao *Trust*, concluída em Haia em 1º de julho de 1984. Não afasta, igualmente, a Diretiva nº 93/7/CEE, de 15 de março de 1993, sobre bens culturais.

O art. 2º estabelece a *lex situs* como a regra geral para o estatuto real. Indica o momento do ato jurídico como relevante para definir a lei aplicável à aquisição, à oneração ou à extinção de direitos reais. Admite, porém, exceções, como para navios (lei do local da matrícula) e aeronaves (lei do local da matrícula ou, se for o caso, da sua nacionalidade). Especifica que a *lex situs* abrange:

- a) a definição da coisa (como se é móvel ou imóvel);
- b) o cabimento de instituição de direitos reais sobre a coisa;
- c) os requisitos para transferência, oneração ou extinção dos direitos reais;
- d) o conteúdo dos direitos reais.

O art. 3º, por fim, fixa a *lex situs* como a regra geral para a reserva de domínio sobre bens e para a locação de bens destinados à utilização no exterior. Detalha que a *lex situs* é a lei do lugar da coisa no momento da sua entrega. Excepciona a regra geral ao admitir a eleição, pelas partes, da lei do Estado de destino quando se tratar de coisa sujeita à exportação, desde que essa lei assegure que só com o pagamento integral do preço a transferência da propriedade concretize-se.

Como se vê, o art. 3º da Lei holandesa sobre conflitos de leis de propriedade (*Wet conflictenrecht goederenrecht*) flexibiliza o dogma da *lex situs* em estatuto real.

Na Suíça, o art. 104 do Código Suíço de Direito Internacional Privado (*Switzerland's Federal Code on Private International Law – CPLI*) também flexibilizam a *lex situs* em estatuto real. Confira⁵¹⁹:

⁵¹⁸ Overheid, 2022.

⁵¹⁹ Tradução livre (Fedex, 1987).

Art. 104.**Escolha da lei pelas partes**

1. As partes podem escolher a lei do Estado de embarque, a lei do Estado de destino ou a lei aplicável ao negócio jurídico para regular a aquisição e a perda de direito real sobre móveis.
2. A escolha da lei não prejudicará terceiros.

Tanto o art. 3º(2) da supracitada lei holandesa quanto o art. 104 da lei suíça prestigiam a autonomia conflitual em flexibilização ao dogma do *lex situs*. No caso da lei suíça, protege-se expressamente terceiros diante da escolha da lei pelas partes.

Há uma tendência nesse sentido de prestígio à autonomia conflitual flexibilizando a *lex situs*, ainda que isso se dê com mais força em relação aos bens móveis e na Europa Ocidental. A harmonia das decisões em Direito Internacional Privado precisa atentar para essa tendência⁵²⁰.

2.3.3.5. Precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia: exemplos de progressiva harmonização do direito material em questões conexas ao direito real

Há dois acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia que versaram sobre a harmonização jurídica provocada pelo direito comunitário em matérias conexas ao direito real. Embora não sejam julgados que possam ser espalhados para fora da União Europeia por estarem atrelados ao avançadíssimo estágio de integração regional desse bloco, eles ilustram problemas relacionados às relações privadas transnacionais envolvendo direitos reais.

2.3.3.5.1. Acórdão *Konle*: circulação de capitais e direitos reais na União Europeia

Uma forma de harmonização por aproximação do direito material em matéria conexa ao estatuto real é a utilização de um direito comunitário, caso da União Europeia.

Nesse ponto, é simbólico o acórdão *Konle*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (proc. C-302/97)⁵²¹. Nele, foi entendido que a liberdade de circulação de capital censura restrições da legislação local (*lex rei sitae*)

⁵²⁰ Von Hein, 2011, pp. 115-116.

⁵²¹ Eur-lex, 1999.

especificamente impostas contra a aquisição de imóvel por estrangeiros oriundos de outros Estados membros.

O precedente é fruto de reenvio prejudicial encaminhado ao Tribunal de Justiça da União Europeia por um Tribunal Austríaco (especificamente o Tribunal Regional de Viena para Assuntos Civis – *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien*).

O caso envolvia uma ação de indenização proposta por Klaus Konle contra a República da Áustria (*Republik Österreich*) pelos danos sofridos em razão de uma lei de aquisição de imóveis (a Lei de Tirol⁵²², abreviada como TGVG⁵²³ 1993) que vigorou entre 1º de janeiro de 1994 e 1º de outubro de 1996.

A TGVG 1993 condicionava a aquisição de terrenos destinados à construção a uma prévia autorização do Poder Público. O adquirente teria de comprovar que a aquisição não se destinaria a ser utilizada como uma residência secundária (uma “segunda casa”). Segundo a República da Áustria, a razão de ser da regra seria o fato de que, na região de Tirol, só uma pequena parte da superfície é edificável, o que justificaria a proibição de aquisição de terreno para servir de residência secundária.

Se o adquirente fosse austríaco, essa comprovação poderia ser por simples declaração escrita.

Se, porém, o adquirente fosse estrangeiro, cumpria-lhe produzir outras provas.

Além disso, no caso adquirentes estrangeiros, salvo tratado internacional diverso ou – após 1996⁵²⁴ – salvo acordo do espaço europeu, o Poder Público poderia negar a autorização se verificar contrariedade aos interesses políticos do Estado e se inexistir interesse econômico, cultural ou social na aquisição.

Em 1996, o Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshof - VfGH*) declarou inconstitucional a TGVG 1993 por ofensa excessiva ao direito fundamental de propriedade.

Em 1996, sobreveio nova lei no estado federado austríaco de Tirol: a TGVG1996. Ela aboliu o procedimento da mera declaração do adquirente austríaco

⁵²² Tirol é um dos estados federados da Áustria.

⁵²³ *Tiroler Grundverkehrsgesetzes*.

⁵²⁴ Em 1996, entrou em vigor o art. 3º do TGVG 1993, que previa essa nova exceção.

para comprovar que a destinação da aquisição do terreno não era para uma residência secundária. Manteve, porém, a todos (nacionais ou estrangeiros) o dever de provar essa destinação da aquisição de terreno em Tirol. Para adquirentes estrangeiros, haveria exigências adicionais, salvo se eles agirem dentro das liberdades garantidas pelas normas comunitárias da União Europeia.

Em agosto de 1994, diante desse cenário normativo, o cidadão alemão Klaus Konle (estrangeiro, portanto) adjudicou, em hasta pública promovida por um tribunal austríaco⁵²⁵, um terreno no estado federado austríaco de Tirol. O Poder Público, porém, negou autorização a Konle, apesar de este ter alegado que pretendia fixar sua residência principal no imóvel e exercer uma atividade comercial em uma empresa que ele já explorava na Alemanha.

Em 1997, o Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshof - VfGH*) anulou a recusa do Poder Público por conta da inconstitucionalidade da TGVG 1993, tudo em razão de recurso interposto por Konle.

Paralelamente a esse recurso, Konle ajuizou ação contra a República da Áustria por violação do direito comunitário. A ré, porém, alegou que sua legislação estaria amparada pelo art. 70 do Ato de Adesão, o qual estabelecia uma disposição transitória para o processo de adesão da Áustria à União Europeia: a Áustria poderia manter sua legislação em matéria de residência secundária por 5 anos após a adesão. Foi daí que surgiu o processo de reenvio prejudicial em pauta: o Tribunal Regional de Viena para Assuntos Cíveis (*Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien*) submeteu a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia a fim de definir se teria ou não havido violação ao direito comunitário.

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que as normas comunitárias asseguravam a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capital.

Aduziu que a liberdade de estabelecimento abrange o direito de adquirir, explorar e alienar imóveis de outro Estado membro “(acórdão de 30 de maio de 1989, Comissão/Grécia, 305/87, Colect., p. 1461, n.º 22)”⁵²⁶.

⁵²⁵ O Tribunal Distrital de Lienz (*Bezirksgericht Lienz*).

⁵²⁶ Eur-lex, 1999.

Assentou que, apesar de, em tese, o regime do TGVG 1993 poder refugiar-se ao abrigo da regra transitória do supracitado art. 70 do Ato de Adesão, o Tribunal Constitucional Austríaco declarou inconstitucional a referida lei.

Afiançou que a exigência de autorização prévia impõe um tratamento mais rigoroso contra adquirentes estrangeiros. Ponderou que haveria mecanismos mais eficientes para fiscalizar o uso do imóvel, como vendas forçadas.

Concluiu, assim, que o procedimento de autorização prévia configura violação à liberdade de circulação de capitais e, portanto, contraria o direito comunitário.

2.3.3.5.2. Acórdão *Manfred Trummer*: indevida recusa de registro de hipoteca com dívida em marcos alemães (caso anterior à adoção do euro como moeda da União Europeia)

O acórdão *Manfred Trummer* (proc. C -222/97) serve de exemplo da harmonização das normas de direito material envolvendo, de modo conexo, direitos reais no âmbito da União Europeia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia apreciou processo de reenvio prejudicial suscitado pela Suprema Corte de Justiça da Áustria (*Oberster Gerichtshof* – OGH)⁵²⁷ envolvendo litígio entre Manfred Trummer e Peter Mayer.

P. Mayer, residente na Alemanha, vendeu a M. Trummer, residente na Áustria, uma fração ideal de um imóvel situado na Áustria por um preço parcelado e fixado em marcos alemães. Como garantia do pagamento do preço, foi instituída uma hipoteca.

Em julho de 1996, foi requerida a inscrição da hipoteca ao Tribunal Distrital da cidade austríaca de Feldbach (*Bezirksgericht Feldbach*), mas o pedido foi indeferido. O motivo é que a dívida garantida pela hipoteca estava em marcos alemães. A legislação austríaca veda obrigações em moeda estrangeira. A dívida deveria estar em xelim austríaco.

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que essa regra viola a liberdade de circulação de capital, um preceito comunitário. Acresceu que a hipoteca, se registrada em moeda local, pode tornar-se insuficiente para a garantir a

⁵²⁷ Essa Corte, ao lado do Tribunal Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof* - VfGH) e do Supremo Tribunal Administrativo da Áustria (*Verwaltungsgerichtshof* – VwGH), integra os três tribunais austríacos de última instância.

dívida inteira no caso de futura desvalorização da moeda local em razão de futura variação cambial. Esse fato inibiria a liberdade de circulação de capitais e, portanto, viola o direito comunitário europeu.

2.3.4. Reflexões sobre flexibilização do *numerus clausus* para os direitos reais

2.3.4.1. Introdução: origem, histórico e experiência do Reino Unido

Segundo o princípio do *numerus clausus*⁵²⁸ (também chamado de sistema fechado de direito real, como na Holanda⁵²⁹), os direitos reais (*property rights*) são taxativos na lei: as partes não podem criar novos direitos reais nem modificar os já previstos direitos reais catalogados taxativamente em lei. É um marcante dogma, especialmente nos sistemas jurídicos da família do *civil law*⁵³⁰.

Em 1953, Vera Bolgar escreveu artigo intitulado *Why no Trust in the Civil Law?* e criticou a pouca abertura prática do sistema do *numerus clausus*⁵³¹:

O princípio do *numerus clausus*, que não aparenta ter valor prático, poderia muito bem ser deixado para o museu da Jurisprudência dos Conceitos (Begriffsjurisprudenz)⁵³².

O sistema do *numerus clausus* é um dos obstáculos ao ingresso da figura do *trust* em vários países da família do *civil law*⁵³³.

Há uma visão tradicional de que o princípio do *numerus clausus* é característica apenas dessa família e de que ele seria desconhecido do *common law*. Mas essa afirmação não é precisa. Bram Akkermans, em um dos estudos mais

⁵²⁸ No direito alemão, refere-se a *Typengebundenheit* com dois significados: um é de limitação ao dos números dos direitos reais (o que é conhecido como *Typenzwang*) e outro é com o de limitação do conteúdo do direito real (o que é chamado de *Typenfixierung*), conforme registra Bram Akkermans (2008, pp. 6-7).

⁵²⁹ No Direito Holandês, é mais comum referir-se a sistema fechado de direitos reais (*het gesloten system van het goederenrecht*).

⁵³⁰ Struycken, 2011, p. 59.

⁵³¹ Tradução livre (*apud* Struycken, 2011, p. 1999).

⁵³² A lembrança da Jurisprudência dos Conceitos deve-se à acusação que esse movimento sofreu de distanciamento em relação à realidade, por conta da sua busca por uma orientação matemática do Direito. Para a Jurisprudência dos Conceitos, o direito não teria lacunas e poderia ser reduzido a sistemas conceituais lógicos (*pyramid of concepts*). A nova lei poderia deduzida logicamente de conceitos jurídicos superordenados, os quais podem ser identificados por meio de um raciocínio indutivo (método de inversão). A Jurisprudência dos Conceitos é acusada de ingenuidade epistemológica e lógica, de afastamento da realidade, de ofuscação de valores, de desconsideração do direito supradispositivo e de superestimação do método puramente dogmático (Haferkamp, 2011).

⁵³³ Sobre a difusão do *trust* pelo mundo, Kenneth G. C. Reid faz interessante abordagem em artigo integrante de obra sobre os caminhos a um Código Civil chinês, obra essa anterior ao mais recente Código Civil chinês (Reid, 2012, pp. 209-234). Ainda sobre o *trust*, ver: Koessler, 2012.

aprofundados já realizados sobre o princípio do *numerus clausus* na Europa⁵³⁴, defende a existência desse sistema fechado na Inglaterra⁵³⁵.

Convém investigar o alcance, a origem e a justificação do princípio do *numerus clausus*.

Não há clareza quanto à origem da expressão *numerus clausus*. Costuma-se associar à Alemanha, especificamente aos pandectistas no século XIX. Para grande parte dos doutrinadores, o princípio do *numerus clausus* estava enraizado no pensamento jurídico alemão do século XIX⁵³⁶.

A limitação à autonomia privada em direitos reais integrou o modelo do direito de propriedade desenvolvido por Savigny e seus seguidores⁵³⁷.

Além da restrição à autonomia da vontade, esse modelo desenvolve um novo conceito abstrato, absoluto e total de propriedade. Exclui daí os bens incorpóreos. Promove a separação das regras de direito das coisas (*law of property*) em relação aos direitos obrigacionais bem como a proteção de terceiros adquirentes de boa-fé diante de vícios do título de transferência⁵³⁸.

O princípio do *numerus clausus* foi incorporado em 1900 ao projeto do Código Civil Alemão (BGB). Na exposição de motivos ao projeto do Código Civil alemão de 1888, já se fazia referência à expressão “número fechado” de direitos reais (*die geschlossene Zahl*).

A primeira vez que provavelmente mencionou-se a expressão *numerus clausus* foi em 1930 com Philipp Heck. Depois, em 1938, também se tem notícia do uso do termo por Franz Wieacker⁵³⁹.

A expressão reapareceu em várias publicações posteriores, como na Itália (no manual de direito privado de A. Torrente em 1952), nos EUA (como no

⁵³⁴ Outro estudo de aprofundado sobre o *numerus clausus*, embora com foco nos direitos reais mobiliários, é de Bénédicte Foëx (1987).

⁵³⁵ Akkermans, 2008, pp. 387-396.

⁵³⁶ Stevens, 2011, p. 64.

⁵³⁷ O Pandectismo, também chamado de Jurisprudência dos Conceitos, recebeu esse nome pelo fato de os manuais dos autores integrantes da Escola Histórica do Direito intitularem-se pandectas como referência às *Pandectas* de Justiniano. A Escola Histórica entendia que o direito nasce do *espírito do povo* (*Volksgeist*, em alemão), ou seja, nas palavras de Savigny, das “forças silenciosas, e não do arbítrio do legislador” (Morais, 2021, p. 19; Cury e Marçal, 2009). A Escola Histórica foi precursora do positivismo normativista que surgiu com a Jurisprudência dos Conceitos. Opunha-se ao jusnaturalismo. Ihering criticou a Jurisprudência dos Conceitos por sua abstração e formalismo e desenvolveu, em oposição, a Jurisprudência dos Conceitos.

⁵³⁸ Stevens, 2011, p. 64.

⁵³⁹ Struycken, 2011, pp. 59-60.

artigo de 1953 de Vera Bolgár e no título de resposta de Merryman⁵⁴⁰ ao referido artigo de Bolgár)⁵⁴¹.

Na Holanda, a primeira referência à expressão “sistema fechado” de direitos reais deu-se em 1961 em uma notícia sobre as deliberações legislativas sobre a elaboração do Código Civil holandês (*Burgelijk Wetboek* de 1992 – BW).

Apesar disso, há fontes holandesas que apontam que o princípio do *numerus clausus* já estava presente na Holanda no início do século XIX, especificamente em rascunhos do Código Civil holandês elaborados por Joan Melchior Kemper em 1816. Nesse esboço, havia a previsão textual de que só seriam considerados direitos *in rem* os assim indicados no Código. Os demais direitos seriam pessoais. Esses rascunhos, porém, foram substituídos por códigos modelados com base no Código Civil francês.

O Código Civil holandês (*BW*⁵⁴²), nascido em 1838⁵⁴³, continha um catálogo não exaustivo de direitos reais (*real rights*), à semelhança do art. 543 do Código Civil francês⁵⁴⁴. Por esse motivo, as cortes holandesas no século XIX consentiam com a maior liberdade das partes para criar tipos de direitos reais.

A doutrina holandesa do século XIX era mais receptiva ao princípio do *numerus clausus* do que as cortes. Dão exemplo disso os escritos de dois grandes juristas holandeses do século XIX: Diephuis e Opzoomer. Eles defendiam uma interpretação restritiva do *BW* em matéria de direitos reais. Faziam referência aos escritos do jurista francês Demolombe, que criticava a postura dos tribunais franceses em, no século XIX, favorecer demasiadamente a autonomia privada em matéria de direitos reais e que defendia a observância dos tipos jurídico-reais previstos pelo legislador.

Na Holanda, a linha perfilhada por Diephuis e Opzoomer no sentido da adoção do *numerus clausus* para os direitos reais enraizou-se no pensamento jurídico holandês até que a Suprema Corte Holandesa (*Hoge Haad*), em 1905,

⁵⁴⁰ Merryman, 1963, pp. 224-231.

⁵⁴¹ Struycken, 2011, p. 60.

⁵⁴² *Burgerlijk Wetboek*, em holandês.

⁵⁴³ Ele sofreu uma substancial reforma em 1992, a ponto de se considerar que, em 1992, a Holanda recebeu um novo Código Civil. Assim, referindo-se à versão reformada do Código Civil holandês, encontram-se, na literatura jurídica, expressões como novo Código Civil Holandês (NBW, sigla de *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, em holandês), BW (1992) ou simplesmente ao BW (sem indicação de ano). O marco temporal de 1992 é utilizado por convenção, mas, a rigor, desde 1970, foram sendo publicadas progressivamente as reformas de partes do Código Civil holandês, como lembra Liane Schmiedel (2012).

⁵⁴⁴ Légifrance, 2022.

consagrou essa tendência no caso *Blaauboer v. Berlips*, sobre o qual deitamos holofotes mais à frente.

Assim, a doutrina holandesa incorporou a maior restrição à autonomia privada nos moldes dos estudos dos pandectistas bem como seus conceitos de coisa, de liberdade de disposição da coisa e de proteção a terceiros adquirentes de boa-fé.

Em suma, o princípio do *numerus clausus* já estava presente no pensamento jurídico neerlandês desde o início do século XIX. Todavia, foram os trabalhos de Savigny e dos pandectistas alemães no final desse século que deram corpo a esse princípio.

De modo mais recente, é certo que, a partir da década de 1990, a expressão *numerus clausus* ou sistema fechado de direitos reais assumiram títulos e conteúdos de inúmeros trabalhos acadêmicos.

O princípio do *numerus clausus* está associado ao modelo jurídico-real de cada país. Por exemplo, para Antonio Huerta Trólez, Alemanha, Áustria e Suíça adotam o princípio do *numerus clausus* por conta seu modelo de aquisição e transmissão de direitos reais. Nesse modelo, o negócio jurídico causal não transfere o direito real, mas apenas o negócio jurídico real. A autoridade registral não qualifica o negócio jurídico causal, mas sim o negócio jurídico real, dada a autonomia deste em relação àquele⁵⁴⁵.

A base das discussões acerca do *numerus clausus* está na distinção entre *ius in rem* e *ius in personam*.

Historicamente, direitos *in rem* distinguem-se dos direitos *in personam*, segundo tradição romana. Os primeiros referem-se a uma relação jurídica com uma coisa física e oponível contra terceiros. Já os direitos *in personam* envolvem relação jurídica entre as pessoas e é oponível *inter partes*.

Essa distinção é a base dos debates sobre direitos de propriedade nos sistemas jurídicos em geral, com inclusão do inglês⁵⁴⁶.

José Luiz Lacruz Berdejo⁵⁴⁷ destaca que o conceito de direitos reais é fruto de uma generalização feita pelos juristas. Estes observaram que, ao longo da

⁵⁴⁵ Trólez, 2017, p. 88.

⁵⁴⁶ Stevens, 2011, p. 83.

história, foram surgindo formas de dominação do homem sobre a coisa, como a propriedade, o usufruto, a hipoteca e outras figuras. Identificou traços comuns entre elas, aptos a aglutiná-las sob um mesmo conceito: o de direitos reais.

Em Roma, já havia variações dessas generalizações. O foco, porém, não eram os direitos subjetivos, e sim as ações. Os romanos do período clássico contrapunham a *actio in rem* à *actio in personam*, mas não desenvolveram teoricamente a ideia de direitos reais. Não é viável listar direitos reais em Roma⁵⁴⁸.

Se, porém, associarmos os direitos reais aos que, em Roma, eram respaldados pelas ações *in rem* ou pela *vindicatio*, seria viável apontar, como “direitos reais” romanos, os seguintes itens: direito de propriedade, direito de superfície (como uma forma especial de propriedade), servidão e, por acréscimo da tradição justiniana, o usufruto⁵⁴⁹. Eduardo C. Silveira Marchi defende, ainda, a existência de propriedade horizontal no direito romano desde o período clássico⁵⁵⁰. Enfim, sob essa ótica, em Roma, ao lado da propriedade, havia poucos direitos reais⁵⁵¹.

Foi só na Idade Média que os juristas do direito comum (*ius commune*) começaram a focar os direitos subjetivos, e não as ações. E, por isso, desenvolveram os conceitos de *ius in personam* e *ius in rem* e, em consequência, desenharam as primeiras linhas fronteiriças entre os direitos pessoais (obrigacionais) e os direitos das coisas.

Robert Stevens (2011, pp. 83-84) dá exemplo com base no direito inglês, envolvendo responsabilidade civil. Na Inglaterra, quando se trata de direitos *in rem*, o titular tem direito oponível a terceiros, inclusive o direito à indenização (responsabilidade civil). No caso de *ius in personam*, o direito só é oponível contra a parte, e não contra terceiros.

Suponha que uma companhia ferroviária adquira o direito de utilizar uma ponte para travessia de vagões mediante um *lease*. Trata-se de um direito *in rem* à luz do direito inglês. Suponha que um terceiro negligente, com seu caminhão, cause um dano à ponte e, assim, inviabilize o seu uso pela companhia ferroviária.

⁵⁴⁷ Berdejo, 2008, p. 1.

⁵⁴⁸ Berdejo, 2008, pp. 1 e 159.

⁵⁴⁹ Díez-Picazo, 2008, p. 111.

⁵⁵⁰ Marchi, 2002, p. 113.

⁵⁵¹ Díez-Picazo, 2008, p. 135.

Nesse caso, o direito de arrendatária (*leaseholder*) foi violado por um terceiro. Como o referido direito é oponível *erga omnes*, o terceiro terá o dever de indenizar a companhia ferroviária: esta, pois, pode pleitear indenização diretamente contra o caminhoneiro negligente.

Situação diferente seria se a companhia ferroviária tivesse adquirido o direito de usar a ponte por meio de uma licença (*contractual licence*) negociada com o proprietário. A *contractual licence* não é direito *in rem* na Inglaterra, e sim direito *in personam*. O direito da companhia (*licensee*) só seria oponível contra o dono da ponte. Se, pois, o caminhoneiro negligente causar dano à ponte, a companhia férrea não poderá pleitear indenização contra ele por falta de direito oponível a ele.

Nesse exemplo, a companhia só poderia pleitear indenização do dono da ponte. Este, a seu turno, por ser o titular da propriedade (que é um direito *in rem*), poderá reivindicar indenização contra o caminhoneiro relapso, mas essa indenização ater-se-á aos danos sofridos com a ponte e, portanto, não abrangerá os direitos da companhia ferroviária ou de outros licenciados (*licensees*). Enfatize-se que esse regime de responsabilidade civil vigora na Inglaterra, porque o direito inglês não adota a concepção germânica de *transferred loss*.

Alerte-se que, no Brasil, a solução seria diferente, pois o dever de indenizar não seria vinculado propriamente à natureza jurídica do vínculo da vítima com a coisa. Quem causa dano a outrem tem de indenizar. O motorista relapso causou dano à companhia. Em último caso, poder-se-ia invocar a doutrina do terceiro cúmplice para fortalecer o dever de indenizar contra o motorista negligente. Igualmente o dono da ponte poderia pedir indenização contra o caminhoneiro pelos prejuízos sofridos com a ruptura dos contratos de “licença”.

Retornando ao exemplo acima sob a perspectiva do direito inglês. No *common law lease*, o arrendatário (*lessee*) tem o exclusivo controle de coisa arrendada. Há um direito *in rem*, oponível *erga omnes*. É diferente do *licence*, por meio do qual o dono da coisa apenas concede ao licenciado (*licensee*) um simples privilégio em relação ao próprio dono para usar a coisa. Cuida-se de um *ius in personam*.

Como se vê, nos sistemas jurídicos – com inclusão do inglês –, é preciso definir as categorias de direitos que se configuram como *ius in rem* no sentido romano e os que constituem *ius personam* também no sentido romano.

No caso do *ius in rem*, como ele vincula terceiros, há necessidade de lei. Deixar as partes criarem livremente direitos *in rem* geraria insegurança jurídica a terceiros. Estes poderiam ser incapazes de descobrir o conteúdo do direito, como os seus deveres e seus direitos em relação à coisa.

A criação de direitos *in rem* livremente pelas partes poderia criar restrições excessivos ou até mesmo incompreensíveis nos bens, afastando-os do tráfego jurídico pelo receio de terceiros em adquiri-lo. Basta imaginar o impacto bruto e deletério na economia se todos os imóveis do país estivessem onerados por direitos *in rem* de difícil compreensão ou de excessivas restrições.

Além disso, à luz do princípio da legalidade, terceiros só podem ser obrigados a algo por lei ou por pacto expresso do qual eles sejam partes.

Enfim, os sistemas jurídicos, com inclusão do inglês, possuem, ainda que em diferentes intensidades, um regime de *numerus clausus* de direitos *in rem* no sentido puro romano⁵⁵².

E, para definir se um direito é *in rem* ou *in personam*, é irrelevante o *nomen iuris*. O que importa é o conteúdo.

No exemplo da companhia ferroviária, o fato de as partes etiquetarem o contrato como *lease* não é suficiente para que o pacto feito seja considerado um direito *in rem*. É preciso que o conteúdo do contrato condiga com o *lease*. Por exemplo, se o arrendatário (o *leasee*) não tiver o controle exclusivo do imóvel, não se trata de *lease*, ainda que o instrumento contratual tenha sido batizado como tal. Nesse ponto, Stevens cita esta famosa sentença do Lord Templeman no julgamento, pela Câmara dos Lordes do Reino Unido (*United Kingdom House of Lords*), do caso *Street v. Mountford*, em 1985⁵⁵³:

A fabricação de um instrumento de cinco pontas para escavação manual é um garfo, mesmo se o fabricante, não familiarizado com a língua inglesa, insista em que pretendia fazer, e fez, uma pá.

O julgado *Street v. Mountford* é emblemático para distinguir o *lease* da *licence* e foi julgado pela Câmara dos Lordes do Reino Unido. Este órgão legislativo – que corresponde à câmara alta do parlamento britânico – exercia um papel

⁵⁵² Stevens, 2011, p. 84.

⁵⁵³ Tradução livre do inglês (Stevens, 2011, p. 84).

jurisdicional para determinadas questões até o ano de 2009⁵⁵⁴, quando, então, a Supremo Tribunal do Reino Unido⁵⁵⁵ (*Supreme Court of the United Kingdom*) absorveu-lhe a competência.

No caso⁵⁵⁶, a Roger Theodore Crispin Street concede *licence* a Wendy Mountford para ocupação de 2 quartos mediante pagamento de aluguéis mensais. Street poderia resilir o contrato mediante aviso prévio de 14 dias. O instrumento contratual foi intitulado como *Licence Agreement* e continha expressa declaração de que não se tratava de arrendamento (*lease* ou *tenancy*). A Câmara dos Lordes, porém, entendeu que, apesar do rótulo do instrumento contratual, havia um *lease* (ou *tenancy*): o importante é o conteúdo do contrato e a realidade fática da relação contratual, e não a sua etiqueta.

No Reino Unido, o *lease* (ou *tenancy*) é disciplinado pelo *Landlord and Tenant Act 1954*⁵⁵⁷ e caracteriza-se pela concessão do uso exclusivo da coisa em troca de aluguel a ser pago pelo um inquilino (chamado, em inglês, de *tenant*, se aluga um imóvel inteiro, ou de *lodger*, se aluga um quarto de um imóvel)⁵⁵⁸. Pode ser por prazo determinado ou indeterminado (neste último caso, o locador – *landlord* ou *owner* – pode denunciar o contrato mediante aviso prévio). Não se trata de uma mera licença, ainda que o instrumento contatual o tenha assim rotulado (*Street v. Mountford* [1985] AC 809).

O *lease* não é um direito *in personam*, e sim um direito *in rem*. É um *estate in land*. Por isso, subsiste no caso de alienação da coisa a terceiros. Pode ser comprado ou vendido. No caso de locação comercial, se observados os requisitos da *Part II of the Landlord and Tenant Act 1954*, o inquilino (*tenant*) tem direito de permanecer no imóvel mesmo após o fim do prazo, salvo justas causas legais específicas.

⁵⁵⁴ O julgamento na Câmara dos Lordes era conduzido pelos *Law Lords* (os Lordes da Lei), que eram 12 juízes nomeados pelos membros da Câmara dos Lordes.

⁵⁵⁵ O Supremo Tribunal do Reino Unido foi criado em 2005, mas iniciou suas atividades judiciais em 2009. Atualmente é a última instância recursal em questões civis para todo o Reino Unido e, em questões penais, é a última instância apenas para casos procedentes da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. Para compreensão da história e do papel do Supremo Tribunal do Reino Unido, ver seu site oficial: <https://www.supremecourt.uk/about/index.html>.

⁵⁵⁶ [1985] 2 WLR 877, [1985] UKHL 4, [1985] AC 809 (United Kingdom House of Lords Decisions, 1985).

⁵⁵⁷ O inteiro teor do diploma inglês está neste site: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/2-3/56/contents> (Legislation.gov.uk, 1954).

⁵⁵⁸ O procedimento de despejo é diferente: no caso de *tenant*, há necessidade de um processo de *eviction*; no caso de *lodger*, basta chamar a polícia após notificação prévia (Coble, 2015).

A rescisão do *lease* pelo arrendante (*landlord*) é mais difícil diante das proteções legais previstas no *Landlord and Tenant Act 1954*. Além da exigência de aviso prévio – que, a depender do tipo de *lease*, tem de ser de 6 meses –, o arrendante pode ter de provar judicialmente um dos permissivos legais e pode vir a ser obrigado a pagar compensações financeiras ao arrendatário (*tenant*).

O *lease* britânico distingue-se substancialmente do *licence*. O *licence* (a licença) é um contrato de natureza pessoal por meio do qual alguém (o *licensor*) autoriza outrem (o *licensee*) a fazer algo, como ocupar um imóvel. Não confere direito *in rem*. Não subsiste no caso de alienação da coisa a terceiros. O beneficiário (*licensee*) tem posição jurídica precária.

Como o *lease* atrai diversas proteções legais em favor do inquilino, há proprietários que tentam rotular o instrumento contratual como *licence* como forma de burla a esse regime protetivo. Todavia, a Câmara dos Lordes, no julgado supracitado (*Street v. Mountford*, de 1985), censurou esse teatro textual.

Outras tentativas de burla ao regime protetivo do *lease* já foram reprimidas no Reino Unido, a exemplo do caso *London College of Business v. Tareem*, de 2008⁵⁵⁹, julgado pela *England and Wales High Court of Justice* – EWHC.

O *London College of Business* ocupou por muitos anos um imóvel ao abrigo de sucessivos acordos intitulados como *licence* e com previsão expressa de que não se poderia considerar existente aí um *lease* no sentido do *Landlord and Tenant Act 1954*.

Apesar de o acordo conter o direito de o proprietário poder acessar o imóvel em qualquer momento razoável, tal nunca ocorreu. Além disso, o *London College of Business* equipou o imóvel para o seu negócio, que foi efetivamente implementado. O acordo continha uma cláusula de rescisão por violação em tudo semelhante às cláusulas presentes em caso de *lease*. O *London College of Business* também tinha de pagar um valor a título de “taxa de serviço” (*service charge*).

Surgiu, então, uma controvérsia sobre o valor devido a título de taxa de serviço. O proprietário, então, tentou despejar o colégio por não ter pagado esse valor.

⁵⁵⁹ *London College of Business Ltd v Tareem Ltd & Anor* [2018] EWHC 437 (Ch) (07 March 2018) (Bailli, 2018; Walker Morris, 2008).

A Alta Corte Inglesa (*England and Wales High Court of Justice*), todavia, à vista da realidade dos fatos e da maior vulnerabilidade do colégio (que não teve assessoramento jurídico), decidiu que havia um *lease*, apesar de os sucessivos acordos terem sido etiquetados como *licence*. Em consequência, o tribunal rejeitou a demanda do proprietário, especialmente pelo fato de este não ter utilizado o procedimento legal devido para despejo por justa causa (acaso efetivamente houvesse uma justa causa no caso concreto).

A exposição dos casos acima sobre a diferença do *lease* e do *licence* ilustram que, mesmo no Reino Unido, a ideia de *numerus clausus* para os direitos reais está presente, ainda que sob a ótica da análise de distinção entre direitos *in personam* e direitos *in rem*.

É equivocado pensar que o princípio do *numerus clausus* em direitos reais é restrito aos sistemas jurídicos do *civil law*. Ele também está presente nos países do *common law*.

Embora poucos Códigos tratem textualmente do princípio do *numerus clausus*, ele é reconhecido principalmente na doutrina e na jurisprudência de vários países, como na Alemanha, na França, na Itália, na Holanda, na Argentina⁵⁶⁰, na Colômbia, no Chile⁵⁶¹, no Peru⁵⁶², no Brasil⁵⁶³, no Japão, na Finlândia, na Áustria, em Portugal, na Suíça, na Suécia⁵⁶⁴. Há, porém, particularidades a depender de cada país.

Na França, a legislação não foi pensada para o *numerus clausus*. O tema é controverso. Há juristas franceses que sustentam a prevalência da autonomia da vontade em matéria de direito real. E invocam o clássico caso *Caquelard*, de 1834⁵⁶⁵. Luis Díez-Picazo averba que prevaleceria, na França, a tipologia de *numerus apertus*⁵⁶⁶. A jurisprudência francesa, no entanto, inclina-se a prestigiar o *numerus clausus*, acatando os direitos reais previstos no Código Civil ou

⁵⁶⁰ Blanco, 2018-2019, pp. 72-87.

⁵⁶¹ Alvarez e Read, 2020, pp. 267-283.

⁵⁶² Fernando Gamarra-Alayza (2017) trata do tema levando em conta o direito alemão, francês, argentino, chileno, colombiano, mexicano e peruano. Realça que, no México, a disciplina cabe a cada entidade federativa e que, no Distrito Federal, o entendimento majoritário é que se adotou o sistema de *numerus clausus*.

⁵⁶³ Apesar de haver controvérsia, prevalece o entendimento de que se adotou, no Brasil, o *numerus clausus* (Calgaro, 2015, pp. 593-611; Lisboa, 2002).

⁵⁶⁴ Díez-Picazo, 2008, p. 133.

⁵⁶⁵ Vanzella, 2009, pp. 127-128.

⁵⁶⁶ Díez-Picazo, 2008, pp. 133-134.

em outras leis. Há pouquíssimos casos em que se poderia discutir se houve ou não a criação de um novo direito real.

Na França, na área dos direitos reais de garantia, há forte presença de legislação especial. É, por exemplo, o caso da Lei Dubanchet (*Loi Dubanchet*), de 1980⁵⁶⁷, que garante um direito de retenção da coisa em face de outros credores do adquirente⁵⁶⁸.

Na Itália, a doutrina majoritária defende que, após o Código de 1942, adotou-se o sistema de *numerus clausus*⁵⁶⁹.

São poucos os Códigos Civis que são expressos acerca do *numerus clausus* dos direitos reais. Um exemplo é a Argentina, conforme o art. 1884 do seu *Código Civil y Comercial de la Nación*, que assim dispõe⁵⁷⁰:

Artículo 1884. Estructura

La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

A maior parte dos Códigos Civis lista direitos reais, mas não externa se o rol é ou não taxativo. Cabe à doutrina e à jurisprudência essa tarefa.

2.3.4.2. Experiência holandesa

Já expusemos parte da evolução histórica do *numerus clausus* na Holanda anteriormente. Convém expor o quadro atual e complementar o tema.

Na Holanda, há debates sobre o alcance do *numerus clausus* dos direitos reais sob duas perspectivas: uma estrita e uma ampla.

Sob uma perspectiva estrita, o princípio do *numerus clausus* trata de categorias e tipos de *iura in re aliena*, ou seja, de direitos reais sobre coisa alheia, também chamados de direitos reais limitados (*beperkte rechten* – holandês; ou *limited property rights* – em inglês).

⁵⁶⁷ Loi n°80-335 du 12 mai 1980.

⁵⁶⁸ Stevens, 2011, p. 67.

⁵⁶⁹ Díez-Picazo, 2008, p. 133.

⁵⁷⁰ Saij, 2014.

Sob uma perspectiva ampla, o princípio do *numerus clausus* abrange também o direito de propriedade plena, seja sobre coisas corpóreas (móveis ou imóveis), seja sobre coisas incorpóreas (ex.: créditos e propriedade intelectual).

No Código Civil Holandês⁵⁷¹, o termo propriedade (*eigendom* – holandês; *ownership* – inglês) é aplicado apenas a coisas corpóreas.

A expressão *numerus clausus* é também utilizada na Holanda para outros sentidos, como para as hipóteses de aquisição e extinção do direito real de propriedade (*goederenrechtelijk recht* – holandês; *property right* – inglês) bem como para os poderes inerentes à propriedade.

Vários artigos do Código Civil Holandês (BW)⁵⁷² consagram, de modo implícito, o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais. Fá-lo quando arrola os tipos de direitos reais (*real property rights*) e ao estabelecer um respectivo regime jurídico base. O Livro 3 do BW é intitulado *Property Law in General* (artigos 3:1 a 3.326); e o seu Livro 5, *Real Property Rights* (arts. 5:1 ao 5.147)⁵⁷³.

Por exemplo, o art. 3:81 do BW dá as regras gerais de aquisição dos direitos reais. O art. 3:277(1) do BW trata da equidade entre os credores, salvo grau de preferência maior. O art. 3:84(3) do BW proíbe a transferência fiduciária da propriedade para outro fim que não seja a efetiva aquisição do bem. Por esses dispositivos, objetivou-se vedar qualquer transferência fiduciária, seja *cum creditore*, seja *cum amico*. Pretendeu-se censurar qualquer forma dual de propriedade não autorizada em lei⁵⁷⁴.

Na Holanda, durante os debates legislativos desde as décadas de 1960 e 1970 para a criação do Código Civil holandês de 1992 (BW/1992), o princípio do *numerus clausus* sempre foi realçado. Eduard Meijers, um dos maiores juristas holandeses do século XX, era explícito em afirmar que o projeto do Código consagraria o *numerus clausus*.

Os parlamentares neerlandeses, porém, deram ligeira abertura à autonomia privada, oferecendo espaços de adaptação, limitação ou expansão de poderes e obrigações decorrentes dos direitos reais. Além disso, concederam efeito

⁵⁷¹ *Burgelijk Wetboek* – BW.

⁵⁷² *Burgelijk Wetboek* – BW.

⁵⁷³ O Código Civil holandês (*Burgerlijk Wetboek* em holandês e abreviado como BW) está disponível neste site: <https://wetboekplus.nl/burgerlijk-wetboek-boek-3-artikel-236-vuistpand-vestiging/>.

⁵⁷⁴ Struycken, 2011, p. 62.

de direito real a certas obrigações, com inscrição no registro público. Ao ser registrada, essa obrigação vincularia terceiros, apesar de não ser um direito real. Trata-se de uma ampliação do *numerus clausus*, apesar de não ser tratar propriamente de um direito real.

O art. 6:252 do BW dá suporte a isso. O referido dispositivo integra o Livro 6 do BW, que trata de Obrigações, e, de modo mais específico, a Seção 6.5.4., que cuida dos efeitos legais dos contratos.

Em suma o art. 6:252 do BW trata do *qualitative obligation*. Estabelece ser válido estipular o dever de uma das partes em tolerar algo ou abster-se de fazer algo em relação ao próprio bem. Esse dever é oponível contra adquirentes do bem. São forçosos, porém, escritura pública e registro público para a eficácia *erga omnes* desse dever. Não se pode, porém, limitar o poder do titular de alienar ou de onerar o imóvel registrado. Não se pode estabelecer dever de fazer (*in faciendo*)⁵⁷⁵.

Historicamente, não era da tradição dos tribunais holandeses adotar qualquer tipo de dogma, nem mesmo o do *numerus clausus*. No século XIX, a impressão que se tinha era a de que os tribunais neerlandeses encorajaram as partes a criarem novos direitos reais.

Essa tendência, porém, mudou em 1905, com o famoso caso *Blaaubouer/Berlips*, julgado pela Suprema Corte Holandesa (*Hoge Haad*)⁵⁷⁶. A partir desse caso, o *Hoge Haad* acenou para o sistema fechado de direitos reais⁵⁷⁷.

Em um leilão ocorrido em 1881, Blaaubouer (um corretor imobiliário em Amsterdã) e Kloots (um empreiteiro) compraram um terreno dos irmãos Berlips. Havia, porém, uma estrada dentro do terreno. Essa estrada pertencia aos irmãos Berlips. No leilão – que se restringia ao terreno –, os irmãos Berlips ficaram obrigados a pavimentar a estrada. Em 1887, os irmãos Berlips venderam a estrada para a viúva Marks.

A discussão que chegou ao *Hoge Haad* era a de saber se a obrigação de pavimentar a estrada havia ou não sido transferida a viúva Marks. A Suprema Corte Holandesa entendeu negativamente. Estabeleceu que se tratava de uma

⁵⁷⁵ Essa solução holandesa talvez pudesse resolver problema apontado por Sérgio Jacomino acerca da inviabilidade de, no Brasil, ser onerado um imóvel com restrições de construção perto de instalações do metrô (Jacomino, 2021).

⁵⁷⁶ ECLI:NL:HR:1905:1 (De Rechtspraak, 1905).

⁵⁷⁷ Struycken, 2011, p. 63.

obrigação de natureza pessoal dos irmãos Berlips e, portanto, só poderia ser transferida a terceiros mediante consentimento dos credores (no caso, de Blaaubouer e Kloots). A viúva Maarks não assumiu essa obrigação só pelo fato de ter adquirido o bem, pois essa obrigação decorre de um direito relativo, e não absoluto. Tratava-se de uma obrigação de fazer (*in faciendo*) que sequer havia sido levada a registro público. Além disso, o *Hoge Haad* averbou que não se tratava de direito real de servidão, pois este só pode ser constituído nos limites legais.

Esse julgado foi emblemático na Holanda para acenar que os direitos reais são aqueles definidos em lei, o que acena para o modelo de *numerus clausus*⁵⁷⁸. Embora não se tenha feito referência expressa a essa expressão, o precedente retrata a ideia de um sistema fechado de direitos reais.

Desde a supracitada decisão do *Hoge Haad* em 1905 e especialmente após o Código Civil holandês de 1992, as Cortes holandesas fazem referências ocasionais a um sistema fechado de direitos reais na Holanda. E também passaram a conferir interpretação mais restritiva aos direitos reais.

Apesar disso, os civilistas holandeses discordam do escopo do princípio do *numerus clausus*.

Há duas visões principais, conforme T.H.D. Struycken (2011, p. 64).

A primeira é a de que os direitos reais restringem-se aos direitos reais tradicionais, ou seja, a propriedade e os seguintes direitos reais sobre coisa alheia (direitos reais menores ou direitos reais limitados):

- (1) servidão (*erfdienstbaarheid*, em holandês);
- (2) usufruto (*vruchtgebruik*, em holandês);
- (3) enfiteuse (*erfpacht*, em holandês);
- (4) superfície (*opstalrecht*, em holandês);
- (5) hipoteca (*hypotheekrecht*, em holandês); e
- (6) penhor (*pandrecht*, em holandês, ou *pledge*, em inglês).

A segunda visão é que os direitos reais abrangem também os tipos modernos de direito de propriedade, como os direitos a nomes de domínio na Internet e os *rights to goodwill*.

⁵⁷⁸ Struycken, 2011, p. 63.

2.3.4.3. Experiência da África do Sul: sistema *semi-clausus*

Na África do Sul, não se adotou o princípio do *numerus clausus*. Adota-se uma tipologia de *numerus semi-clausus*.

O sistema jurídico sul-africano caracteriza-se por uma mistura do *civil law* com o *common law*. Trata-se de um sistema misto (*mixed legal system*), ou seja, de uma intersecção entre o *civil law* e o *common law*⁵⁷⁹.

Desde 1652, quando *Cape Town* tornou-se um posto avançado da *Dutch East India Company* (Companhia Neerlandesa das Índias Orientais), o sistema jurídico imperante na região passou a ser o holandês. Esse regime persistiu mesmo após duas ocupações britânicas em 1795 e em 1806. Não houve esforço dos britânicos em impor seu próprio sistema jurídico. Apesar disso, o sistema jurídico inglês deixou marcas, especialmente no campo da Justiça, do processo judicial e do direito comercial. Também influenciou o direito privado, especialmente em contratos, em responsabilidade civil e em sucessões. Um exemplo dessa influência foi a incorporação do *trust* inglês pela África do Sul.

O direito das coisas, porém, subsistiu com pouca influência do direito britânico. Os princípios do direito romano-holandês nesse campo permaneceram. Portanto, a base do direito sul-africano em matéria real é o direito romano-holandês dos séculos XVII e XVIII.

Houve forte influência posterior dos trabalhos dos pandectistas alemães do século XIX. Os tribunais e o legislador sul-africanos absorveram essas reflexões, especialmente no direito das coisas. O direito britânico desfrutou de um papel de influência muito mais tímido nessa área.

Leis importantes surgiram a plasmar o direito real sul-africano. É o caso, por exemplo, de leis cuidando de habitação informal (ou seja, das “invasões”, chamadas de *squatting* em inglês), de direito minerário, de *time sharing* e de direitos reais de garantia (*real security*).

A nova ordem constitucional instalada com a Constituição de 1996 modelou também o direito real sul-africano. Não foi apenas no tocante à proteção da

⁵⁷⁹ Stevens, 2011, p. 67; Waal, 1999; Van der Merwe, 2004; Mostert e Verstappen, 2015; Mostert, 2022.

propriedade, mas também nas legislações sobre redistribuição de terras e posse em área rural⁵⁸⁰.

Por conta desse histórico atrelado ao direito romano-holandês, é viável identificar o direito das coisas na África do Sul tem suas bases no direito romano. Daí decorrem estas características: (1) a distinção entre propriedade e posse bem como entre propriedade e direitos reais limitados; (2) a noção de poderes inerentes à propriedade; (3) a tradição como forma de transmissão da propriedade móvel; (4) as várias formas de direitos reais de garantia; e (5) a inspiração romana na definição da maior parte dos modos de aquisição da propriedade⁵⁸¹.

Como os pandectistas também influenciaram a África do Sul e como foram eles os principais juristas que desenvolveram os fundamentos do princípio do *numerus clausus*, a África do Sul absorveu essa noção, mas não de forma irrestrita, conforme se verá mais abaixo. Adotou-se um modelo de *numerus quasi-clausus* ou de *numerus semi-apertus*.

A África do Sul incorporou as figuras reais do direito romano, como propriedade (*ownership*), servidão (*servitudes*), hipoteca (*mortgage*) e penhor (*pledge*). E adicionou a esse rol novos direitos reais, como: (1) *the lease of land*; (2) *mineral rights*; (3) *real rights in respect of units in a sectional title scheme*⁵⁸².

A África do Sul desenvolveu novos direitos reais em atenção às suas idiossincrasias. Alguns desses novos direitos reais são variações de figuras reais tradicionais. Por exemplo, novas formas de direitos reais de servidão foram engendradas, como o direito de trilha (*the right of trekpath*), o *right of outspan*⁵⁸³, as restrições urbanísticas (*restrictive conditions in township developments*) e a *servitudes irregulares* (que é um direito real de servidão instituído em favor de um terceiro que não é o titular do prédio dominante)⁵⁸⁴.

No campo dos direitos reais de garantia na África do Sul, também foram desenvolvidos a cessão de hipoteca registrada (*the cession of registered mortgage*) e os títulos notariais sobre móveis (*notarial bonds over movable*).

⁵⁸⁰ Waal, 1999.

⁵⁸¹ Waal, 1999, p. 3.

⁵⁸² Waal, 1999, p. 3.

⁵⁸³ *Outspan* refere-se à área de uma fazenda para viajantes e animais descansarem.

⁵⁸⁴ Waal, 1999, p. 3.

Os direitos reais acima estão reconhecidos no *Deeds Registries Act* (*Act 47 of 1937*) da África do Sul, o qual trata do registro desses direitos. O registro público é essencial para a produção dos efeitos jurídicos dos direitos reais, especialmente em direitos reais imobiliários.

O *Deeds Registries Act*, na seção 3(1)(r), prevê registro de direitos reais não referidos expressamente em lei, o que confirma a abertura do sistema real sul-africano à criação de direitos reais sem previsão legal. As partes de um contrato ou um testador não estão restritas ao rol de direitos reais previsto em lei. Podem criar direitos reais até então desconhecidos sobre imóveis.

Os tribunais sul-africanos estabeleceram critérios para definir quais direitos são reais (e, portanto, são registráveis) e quais são pessoais.

Só se admitem novos direitos reais sobre coisa alheia⁵⁸⁵. Não se admite a criação de novos direitos reais sobre coisa própria, como o *beneficial or equitable ownership of English law*. A África do Sul adota conceito unitário de direito real de propriedade: não admite sua fragmentação ou sua divisão em degraus, tudo em conformidade com a tradição dos países da família do *civil law*.

Em relação aos direitos reais sobre móveis, não há *numerus clausus*. Todavia, inexistem exemplos de novos direitos reais mobiliários criados pelas Cortes sul-africanas.

Em suma, os tribunais sul-africanos estabelecem dois critérios para a criação de direitos reais sobre imóveis: (1) a intenção do criador; e (2) o teste da subtração do domínio.

Em relação ao primeiro critério, exige-se a intenção do criador do direito real (como o testador ou as partes de um contrato) em vincular não apenas o atual proprietário do imóvel, mas também os seus futuros sucessores. Não basta a pura intenção de vincular futuros proprietários da coisa. É preciso que o direito acomode uma natureza real. Direitos que, na sua essência, são fortemente pessoais não podem torna-se direito real apenas pela intenção de um sujeito.

No tocante ao segundo critério, o registro do novo direito real imobiliário tem de causar uma “subtração do domínio” (*subtraction from the dominium*), ou seja, uma restrição aos poderes inerentes à propriedade, requisito

⁵⁸⁵ Dá-se o mesmo no direito espanhol: só direitos reais sobre coisa alheia podem ser criados pela vontade de partes (Díez-Picazo, 2008, p. 158).

esse conhecido como “teste da subtração do domínio” (*subtraction from the dominium test*). Waal critica esse critério por considerá-lo mais fácil de ser aplicado na teoria do que na prática⁵⁸⁶.

A aplicação dos critérios acima já foi objeto de precedentes judiciais.

O teste da subtração do domínio, por exemplo, foi aplicado neste julgado do final do século XIX: *Consistory of Steytlerville v. Bosman, 1893 (10) SC 67*⁵⁸⁷.

O precedente clássico, porém, que aplicou esse teste foi o caso *Ex parte Geldenhuys* (1926 OPD 155 at 164). Nesse caso, foi realçada a importância em verificar se a obrigação correlata ao direito é um encargo sobre o imóvel ou se é vinculada apenas a uma ou algumas pessoas. Neste último caso, ter-se-á mero direito pessoal. No primeiro caso, ter-se-á um direito real.

A Seção 63 (1) do *Deeds Registries Act* segue a mesma linha, fixando que direitos ou condições que não restrinjam qualquer dos poderes inerentes à propriedade imobiliária devem ficar fora do registro público: não são registráveis.

Por conta da sua elevada importância, convém expormos três precedentes importantes para a aplicação do teste da subtração do domínio como um critério exigido para a criação de direitos reais⁵⁸⁸:

- a) caso *Lorentz v. Melle and Others*: 1978 (3) SA 1044 (T);
- b) caso *Really Beach Trust v. Registrar of Deeds*: 1990 (4) SA 614 (C);
- c) caso *Denel (Pty.) v. Cape Explosive Works Ltd. And Another*: 1999 (2) SA 419 (T).

O caso *Lorentz v. Melle and Other* é tido como a linha divisória na distinção entre direitos pessoais e direitos reais na África do Sul.

Os fatos que conduziram a esse julgado são os seguintes. Lorentz e Van Boeschoten eram titulares de uma fazenda em regime de condomínio tradicional (*co-ownership*). Acordaram em dividir o imóvel: cada um ficaria com uma parte especificada do terreno. Estabeleceram, ainda, que, se qualquer um deles instituisse um *township* na sua área, o outro teria direito à metade do lucro obtido

⁵⁸⁶ Waal, 1999, p. 5.

⁵⁸⁷ Waal, 1999, p. 5.

⁵⁸⁸ Waal, 1999, pp. 6-10.

com a venda. Esse direito foi inscrito no registro público. A controvérsia centrou em definir se esse direito configurava um direito real ou um direito pessoal.

O conflito deflagrou-se após a morte de Van Boeschoten. Uma de suas herdeiras pretendia vender sua porção da fazenda para uma empresa que haveria de fazer um *township*. Por isso, ela pleiteou judicialmente uma declaração de inexistência de dever jurídico dela ou da futura empresa adquirente em pagar ao Sr. Lorentz a metade do lucro com as vendas das unidades decorrentes do *township*. Defendeu que o dever assumido pelo falecido Van Boeschoten era de natureza puramente pessoal: não era direito real e, portanto, não onerava o imóvel. A herdeira e a empresa, portanto, como posteriores titulares da propriedade, estariam totalmente exonerados daquele dever de índole meramente obrigacional.

O Judiciário sul-africano acolheu o pedido declaratório. Entendeu que se tratava de um direito meramente pessoal. Pontuou que o dever de pagar metade do lucro obtido com as vendas de unidades após um *township* na área vizinha não configurava direito real e, por isso, não era extensível aos futuros proprietários da porção da fazenda.

A corte sul-africana entendeu que a obrigação assumida era de entregar dinheiro. Não constituía, pois, nenhum gravame na coisa nem restringia nenhum dos poderes inerentes à propriedade. Tratava-se, pois, de um direito meramente pessoal.

O fato de esse direito ter sido equivocadamente registrado é irrelevante. Cabe ao órgão registral promover o cancelamento do registro por nulidade: direitos pessoais não podem ingressar na tábua predial.

Waal tem visão crítica em relação ao precedente acima. A crítica não é em relação ao precedente em si, e sim quanto à insegurança jurídica de um sistema aberto de direitos reais. Waal denuncia que esse precedente deixa em relevo a marcante indeterminação e falta de confiabilidade do teste de subtração de domínio (*subtraction from the dominium test*) como um critério para autorizar a criação de direitos reais *de lege ferenda*. A própria Corte sul-africana reconheceu que uma aplicação acrítica do referido teste poderia ter resultado em um veredito oposto ao obtido no caso em pauta.

O segundo julgado é *Really Beach Trust v. Registrar of Deeds*, de 1990.

Na hipótese, o interessado pretendeu o registro de uma condição constante de um acordo com base na Seção 3 (1) (2) do *Deeds Registries Act* (que acolhe direitos reais não previstos em lei).

A condição consistia no dever de o adquirente ou futuros proprietários (sucessores no título) em pagar a uma terceira pessoa um percentual do valor recebido a título de indenização paga pelo Poder Público em virtude de desapropriação ou a título de participação na exploração de recursos minerais no imóvel.

O oficial de registro público negou o ingresso do título no fôlio real com base na Seção 63 (1) do *Deeds Registries Act* (que rejeita o registro de direitos pessoais). Não haveria aí propriamente uma restrição aos poderes inerentes à propriedade. Tratava-se de mera obrigação de pagar um valor a um terceiro.

A Corte sul-africana, todavia, discordou do registrador. Admitiu o registro do direito. Entendeu que o direito em pauta era real por restringir o *ius disponendi* do titular do bem. Este, para dispor da coisa em razão de uma desapropriação ou de uma exploração minerária, terá de pagar uma quantia a um terceiro. O titular não se beneficiará integralmente do proveito obtido com a disposição da coisa, o que configuraria uma restrição a um dos poderes inerentes à propriedade.

Waal, com razão, critica essa decisão e indigita sua incongruência em relação ao já citado *Lorentz case*. Em ambos os casos, tratava-se do dever de pagar um valor no caso de disposição do imóvel ou de um direito sobre este. A Corte sul-africana, porém, chegou a resultados diferentes. Há doutrinadores que não extraem daí crítica ao modelo flexível de direitos reais da África do Sul⁵⁸⁹.

O terceiro julgado é *Denel (Pty.) v. Cape Explosive Works Ltd. And Another*, de 1999.

Nesse precedente, discutiu-se a registrabilidade de duas cláusulas em um contrato de venda de imóvel, as quais estabeleciam o seguinte:

- a) o imóvel só poderia ser utilizado para fabricação de armamentos pelo governo para fins militares;

⁵⁸⁹ Waal, 1999, p. 8.

- b) o vendedor terá direito de preferência em recompor o bem no caso de futura alienação.

A corte não admitiu o registro de nenhuma das cláusulas por conta de sua natureza real.

Quanto à primeira cláusula, a corte até reconheceu que ela preenche um dos requisitos para a criação de direitos reais: a de aprovação no teste da subtração de domínio (*subtraction from the dominium test*). Realmente, a cláusula acarreta restrição a um dos poderes inerentes à propriedade: o de usar. Todavia, a cláusula não preenche o segundo requisito exigido para a criação de direitos reais: a intenção de criação de direito real oponível contra futuros titulares da coisa. Para a corte, a intenção das partes jamais foi a de criar uma obrigação oponível *erga omnes*, mas apenas um dever *inter partes*. O direito é pessoal.

Em relação à segunda cláusula (a de direito de preferência), a corte sul-africana negou-lhe a característica de direito real por conta de sua reprovação no *subtraction from the dominium test*. A cláusula não implicaria restrição aos poderes inerentes à propriedade: não restringe o domínio. Trata-se de direito de natureza pessoal.

Por isso, não foi admitido o ingresso no álbum imobiliário de nenhum dos direitos contemplados nas duas cláusulas acima.

Waal, com razão, vale-se do precedente acima para criticar o modelo de *numerus quasi-clausus* da África do Sul. Denuncia o alto grau de indeterminação dos critérios adotados para a criação de direitos reais⁵⁹⁰.

Enfim, os tribunais sul-africanos acabam admitindo a criação de direitos reais por meio da jurisprudência, desde que sejam observados critérios extremamente rigorosos. É possível afirmar que a África do Sul adota um modelo de *numerus clausus* flexibilizado ou parcial: adota um sistema de *numerus semi-clausus* ou *numerus quasi-clausus*⁵⁹¹.

M. J. de Waal critica os critérios desenvolvidos pelas cortes sul-africanas para a criação de direitos reais: não funcionam na prática e, assim, geram insegurança jurídica no tocante à criação de novos direitos reais. Waal reconhece que o modelo sul-africano tem a vantagem da maior flexibilidade para o

⁵⁹⁰ Waal, 1999, p. 11.

⁵⁹¹ Van Erp, 2005.

desenvolvimento de novos direitos reais. A desvantagem, porém, é o grau de incerteza jurídica. Por causa disso, Waal prefere o modelo do *numerus clausus*. Além disso, Waal lembra que a proliferação de direitos reais criados aleatoriamente prejudicaria seriamente os negócios imobiliários no futuro⁵⁹².

A criação de direitos reais pela via legislativa leva em conta também ponderações políticas e sociais, o que é oportuno. Na África do Sul, por exemplo, o legislador criou novo direito real, motivado politicamente no interesse de combater erros históricos causados pela discriminação. Trata-se destas leis sul-africanas: *Land Reform (Labour Tenants) Act* e da *Extension of Security of Tenure Act*. Esses diplomas asseguram a certos ocupantes de terras garantias diante de injustos despejos⁵⁹³.

2.3.4.4. Experiência da Espanha: sistema *semi-clausus* (ou *numerus quasi-clausus*)

Na Espanha, inexistente previsão legal expressa e inequívoca seja contra, seja a favor dos dois principais regimes de tipologias de direitos reais: *numerus clausus* ou *numerus apertus*.

A discussão é travada no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Há controvérsia entre os dois principais regimes acima. Prevalece, no entanto, a corrente que defende que a Espanha adotou o regime do *numerus apertus*, embora haja alguns requisitos criados pela jurisprudência para a criação de direitos reais pelos indivíduos⁵⁹⁴.

De modo mais preciso, por conta desses requisitos, apesar de haver diversos juristas espanhóis preconizando o *numerus apertus*, na verdade, o modelo que eles defendem é um intermediário, a que se pode chamar de *numerus quasi-clausus* (ou *numerus semi-clausus*)⁵⁹⁵. De fato, a liberdade plena de tipificar como direitos reais qualquer criação do arbítrio do indivíduo não tem amparo na Espanha⁵⁹⁶.

O cenário legislativo não é claro.

⁵⁹² Waal, 1999, pp. 10-11.

⁵⁹³ Waal, 1999.

⁵⁹⁴ Albaladejo, 2010, p. 28; Berdejo, 2008, p. 13; Díez-Picazo, 2008.

⁵⁹⁵ Garbi, 2020; Van Erp, 2015.

⁵⁹⁶ Berdejo, 2008, p. 15.

O Código Civil espanhol nada diz sobre o assunto.

O art. 2º, nº 2, da Lei Hipotecária espanhola (*Ley Hipotecaria*) faz alusão a “outros quaisquer direitos reais”, o que levanta a discussão se esses “outros quaisquer direitos reais” seriam criados por lei ou pela vontade dos indivíduos. Veja o preceito⁵⁹⁷:

Artículo 2.

En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

Tercero. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.

Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declaren la ausencia o el fallecimiento o afecten a la libre disposición de bienes de una persona, y las resoluciones a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles.

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesíásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

O art. 7º do Regulamento Hipotecário reforça o aludido preceito ao referir-se a “quaisquer outros direitos da mesma natureza” e a “qualquer outro ato ou contrato de transcendência real que, sem ter nome próprio em direito, modifica desde logo ou no futuro algumas das faculdades de domínio sobre bens imóveis ou inerentes a direitos reais”. Confira o dispositivo⁵⁹⁸:

Artículo 7.

Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

⁵⁹⁷ Boe, 1946.

⁵⁹⁸ Boe, 1947.

Para Antonio Huerta Trólez, não há dúvidas de que esses preceitos “inclinam a balança a favor do *numerus apertus*”⁵⁹⁹.

Há uma corrente minoritária a defender o *numerus clausus* na Espanha, com participação, por exemplo, de Hernández Gil e Antonio Martín⁶⁰⁰. Nessa linha, os sectários dessa linha alegam que os “outros quaisquer direitos” reais mencionados no art. 2º, nº 2, da Lei Hipotecária e no art. 7º do Regulamento Hipotecário são os previstos em lei. Aduzem que o Regulamento Hipotecário não tem força de lei e, por isso, não é idôneo a arrimar juridicamente um sistema *numerus apertus*. Defendem que inexistem, em direitos reais, uma norma similar ao art. 1.255 do Código Civil espanhol⁶⁰¹ (o qual consagra o princípio da autonomia da vontade em relações obrigacionais). Advogam, outrossim, que a eficácia *erga omnes* e a exigência de estabilidade jurídico-real impõem, por razões de ordem público-econômica, “um sistema de absoluta restrição à criação de novos direitos reais”⁶⁰².

Nessa linha minoritária pela tipologia do *numerus clausus*, admite-se, porém, certa flexibilidade nos direitos reais típicos. Estes podem ser modelados dentro do seu limite para acomodar diferentes situações, tudo dentro da plasticidade própria dos direitos reais. A liberdade de criação de direitos reais é, na verdade, uma liberdade interna, exercida dentro dos próprios tipos legais⁶⁰³.

A doutrina majoritária, porém, é pela adoção do *numerus apertus* na Espanha com fundamento no art. 2º da Lei Hipotecária e no art. 7º do Regulamento Hipotecário⁶⁰⁴. Reiteramos que, por conta de requisitos adicionais que são exigidos, seria mais conveniente afirmar que a doutrina majoritária espanhola defendesse o *numerus semi-clausus*, conforme veremos mais à frente.

Em reforço a essa doutrina majoritária, na Espanha, o registro é de títulos causais, que geralmente são contratos, e não propriamente de direitos reais. Isso reforça a opção pelo *numerus apertus* na Espanha.

⁵⁹⁹ Trólez, 2017, pp. 88-89.

⁶⁰⁰ Berdejo, 2008, p. 14.

⁶⁰¹ Assim dispõe o referido dispositivo (Boe, 1889).

Artículo 1255.

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

⁶⁰² Trólez, 2017, p. 89.

⁶⁰³ Berdejo, 2008, p. 14.

⁶⁰⁴ Díez-Picazo, 2008, p. 153.

A liberdade criativa, porém, não é ampla. Há restrições. A tipologia não é tão *numerus apertus* assim. Há quem fale em tipologia *numerus quasi-clausus* ou *numerus semi-clausus*⁶⁰⁵. Entre os requisitos para a criação de direitos reais atípicos, podemos indicar estes dois:

a) *justo motivo*: é preciso haver, na criação de novo direito real, uma compatibilidade com a ordem público-econômico, com o princípio da livre circulação de bens e com a justificação razoável. É imperioso que o novo direito real seja justificado por uma função socioeconômica útil. Não basta a mera vontade⁶⁰⁶.

b) *compatibilidade com a natureza jurídica real*: a relação jurídica, por si mesma, sob uma perspectiva estrutural, precisa ter natureza real. Daí ficam excluídas relações de natureza obrigacional, ainda que as partes lhes pretendam atribuir efeito real. Não basta, pois, a mera vontade dos indivíduos. É preciso observar se a natureza real é compatível com a estrutura (os elementos constitutivos) da relação jurídica. O motivo desse requisito é garantir clareza no registro público e evitar a terceiros e às partes falsas expectativas de uma equivocada percepção da natureza do direito.

As restrições e a complexidade do sistema, na prática, dificultam demasiadamente a criação de novos direitos reais. A doutrina espanhola reconhece que, embora oficialmente o modelo de direitos reais seja o de *numerus apertus*, a prática é de um sistema de *numerus clausus*. Mesmo ordenamentos que adotam oficialmente o *numerus clausus* “admitem exceções ou matizações ao rigor da tipicidade absoluta”⁶⁰⁷. Roca Sastre afirma que, na prática, tudo não passa de um “jogo de palavras”⁶⁰⁸.

Além disso, como destaca Manuel Albaladejo, os direitos reais típicos (aí incluídas as suas variações decorrentes da plasticidade dos direitos reais) já abarcam as demandas em geral da sociedade, o que colabora para dificultar a

⁶⁰⁵ Garbi, 2020; Van Erp, 2015.

⁶⁰⁶ Berdejo, 2008, p. 14.

⁶⁰⁷ Trólez, 2017, p. 89.

⁶⁰⁸ *Apud* Trólez, 2017, p. 89.

criação de direitos reais absolutamente novos na Espanha. Alguns direitos reais, como a servidão, admitem inúmeras variações de poderes sobre a coisa⁶⁰⁹.

A criação de um novo direito real não se dá com a mera mudança de nome. A novidade está no conteúdo inédito do direito. Mera mudança de nome não é apta a alterar a natureza jurídica de um direito real⁶¹⁰.

Outros juristas espanhóis são menos céticos, caso de Antonio Roman Garcia⁶¹¹. Este busca desenhar os critérios úteis para guiar a criação de direitos reais. Propõe que sejam atendidas a ordem público-econômica e a natureza das coisas. Defende, em suma, que só se deve admitir a criação voluntária de direitos reais quando houver uma relevante exigência que não possa ser satisfeita de outro modo, com o uso das figuras reais existentes.

O *numerus apertus* não se resume a autorizar a criação de novos direitos reais. Credencia também a alteração significativa de direitos reais já existentes, tudo com base na autonomia da vontade. A título exemplificativo, Trólez cita exemplos disso na Espanha⁶¹²:

- 1) a admissão da multipropriedade antes de ter sido regulamentada por lei;
- 2) o direito de preferência na aquisição de um bem (*derecho de tanteo*, em espanhol);
- 3) o direito de retrovenda (*derecho de retracto*, em espanhol);
- 4) mudanças substanciais nos direitos reais de servidão e de usufruto.

Outro exemplo que corrobora a adoção do *numerus apertus* para o direito real espanhol é o de que o direito de superfície foi admitido como direito real atípico antes de vir a ser positivado no *Reglamento Hipotecario* e na *Ley del Suelo*, conforme lembrança de Luis Díez-Picazo⁶¹³.

Na doutrina espanhola, há diferentes correntes sobre o sistema do *numerus apertus*, que se distinguem no grau de rigor imposto para a criação de novos direitos reais.

⁶⁰⁹ Albaladejo, 2010, p. 29.

⁶¹⁰ Albaladejo, 2010, p. 29.

⁶¹¹ Garcia, 1994.

⁶¹² Trólez, 2017, p. 90.

⁶¹³ Díez-Picazo, 2008, p. 153.

De um lado, a corrente mais flexível concede ampla liberdade criativa à vontade, exigindo, apenas, que o novo direito real tenha efetivamente uma natureza de poder direto sobre a coisa. Manuel Albaladejo segue essa linha⁶¹⁴.

De outro lado, a corrente mais restritiva exige que o novo direito real reúna todos os elementos estruturais de um direito real exigidos pelo ordenamento de modo rigoroso. Roca Sastre e Puig Brutau postam-se nessa vertente⁶¹⁵.

Seja como for, a doutrina majoritária espanhola é pela existência de limites à liberdade criativa de novos direitos reais.

José Luis Lacruz Berdejo aponta alguns limites a depender do tipo de direito real envolvido⁶¹⁶. Díez-Picazo também trata do tema⁶¹⁷.

De um lado, o direito real de propriedade pode sofrer restrições pela vontade privada. Pode desintegrar-se em tantos direitos quanto a lei autorize, tal como se dá com a propriedade horizontal. Todavia, não se poderia criar formas atípicas de direitos sobre coisa própria⁶¹⁸.

De outro lado, os direitos reais de gozo abrangem muitos casos práticos diante de sua plasticidade. Por isso, é pouco necessário criar figuras efetivamente novas. Considerando, por exemplo, a amplitude do direito real de usufruto e a permissão legal à sua ampla modificação, “resulta impossível inventar um novo direito real de gozo total, porque o tipo desenhado pelo Código Civil espanhol admite já todas as versões e flexões pensáveis”⁶¹⁹. Semelhante raciocínio se aplica ao direito real de servidão⁶²⁰. Com efeito, os direitos reais típicos possuem grande flexibilidade.

A propósito, Luis Díez-Picazo destaca que os direitos reais de gozo podem ser de duas espécies: (1) o direito real de gozo pleno (*disfrute pleno*), que é o usufruto; e (2) o direito real consistente no gozo de um serviço limitado da coisa alheia ou consistente na servidão⁶²¹.

⁶¹⁴ Albaladejo, 2010, p. 29; Berdejo, 2008, p. 13.

⁶¹⁵ Berdejo, 2008, p. 13.

⁶¹⁶ Berdejo, 2008, pp. 17-19.

⁶¹⁷ Díez-Picazo, 2008, pp. 158-159.

⁶¹⁸ Díez-Picazo, 2008, p. 158.

⁶¹⁹ Tradução livre (Berdejo, 2008, p. 17).

⁶²⁰ Berdejo, 2008, p. 17.

⁶²¹ Díez-Picazo, 2008, p. 158.

Em relação ao primeiro, Díez-Picazo defende que não cabe direito real de gozo além do usufruto. Dentro dele, pode haver variantes ou modificação do regime jurídico, as quais podem ser chamadas de usufrutos atípicos. Não se trata aí propriamente de espécies nova de direitos reais, e sim de mudança do regime jurídico do usufruto.

No tocante aos direitos reais de gozo consistentes em serviço limitado da coisa alheia ou na servidão, Díez-Picazo entende que tudo se encaixa dentro da servidão. Não há, ao menos de forma pura, viabilidade de criar figuras novas, mas apenas categorias que se encaixam dentro ou fora das servidões.

No tocante aos direitos reais de garantia, a doutrina tende a não admitir a criação de direitos reais novos por um motivo principal: a vontade das partes não pode perturbar a ordem legal de preferência creditória. Todavia, é viável o uso criativo de figuras reais admitidas. O exemplo é a viabilidade de, mesmo sem uma previsão legal expressa na Espanha, de valer-se da venda de um bem em garantia de uma dívida. Consegue-se, assim, na Espanha, o que os alemães designam de *Sicherungsübereignung*⁶²², o que se aproxima da alienação fiduciária em garantia no Brasil⁶²³.

Relativamente aos direitos reais de aquisição, é possível, por analogia e pelos costumes, considerar aí incluídos os *derechos de tanteo y retracto* e o *derecho convencional de retroventa*, apesar de o Código Civil espanhol não fazer essa catalogação⁶²⁴.

A principal instância que trata oficialmente desse assunto na Espanha é a *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*. Esse órgão, entre 1909 e 2020, era chamado de *Dirección General de los Registros y del Notariado* – DGRN⁶²⁵. Tendo em vista que a nomenclatura antiga (DGRN) é ainda a mais famosa e considerando que os principais julgados são anteriores à mudança de nomenclatura, manteremos a utilização do nome antigo.

Trata-se de um órgão do Ministério da Justiça da Espanha. Sua atribuição é, essencialmente, gerir assuntos relacionados ao direito notarial e

⁶²² Berdejo, 2008, p. 18.

⁶²³ Clápis, 2010, pp. 136-137.

⁶²⁴ Berdejo, 2008, p. 19.

⁶²⁵ Por curiosidade, na Colômbia, atribuição similar cabe à *Superintendencia de Notariado & Registro* – SNR, cujo site oficial é este: <https://www.supernotariado.gov.co/>. Um exemplo de decisão desse órgão colombiano é *Resolución número 021 (marzo 09 de 2022)*, da SNR (Supernotariado, 2022).

registral. Sua origem histórica foi a Lei Hipotecária de 1861. Uma de suas principais atuações é julgar os procedimentos provocados por recusas dos registradores a registrar títulos (procedimentos que, no Brasil, se assemelham ao procedimento de dúvida previsto no art. 198 da Lei de Registros Públicos brasileira⁶²⁶). Comparando com o Brasil, a DGRN espanhola exerce um papel próximo das Corregedoria-Gerais de Justiça dos Tribunais estaduais ou do Conselho Nacional de Justiça.

Historicamente, a DGRN sempre foi muito prestigiada na comunidade jurídica espanhola pela excelência técnica dos seus julgados e pela notável qualificação técnica dos seus julgadores. Há, porém, críticas ao prestígio atual da DGRN, como dá notícia a matéria intitulada *Auge y caída de La Dirección General de los Registros y del Notariado*, publicado na Revista *Notario del Siglo XXI*, em cuja capa foi estampada com o título *Auge y caída de la Dirección General de los Registros y del Notariado*⁶²⁷. Na referida matéria, são indicados os seguintes motivos para a alegada perda do prestígio da DGRN: (1) desmantelamento do corpo de letrados; (2) composição de membros que não ostentam independência intelectual nem imparcialidade; e (3) mudança para passar a admitir recurso judicial, o que teria gerado insegurança jurídica.

O Judiciário espanhol não tratou, com profundidade, do tema da tipologia dos direitos reais. Tal tarefa foi, institucionalmente, feita por meio da “jurisprudência registral” produzida pela DGRN, por meio de suas Resoluções. Isso decorre do fato de essas questões jurídicas surgirem geralmente das qualificações, pelos órgãos registrares, de títulos criadores de novos direitos reais.

A DGRN reconhece o sistema de *numerus apertus* como idôneo a satisfazer as novas exigências da sociedade e do mercado, seja pela criação de novos direitos reais, seja pela modificação significativa de direitos reais típicos⁶²⁸.

Há direitos que, embora não sejam reais, foram admitidos para registro pela DGRN por conta de sua eficácia real. É o caso do direito de preferência (*derecho de tanteo*)⁶²⁹.

⁶²⁶ Lei nº 6.015/1973.

⁶²⁷ El notário, 2012.

⁶²⁸ Trólez (2017, p. 91) remete-se, nesse ponto, à *Resolución de 27 de octubre de 1947 da DGRN*, sobre a constituição de servidão.

⁶²⁹ Trólez (2017, p. 91) cita a *Resolución de 20 de septiembre de 1966, relativa al tanteo convencional*.

Merece atenção também a atuação da DGRN em matéria de condomínio edilício, como anota Trólez⁶³⁰:

Nesse grupo de pronunciamentos, observa-se, com clareza, como o critério utilitarista e prático, a necessidade de adaptar-se às exigências de realidade econômica e social constituem o argumento de maior peso e a justificação mais definitiva do reconhecimento da autonomia privada na criação de direitos reais.

A DGRN segue a linha de admitir a criação de novos direitos reais, desde que sejam observadas algumas exigências relacionadas à natureza e à estrutura do direito real, o que implica, entre outros aspectos, uma justificação socioeconômica no caso concreto.

Na prática, a DGRN, apesar de reconhecer a autonomia privada na criação de direitos reais atípicos, impõe obstáculos e adota interpretações restritivas a essa criação⁶³¹. Há necessidade de observar dos requisitos de fundo e de forma que a natureza real exige⁶³².

Convém analisarmos alguns precedentes do DGRN, os quais são prolatados em forma de Resolução (*Resolucion*). Esses precedentes são os principais que orbitou em torno do tema da criação de direitos reais na Espanha.

Em suma, poder-se-á observar que a criação de um direito real efetivamente novo é extremamente difícil: a tipologia de *numerus apertus* (ou de *numerus semi-clausus*) da Espanha é muito rigorosa e, portanto, fica próxima da tipologia de *numerus clausus*.

Grande parte dos precedentes não tratam de um direito real efetivamente novo, e sim de definição de limites para a modelagem de direitos reais já existentes.

Vários dos precedentes que analisaremos foram estudados por Luis Díez-Picazo na sua ampla análise dos limites da tipologia de *numerus apertus* na Espanha. Outros foram trazidos à tona por sua conexão com o conteúdo. Em qualquer caso, é crucial entender as particularidades do caso concreto para extrair ilações precisas. É oportuna a seguinte advertência de Díez-Picazo⁶³³:

O estudo da jurisprudência, no entanto, como em outras tantas situações, não deve limitar-se ao puro recordatório ou à simples citação das máximas de caráter abstrato e geral, fixadas pelo órgão jurisdicional. Para tratar de

⁶³⁰ Trólez (2017, p. 91).

⁶³¹ Díez-Picazo (2008, p. 142) reporta-se à *Resolución de 21 de diciembre de 1942*, da DGRN.

⁶³² Díez-Picazo (2008, p. 142) reporta-se à *Resolución de 1 de marzo de 1939*, da DGRN.

⁶³³ Tradução livre (Díez-Picazo, 2008, p. 142).

compreender as questões que estão implicadas no tema que estamos tratando de analisar, há que intentar aclarar quais foram as particularidades do conflito, ensaiar uma classificação das hipóteses em que o problema da natureza real ou não do direito surgiu e tratar, finalmente, de averiguar quais são os especiais “requisitos de fundo e de forma que exige a especial natureza dos direitos reais”.

Após a análise desses precedentes, poderemos aprofundar mais a efetiva anatomia do regime espanhol de direitos reais.

O primeiro precedente do DGRN é a *Resolucion de 3 de septiembre de 2005, de La Dirección General de Registros y del Notariado*⁶³⁴.

O caso envolvia uma escritura pública lavrada por notário da cidade de Barcelona por meio da qual a sociedade *CCP La Granada Logistics, S.L* instituía uma *hipoteca de máximo* em favor de *Hype Real State International, Sucursal Espanha*.

A *Hype State* disponibilizou à *La Granada*⁶³⁵ um crédito mercantil máximo de € 18.500.000,00 (dezoito milhões e quinhentos mil euros), o qual seria liberado por etapas sujeitas a condições suspensivas.

Em contrapartida, a sociedade empresária devedora hipotecou o imóvel para garantir até 120% do valor acima, observadas as etapas de liberação do crédito e as pertinentes condições suspensivas. O valor garantido aumenta conforme se implementam as condições suspensivas.

O Ofício de Registro de Imóveis (no caso, o *Registro de La Propiedad de Vilafranca del Penedés*) qualificou negativamente a escritura. Negou registrá-la, entre outros pelo seguinte motivo: o ordenamento não admitiria hipoteca sujeita a condição suspensiva.

Em razão da impugnação pelo interessado contra essa negativa do registrador, o caso chegou à DGRN por meio do recurso administrativo⁶³⁶ do art. 19 bis da Lei Hipotecária espanhola⁶³⁷.

No relevante, a DGRN contrariou o registrador e admitiu a hipoteca sob condição suspensiva no caso concreto.

⁶³⁴ Iberley, 2005.

⁶³⁵ E a outras empresas do mesmo grupo econômico da *La Granada*.

⁶³⁶ Esse recurso administrativo aproxima-se, no Brasil, ao procedimento de dúvida registral previsto no art. 198 da Lei nº 6.015/1973.

⁶³⁷ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE, 1946).

Apesar de se tratar de discussão acerca de um direito real típico (a hipoteca), o precedente em pauta discute até que ponto a vontade pode modelar esse direito mediante condição suspensiva.

No caso, a DGRN realçou que o regime de *numerus apertus* foi adotado na Espanha, mas ressaltou que a mera vontade não é suficiente à criação de novos direitos reais. É preciso observar outros requisitos. Confira-se este excerto da *Resolución* em pauta⁶³⁸:

Indubitavelmente, no nosso ordenamento, o proprietário pode dispor de seus bens e, assim, constituir gravames sobre eles, sem mais restrições que não as estabelecidas em lei (artigo 348 do Código Civil espanhol). Não somente se permite a constituição de novas figuras de direitos reais não especificamente previstas pelo legislador (cfr. artigos 2.º da *Ley Hipotecaria* e 7º do *Reglamento Hipotecario*), mas também se permitem a alteração do conteúdo típico dos direitos reais legalmente previstos e, em concreto (cfr. Artigos 647 do Código Civil espanhol e 11, 23 e 37 da *Ley Hipotecaria*), a sujeição desses direitos a condição, termo e encargo. Porém, é certo também que essa liberalidade tem de ajustar-se a determinados limites e respeitar as normas estruturas (imperativas) do estatuto jurídico dos bens, dado seu significado econômico-político e a transcendência *erga omnes* dos direitos reais, de modo que a autonomia da vontade deve ser temperada com a satisfação de determinadas exigências, tais como a existência de uma justificativa suficiente, a determinação precisa dos contornos do direito real, a inviolabilidade do princípio da liberdade de tráfego etc. (cfr. *Resoluciones de 5 de junio; 23 e 26 de octubre; 4 de marzo de 1993*). Esses limites alcançam especial significado em relação à hipoteca, pois são impostos em defesa do credor e para facilitar o tráfego jurídico imobiliário, o crédito imobiliário e, em última instância, a ordem pública econômica.

Como se vê, no julgado acima, a DGRN invocou a tipologia de *numerus apertus* da Espanha para justificar a imposição de uma condição suspensiva para o direito real típico de hipoteca.

Exporemos, mais à frente, nossas ressalvas pessoais, no sentido de que valer-se de condição suspensiva em direitos reais típicos não necessariamente indicaria a adoção de uma tipologia de *numerus apertus*, dada a plasticidade dos direitos reais típicos (item 3.3.2.).

Outro precedente relevante é a *Resolución de 23 de octubre de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (DGRN)⁶³⁹.

Trata-se de recurso interposto contra negativa de um oficial de registro da cidade de Gijón (*Registrador de Propriedade número 1 de Gijón*)⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Tradução livre de excerto da *Resolución de 3 de septiembre de 2005, de La Dirección General de Registros y del Notariado* (Iberley, 2005).

⁶³⁹ Boe, 1987.

⁶⁴⁰ Na verdade, o recurso é contra a decisão do Presidente da *Audiencia Territorial de Oviedo*, que confirmara a qualificação negativa do registrador de imóveis.

O Banco Espanhol de Crédito emprestou, a juros, o valor de 1.500.000 pesetas à senhora María Esther Galache Villar.

Em garantia do pagamento, María outorgou hipoteca unilateral sobre um imóvel por meio da escritura pública lavrada por um notário da cidade espanhola de Gijón.

O registrador de imóveis qualificou negativamente o título: negou o pedido de registro.

A DGRN manteve parcialmente a negativa registral. Invocou, como um dos principais obstáculos ao acesso do título à tábua registral, o fato de a escritura não ter dado precisão quanto à extensão da dívida, o que violaria o princípio da determinação.

A DRN, na *Resolucion* em pauta, pontificou, no que importa a este estudo, o seguinte⁶⁴¹:

Na configuração dos direitos obrigacionais, predomina o princípio da autonomia da vontade e são excepcionais os limites impostos pela ordem pública. Na configuração dos direitos reais, predominam, por outro lado, os critérios da ordem pública, sem negar totalmente o jogo da autonomia da vontade. Isso é consequência da própria natureza do domínio e dos direitos reais, pois têm transcendência “*erga omnes*” e afeta diretamente o estatuto jurídico do aproveitamento e da circulação de bens e, portanto, a economia da nação. Por isso, a flexibilidade da confirmação de uma obrigação deve ceder ante as exigências da ordem pública na medida em que o conteúdo e o alcance dessa mesma obrigação venham a determinar (...) o conteúdo e o alcance de um direito real.

O precedente acima, embora não tenha retratado nenhuma hipótese de criação efetiva de direito real novo, é precioso ao realçar, no excerto acima, os motivos de a criação de novos direitos reais ser mais dificultoso do que a criação de direitos meramente obrigacionais.

Mais um julgado a ser apreciado é a *Resolución de 13 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)*⁶⁴².

Ele toca, de forma tangencial, a discussão sobre *numerus clausus* de direitos reais, pois dele se pode inferir que, para a criação de direitos reais atípicos que envolvam atos de disposição do imóvel familiar, haverá necessidade de consentimento do cônjuge à luz do direito espanhol.

⁶⁴¹ Tradução livre de excerto da *Resolución de 23 de octubre de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (Boe, 1987).

⁶⁴² Boe, 2018.

Nele, discute-se se é ou não necessário consentimento do cônjuge para a constituição de uma servidão de passagem permanente sobre um terraço de um imóvel.

O oficial de registro de imóveis (*registrador de la propiedad*) da cidade espanhola de San Cristóbal de la Laguna qualificou negativamente o título. O título era uma escritura pública lavrada pelo notário dessa cidade espanhola, constituindo uma servidão de passagem permanente (*servidumbre de paso permanente*) sobre um terraço de um imóvel.

Irresignado, o notário da cidade de San Cristóbal de la Laguna interpôs recurso administrativo para a DGRN.

A discussão foi em torno do artigo 1320 do Código Civil espanhol, que exige a autorização conjugal para a alienação da moradia habitual e dos móveis de uso ordinário da família. Confira-se o referido preceito:

Artículo 1320.

Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

A DGRN entendeu que esse dispositivo refere-se apenas aos casos de alienação envolvendo o lar comum (*vivienda familiar habitual*) do casal, à vista do artigo 70 e do artigo 1406.4º do Código Civil espanhol, os quais referem-se ao domicílio conjugal que é fixado pelo casal. Veja os retrocitados dispositivos:

Artículo 70.

Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.

Artículo 1406.

Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

- 1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.
- 2.º La explotación económica que gestione efectivamente.
- 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.
- 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

Segundo a DGRN, o casal costuma fixar um lar comum, fruto de comunhão de vida (*comunidad de vida*) associada a uma comunhão de lar (*comunidad de lar*). É a regra geral. Trata-se do local de residência familiar. É o local onde se vive a maior parte do ano. E, ainda que haja mais de um imóvel com esse

requisito, não se considera, para tal efeito, a segunda residência da família utilizada para recreio ou férias.

Se houver, porém, justo motivo (ex.: razões profissionais), cada consorte pode ter lar diferente (*comunidad de vida sem comunidade de vivienda*).

A lei protege o lar comum (*vivienda familiar habitual*). Uma das proteções é o artigo 1.320 do Código Civil espanhol, que exige o consentimento do cônjuge para a disposição do imóvel que serve ao lar comum ou dos móveis de uso ordinário da família, ainda que esses bens sejam de propriedade exclusiva de apenas um dos consortes. Essa exigência de outorga conjugal é apenas se o casal tem um lar comum, fruto de uma coabitação (*comunidad de vivienda*).

A razão de ser da norma é conceder mecanismos de controle para evitar arbitrariedades individuais do outro cônjuge, conforme realçou o *Tribunal Supremo de España*⁶⁴³.

Para a DGRN, não se aplica a exigência de anuência conjugal se cada cônjuge tiver um lar próprio, fruto de uma hipótese em que o casal mantém uma comunhão de vida sem uma coabitação (*comunidad de vida sem comunidade de vivienda*), o que pode ocorrer de modo excepcional. O objetivo do art. 1.320 do Código Civil espanhol é proteger o lar comum (*vivienda familiar habitual*).

Cabe a cada disponente declarar ao terceiro se o lar é ou não comum para tal efeito. Mentiras dele não prejudicará terceiros de boa-fé, conforme previsão expressa do art. 1.320 do Código Civil espanhol.

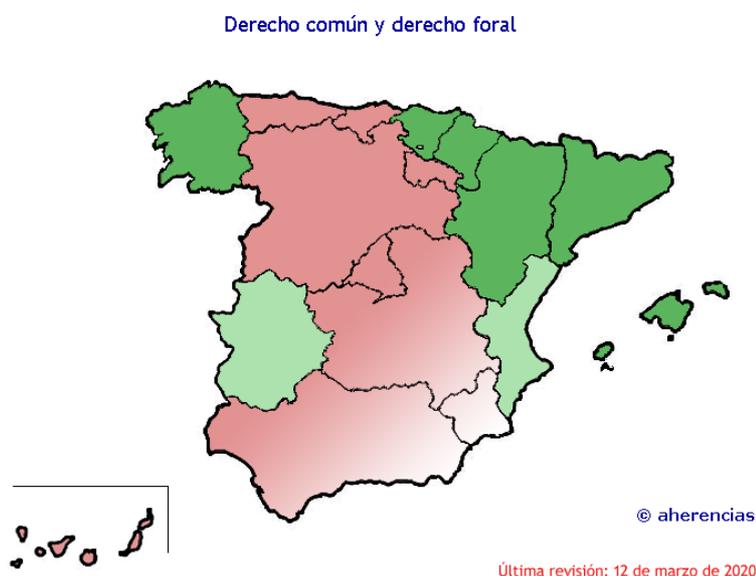
É irrelevante se os filhos se opuserem: a exigência legal é de anuência conjugal, e não filial.

Não importa sequer o regime de bens (*regímen económico matrimonial de bienes*): em qualquer deles, aplica-se o art. 1.320 do Código Civil espanhol.

A regra do art. 1.320 do Código Civil espanhol é reproduzida, com algumas variações, nos direitos civis forais de algumas comunidades autônomas da Espanha, como no art. 231-9 do Código Civil da Cataluña e no art. 190 do *Código del Derecho Foral* de Aragón. Não se trata, portanto, de uma regra específica do direito civil comum espanhol.

⁶⁴³ *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010: SSTs de 3 de enero de 1990 y 31 de diciembre de 1994*, citado no julgamento em pauta da DGRN (Boe, 2018).

Cabe um aparte para esclarecimento sobre a situação do direito civil espanhol. Não há uma legislação civil única para toda a Espanha. Há, de um lado, o chamado *derecho civil común*, que é representado pelo Código Civil espanhol e pela legislação extravagante. E há, de outro lado, o *derecho civil foral* de algumas comunidades autônomas espanholas (regiões político-administrativa que reúnem diversas cidades), especificamente de Aragón, Cataluña, Baleares, Galicia, Navarra e País Vasco. Também se pode falar, ainda que parcialmente, em direito foral na *Comunidad Valenciana* apenas para regime de bens do casamento (*régimen económico del matrimonio*) para casamentos em determinado período⁶⁴⁴. Há ainda direito foral no chamado *Fuero de Baylón*, que é uma região dentro da comunidade autônoma de *Extremadura* e que abrange alguns povos limítrofes com Portugal. Neste mapa, pode-se ver, em cor verde, os locais em que vigora o direito foral da respectiva comunidade autônoma, e não o direito comum espanhol. Em verde claro, estão as comunidades em que esse direito foral é parcial (*Comunidad Valenciana* e *Extremadura*)⁶⁴⁵:



⁶⁴⁴ Na *Comunidad Valenciana* (ou País Valenciano), foi editada lei específica para disciplinar regime de bens. Ela, porém, foi declarada inconstitucional pela Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha (STC) de 28 de abril de 2016. Em consequência, casamentos celebrados entre 30 de junho de 2007 e 21 de dezembro de 2007 bem como entre 1º de julho de 2008 e 31 de maio de 2016, terão o regime da separação de bens (*régimen económico matrimonial de separación de bienes*) como o regime subsidiário (*régimen económico matrimonial supletório*) (Aherencias, 2022).

⁶⁴⁵ Aherencias, 2022.

A exigência de outorga conjugal prevista no artigo 1.320 do Código Civil espanhol precisa ser fiscalizada pelo registrador na sua qualificação registral, conforme art. 91 do *Reglamento Hipotecario* espanhol⁶⁴⁶.

A obrigatoriedade da autorização conjugal no Código Civil espanhol abrange não apenas atos de natureza real, mas também pessoal. Por exemplo, para renunciar a locação (arrendamento) ou a sua renovação em relação à moradia (*vivienda familiar*), é necessário também o consentimento do outro consorte. Trata-se de um ato de “disposição” para efeito do art. 1.320 do Código Civil espanhol e do art. 91 do *Reglamento Hipotecario* espanhol.

Sob essa ótica, o art. 1.320 do Código Civil espanhol abrange também constituição de um direito real de servidão de passagem, como é o caso em pauta.

No caso concreto, porém, a servidão recai sobre uma área externa à moradia familiar: o terraço, ao qual o aceso dá-se de forma independente, a partir da rua. Não atinge, pois, a moradia familiar por se tratar de área externa. Além disso, não haverá uso exclusivo do terraço: os proprietários do prédio serviente também poderão utilizá-lo. Por esse motivo, não há necessidade de consentimento conjugal para a instituição de direito real de servidão de passagem sobre o terraço nesse caso concreto, tendo em vista uma interpretação teleológica do art. 1.320 do Código Civil espanhol. Esse dispositivo só se refere a atos de disposição relacionados à moradia familiar (*vivienda familiar habitual*).

Apesar de o julgado nada dizer, podemos inferir que a criação de direitos reais atípicos que, à luz do direito espanhol, envolvam atos de disposição do imóvel de moradia familiar também atrairá a necessidade de consentimento do cônjuge. Afinal de contas, se essa anuência conjugal seria exigível até para renúncia a uma locação do imóvel de moradia familiar, com muito mais razão será imperativa para direitos reais atípicos.

Outro importante julgado sobre a temática do sistema de *numerus apertus* na Espanha é a *Resolución de 11 de abril de 1930*, da DGRN⁶⁴⁷.

Por escritura pública, o proprietário permitiu outrem a ocupar um terreno para para explorar minas e, para tal finalidade, abrir poços e construir edificações. O oficial de registro qualificou negativamente esse título: negou o

⁶⁴⁶ Boe, 1947.

⁶⁴⁷ Díez-Picazo, 2008, pp. 142-143.

registro por não terem sido individualizados o perímetro de ocupação dos terrenos e as minas a serem exploradas.

A DGRN manteve essa negativa registral. Entre outros argumentos, articulou que “uma servidão tem de ser predial (em favor das minas), e não pessoal (em favor do arrendatário delas)”, ao contrário do que fazia a escritura. E acresceu que “a vontade não pode (...) justificar a criação de tipos contraditórios de servidão”⁶⁴⁸.

Outro julgado a ser destacado é a *Resolución de 23 de noviembre de 1934*, da DGRN.

O caso envolvia uma escritura pública de compra e venda com uma cláusula obrigando compradores a usarem o sótão e a planta baixa de um edifício de um edifício para uso industrial e a contratarem, no mínimo, 80% da mão de obra entre pessoas naturais do povo. Tratava-se de uma figura especial próxima à servidão a impor deveres aos compradores (proprietários servientes).

O oficial de registrou negou o acesso do título ao fólho real.

A DGRN manteve esse negativa. Assentou que a escritura pública criava “uma figura especial de duvidoso carácter real por não parecer concorrer nela as características privativas dos direitos reais”⁶⁴⁹. Realçou também que era difícil situar essa figura criada na escritura entre os direitos reais limitados por vários motivos, dentre os quais está a indeterminação dos titulares do direito.

Mais um julgado importante é a *Resolución de 13 de mayo de 1936*, da DGRN⁶⁵⁰.

Nesse caso, a DGRN manteve a qualificação registral negativa feita por um oficial a uma escritura pública. Essa escritura formalizava um contrato que obrigava o devedor a, por prazo indeterminado e em pagamento de uma dívida, transmitir uns imóveis ao credor conforme este viesse a requerer.

A DGRN manteve a negativa de acesso do título ao álbum imobiliário feita por um registrador. Entendeu que não se estava a criar qualquer direito real aí. Fixou que os direitos reais concedem uma relação imediata com as coisas, com proteção *erga omnes*, sem necessidade de intermediários. Entendeu que os direitos

⁶⁴⁸ Díez-Picazo, 2008, p. 143.

⁶⁴⁹ Díez-Picazo, 2008, p. 143.

⁶⁵⁰ Díez-Picazo, 2008, p. 143.

reais estão submetidos, em algumas legislações, ao regime de *numerus clausus*. Frisou que a Espanha não adotou esse modelo de *numerus clausus*, mas isso não significa salvo-conduto para a constituição de qualquer relação jurídico-real com o caráter e os efeitos de um direito real. Nem significa que a vontade possa configurar situações hipotecárias contra os preceitos civis que impedem a limitação do direito real de propriedade imobiliário.

Mais um julgado relevante é a *Resolución de 1 de marzo de 1939*, da DGRN⁶⁵¹.

O título era uma escritura pública por meio da qual uma sociedade anônima compra um imóvel e, em troca, obriga-se a pagar uma renda vitalícia ao vendedor. Para essa obrigação de pagamento de renda vitalícia, o imóvel fica onerado em garantia.

A DGRN entendeu pelo descabimento do registro. Apesar de os particulares poderem criar direitos reais, isso depende de a figura preencher os requisitos de fundo e de forma dos direitos reais, com características internas e externas que façam a figura transcender a terceiros estranhos ao negócio.

Esse precedente ilustra o quão rigoroso a DGRN no exame de direitos reais atípicos. No Brasil, o negócio acima provavelmente seria admitido, desde que observadas as regras do contrato de constituição de renda dos arts. 808 ao 813 do Código Civil, com ingresso no álbum imobiliário, conforme art. 167, inciso I, item “8”, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).

Outro precedente é a *Resolución de 29 de marzo de 1955*, da DGRN⁶⁵².

Por força de contrato com proprietário, três indivíduos tinham direito a participação de percentual de lucro líquido obtido com a exploração econômica da fazenda⁶⁵³. Tal direito havia sido registrado na matrícula do imóvel. O proprietário da fazenda morreu sem deixar herdeiros, pelo que o imóvel foi revertido ao Poder Público por sucessão *mortis causa*.

⁶⁵¹ Díez-Picazo, 2008, p. 143.

⁶⁵² Díez-Picazo, 2008, p. 147.

⁶⁵³ Detalhando, o Duque de Alba possuía quatro credores. Em pagamento dessas dívidas, celebrou transação com participação de todos os credores. Em razão dessa transação: (1) um dos credores assumiu a propriedade da fazenda; e (3) esse credor que se tornou proprietário assumiu o dever de pagar um percentual do lucro líquido obtido com a exploração da fazenda a aos outros três credores.

O Poder Público, então, pediu o cancelamento do registro do direito daqueles três indivíduos a perceber percentual do lucro líquido fruto da exploração da fazenda.

A DGRN concordou com o cancelamento: o direito não era real, e sim obrigacional. Entendeu que, ainda que houvesse semelhança com o *censo consignativo*⁶⁵⁴, isso não muda a verdade natureza de direito pessoal da figura pactuada. Pontuou que, “para decidir a dificuldade que ofereça a determinação concreta do alcance real ou pessoal de um direito subjetivo, deve atentar-se aos elementos às características constitutivas dele”⁶⁵⁵.

Outro interessante julgado é a *Resolución de 21 de diciembre de 1943*, da DGRN⁶⁵⁶.

Discutiu-se se era ou não registrável uma renda vitalícia instituída em favor do comprador como preço pela venda. A renda vitalícia oneraria o imóvel.

A DGRN negou o registro. Assentou que a renda vitalícia sobre o imóvel não teria caráter real por ser direito pessoal. Seguiu a mesma linha adotada na supracitada *Resolución de 1 marzo de 1939*, da DGRN.

Não se pode equiparar a renda vitalícia acima com a figura dos censos, pois, nestes, há “o direito de abandono, a perpetuidade, a remissibilidade etc.”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ O censo consignativo está disciplinado nos artigos 1657 ao 1660 do Código Civil espanhol, *in verbis* (Boe, 1889):

CAPÍTULO III

Del censo consignativo

Artículo 1657.

Cuando se pacte el pago en frutos de la pensión del censo consignativo, deberá fijarse la especie, cantidad y calidad de los mismos, sin que pueda consistir en una parte alícuota de los que produzca la finca acensuada.

Artículo 1658.

La redención del censo consignativo consistirá en la devolución al censalista, de una vez y en metálico, del capital que hubiese entregado para constituir el censo.

Artículo 1659.

Cuando se proceda por acción real contra la finca acensuada para el pago de pensiones, si lo que reste del valor de la misma no fuera suficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más del mismo, podrá el censalista obligar al censatario a que, a su elección, redima el censo o complete la garantía, o abandone el resto de la finca a favor de aquél.

Artículo 1660.

También podrá el censalista hacer uso del derecho establecido en el artículo anterior en los demás casos en que el valor de la finca sea insuficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Que haya disminuido el valor de la finca por culpa o negligencia del censatario. En tal caso éste será además responsable de los daños y perjuicios.
- 2.ª Que haya dejado de pagar la pensión por dos años consecutivos.
- 3.ª Que el censatario haya sido declarado en quiebra, concurso o insolvencia.

⁶⁵⁵ Excerto do julgado ad DGRN (*apud* Díez-Picazo, 2008, p. 147).

⁶⁵⁶ Díez-Picazo, 2008, p. 144.

Mais um julgado de destaque é a *Resolución de 27 de marzo de 1947*, da DGNR⁶⁵⁸.

Cuidava-se de escritura pública que estabelecia um direito de reacquirição sob condição. Foi vendido um imóvel urbano dedicado a atividade de armazém. Foi estipulado que, se o vendedor ou os seus herdeiros tivessem de vender futuramente outro imóvel vizinho ao objeto da escritura, o dono deste imóvel seria obrigado a revender também o imóvel em pauta ao terceiro por preço não superior a 116% do ora pactuado.

O vendedor, na prática, receava que futuros compradores de outros imóveis só teriam interesse em adquirir áreas maiores. Comercialmente, poderia ser mais interessante vender todos os imóveis contíguos em conjunto do que isoladamente.

A DGNR censurou o registro, determinando-lhe o cancelamento. Entendeu que o pacto só interessava às partes e a seus herdeiros. Não poderia vincular futuros adquirentes do imóvel. Não se pode comparar com o *retracto convencional* nem com o *derecho de opción* (este último não estava regulado à época, mas era admissível à vista da tipologia de *numerus apertus* adotada na Espanha⁶⁵⁹). Não há, pois, transcendência real e, por isso, não pode ingressar na tábua registral.

A DGRN reconhece as dificuldades próprias do sistema de *numerus apertus* para separar direitos pessoais de direitos reais, mas é assertivo quanto à inviabilidade de acesso, pelos primeiros, ao álbum imobiliário. A DNR assentou⁶⁶⁰:

A legislação e a jurisprudência modernos são, cada vez, mais opostas à admissão de menções de tipo pessoal e a conceder o real alcance real a pactos que só podem desenvolver-se no campo próprio do Direito das Obrigações e que

⁶⁵⁷ Díez-Picazo, 2008, p. 144.

⁶⁵⁸ Díez-Picazo, 2008, p. 145.

⁶⁵⁹ A regulamentação sobreveio comm o artigo 14 do *Reglamento Hipotecario* em 1947:

Artículo 14.

Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.

⁶⁶⁰ Tradução livre de excerto do julgado transcrito por Díez-Picazo (2008, p. 145).

não podem provocar outros efeitos civis além dos contratuais entre os interessados.

Mais um julgado relevante é a *Resolución de 25 de febrero de 1943*, da DGRN⁶⁶¹.

O caso versava sobre uma renúncia, pelo fiduciário, ao seu direito sobre um bem objeto de substituição fideicomissária. Os fideicomissários eram os filhos que o fiduciário que viesse a ter ao tempo de sua morte. Discutia-se se, com a renúncia feita pelo fiduciário, haveria ou não consolidação dos direitos nas mãos dos fideicomissários.

Díez-Picazo não explicitou como o caso foi decidido. Só realçou que a DGRN reforçou que a simples vontade é insuficiente para criar direitos reais, embora reconheça que, entre os direitos reais admissíveis, está o direito real do fiduciário.

Mais um precedente de destaque é a *Resolución de 4 de mayo de 1944*, da DGRN⁶⁶².

O título era uma escritura pública com um negócio prolixo intitulado como compromisso. A controvérsia era se se tratava de “*un precontrato o una promesa*”⁶⁶³.

As partes eram duas sociedades anônimas. Elas obrigavam-se a constituir uma futura sociedade e concordavam em conceder certos benefícios ao administrador de uma das sociedades contratantes. Entre os benefícios, havia um chamado um “usufruto de um aterro” (*usufruto de un vertedero*) para que o beneficiário disfrutasse das suas rendas e frutos enquanto não fosse criada a futura sociedade. Cabia ao usufrutuário ceder o terreno à sociedade que seria criada à medida em que esta fosse necessitando dele para a construção de uma obra que havia de ser projetada. Em suma, esse usufruto iria ser extinto gradualmente, com cada cessão do terreno à medida das necessidades da nova sociedade.

A DGRN negou o registro. Entendeu que, para ser um direito real inscritível, seria necessário fixar as condições, a extensão e as demais características próprias de um direito real.

⁶⁶¹ Díez-Picazo, 2008, p. 144.

⁶⁶² Díez-Picazo, 2008, pp. 144-145.

⁶⁶³ Díez-Picazo, 2008, p. 176.

Outro julgado importante é a *Resolución de 27 de octubre de 1947*, da DGRN⁶⁶⁴.

Foram estabelecidos, em favor de um imóvel (prédio dominante), servidões de passagem, de luz e de vista. Foram também estabelecidos outros direitos ao titular do prédio dominante, entre os quais estavam: (1) o direito de abrir buracos, janelas ou balcões em dimensões que sejam oportunas para viabilizar a passagem de luz e garantir a visão da paisagem; e (2) o direito a construir uma cobertura de passagem no imóvel vizinho e de construir um ou mais andares sobre essa cobertura, andares esses que serão de propriedade do beneficiário.

O oficial de registro negou o acesso do título à tábua predial. Motivou que faltavam a determinação do primeiro direito (o de abrir buraco, janelas e balcões) e a individualização da natureza, da extensão e das condições do segundo direito (o de construir uma cobertura de passagem e andares sobre essa cobertura).

A DGRN concordou com o registrador apenas em relação à negativa a esse segundo direito (o de construir uma cobertura de passagem e andares sobre essa cobertura)⁶⁶⁵. Afirmou que esse direito era similar ao direito real de superfície. Todavia, o silêncio das partes sobre o alcance e os efeitos desse direito eram insanável. A jurisprudência do DGRN não admite preencher lacunas da escritura acerca do direito real atípico que se pretende criar.

Mais um julgado é a *Resolución de 7 de julio de 1949*, da DGRN⁶⁶⁶.

O título era uma escritura pública de venda de um imóvel com a obrigação de que os edifícios construídos nesse imóvel fossem destinados a seminário diocesano ou a uma instituição de ensino similar. A exceção seria se ocorresse alguma execução forçada que tornasse inviável esse uso.

A escritura havia sido registrada. O bispo da diocese, porém, tempos depois, pediu o cancelamento. O oficial de registro indeferiu o pedido. Diante da irresignação do apresentante, o caso subiu para a DGRN⁶⁶⁷.

A DGRN⁶⁶⁸ entendeu pelo cancelamento do registro por falta de natureza real do ônus acima. Entendeu que o ônus acima não detinha os requisitos

⁶⁶⁴ Díez-Picazo, 2008, pp. 145-146.

⁶⁶⁵ Por motivos que não interessam ao presente estudo, a DGRN discordou em relação ao primeiro direito.

⁶⁶⁶ Díez-Picazo, 2008, p. 146.

⁶⁶⁷ Antes de ir para a DGRN, o caso foi analisado pelo *Presidente de la Audiencia*.

⁶⁶⁸ A DGRN manteve a decisão do *Presidente de la Audiencia*.

próprios de um direito real. A DGRN reconheceu a existência de figuras intermediárias, com natureza que oscila entre os direitos reais e os direitos obrigacionais. Por esse motivo, é preciso reconhecer que – escreve Díez-Picazo – há “graves dificuldades aos Notários e aos Registradores para determinar se as relações jurídicas configuradas pelos participantes dos documentos inscritíveis tem caráter real ou obrigatório”⁶⁶⁹.

Outro julgado relevante é a *Resolución de 31 de mayo de 1951*, da DGRN⁶⁷⁰.

O caso versa sobre escritura pública de constituição de renda vitalícia sobre imóvel. O adquirente do imóvel teria de pagar a renda vitalícia ao censuário (o beneficiário). E, no caso de inadimplemento, o censuário adquiriria a nua propriedade.

A DGRN negou o registro. O direito acima é contraditório em relação ao art. 1.805 do Código Civil espanhol⁶⁷¹, que não consente que o censuário volte a ter a posse do bem transferido. É também impreciso. Contraria, ainda, a equidade e ameaça contraria as proibições do art. 1116 do Código Civil espanhol⁶⁷² por conta de sua natureza comissória ser de duvidosa de legalidade nesse caso concreto.

Mais um julgado da *Resolución de 19 de mayo de 1952*, da DGRN.

Trata-se de compra e venda de imóvel em que o vendedor ressalva que sua filha poderá vir a pleitear indenização por benfeitorias feitas no imóvel. A filha não assinou a escritura.

A DGRN entendeu pela viabilidade do registro. O direito à indenização da filha não é real e, por isso, não interfere no registro da compra e venda. É, pois, irrelevante a assinatura da filha para efeito de ingresso do título à tábua predial.

⁶⁶⁹ Díez-Picazo, 2008, p. 146.

⁶⁷⁰ Díez-Picazo, 2008, pp. 146-147.

⁶⁷¹ Veja o dispositivo:

Artículo 1805.

La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

⁶⁷² Veja o dispositivo:

Artículo 1116.

Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

Outro um julgado é a *Resolución de 1 de agosto de 1959*, da DGRN⁶⁷³.

Cuidava-se de escritura pública por meio da qual o proprietário estabelecia que um corrimão colocado no terraço do seu imóvel não significava nenhuma servidão de vista (paisagem). Assim, o titular do imóvel poderia, por exemplo, muros e subtrair a vista.

A DGRN negou o registro por entender que afigura não possuía transcendência real. Tratava-se de mera declaração unilateral sem caráter real.

Mais um julgado é a *Resolución de 20 de septiembre de 1966*, da DGRN⁶⁷⁴.

A DGRN reconheceu a natureza real de um *derecho de tanteo* (direito de preferência) de origem convencional que havia ido além das normas para alcançar transmissões gratuitas e permutas. No caso, o titular do direito detinha uma faculdade *erga omnes*; o preço não era fixado de antemão, mas ficava para arbitramento por um terceiro; o prazo para exercício do direito foi fixado em período curto; o direito restringia-se à primeira alienação e nos limites do art. 781 do Código Civil espanhol⁶⁷⁵; e, por último, o direito facilitava a cessação de uma situação de indivisão. Havia, pois, um interesse legítimo da criação pelas partes com a natureza real.

Nesse precedente, a DGRN reconhece a dificuldade em distinguir direitos reais de direitos pessoais no regime do *numerus apertus*⁶⁷⁶:

Embora o Registro não possa acolher os direitos de natureza pessoal, pelo que é árduo o labor qualificador para indagar se o direito é pessoal ou real nos diferentes casos concretos, e ainda que nossa legislação hipotecária se baseie no sistema de *numerus apertus*, tem havido a necessidade de restringir a liberdade de estipulação para que não possa atribuir natureza real a toda condição que não reúna os requisitos típicos desses direitos.

Outro julgado é a *Resolución de 10 de abril de 1987*, da DGRN⁶⁷⁷.

⁶⁷³ Díez-Picazo, 2008, p. 148.

⁶⁷⁴ Díez-Picazo, 2008, p. 148.

⁶⁷⁵ Confira-se o referido preceito (Boe, 1889):

Artículo 781. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

⁶⁷⁶ Tradução livre de excerto do julgado do DGRN (*apud* Díez-Picazo, 2008, p. 148).

⁶⁷⁷ Díez-Picazo, 2008, p. 148.

Nesse caso, uma empresa vendeu dois terrenos edificáveis (*solares*, em espanhol). O preço seria pago no prazo pactuado na escritura. O comprador obrigou-se a construir dois edifícios sobre os terrenos. A empresa vendedora ficou com o direito de opção de compra de quatro vagas de garagem, quatro moradas e uma loja comercial em um dos edifícios.

A empresa vendedora exerceu a opção de compra e, em consequência, foi feita a escritura para a compra dos bens, com algumas particularidades: (1) o pagamento do preço deu-se por compensação com o saldo devedor que a outra parte tinha pela compra do terreno; (2) o direito de opção de compra das vagas de garagem ficavam suspensos até o término das obras; (3) a escritura de constituição do condomínio edilício (*propiedad horizontal*) ficava retificada; e (4) solicitava-se o cancelamento dos ônus inscritos e anotados.

A DGRN não apreciou se era ou não cabível o registro do ônus de direito de opção por “já ser tarde demais”: esse direito já havia sido exercido. Mas deixou, implícito que esse registro havia sido lícito em virtude do sistema de *numerus apertus* adotado na Espanha. É irrelevante que o referido direito de opção criado pelas partes não corresponda exatamente a direito de aquisição do art. 14 do *Reglamento Hipotecario* espanhol⁶⁷⁸, pois as partes podem criar direitos reais atípicos.

Mais um julgado é a *Resolución de 20 de mayo de 1987*, da DGRN.

Em uma escritura de instituição de hipoteca, discutia-se a viabilidade de inclusão, na dívida garantida, de juros moratórios e de anatocismo.

A DGRN negou o registro. Não admitiu transcendência real a essa cláusula, ainda que no contexto de uma hipoteca. Afirmou que, entre outros motivos, que a qualificação registral precisa velar por que não ingressem no álbum imobiliário

⁶⁷⁸ Veja o dispositivo:

Artículo 14.

Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.

direitos carentes dos elementos estruturais necessários. O fundamento a tanto são⁶⁷⁹:

a transcendência *erga omnes* do estatuto de propriedade imobiliária, a exigência de uma razão justificadora suficiente dos direitos reais configurados pelos particulares ao amparo do *numerus apertus* estabelecido nos arts. 2.º LH e 7.º LH, a necessidade de perfis claros na configuração de cada direito real que se constitua e o princípio da livre circulação dos bens.

Outro julgado é a *Resolución de 5 de junio de 1987, da DGRN*⁶⁸⁰.

Discutia-se a transcendência real de uma cláusula (de escritura de instituição de hipoteca) estabelecendo o vencimento antecipado da dívida no caso de inadimplemento das parcelas ou no caso de excussão ou constrição (como uma penhora) sobre o imóvel.

A DGRN negou o registro. A cláusula não tem transcendência real. Não se pode desnaturar a natureza real da hipoteca com cláusulas desprovidas dos elementos de um direito real. Díez-Picazo resume bem⁶⁸¹:

A configuração de situações jurídico-reais, dada a importância socioeconômica e a transcendência *erga omnes* do estatuto da propriedade imobiliária, não fica totalmente confiada à autonomia privada; o *numerus apertus* reconhecido no nosso ordenamento jurídico (cfr. Arts. 2 da Lei Hipotecária e 7 do Regulamento Hipotecario) pressupõe a satisfação de determinadas exigências estruturais, tais como a existência de uma razão justificativa suficiente, a determinação precisa dos contornos do direito real configurado, a inviolabilidade do princípio da liberdade de tráfego jurídico, etc.

Mais um julgado é a *Resolución de 28 y 31 de octubre de 1988, da DGRN*.

Tratava-se de escritura que estabelecia um direito de subedificação, com caráter transmissível e perpétuo, em favor de duas pessoas sobre uma zona de subsolo de um edifício. Uma dessas pessoas transmitiu sua quota.

A DGRN admitiu o registro, mesmo sem a edificação ter ainda sido concretizada e mesmo antes da instituição do condomínio edilício. Afirmou que se trata de um direito real atípico e inominado legítimo.

Após a análise desses precedentes, é possível aprofundar mais o regime jurídico-real da Espanha.

⁶⁷⁹ Tradução livre de excerto do julgado do DGRN (*apud* Díez-Picazo, 2008, p. 149).

⁶⁸⁰ Díez-Picazo, 2008, pp. 149-150.

⁶⁸¹ Tradução livre de excerto do julgado do DGRN (*apud* Díez-Picazo, 2008, pp. 149-150).

Na Espanha, o problema não parece estar tanto em categorizar o sistema jurídico como aberto (*numerus apertus*) ou fechado (*numerus clausus*).

O problema é, na verdade, buscar os efetivos limites da vontade e da liberdade a respeito disso.

Dos precedentes supracitados podem-se extrair as seguintes premissas para a criação de direitos reais pela vontade⁶⁸²:

- 1) não violar preceitos civis;
- 2) respeitar preceitos que impedem a limitação (*amortización*) da propriedade;
- 3) observar os requisitos de fundo e de forma próprios dos direitos reais;
- 4) ter as características externas que levam o direito a transcender a terceiros;
- 5) “as orientações limitativas encerram inegáveis vantagens, porque facilitam o labor dos registradores, favorecem os cálculos dos terceiros e evitam a criação de direitos inonimados e ambíguos”⁶⁸³;
- 6) ter um interesse sério e legítimo na criação de um direito real. Não basta, portanto, a mera vontade para se criar um direito real. Esse interesse sério e legítimo consiste na presença da função social e econômica.

Ao se tratar de direitos reais atípicos na Espanha, o foco não deve ser discutir se há maior ou menor autonomia da vontade individual, e sim se o ato jurídico possui ou não transcendência real, conforme destaca acertadamente Luis Díez-Picazo⁶⁸⁴.

Uma das consequências disso é definir a acessibilidade ou não ao *Registro de la Propiedad* quando envolverem-se imóveis à luz dos arts. 7º e 9º do *Reglamento Hipotecario* espanhol.

⁶⁸² Díez-Picazo, 2008, pp. 150.

⁶⁸³ Tradução livre (Díez-Picazo, 2008, p. 150).

⁶⁸⁴ Díez-Picazo, 2008, p. 151.

Há, porém, alguns pontos de tensão quando se trata de acolher novos direitos reais na Espanha, conforme atilada reflexão de Luis Díez-Picazo⁶⁸⁵ com base na jurisprudência da DGRN. Nessas questões, há forte controvérsia no âmbito da DGRN para definir esses novos direitos como reais (com a consequente autorização para ingresso na tábua predial) ou como obrigacionais.

O primeiro diz respeito a pactos que limitam ou modificam faculdades do direito real de propriedade. Em outras palavras, trata-se de pactos que geram privações ou compressões do conteúdo normal da propriedade, a exemplo da proibição de alienar; condicionantes para alienar; restrições à destinação econômica da coisa (às faculdades de usar ou fruir). Esses pactos comprimem a propriedade e atinge terceiros adquirentes: a propriedade passa a eles amputada ou recortada. Incluímos nesse primeiro ponto de tensão as cláusulas que instituem obrigações de dar, fazer ou não fazer ao titular da coisa, como pagar rendas, frutos ou percentuais.

O segundo ponto de tensão é quanto os pactos que estabelecem formas de parcial utilização de bens alheios, a exemplo da restrição para utilização de um terreno apenas para serviços de uma mina, para a extração de água ou para uma determinada atividade religiosa. Esses pactos podem, por vezes, aperfeiçoar-se por meio de direitos reais de servidão ou de simples obrigações fora do campo dos direitos reais.

O terceiro ponto de tensão refere-se aos pactos que estabelecem formas especiais de direitos de aquisição, diferentes dos direitos obrigacionais com eficácia real. Como exemplo desses direitos obrigacionais com eficácia real típicos (porque previstos em lei) na Espanha, há os *derechos de retracto de origen legal*, o *retracto convencional* e o *derecho de opción de compra*. Como exemplos desses direitos obrigacionais com eficácia real atípicos na Espanha, há o dever de dar um imóvel em pagamento de uma dívida a requerimento do credor (uma promessa de dação em pagamento⁶⁸⁶); o dever de o comprador restituir o imóvel ao vendedor se este necessitar; direito de preferência a um parente do testador caso os herdeiros venham a pretender vendê-lo.

⁶⁸⁵ Díez-Picazo, 2008, p. 151-152.

⁶⁸⁶ No Brasil, a rigor, a promessa de dação em pagamento não seria registrável no Cartório de Imóveis por falta de previsão expressa no rol do art. 167, inciso I, da Lei nº 6.015/1973, que lista taxativamente os títulos registráveis. Entendemos que há equívoco nessa interpretação, mas ela é adotada, na prática, por alguns cartórios brasileiros. Igual raciocínio valia para a promessa de permuta antes do acréscimo do item “30” ao inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015/1973 pela Lei nº 14.382/2022. Similar raciocínio ainda é válido para uma transação que implique a transferência de um bem: a falta de previsão no referido rol impediria o acesso ao fôlio real.

Díez-Picazo anota que toda essa controvérsia relativa à criação de novos direitos reais estende-se à discussão sobre a viabilidade de criação de obrigações *propter rem*, dada a vinculação sobre terceiros adquirentes de uma coisa⁶⁸⁷. Descortina-se também para os casos de titularidades *ob rem*, que envolvem a vinculação de um direito real a outro diferente, ou seja, a direitos subjetivamente reais⁶⁸⁸.

Assim, em regra, obrigações *propter rem* e titularidades *ob rem*, só podem ser criadas por lei. Todavia, se, no caso concreto, houver uma causa suficiente (função socioeconômica digna de tutela no caso), é viável criar obrigações *propter rem* atípicas ou vinculações *ob rem* atípicos. Por exemplo, no sistema da propriedade horizontal, as garagens e os chamados *departamentos procomunales* só podem ser titularizados pelos proprietários dos apartamentos. Há uma vinculação *ob rem* entre a titularidade das garagens e dos apartamentos. Sem essa vinculação, seria possível alienar o apartamento, mas conservar a titularidade da vaga de garagem.

A realidade é que, até os estudos aprofundados de Luis Díez-Picazo, a doutrina espanhola não havia sistematizado adequadamente os requisitos para a criação de direitos reais atípicos, apesar de a tipologia de *numerus apertus* ser reconhecida. Foi Díez-Picazo quem, apanhando elementos da jurisprudência registral e da doutrina (com destaque a Santos Briz), sistematizou esses requisitos⁶⁸⁹.

E quais são esses requisitos⁶⁹⁰?

O primeiro requisito são os limites genéricos à vontade individual: as leis, a moral, a ordem pública e a boa-fé (artigos 1255 e 1258 do Código Civil espanhol⁶⁹¹).

⁶⁸⁷ Díez-Picazo, 2008, p. 152.

⁶⁸⁸ Díez-Picazo, 2008, p. 160.

⁶⁸⁹ Díez-Picazo, 2008, p. 153.

⁶⁹⁰ Díez-Picazo, 2008, pp. 153-158.

⁶⁹¹ Veja os preceitos (Boe, 1889):

Artículo 1255.

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Artículo 1258.

Inserem-se aí razões de políticas econômicas, que se arrimam na ordem pública, para negar ou justificar direitos reais atípicos. A ideia de liberdade da propriedade ou de impedir seu esvaziamento (*amortización*, em espanhol) guiam a análise da criação de novos direitos reais atípicos. Direitos reais atípicos que, por exemplo, desestimulem melhoras no bem ou instigem o seu abandono são exemplos de obstáculos opostos pela DGRN a novos direitos reais atípicos, a exemplo do exposto na *Resolución de 4 de enero de 1927*, da DGRN⁶⁹².

O segundo requisito decorre do primeiro: o direito real atípico não ser criado por capricho. Precisa ser sério e legítimo. Tem de decorrer de evidentes necessidades jurídicas, econômicas ou sociais. Ou tem de decorrer do desenvolvimnto de determinados setores da economia sem que os direitos reais típicos logrem dar uma resposta.

Incluímos, dentro desse segundo requisito, o que chamamos de sub-requisito da subsidiariedade: só se podem criar direitos reais atípicos quando se demonstrar a insuficiência de os direitos reais típicos (dentro de sua plasticidade) em acomodar a necessidade dos indivíduos.

O terceiro requisito é a clareza na manifestação de vontade. A regra é a de que tenha de haver uma manifestação expressa da vontade das partes em criar um direito real atípico. Todavia, há de admitir-se casos de vontade implícita. De fato, há casos em que as partes preveem suas aspirações ou propósitos e lhes dão causa sem pontuar se os efeitos devem ser ou não reais. Nesses casos, tem-se um problema de interpretação integradora do negócio⁶⁹³. A jurisprudência registral é pela adoção de interpretação restritiva nesse caso: na dúvida, deve-se entender pelo efeito meramente obrigacional.

O quarto requisito para a criação de direitos reais atípicos é a plena determinação do direito real. Trata-se da exigência de uma *determinación objetiva*, o que corresponde, no direito registral brasileiro, a um dos desdobramentos do que designamos de princípio da especialidade objetiva. É preciso identificar, de modo inequívoco, o objeto sobre o qual recai o direito real, o conteúdo do direito real (os elementos necessários ao pleno desenvolvimento do direito real). O art. 9º da *Ley*

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

⁶⁹² Díez-Picazo, 2008, p. 154.

⁶⁹³ Díez-Picazo, 2008, p. 155.

*Hipotecaria*⁶⁹⁴ e o art. 51 do *Reglamento Hipotecario*⁶⁹⁵ dão suporte a isso na Espanha.

⁶⁹⁴ Veja o dispositivo (Boe, 1946):

Artículo 9.

El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:

a) Descripción de la finca objeto de inscripción, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible. Igualmente se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro en los términos del artículo 10.

Cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera.

b) Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

Asimismo, dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199.

Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa.

En todo caso, la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral. Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral. Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral.

La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público.

Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación.

A efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación.

Todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las

limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos.

Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral, sin que pueda ser objeto de tal publicidad la información gráfica contenida en la referida aplicación, en cuanto elemento auxiliar de calificación. Solo en los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa, ésta podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Hasta entonces, se hará constar en esta publicidad el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el Catastro. Asimismo, podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real.

c) La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título.

d) El derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.

e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones. Los bienes inmuebles y derechos reales de las uniones temporales de empresas serán inscribibles en el Registro de la Propiedad siempre que se acredite, conforme al artículo 3, la composición de las mismas y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes, practicándose la inscripción a favor de los socios o miembros que las integran con sujeción al régimen de administración y disposición antes referido. También podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

En cualquier momento, el titular inscrito podrá instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio, dirección electrónica a efectos de recibir comunicaciones y notificaciones electrónicas y telemáticas relativas al derecho inscrito. Las comunicaciones a través de medios electrónicos y telemáticos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones, y se identifique de forma auténtica o fehaciente al remitente y al destinatario de las mismas.

f) La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

g) El título que se inscriba, su fecha, y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice.

h) La fecha de presentación del título en el Registro y la de la inscripción.

i) El acta de inscripción y la firma del Registrador, que supondrá la conformidad del mismo al texto íntegro del asiento practicado.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente regulado para determinadas inscripciones.

⁶⁹⁵ Veja o preceito (Boe, 1947):

Artículo 51.

Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9 de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes:

Primera. La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana, el nombre con las que las de su clase sean conocidas en la localidad, y en aquéllas, si se dedican a cultivo de secano o de regadío y, en su caso, la superficie aproximada destinada a uno y a otro.

Si se aporta cédula, certificación o licencia administrativa que lo acredite se hará constar, además, la calificación urbanística de la finca.

Segunda. La situación de las fincas rústicas se determinará expresando el término municipal, pago o partido o cualquier otro nombre con que sea conocido el lugar en que se hallaren; sus linderos por los cuatro puntos cardinales; la naturaleza de las fincas colindantes; y cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba, como el nombre propio si lo tuviere. En los supuestos legalmente exigibles se hará constar la referencia catastral del inmueble.

Tercera. La situación de las fincas urbanas se determinará expresando el término municipal y pueblo en que se hallaren; el nombre de la calle o sitio; el número si lo tuvieren, y los que hayan tenido antes; el nombre del edificio si fuere conocido por alguno propio; sus linderos por la izquierda (entrando), derecha y fondo; la referencia catastral en los supuestos legalmente exigibles; y cualquier otra circunstancia que sirva para distinguir de otra la finca descrita. Lo dispuesto en este número no se opone a que las fincas urbanas cuyos linderos no pudieran determinarse en la forma expresada se designen por los cuatro puntos cardinales.

Cuarta. La medida superficial se expresará en todo caso y con arreglo al sistema métrico decimal, sin perjuicio de que también se haga constar la equivalencia a las medidas del país.

La descripción de las fincas rústicas y urbanas será preferentemente perimetral, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados de plano oficial.

(Párrafos tercero a noveno anulados)

Quinta.- La naturaleza del derecho que se inscriba se expresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se le diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción.

Sexta.- Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o límite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél.

No se expresarán, en ningún caso las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real.

Séptima.- Las cargas y limitaciones de la finca o derecho que se inscriba se expresarán indicando brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan. En ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley, ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente.

Las cargas relacionadas en el título que no resulten inscritas o anotadas no se harán constar en la inscripción. Si no existieran cargas se expresará así.

Octava.- El valor de la finca o derecho inscrito se designará, si constare en el título, en la misma forma que apareciere en él.

Novena.- La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquélla de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas:

a) Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

b) Si se trata de personas jurídicas, se consignarán su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

c) Se expresarán también, en su caso, las circunstancias de la representación legal o voluntaria, las personales que identifiquen al representante, el poder o nombramiento que confieran la representación y, cuando proceda, su inscripción en el Registro correspondiente.

d) Cuando las circunstancias de la persona constaren en otro asiento del mismo folio registral, podrá consignarse en el nuevo asiento sólo el nombre y apellidos si se trata de persona física o la clase y denominación si es persona jurídica y, en uno y otro caso, la referencia, para las demás circunstancias, al asiento anterior, expresando las variaciones que resulten de los documentos presentados.

e) En cualquier momento, el titular inscrito podrá instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio a efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito.

Décima.- En todo caso se hará constar el acta de inscripción, que expresará: El hecho de practicarse la inscripción, la persona a cuyo favor se practica, el título genérico de su adquisición y el derecho que se inscribe.

Undécima.- Se hará constar la clase del título en cuya virtud se practique la inscripción, la fecha de su otorgamiento autorización o expedición, y el Juez, Tribunal, Notario o funcionario que lo autorice y el Notario en cuyo protocolo se encuentre o Juzgado o Tribunal del que proceda, cuando no sea el mismo que la autorizó. Tratándose de documentos complementarios no notariales

Acrescemos que também há necessidade de determinação subjetiva, o que, no direito registral brasileiro, corresponde ao princípio da especialidade subjetiva: os sujeitos titulares do direito real precisam ser identificados.

O quinto requisito diz respeito à forma e à publicidade bem como à transcendência real do novo direito real. Os artigos 1.279 e 1.280.1º do Código Civil espanhol⁶⁹⁶ dão suporte a tanto. Exige-se documento público (escritura pública) para negócios jurídicos de mutação real imobiliária. A falta de escritura pública não implica inexistência nem falta de validade. Garante, no mínimo, às partes o direito a exigir a outorga de uma escritura pública⁶⁹⁷ (artigo 1.279 do Código Civil espanhol)⁶⁹⁸.

bastará consignar el funcionario que lo autorice y su residencia. Cuando proceda se indicará que el documento se archiva.

Duodécima.- Al día y la hora de la presentación del título en el Registro se añadirán el número del asiento y el tomo del «Diario» correspondiente.

Decimotercera.- Cuando los actos o contratos sujetos a inscripción hayan devengado derechos a favor del Estado se expresará esta circunstancia y que la carta de pago ha quedado archivada en el legajo. Si estuvieren exentos del pago o hubiere prescrito la acción administrativa se consignará dicha circunstancia.

Decimocuarta.- Al final de toda inscripción se consignará la fecha de la misma. La inscripción será autorizada por el Registrador con su firma, que implicará la conformidad de aquélla con el título presentado y documentos complementarios, sin que sea necesario hacer constar expresamente tal conformidad.

⁶⁹⁶ Veja os preceitos:

Artículo 1279.

Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Artículo 1280.

Deberán constar en documento público:

1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

3.º Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.

⁶⁹⁷ Díez-Picazo, 2008, p. 156.

⁶⁹⁸ Trata-se de uma opção próxima, embora diferente, da brasileira: entre nós, a falta de escritura pública para alienação de imóveis gera nulidade, mas, por força da conversão substancial do negócio jurídico nulo nos termos do artigo 170 do Código Civil brasileiro, é defensável converter o negócio em um contrato preliminar e, assim, garantir ao adquirente o direito a uma adjudicação compulsória.

Em relação à publicidade, ela é requisito para a oponibilidade *erga omnes*, ao menos para os direitos reais imobiliários. Sem ela, não há um direito real efetivamente constituído. A inscrição no Registro é a via para essa publicidade em casos de direitos reais imobiliários. Para móveis, a publicidade dos direitos reais, em geral, não é a publicidade formal, e sim a publicidade possessória⁶⁹⁹.

Em suma, a criação de direitos reais atípicos exige a observância dos seguintes requisitos, que representam formas de controle social:

- a) manifestação clara da vontade de criar um direito real;
- b) forma;
- c) publicidade (formal ou possessória, conforme se trate respectivamente de imóvel ou móvel).

No exame dos requisitos acima, é fundamental identificar se a causa do negócio jurídico liga-se a um direito real ou a um direito obrigacional.

Todos os negócios jurídicos precisam de uma causa. Não se trata de mera vontade. A vontade tem de unir-se a uma causa suficiente a ser fonte da relação jurídica à luz do ordenamento. Luis Díez-Picazo anota⁷⁰⁰:

Com alguma razão, tem-se dito que, assim como a vontade individual é o meio de expressão do controle individual, a causa se situa no plano do controle social dos negócios.

À luz do art. 1.274 do Código Civil espanhol, a gratuidade e a onerosidade são causas do contrato e causas de constituição de direitos reais decorrentes desses contratos. Ex.: a mera liberalidade é uma causa suficiente para o usufruto.

Além da razão econômica, também há a ideia de função econômica e social do negócio jurídico ou do direito deste decorrente. Essa função já está na figura em si quando prevista em lei.

Em matéria de atipicidade, é necessário avaliar a função socioeconômica. Para tanto, tem-se de investigar não apenas os parâmetros utilizados em matéria obrigacional: legalidade, moralidade, conformidade com a ordem pública e o jogo de intercâmbio e cooperação. Há também de, em matéria

⁶⁹⁹ Díez-Picazo, 2008, p. 156.

⁷⁰⁰ Tradução livre de Díez-Picazo (2008, p. 156).

jurídico-real, perquirir algo mais. Um negócio jurídico pode ter causa suficiente para uma relação obrigacional, mas não para uma relação jurídico-real. É preciso que seja identificado que o direito real atípico é a única ou a melhor via para satisfazer as necessidades jurídicas ou econômicas.

Nesse contexto, Luis Díez-Picazo invoca o conceito de *causa perpetua servitudes* como uma pedra de toque para a identificação da causa de negócios jurídicos constituintes de direitos reais atípicos⁷⁰¹.

Ao estudar o direito real de servidão (*servidumbres*), é tradicional referir-se à *causa perpetua*. Para os romanos, a servidão precisa de uma causa perpétua: satisfazer o interesse do prédio dominante de modo constante. Atualmente, discute-se a subsistência desse requisito para o direito real de servidão. É certo, porém, que esse requisito não impede a constituição da servidão por prazo limitado.

O Judiciário espanhol já decidiu que o importante é que a prestação passiva a que o prédio esteja afeto por conta da servidão seja definitiva, terminante e fixa (como todo direito real) não no sentido de perpetuidade, e sim no sentido temporal: enquanto dure o ônus, a prestação passiva subsiste. A referência é à *sentencia del TS de 13 de noviembre de 1929*, conforme citou Luis Díez-Picazo⁷⁰².

Embora não se possa falar em perpetuidade da servidão, pode-se, ao menos, falar em permanência⁷⁰³, visto que ela se destina a garantir, de modo permanente e constante, um benefício ao prédio dominante. Não se trata de perpetuidade, porque a servidão pode vir a ser extinta por diferentes causas, como o não uso, um termo resolutivo etc.

A servidão tem de ter uma causa permanente, não perpétua. Essa causa é dada por uma situação natural, independente da conduta humana. Ex.: servidão de passagem, de aqueduto etc.

Por esse motivo, não se incluem dentro do direito real de servidão as chamadas servidões industriais ou empresariais nem as servidões de não concorrência. Elas não envolvem utilidades objetivas de fundo. Não decorrem de uma carência natural.

⁷⁰¹ Díez-Picazo, 2008, pp. 157-158.

⁷⁰² Díez-Picazo, 2008, p. 157.

⁷⁰³ Díez-Picazo, 2008, p. 158.

Em relação ao sistema de *numerus apertus*, Díez-Picazo entende que o conceito de *causa servitutis* é um fator muito útil para resolver problemas relativos aos limites dos direitos reais atípicos⁷⁰⁴. Para nascer esses direitos, não basta a mera vontade. É preciso estar presente a função socioeconômica a justificar a especial forma de afetação do bem própria de um direito real.

⁷⁰⁴ Díez-Picazo, 2008, p. 158.

3. PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS REAIS

3.1. Definição

Princípios são mandamentos de otimização que guiam o Direito. São normas com uma baixa densidade normativa. Possuem diversas finalidades, como a de orientar a criação de regras (normas de alta densidade normativa), a interpretação das regras, a de colaborar no preenchimento de lacunas (integração), a de preservar a coerência axiológica do ordenamento e a de servir de referência didática à comunidade jurídica⁷⁰⁵.

Os princípios podem ser especializações de outros já admitidos ou podem ser frutos de misturas de outros. Uma das relevâncias em identificar princípios é cristalizar consensos jurídicos: é apontar *topoi*. O conceito de *topoi* é o desenvolvido por um dos precursores das teorias contemporâneas da argumentação jurídica: Theodor Viehweg, com sua obra *Topik und Jurisprudenz*⁷⁰⁶. Em suma, *topoi* (plural do verbete grego *tópos*) são lugares comuns de consenso na comunidade jurídica e servem de ponto de partida para os discursos jurídicos⁷⁰⁷.

Sob essa ótica, defendemos a existência do princípio da harmonização internacional dos direitos reais. Este é um farol para o direito civil contemporâneo. Exporemos seus fundamentos mais à frente (item 3.2.).

Em suma, esse princípio estabelece que os sistemas jurídicos devem buscar aproximações na regulamentação dos direitos reais e devem ser, ao máximo, hospitaleiros a situações jurídico-reais transnacionais. Em outras palavras, esse princípio indica a busca pela harmonização *lato sensu* como a rosa dos ventos que deve nortear a navegação dos ordenamentos jurídicos.

A harmonização *lato sensu* divide-se em duas espécies: a unificação e a harmonização *stricto sensu*.

A unificação de direitos expressa-se por duas formas: (1) leis uniformes e (2) direito comunitário. Já a harmonização *stricto sensu*, por quatro formas: (1) aproximação aos ordenamentos jurídicos de outros países; (2) hospitalidade do

⁷⁰⁵ Oliveira, 2018, pp. 1-2.

⁷⁰⁶ Viehweg, 1979.

⁷⁰⁷ Oliveira, 2019-A, p. 1.

direito internacional privado às situações jurídicas estrangeiras; (3) abertura a direitos estrangeiros dentro do próprio território; e (4) *soft law*. Reportamo-nos ao que já expusemos anteriormente (item 1.5.).

O princípio, obviamente, é uma diretriz que pode, com justa causa, ser flexibilizada. Os sistemas jurídicos podem, com justa causa, discrepar de outros ou demonstrar inospitalidade a situações jurídico-transnacionais. Essa “justa causa” está relacionada às idiossincrasias de cada nação, à sua cultura jurídica, às suas necessidades próprias ou a valores jurídicos que, no confronto com o princípio da harmonização internacional, sejam considerados mais sensíveis.

Sob essa ótica, analisaremos vários desdobramentos práticos do princípio da harmonização internacional dos direitos reais, como o manuseio da adaptação (*lato sensu*) de direitos reais estrangeiros, a flexibilização do *numerus clausus* e outros.

Para efeito do princípio da harmonização dos direitos reais, deve-se adotar uma conceituação ampla de “direito reais”.

A própria nomenclatura varia entre os países.

Até algumas características tradicionalmente vinculadas aos direitos reais devem ser contemporizadas, a exemplo da inerência. A inerência dos direitos reais implica a reipersecutoriedade: o titular do direito real pode reivindicar a coisa das mãos de terceiros. Mas essa própria característica vem sendo colocada em debate diante da admissão coisas incorpóreas como objeto de direitos reais: a reipersecutoriedade pressupõe uma coisa corpórea e única. Para coisas incorpóreas, por conta de sua abstração, é incompatível falar em reipersecutoriedade, ao menos no sentido tradicional.

Discussões sobre a natureza real ou pessoal de figuras intermediárias também são dispensadas para efeito de aplicação do princípio. Elas devem ser consideradas enquadradas no espectro de alcance do princípio por representarem formas de titularidades.

A título ilustrativo, José Luis Lacruz Berdejo discute a natureza real de algumas figuras. Discute se o *ius ad rem* seria ou não um direito real. O *ius ad rem* é uma situação de trânsito para o direito real, como na hipótese de alguém que já celebrou um contrato de aquisição de uma coisa móvel, mas ainda não recebeu a

posse. Na Espanha, o art. 1.473 do Código Civil espanhol dá exemplo, cuidando de caso de primeiro adquirente que não recebeu a coisa⁷⁰⁸. Berdejo, porém, não vê interesse prático nesse debate de categorização do *ius ad rem*⁷⁰⁹.

Berdejo também trata do direito de aquisição na Espanha. Esse direito pode decorrer de um direito de retrovenda (*derecho de retracto*)⁷¹⁰ e do direito de preferência (*derecho de tanteo*). Trata-se ou não de direitos reais? Berdejo defende que sim com fulcro no art. 37.3 da Lei Hipotecária da Espanha⁷¹¹. Não é direito obrigacional. Dispensa até registro, segundo Berdejo⁷¹².

Berdejo⁷¹³ problematiza também o direito do arrendatário (*derecho arrendaticio*). Uma corrente importante da Itália considera-o como direito real de gozo. Na Espanha, há quem siga essa mesma linha se o *derecho arrendaticio*

⁷⁰⁸ Confira-se o referido dispositivo (BOE, 1889):

Artículo 1473.

Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

⁷⁰⁹ Berdejo, 2008, pp. 8-10.

⁷¹⁰ Confira-se o art. 1.510 do Código Civil espanhol (BOE, 1889):

Artículo 1510.

El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros.

⁷¹¹ Confira-se o art. 37-3 da Lei Hipotecária espanhola:

Artículo 37.

Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.

Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:

Primero. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

Segundo. Las de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

Tercero. Las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen.

Cuarto. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:

a) Cuando hubiese adquirido por título gratuito.

b) Cuando, habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude.

En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta.

En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan.

⁷¹² Berdejo, 2008, pp. 8-10.

⁷¹³ Berdejo, 2008, pp. 8-10.

estiver registrado para efeito de vigência do contrato de arrendamento (locação) no caso de alienação. O legislador espanhol, porém, não disciplina esse direito como real, e sim como um direito obrigacional. E há consequência prática nisso: não se admite, por exemplo, aquisição por usucapião do *derecho arrendaticio*. A proteção perante terceiros, porém, só é garantida se tiver havido o registro.

A propósito desse *derecho arrendaticio* espanhol, há figura similar no Brasil: a cláusula de vigência do contrato de locação no caso de alienação (art. 576, Código Civil; art. 8º da Lei nº 8.245/1991; art. 167, I, “3”, Lei nº 6.015/1973). Há também controvérsia sua natureza jurídica: direito real ou não? O melhor entendimento é o de que se trata de direito obrigacional com eficácia real, posição similar a de Berdejo em relação à figura equivalente no direito espanhol. Como consequências práticas dessa classificação no Brasil, citam-se:

- a) o descabimento de usucapião desse direito, pois não se trata de direito real;
- b) a desnecessidade de escritura pública mesmo se o imóvel locado for de valor superior a 30 salários mínimos, porque o art. 108 do Código Civil exige essa forma apenas para direitos reais imobiliários (e não para direitos obrigacionais, ainda que com eficácia real).

O foco do princípio da harmonização intenacional dos direitos reais é assegurar que as regras relativas à titularidade de coisas (inclusive incorpóreas) entre os países sejam, ao máximo, hospitaleiras à transnacionalidade. Abrangem, pois, casos de direitos obrigacionais com eficácia real e outras figuras próximas ou intermediárias.

3.2. Fundamentos

A harmonização internacional do direito é um fenômeno que, de um certo modo, decorre da própria evolução histórica dos sistemas jurídicos dos diversos países. Houve, ao longo da história, interações entre os povos, com simbioses e polinizações culturais, o que implicou aproximações naturais entre os sistemas jurídicos, mesmo de famílias diferentes. Tratamos disso no item 1.

Especificamente em relação aos direitos reais, esse processo histórico também ocorreu, não só por conta das interações acima, mas também por

necessidades nascidas pela transnacionalidade das relações privadas. Cuidamos disso nos capítulos 1 e 2.

Sob essa ótica, a harmonização internacional dos direitos reais – foco desta pesquisa – é um produto da história.

Mas é mais do que isso.

É também um princípio jurídico, que pode ser extraído das diversas normas internacionais envolvendo direitos humanos e dos princípios gerais de direito.

Os direitos fundamentais à propriedade, à dignidade, à liberdade e à sucessão implicam o direito dos sujeitos a encontrar, nos ordenamentos jurídicos em geral, uma hospitalidade às situações jurídico-transnacionais. Implicam o direito dos indivíduos a encontrar um ordenamento que reduza, ao máximo, os custos de transação envolvidos no exercício daqueles direitos fundamentais em situações transnacionais.

Essa hospitalidade às situações transnacionais e essa busca por redução de custos transacionais podem sofrer limitações, à vista da soberania e do respeito à cultura jurídica de cada país. Essas limitações, porém, dependem de justa causa.

De fato, decorre de direitos fundamentais a proteção a situações jurídico-transnacionais relacionados aos direitos reais (que se conectam à propriedade). As pessoas circulam entre os países. Adquirem bens. Casam-se. Recebem heranças. E tudo isso dá-se também em situações transfronteiriças. A harmonização internacional dos direitos reais é essencial para a concretização desses direitos fundamentais. Sem ela, as pessoas – diante dos elevados custos de transação ou da insegurança jurídica – podem acabar deixando de exercer seus direitos fundamentais: deixam de circular, de casar, de mudar-se, de realizar seus projetos pessoais de vida em situações transnacionais. Daí poder-se dizer que a harmonização internacional dos direitos reais não é uma mera faculdade ou capricho. É uma norma jurídica. É um princípio, derivado dos supracitados direitos fundamentais.

Além desses direitos fundamentais, os parâmetros analíticos do Direito Civil também servem para fundamentar o princípio da harmonização internacional

dos direitos reais. Desenvolvemo-los em estudo de mestrado⁷¹⁴. E, embora tenhamos partido do movimento epistemológico do Direito Civil Constitucional, eles são plenamente aplicáveis ao movimento epistemológico da Recivilização Constitucional, pois ambos prestam reverência aos direitos fundamentais⁷¹⁵. A diferença principal entre os dois movimentos é que, no Direito Civil Constitucional (constitucionalização do Direito Civil), há maior abertura à eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na Recivilização Constitucional, prestigia-se um modelo de eficácia mediata⁷¹⁶.

Os parâmetros analíticos do Direito Civil são critérios de análise que devem ser empregados pelo civilista a fim de verificar a adequação de suas soluções jurídicas ao ordenamento jurídico.

Estes são os parâmetros: (1) parâmetro da viabilidade material; (2) parâmetro de essencialidade do direito; (3) parâmetro de criatividade institucional; (4) parâmetro de democracia responsável; e (5) parâmetro de monitoramento da concretização de direitos essenciais.

O princípio da harmonização internacional dos direitos reais recebe aprovação de todos esses parâmetros.

Em primeiro lugar, o *parâmetro da viabilidade material* estabelece a necessidade de se avaliarem as consequências concretas das soluções jurídicas. Ferramentas teóricas da Análise Econômica do Direito e do Neoinstitucionalismo são úteis nesse orbe⁷¹⁷.

A harmonização internacional dos direitos reais, sob essa ótica, ostenta saudáveis consequências na concretização de direitos fundamentais dos indivíduos. Com sua maior hospitalidade às situações jurídico-transnacionais, a harmonização internacional dos direitos reais reduz custos de transação e facilita o exercício de direitos fundamentais pelos indivíduos. Além disso, à vista da proximidade dos ordenamentos, a harmonização internacional dos direitos reais cria pontes de diálogos entre os juristas de diferentes ordenamentos, colaborando na obtenção de soluções jurídicas que garantam maior eficiência no tratamento de situações jurídico-reais.

⁷¹⁴ Oliveira, 2016.

⁷¹⁵ Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 105.

⁷¹⁶ Para aprofundamento, ver: Oliveira e Costa-Neto, 2022, pp. 89-95.

⁷¹⁷ Oliveira, 2016, pp. 206-214.

Em segundo lugar, o *parâmetro da essencialidade do direito* preconiza a necessidade de avaliar a essencialidade de cada direito, de modo a prestigiar direitos tidos como mais essenciais. A noção de paradigma da essencialidade de Teresa Negreiros é uma das bases teóricas⁷¹⁸.

A harmonização internacional dos direitos reais viabilizar que situações jurídico-transnacionais extremamente relevantes do ponto de vista existencial recebam hospitalidade dos ordenamentos, como as decorrentes de casamento, de sucessão *mortis causa*, de propriedade e de contratos no plano internacional. A harmonização internacional dos direitos reais colabora para a fruição de direitos privados essenciais pelos indivíduos em relações transnacionais.

Em terceiro lugar, o *parâmetro da criatividade institucional* insta o civilista a buscar soluções criativas para enfrentar as novidades trazidas pelas incessantes transformações da sociedade. As ideias de Mangabeira Unger contra o “fetichismo institucional” é uma das bases teóricas⁷¹⁹.

Sob esse prisma, a harmonização internacional dos direitos reais instiga os civilistas a buscarem novas figuras jurídico-reais no direito comparado e a desenvolverem os instrumentos do direito internacional privado para acomodar as novas necessidades do mercado e da sociedade em relações jurídico-transfronteiriças.

Em quarto lugar, o *parâmetro de democracia responsável* exige das soluções jurídicas do Direito Civil uma legitimidade social, satisfazendo as necessidades não apenas da maioria, mas também da minoria no que for fundamental⁷²⁰.

A harmonização internacional dos direitos reais satisfaz essa necessidade. Ao mesmo tempo em que recomenda a aproximação com outros sistemas jurídicos, dá hospitalidade às situações jurídico-transnacionais de todos os indivíduos.

Em quinto lugar, o *parâmetro de monitoramento da concretização de direitos essenciais* exige que o civilista mantenha constante esquadramento de

⁷¹⁸ Oliveira, 2016, pp. 214-216.

⁷¹⁹ Oliveira, 2016, pp. 216-217.

⁷²⁰ Oliveira, 2016, pp. 217-218.

suas soluções jurídicas para constatar se ela tem efetivamente viabilizado a efetivação de direitos essenciais.

A harmonização internacional dos direitos reais atrai a necessidade de constante monitoramento do civilista para averiguar sua adequação à sociedade e às suas transformações, especialmente para os direitos mais essenciais.

A corroborar tudo quanto foi exposto, é fato que os trabalhos de uniformização ou de harmonização internacional do direito são indispensáveis para combater o ambiente internacional anárquico de disparidades injustificadas de regras jurídicas. Como lembre René David, não se trata de suprimir as normas locais em prol de uma legislação uniforme supranacional, outorgada por um legislador único mundial⁷²¹. Cuida-se de aperfeiçoar os ordenamentos, de eliminar disparidades despropositadas e, no que for viável, de criar regras uniformes. A babel normativa internacional é nociva ao exercício pleno dos direitos individuais em situações transnacionais.

Além desses trabalhos de uniformização ou harmonização internacional do direito, é importante que o direito internacional privado concentre-se em viabilizar que as situações de conflitos jurídico-transnacionais (conflitos de leis, de qualificação e de jurisdição) sejam tratadas de modo harmônico entre os diversos países.

Outro fundamento de reforço ao princípio da harmonização internacional dos direitos reais é o princípio da liberdade de tráfego. Este é mencionado no direito espanhol⁷²² como uma diretriz do ordenamento jurídico no sentido de facilitar a transmissão jurídica de bens. Esse princípio também pode ser tido como aplicável ao Brasil, pois ele, na verdade, decorre da tutela da liberdade, da propriedade e da autonomia privada. O princípio da harmonização internacional dos direitos reais é um princípio irmão: concorre para eliminar entraves jurídicos injustificados à liberdade de tráfego.

Igualmente, a valorização da autonomia privada é um dos fundamentos do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

O princípio da autonomia privada nas relações privadas floresceu, de modo mais marcante, na dogmática do Direito Civil no século XIX, alcançando não

⁷²¹ David, 2014, pp. 11-12.

⁷²² Díez-Picazo, 2008, p. 150.

apenas os contratos, mas todos os demais setores⁷²³. Prega que o indivíduo tem livre vontade para constituir suas próprias relações e situações jurídicas, respeitados os limites traçados pelo ordenamento. Prestigia que cada pessoa é a protagonista e a diretora da própria história. Enaltece a autodeterminação de cada indivíduo nas relações privadas.

A liberdade, porém, não é licenciosidade: o ordenamento ergue muros além dos quais o exercício da autonomia privada seria ilícito. Fá-lo com olhos na tutela de questões tidas como de interesse público, como as relativas à garantia da liberdade e da dignidade das demais pessoas.

Nesse contexto de autonomia da vontade, valores como livre iniciativa e livre circulação de pessoas destacam-se. E atrelados a eles está o direito à propriedade privada, que precisa ser respeitado no exercício, pelos indivíduos, da sua livre iniciativa e da sua liberdade de circulação.

Na Constituição Federal de 1988 do Brasil, esses valores de natureza liberal ganharam foro (art. 1º, IV, e 170). No plano internacional, eles também são muito caros. A liberdade dos indivíduos, com inclusão da sua liberdade de locomoção, é assegurada em diversos diplomas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁷²⁴ e do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969⁷²⁵).

⁷²³ Garcia, 1994, p. 15.

⁷²⁴ Confirmam-se estes artigos (PGE, 1948):

Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo XIII - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar.

⁷²⁵ Confirmam-se estes dispositivos:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Na União Europeia, essa liberdade é sublimada em razão do avançado estágio de integração regional, com a criação de um espaço de vigorosa liberdade de circulação de pessoas, de bens e de serviços. Disso dão nota o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e vários atos normativos comunitários. E, para tanto, a aproximação (harmonização) das legislações dos países é uma diretriz da União Europeia, respeitadas, porém, a tradição jurídica e as diferenças devidamente justificadas. Confirmam-se o art. 67º, item 1, e o art. 114.º do TFUE:

PREÂMBULO SUA MAJESTADE O REI DOS BELGAS, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FRANCESA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ITALIANA, SUA ALTEZA REAL A GRÃ-DUQUESA DO LUXEMBURGO, SUA MAJESTADE A RAINHA DOS PAÍSES BAIXOS,

DETERMINADOS a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus,
DECIDIDOS a assegurar, mediante uma ação comum, o progresso económico e social dos seus Estados eliminando as barreiras que dividem a Europa,
FIXANDO como objetivo essencial dos seus esforços a melhoria constante das condições de vida e de trabalho dos seus povos,

(...)

Convieram no seguinte:

(...)

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

(...)

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

(...)

Artigo 22 - Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.

6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

RECONHECENDO que a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência, PREOCUPADOS em reforçar a unidade das suas economias e assegurar o seu desenvolvimento harmonioso pela redução das desigualdades entre as diversas regiões e do atraso das menos favorecidas, DESEJOSOS de contribuir, mercê de uma política comercial comum, para a supressão progressiva das restrições ao comércio internacional, PRETENDENDO confirmar a solidariedade que liga a Europa e os países ultramarinos, e desejando assegurar o desenvolvimento da prosperidade destes, em conformidade com os princípios da Carta das Nações Unidas, RESOLVIDOS a consolidar, pela união dos seus recursos, a defesa da paz e da liberdade e apelando para os outros povos da Europa que partilham dos seus ideais para que se associem aos seus esforços, DETERMINADOS a promover o desenvolvimento do mais elevado nível possível de conhecimentos dos seus povos, através de um amplo acesso à educação, e da contínua atualização desses conhecimentos,
(...)

Artigo 20.º

(...)

1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui.

2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados. Assistem-lhes, nomeadamente:

a) O direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros;

(...)

Artigo 21.º

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação.

(...)

Artigo 26.º

1. A União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados.

2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.

(...)

TÍTULO II

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

Artigo 28.º

1. A União compreende uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adoção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros.

2. O disposto no artigo 30.º e no Capítulo 3 do presente título é aplicável tanto aos produtos originários dos Estados-Membros, como aos produtos provenientes de países terceiros que se encontrem em livre prática nos Estados-Membros.

(...)

TÍTULO IV

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS, DE SERVIÇOS E DE CAPITAIS

Artigo 45.º

1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União.

(...)

Artigo 49.º

No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.o, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.

(...)

Artigo 56.º

No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem determinar que as disposições do presente capítulo são extensivas aos prestadores de serviços nacionais de um Estado terceiro e estabelecidos na União.

(...)

Artigo 63.º

1. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

2. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

(...)

TÍTULO V

O ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA

(...)

Artigo 67.º

1. A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros.

(...)

CAPÍTULO 3

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA CIVIL

Artigo 81.º

1. A União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais. Essa cooperação pode incluir a adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.

(...)

CAPÍTULO 3

A APROXIMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES

Artigo 114.º

1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objetivos enunciados no artigo 26.o. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

(...)

4. Se, após a adoção de uma medida de harmonização pelo Parlamento Europeu e o Conselho, pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário manter disposições nacionais justificadas por exigências importantes a que se refere o artigo 36.o ou relativas à proteção do meio de trabalho ou do ambiente, notificará a Comissão dessas medidas, bem como das razões que motivam a sua manutenção.

5. Além disso, sem prejuízo do disposto no n.º 4, se, após a adoção de uma medida de harmonização pelo Parlamento Europeu e o Conselho, pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário adotar disposições nacionais baseadas em novas provas científicas relacionadas com a proteção do meio de trabalho ou do ambiente, motivadas por qualquer problema específico desse Estado-Membro, que tenha surgido após a adoção da referida medida de harmonização, notificará a Comissão das disposições previstas, bem como dos motivos da sua adoção.

6. No prazo de seis meses a contar da data das notificações a que se referem os n.ºs 4 e 5, a Comissão aprovará ou rejeitará as disposições nacionais em causa, depois de ter verificado que não constituem um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros, nem um obstáculo ao funcionamento do mercado interno.

Na ausência de decisão da Comissão dentro do citado prazo, considera-se que as disposições nacionais a que se referem os n.ºs 4 e 5 foram aprovadas.

A liberdade de circulação implica que os indivíduos podem envolver-se em situações jurídico-transnacionais nas suas relações privadas em diversos contextos, como o do estrangeiro que: (1) muda-se de país como refugiado político; (2) casa-se com um nacional; (3) negocia com um nacional; ou (4) deixa herança para um nacional.

É evidente que a liberdade de locomoção no plano internacional não é irrestrita. O interesse público e a soberania dos Estados podem impor limites a fluxos migratórios.

O estágio avançado de liberdade de circulação de pessoas, de bens e de serviços presente na União Europeia não é, propriamente, um direito fundamental, embora seja um ambiente que aguça o exercício da liberdade de cada indivíduo.

Há, porém, de ser resguardada uma liberdade mínima de circulação de pessoas, de bens e de serviços como um direito fundamental. Contraria os direitos humanos impor aos indivíduos um isolacionismo absoluto, sonhando-lhes o direito a envolver-se em relações privadas transnacionais. Os Estados não podem transformar seu território nem seu espaço jurídico em um cativeiro para seus cidadãos, privando-os da liberdade e aprisionando-os em gaiolas para não terem qualquer interrelação com o estrangeiro. O direito não deve ser um obstáculo à realização da dignidade e da liberdade das pessoas.

Sob essa ótica, decorre dos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade a necessidade de os Estados disponibilizarem um ordenamento jurídico que seja, ao máximo, hospitaleiro a situações jurídico-privadas transnacionais, inclusive no âmbito do direito de propriedade. O estágio dessa hospitalidade – se

será avançada ou acanhada – depende do nível de internacionalização e das escolhas políticas de cada Estado. Um mínimo, porém, tem de ser assegurado, como imperativo da tutela dos direitos humanos.

A autonomia privada, enquanto princípio do direito privado, irmana-se com esses direitos fundamentais à liberdade e à propriedade. E, por isso, é um dos fundamentos do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

Os ordenamentos jurídicos dos Estados têm de adotar, como uma de suas diretrizes, manter um conjunto de regras proprietárias que favoreçam a recepção de situações jurídico-reais estrangeiras. Essas regras podem, porém, sofrer limitações de interesse público e de opções políticas que não esvaziem o núcleo duro dos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade.

É dos ordenamentos jurídicos em geral, inclusive o brasileiro, favorecer a liberdade de tráfego jurídico de bens. Nessa ótica, o direito espanhol reporta-se à “inviolabilidade do princípio da liberdade de tráfego jurídico”⁷²⁶, conceito que pode ser estendido a outros ordenamentos, inclusive o brasileiro. No Brasil, é do ordenamento favorecer a autonomia privada na realização de negócios jurídicos translativos da titularidade de bens, como uma decorrência do direito fundamental à liberdade e à dignidade.

O princípio da liberdade de tráfego jurídico de bens não é ilimitado, como, de resto, sói acontecer com todos os princípios. Pode ser excepcionado quando houver interesse público ou outro princípio que, no conflito de ponderação, deva prevalecer.

Essa é mais uma das tábuas jurídicas sobre as quais repousa o princípio da harmonização internacional dos direitos reais. Os ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, devem ser receptivos a situações jurídico-reais transnacionais, de modo a não opor resistências injustificadas à liberdade de tráfego jurídico dos bens. Só quando houver uma justa causa, arrimada em interesse público de caráter excepcional, é que o ordenamento poderá dificultar ou até mesmo proibir determinadas circulações de bens.

⁷²⁶ Excerto de julgado da *Dirección General de los Registros y del Notariado*, DGRN (Díez-Picazo, 2008, p. 150).

Há, ainda, outro fundamento para o princípio da harmonização internacional dos direitos reais. Ele também encontra arrimo na necessidade de os ordenamentos jurídicos lidarem com as transformações no perfil proprietário.

É inegável a mudança histórica do “ter” para o “ser credor”. Ao longo da história, o foco do poder era o “ter”. Titularizar bens, especialmente imóveis (físicos), era a representação de riqueza e do poder. O direito das coisas repousava nessa visão de “fortuna feudal, aristocrática, agrária e estática”⁷²⁷. Nessa época, os imóveis eram a principal entidade de valor econômico e jurídico⁷²⁸.

O foco do poder começou a mudar paulatinamente, especialmente no século XVIII. “Ser credor” passa a rivalizar com o “ter” no *ranking* da concepção de poder. Com os fenômenos da financeirização da propriedade nos tempos mais recentes, o “ser credor” revela-se mais marcante ainda do que o “ter”. A riqueza passa a estar em direitos, títulos mobiliários, crédito, coisas incorpóreas. Trata-se de uma espiritualização da propriedade.⁷²⁹ Nesse contexto, “o direito real, de multiplicação lenta ou, às vezes, impossível (a propriedade do solo), perde importância relativa”⁷³⁰.

Especialmente até o século XVIII, os imóveis eram os bens que possuíam significado econômico e jurídico relevante.

Do século X até o século XVIII, o aproveitamento dos imóveis marcou-se por uma diversidade de regimes (domínio direto, domínio útil, situações subenfitêuticas e outros) e por uma diversidade de direitos reais entre os diversos titulares, com figuras como os arrendamentos perpétuos, os contratos de cultura perpétua, os censos⁷³¹.

Era comum que o direito de “propriedade” da terra estivesse onerado por outros direitos em favor de um terceiro, como entregar parte dos frutos ou dos animais; comprar sal para o senhor; suportar direito de caça, de pastagem, de pesca etc.

⁷²⁷ Berdejo, 2008, p. 2.

⁷²⁸ Garcia, 1994, p. 16.

⁷²⁹ Valemo-nos da expressão “espiritualização da propriedade” inspirados em expressão utilizado por Gino Gorla em outro contexto. Gorla (1960-A, p. 29) mencionava a “espiritualização da *traditio*” para se referir ao movimento histórico de descolamento do contrato de compra e venda do ato translativo posterior de transmissão da propriedade.

⁷³⁰ Berdejo, 2008, p. 2.

⁷³¹ Berdejo, 2008, p. 11; Díez-Picazo, 2008, pp. 111 e 135.

Havia situações de vários donos sucessivos, desde o cultivador até o príncipe. Estruturavam-se os direitos sobre as coisas fracionando o seu proveito econômico mediante a distribuição de rendas obtidas com o trabalho e o capital do “proprietário” em favor de diversos titulares de direitos de duvidosa legitimidade.

Esses arranjos reais, na prática, desestimulavam a produção agrícola, a proatividade empreendedora do “proprietário” e o próprio tráfego imobiliário. A incerteza do direito de “propriedade” e a certeza de que parte do resultado do esforço terá de ser distribuída a “rentistas ociosos” maculavam o direito das coisas.

O “caos” jurídico-real gerava situação de potencial conflito por conta da diversidade de titulares de direitos reais sobre o mesmo bem. Havia, por exemplo, situações de um indivíduo ser o dono do terreno e de outro ser o dono das árvores. Havia casos em que um era o dono do pasto e outro, da plantação. Nesse cenário, a tendência era o litígio, a insegurança e o desestímulo à exploração econômica do bem e ao seu tráfego jurídico. Esse “caos” agravava-se quando, por sucessão *mortis causa*, vários herdeiros passavam a titularizar um desses direitos reais sobre a mesma coisa⁷³².

Esse dadaísmo psicodélico no campo dos direitos reais da Idade Média era um forte obstáculo ao cumprimento da função social e econômica da propriedade.

Em suma, o cenário da Idade Média e da Idade Moderna era de um direito das coisas marcador por pluralidade de “propriedades” e de gravames de duvidosa utilidade socioeconômica⁷³³.

Com o fim da Idade Moderna, dentro do contexto das revoluções liberais – com destaque à francesa –, os imóveis são lançados à circulação. Os nobres e o clero perdem os privilégios fruídos com o arranjo jurídico-real de ócio. Simplifica-se “o caos” do direito das coisas, nas palavras de Jose Luis Lacruz Berdejo⁷³⁴. Acaba-se com a pluralidade de “propriedades” e de gravames tradicionais. Concentra-se em um único sujeito a plenitude dos poderes sobre a coisa.

⁷³² Díez-Picazo, 2008, p. 135 (que cita Vélez Sarsfield).

⁷³³ Berdejo, 2008, p. 11.

⁷³⁴ Berdejo, 2008, p. 11.

Na Alemanha, como decorrência desse ambiente, o Código Civil de 1900 (BGB) adota o sistema de *numerus clausus*: só é direito real o que a lei determinar. Fecham-se as portas a arranjos jurídico-reais cuja função socioeconômica não tenha sido chancelada pelo Parlamento. O voluntarismo de um indivíduo não poderia ressuscitar o modelo jurídico-real parasitário das Idades Média e Moderna. A autonomia privada no campo dos direitos reais foi limitada por razões de interesse público relacionados à função social e econômica.

Nem todos os países, porém, reagiram ao caos jurídico-real das Idades Média e Moderna com a adoção da tipicidade fechada dos direitos reais. Outros caminhos para superar o regime anterior foram traçados, mais especificamente o de adotar um sistema de *numerus apertus* em que a criação de direitos reais pelos indivíduos seria admitida, desde que observados os pressupostos essenciais dos direitos reais⁷³⁵.

Em suma, o direito romano conhecia um número reduzido de direitos reais (ou, ao menos, figuras que se aproximam daquelas posteriormente batizadas como direitos reais). Não seria fácil listar os direitos que, na Roma Antiga, deveriam ser considerados reais, porque, entre outros motivos, o conceito de direito real é, “em sua pureza, alheio à tradição jurídica romana”⁷³⁶.

Na Idade Média, o rol cresce exponencialmente e varia a depender do local e da época. Os costumes e os usos – e não propriamente o pacto individual e isolado – tiveram papel decisivo nessa expansão. Havia uma espécie de tipicidade consuetudinária ou social, mais do que uma tipicidade material⁷³⁷. José Luis Lacruz Berdejo completa⁷³⁸:

Foi o Código prussiano, muito mais tarde, que concedeu às partes o poder para imprimir eficácia *erga omnes* a qualquer direito relativo à fruição das coisas: sobretudo, em relação aos imóveis, mediante a inscrição no Registro. Por outro lado, a orientação do Código Civil francês é restritiva: nos trabalhos preparatórios, consta (...) a afirmação de Treilhard segundo a qual, fora dos disciplinados no referido corpo legal, ‘não pode haver sobre os bens nenhuma outra espécie de direito’.

O direito das coisas mudou. Embora tenha nascido para disciplinar vínculos jurídicos com coisas corpóreas, há uma tendência em estender sua tutela a

⁷³⁵ Berdejo, 2008, p. 12.

⁷³⁶ Díez-Picazo, 2008, p. 111.

⁷³⁷ Berdejo, 2008, p. 12.

⁷³⁸ Tradução livre (Berdejo, 2008, p. 12).

coisas incorpóreas. No Brasil, o legislador acena nesse sentido, a exemplo destas posturas:

- a) disciplinar o fundo de investimento como um condomínio de natureza especial no Livro de Direito das Coisas do Código Civil, especificamente nos arts. 1.368-C ao 12.368-F;
- b) admitir direito real de penhor sobre direitos e títulos de crédito, conforme arts. 1.451 e 1.458 do Código Civil;
- c) definir a cessão fiduciária e a caução de direito creditório relativos a contratos imobiliários como direitos reais, conforme art. 17, § 1º, da Lei nº 9.514/1997;
- d) autorizar a garantia flutuante (*floating charge*) como garantia de debêntures, o que gera discussão sobre a natureza real dela, conforme art. 58 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976);
- e) admitir usufruto, fideicomisso, alienação fiduciária em garantia e “quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação” (art. 40 da Lei nº 6.404/1976).
- f) admitir a alienação fiduciária em garantia sobre valores mobiliários (art. 66-B da Lei de Mercado de Capitais, Lei nº 4.278/1965).

Não convém aqui aprofundar se os direitos reais estendem-se ou não para coisas incorpóreas ou se as hipóteses acima seria, na verdade, situações de direitos pessoais. O que interessa é que o conceito de titularidade mudou, num movimento progressivo de espiritualização das riquezas, de maneira que a teoria geral do direito das coisas – que se justifica por sua importância na disciplina da titularidade das riquezas – precisa estar preparada para acomodar os novos perfis proprietários.

A espiritualização da propriedade tem relação direta com a internacionalização do direito real. Com o descolamento das coisas corpóreas, os direitos reais envolvem-se mais facilmente em situações jurídicas transnacionais. Um estrangeiro, por exemplo, pode adquirir quotas de fundo de investimento imobiliário com ativos imobiliários situados no Brasil. Um estrangeiro (como um banco, um investidor, uma empresa etc.) pode vir a adquirir recebíveis imobiliários

vinculados a bens situados no Brasil (como um certificado de recebível imobiliário ou uma cessão fiduciária de direito creditório) etc.

Soma-se a isso outras hipóteses de internacionalização do direito real como decorrência da progressiva globalização, potencializada com a facilidade de comunicação por meio da Internet. Estrangeiros manifestam interesse em adquirir unidades autônomas periódicas em imóveis situados no Brasil (condomínio em multipropriedade, previsto no art. 1.358-B do Código Civil). Investidores estrangeiros adquirem quotas de fundos de investimentos imobiliários brasileiros. Investidores nacionais adquirem quotas de sociedades que investem em negócios especulativos de imóveis em diversos países⁷³⁹. Casamentos com estrangeiros multiplicam-se, com o conseqüente surgimento de questões patrimoniais transnacionais envolvendo partilha fruto do regime matrimonial de bens ou de sucessão *mortis causa*.

Diversas situações jurídico-reais transnacionais podem ser cogitadas nesse ambiente, como decorrência do exercício da autonomia privada, fruto dos direitos fundamentais à liberdade dos indivíduos.

Os ordenamentos jurídicos precisam estar preparados para essas situações, o que dialoga com o princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

Como lembrava Luis Díez-Picazo, os direitos reais dependem das necessidades socioeconômicas de cada lugar e tempo. Não há (nem pode haver) uma lista rígida e atemporal de direitos reais⁷⁴⁰.

Por fim, realce-se que o princípio da harmonização internacional não pertence apenas ao direito brasileiro. É inerente a todos os países que endossam as normas internacionais de direitos humanos. A intensidade, porém, da harmonização internacional pode ser diferente em cada país, visto que esse princípio não ignora o respeito à tradição jurídica e às idiosincrasias domésticas.

3.3. Desdobramentos

⁷³⁹ Por exemplo, a empresa BrasilAgro, que negocia seus papéis na bolsa de valores brasileira (mantida pela B3), atua na compra de imóveis rurais no Brasil e no exterior para, posteriormente, lucrar com sua revenda e com os frutos colhidos até a revenda (Infomoney, 2022).

⁷⁴⁰ Díez-Picazo, 2008, p. 11.

Do princípio da harmonização internacional dos direitos reais decorrem diversos desdobramentos, como as relacionadas à adaptação de direitos reais estrangeiros, aos conflitos de lei no espaço e à tipologia do *numerus clausus*. Trataremos desses desdobramentos doravante.

3.3.1. Adaptação de direitos reais estrangeiros

3.3.1.1. Fundamento

No item 2.3.2., tratamos da adaptação de direitos reais estrangeiros sob a perspectiva europeia e expusemos os delineamentos teóricos desse instituto de direito internacional privado.

Passamos a abordar o tema sob a ótica do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

A adaptação (*lato sensu*) de direitos reais estrangeiros é uma das ferramentas de concretização do princípio da harmonização internacional dos direitos reais. É um dos caminhos para a recepção de direitos reais estrangeiros em situações jurídico-transnacionais. Decorre da ideia de que o ordenamento jurídico nacional não pode opor-se ao reconhecimento de direitos reais estrangeiros por “orgulhos vazios”, por “bravatas ufanistas” e por “caprichos de vaidade nacionalistas”, tendo em vista o direito fundamental dos indivíduos à liberdade e à dignidade mediante o envolvimento em situações jurídico-reais transnacionais. Só com justo motivo de caráter excepcional o ordenamento jurídico pode opor-se à recepção de direitos reais estrangeiros.

Salvo se houver proibição expressa, a adaptação de direitos reais estrangeiros deve ser admitida pelos países em nome do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

Não há, pois, necessidade de uma regra expressa, como a prevista no art. 31 do Regulamento Europeu das Sucessões, sobre o qual já tratamos no item 2.3.2. É que o fundamento da adaptação de direitos reais estrangeiro é, na verdade, o princípio da harmonização internacional dos direitos reais. Decorre também a principiologia básica do direito internacional privado. Deriva igualmente do princípio da conservação do negócio jurídico, da autonomia da vontade, da dignidade da

pessoa humana e de outros vários princípios que prestigiam o direito fundamental dos indivíduos à liberdade. Não é por outra razão que Afonso Patrão⁷⁴¹ defende que, em Portugal, mesmo antes do advento do Regulamento Europeu das Sucessões, já era admitida a adaptação de direito real estrangeiro, especialmente em casos envolvendo conflitos entre o estatuto real e o estatuto sucessório⁷⁴².

A adaptação é ferramenta mais útil para situações jurídico-reais transnacionais em razão da tipicidade mais fechada dos direitos reais. Também é útil para outros direitos marcados por certa tipologia fechada, como as formas de família. Em matéria de direito obrigacional, a adaptação não é ferramenta usual. É que a atipicidade dos direitos obrigacionais e a adoção da *lex loci actus* como elemento de conexão nas regras de direito internacional privado facilitam a regulação de situações jurídico-obrigacionais transnacionais por prevenirem conflitos de leis no espaço.

Quem fará a adaptação do direito real estrangeiro? Será o decisor nos termos da legislação local.

No Brasil, por exemplo, pode ser um notário (ao lavrar uma escritura pública de inventário e partilha), um registrador de imóveis (ao qualificar um título) ou um juiz (ao ser chamado a julgar uma causa).

Entendemos que não há necessidade de prévio pronunciamento judicial no Brasil por falta de exigência legal: não há reserva de jurisdição para “traduzir” direitos reais estrangeiros. No máximo, quando se tratar de adaptação *stricto sensu*, caso inexista consenso entre todos os interessados, pode-se exigir manifestação judicial. Isso, porque cabe ao Judiciário resolver litígios e porque a adaptação *stricto sensu* tende a alterar o conteúdo das regras internacionais envolvidas para eliminar contradições lógicas⁷⁴³.

⁷⁴¹ Patrão, 2016, p. 134.

⁷⁴² Portugal, até 2015, adotava a *lex patriae* como elemento de conexão para o estatuto sucessório. Como Portugal adota o sistema de sucessão unitária (todos os bens do acervo hereditários são partilhados à luz de uma única lei, ainda que situados em locais diferentes), as técnicas da substituição ou da transposição já eram utilizadas (Patrão, 2016, p. 155).

⁷⁴³ Tratamos das diferentes espécies de adaptação *lato sensu* no item 2.3.2.6.1.

3.3.1.2. Critérios

A doutrina do direito internacional privado, apesar de tratar da adaptação (*lato sensu*) já há algum tempo, ainda oscila acerca dos critérios que devem ser adotados para sua aplicação.

Há certo grau de indeterminação nessa operação.

Adicionando à doutrina do direito internacional privado aportes desenvolvidos na civilística, enxergamos que a operação de adaptação de direitos reais estrangeiros deve observar alguns critérios.

Da doutrina do direito internacional privado, já se podem extrair três critérios para orientar a operação de adaptação de direito real estrangeiro:

- a) os objetivos do direito real estrangeiro;
- b) os interesses a que o direito real estrangeiro visa servir.
- c) os efeitos produzidos pelo direito real estrangeiro.

Esses critérios estão previstos no art. 31º e do considerando 16 da Resolução (UE) 650/2012⁷⁴⁴.

Essa resolução 650/2012 segue a mesma linha da resolução do Instituto de Direito Internacional (*Institut de droit international*) sobre o problema da substituição⁷⁴⁵. Na resolução desse Instituto, o termo substituição reporta-se a duas espécies de adaptação *lato sensu*: a substituição e a transposição. Apesar disso, várias de suas prescrições são extensíveis também à adaptação *stricto sensu*. É realçado, na Resolução do *Institut de droit international*, que “um dos objetivos fundamentais do direito internacional privado é garantir a harmonia e a continuidade das relações transfronteiriças”⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Patrão, 2016, pp. 154-155. Confira-se o teor do referido dispositivo do Regulamento (UE) nº 650/2012 (Eurlex, 2012-A):

Artigo 31.º

Adaptação dos direitos reais

No caso de uma pessoa invocar um direito real sobre um bem a que tenha direito ao abrigo da lei aplicável à sucessão e a legislação do Estado-Membro em que o direito é invocado não reconhecer o direito real em causa, esse direito deve, se necessário e na medida do possível, ser adaptado ao direito real equivalente mais próximo que esteja previsto na legislação desse Estado, tendo em conta os objetivos e os interesses do direito real em questão e os efeitos que lhe estão associados.

⁷⁴⁵ Institut de Droit International, 2007.

⁷⁴⁶ Institut de Droit International, 2007.

Como se vê, os critérios acima apresentam certo grau de indeterminação, mas, ao menos, servem como diretrizes.

De fato, o procedimento de adaptação *lato sensu* de direitos reais estrangeiros necessariamente envolverá um certo grau de incerteza e uma certa margem de indeterminação⁷⁴⁷. Tal fato, porém, não representa nenhum demérito. A condução da argumentação jurídica não é arbitrária, pois o jurista precisa respeitar os lugares comuns da comunidade jurídica. Sobre o tema, há vasta literatura acerca das teorias da argumentação jurídica, desde Theodor Viehweg⁷⁴⁸.

Além dos critérios acima, pode-se pensar em outros, que, em parte, deve-se à própria civilística. De fato, o direito civil já lida com situações similares desde há muito e, portanto, pode colaborar para os debates travados no Direito Internacional Privado no tema da adaptação de direitos reais. Referimo-nos ao que chamamos de:

- a) critério do prestígio à vontade presumível;
- b) critério da conservação substancial do direito real estrangeiro;
- c) critério da subsidiariedade na intervenção no conteúdo material das normas em conflito;
- d) critério da boa-fé objetiva;
- e) critério da exploração criativa da plasticidade dos direitos reais e da atipicidade dos direitos obrigacionais;
- f) critério da flexibilidade com os direitos reais sobre coisas incorpóreas;
- g) critério da tipologia de *numerus semi-clausus* de direitos reais;
- h) critério da ordem pública flexibilizada.

O critério do *prestígio à vontade presumível* é uma das bússolas do Direito Civil no manuseio de seus institutos. Em diversos momentos, a civilística alinha suas regras a esse norte. Vários exemplos podem ser citados no direito brasileiro, como:

⁷⁴⁷ Patrão, 2016, p. 157.

⁷⁴⁸ Viehweg, 1979.

- (1) a conversão substancial do negócio jurídico nulo em um negócio jurídico presumível (art. 170 do Código Civil⁷⁴⁹);
- (2) a vontade presumível como uma diretriz de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113, § 1º, V, do Código Civil⁷⁵⁰);
- (3) a revisão contratual, no caso de aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria da quebra da base objetiva, deve ser feita de modo a obter um resultado compatível com a vontade presumível das partes (arts. 317 e 478 do Código Civil; art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor);
- (4) o “teste da vontade presumível” como guia para os casos de revisão ou resolução do contrato por fato superveniente⁷⁵¹.
- (5) ordem legal de dívidas objeto de imputação do pagamento à luz da vontade presumível do pagador (arts. 353 ao 355 do Código Civil⁷⁵²);

⁷⁴⁹ Eis o dispositivo:

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

⁷⁵⁰ Sobre as regras legais de interpretação dos negócios jurídicos (Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 255):

As **regras legais** são as que decorrem de lei e só podem ser utilizadas quando não houver regra voluntária de interpretação contratual em contrário. Em suma, elas estão nos incisos do § 1º do art. 113 do CC em conjunto com o art. 112, e devem ser aplicadas cumulativamente e podem ser assim listadas:

a) Regra do *contra proferentem* (art. 113, § 1º, IV): na dúvida, prevalece interpretação favorável a quem não redigiu a cláusula contratual, ou seja, prevalece a interpretação contrária a quem a redigiu, ou seja, contrária a quem a proferiu (daí o nome doutrinário “regra do *contra proferentem*”).

b) Regra da vontade presumível (art. 113, § 1º, V): na dúvida, deve-se adotar a interpretação compatível com a vontade presumível das partes, levando em conta a **racionalidade econômica, a coerência lógica** com as demais cláusulas do negócio e o **contexto da época** (“informações disponíveis no momento” da celebração do contrato). Essa regra está conectada com o inciso II do art. 421-A do CC, que prevê o respeito à alocação de riscos definida pelas partes de um contrato.

c) Regra da confirmação posterior (art. 113, § 1º, I): a conduta das partes posteriormente ao contrato deve ser levada em conta como compatível com a interpretação adequada do negócio.

d) Regra da boa-fé e dos costumes (art. 113, § 1º, II e III): deve-se preferir a interpretação mais condizente com uma postura de boa-fé das partes e com os costumes relativos ao tipo de negócio.

e) Regra da primazia da intenção (art. 112): deve-se priorizar a intenção das partes em detrimento do sentido literal das palavras no momento da interpretação de um negócio jurídico.

⁷⁵¹ Oliveira, 2020-A; Oliveira e Costa-Neto, 2022, pp. 550-551.

⁷⁵² Sobre o tema (Oliveira; Costa-Neto, 2022, p. 462):

E se o devedor disser qual dívida quis pagar com o pagamento feito? Ou seja: e se não imputar o seu pagamento a nenhuma das dívidas, nem mesmo de modo implícito – o que ocorre quando o devedor aceita pacificamente uma imputação feita na quitação (art. 353, CC)? Nesse caso, o CC decide pelo devedor, levando em conta a sua vontade presumível e o interesse do credor. O pagamento quitará a dívida mais antiga (antiguidade) ou, no caso de contemporaneidade, a dívida mais onerosa (onerosidade). É o que dispõe o art. 355, CC.

(6) respeito à vontade presumível do dono do negócio no caso de gestão de negócios (art. 861 do Código Civil⁷⁵³);

(7) a vontade presumível como justificativa do instituto do rompimento do testamento (arts. 1.973 ao 1.975 do Código Civil)⁷⁵⁴.

Os aportes da civilística no manuseio da vontade presumível nos casos acima podem ser plenamente utilizados nas operações de adaptação de direitos reais estrangeiros. Dever-se-á buscar, entre os direitos reais domésticos, aquele que as partes teriam escolhido se houvesse previsto que haveria futuramente um problema de adaptação de direito real estrangeiro.

Ilustremos com os direitos reais de garantia.

No caso de direitos reais de garantia, a adaptação deve ser feita levando em conta, ao máximo, a proximidade com um direito doméstico que ostente grau de prioridade creditória similar e grau de *enforcement* parecido (rito executivo similar). Afinal, a finalidade das partes em um direito real de garantia é ter prioridade creditória e *enforcement*. A depender da intensidade desses elementos, o negócio garantido sequer teria sido celebrado ou teria sido celebrado sob condições financeiras mais onerosas ao devedor (ex.: juros maiores no caso de empréstimo). Deve-se atentar para a vontade presumível das partes no processo de adaptação.

Temos que o CC se equivocou nesse ponto. O indivíduo médio pagaria a dívida mais onerosa preferencialmente; e não a mais antiga. Se alguém, perante o mesmo credor, possui uma dívida sujeita a encargos moratórios de 154% a.a. (qual costuma suceder com as dívidas bancárias de “cheque especial”) e uma outra submetida a encargos mais módicos de 12% a.a., o devedor presumivelmente desejaria quitar primeiro a dívida mais onerosa, para evitar que tenha de pagar muito mais no futuro. A onerosidade deveria preceder à antiguidade na regra supletiva do art. 355, CC. Mas, enquanto não modificada a lei, só nos resta observá-la.

Se o devedor pensar diferente, basta pagar com a especificação de que o valor se refere à dívida com os juros mais altos. Quando o devedor faz a opção, não se aplicam as regras do CC.

⁷⁵³ Eis o dispositivo:

Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.

⁷⁵⁴ Veja os dispositivos:

Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Art. 1.975. Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.

Por exemplo, um direito real de hipoteca em uma lei estrangeira pode ter um grau de *enforcement* intenso a desaconselhar sua adaptação para o direito real de hipoteca do Brasil. Como, no Brasil, a hipoteca possui grande fragilidade em termos de preferência creditória e de *enforcement*⁷⁵⁵, a adaptação da hipoteca estrangeira poderá, eventualmente, ser feita para uma propriedade fiduciária em garantia brasileira, figura jurídico-real de garantia mais robusta.

A busca da vontade presumível deve ser não apenas dos sujeitos envolvidos na situação jurídico-real transnacional. Deve-se, também, atentar para a vontade presumível do legislador, perquirindo como o legislador doméstico teria disciplinado a situação conflitual se a tivesse previsto. Essa análise da vontade presumível do legislador deverá olhar para o respectivo ordenamento jurídico, em busca de analogia ou de identificação dos valores principais do ordenamento. Trata-se de medida que exigirá conhecimento mais aprofundado dos ordenamentos jurídicos em conflito.

Ainda sob a ótica do critério da vontade presumível, o jurista deverá tomar cuidado com situações em que o processo de adaptação de direitos reais estrangeiros acarrete atrofiamiento do direito real estrangeiro ou que crie deveres adicionais ao beneficiário. Nessas hipóteses, o jurista deverá avaliar se convém ou não colher o consentimento do beneficiário com a adaptação, para evitar que lhe seja imposto um direito real que pode lhe parecer desinteressante.

O critério da *conversão substancial do direito real estrangeiro* também deve ser empregado no caso de adaptação de direitos reais estrangeiros.

A bem da verdade, entendemos que a adaptação de direito real estrangeiro é o nome que a doutrina do direito internacional privado emprestou a um fenômeno que, no Direito Civil, corresponderia à conversão substancial do negócio jurídico. A principal diferença é que, no Direito Civil, a figura é empregada para preservação de um acordo de vontade emoldurado sob um negócio jurídico nulo, conforme art. 170 do Código Civil brasileiro. Já a adaptação é para traduzir ou transportar o direito real estrangeiro para o ambiente jurídico doméstico: é, grosso modo, converter o direito real estrangeiro em um doméstico.

⁷⁵⁵ Para aprofundamento, ver: Oliveira, 2021-A.

Por essa razão, os contributos que a civilística desenvolveu para a conversão substancial do negócio jurídico podem ser estendidos às operações de adaptação de direitos reais estrangeiros.

Assim, ainda que não haja uma equivalência propriamente dita entre o direito real estrangeiro e algum dos direitos reais domésticos, deve-se promover a adaptação para um direito real mais próximo. Trata-se do que designamos de conversão substancial do direito estrangeiro.

O critério da *conservação do negócio jurídico* subjaz também à operação de adaptação de direito real estrangeiro. É dos ordenamentos jurídicos em geral, inclusive do brasileiro, a preservação, no que for possível, do acordo de vontades diante de eventuais vícios. A civilística já desenvolve o conceito há muito tempo, sob o epíteto de princípio da conservação do negócio jurídico⁷⁵⁶. Como lembra Maurício Bunazar com apoio em Antonio Junqueira de Azevedo, o princípio da conservação do negócio jurídico⁷⁵⁷ realça que se deve evitar “a gravidade da imposição da consequência da invalidação do ato jurídico preceptivo: a destruição da obra da autonomia privada”⁷⁵⁸. Trata-se, pois, de uma busca em prestigiar a autonomia privada, ou seja, a “liberdade de autodeterminação das pessoas”⁷⁵⁹.

Essa proteção às obras da autonomia da vontade também deve dar-se no plano transnacional, razão por que invocamos o *critério da conservação do negócio jurídico* como um dos faróis para a aplicação da adaptação de direitos reais estrangeiros.

Na verdade, os dois critérios anteriores (o da vontade presumível e o da conversão substancial) dialogam com o critério da conservação do negócio jurídico, pois ambos prestigiam a manutenção de um produto da autonomia privada.

A adaptação de direito real estrangeiro é uma forma de preservar a situação jurídico-real no caso de transnacionalidade, ainda que sob uma figura de direito real doméstica diferente.

⁷⁵⁶ Maurício Bunazar, em sua obra fruto de doutorado pela Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. José Fernando Simão, destaca que o “princípio da conservação do negócio jurídico, também conhecido como *favor negotii*, representa a tutela que o ordenamento jurídico confere aos negócios jurídicos concretos” (Bunazar, 2022).

⁷⁵⁷ “Sobre o que seja o princípio da conservação do negócio jurídico, Antonio Junqueira de Azevedo ensina que consiste ‘em se procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia’” (Bunazar, 2022, p. 178).

⁷⁵⁸ Bunazar, 2022, p. 177.

⁷⁵⁹ Bunazar, 2022, p. 177.

Na operação de adaptar um direito real estrangeiro, o jurista deve buscar, ao máximo, preservar o direito envolvido, ainda que sob outra figura jurídico-real doméstica.

O foco deve ser nas semelhanças, e não nas divergências.

O *Institut de Droit International* caminha nesse sentido na sua Resolução sobre o problema da substituição, da Sessão de Santiago do Chile em 2007. Sublinha que, para conseguir garantir a harmonia e a continuidade das situações transfronteiriças, é fundamental focar as semelhanças, “apesar das diferenças entre os ordenamentos jurídicos em embate”⁷⁶⁰.

Na conversão substancial do negócio jurídico, não há identidade plena. Algumas divergências são superadas diante do ganho das convergências e da manutenção do negócio jurídico com respeito à vontade presumível das partes.

O objetivo da adaptação *lato sensu* é que, em situações transfronteiriças, o ato praticado sob a égide de uma lei produza total ou parcialmente efeitos próprios de um ato similar conhecido pela lei de outro Estado⁷⁶¹.

No caso de transposição ou de substituição, a busca pela equivalência dos direitos deve atentar para a finalidade de cada um. Deve-se promover uma comparação funcional para averiguar se o resultado prático será similar. Em suma, deve-se buscar uma similitude de interesses e de objetivos. Não há necessidade de identidade, mas apenas de semelhanças funcionais⁷⁶². Tem-se de olhar para a função dos institutos, ao nível do direito material, apreciando os aspectos envolvidos à luz da vontade presumível das partes (inclusive os fins econômicos), da da conversão substancial e da conservação do negócio jurídico⁷⁶³.

Outro critério é o da *subsidiariedade na intervenção no conteúdo material das normas em conflito*.

Na adaptação, o jurista deve preferir ajustar as normas conflituais a interferir no conteúdo das normas materiais. É mais adequado, por meio do instituto da adaptação, criar uma nova regra conflitual do que alterar o conteúdo material das

⁷⁶⁰ Institut de Droit International, 2007.

⁷⁶¹ Art. 1º da Resolução do Institut de Droit International, da Sessão de Santiago de 2007 (Institut de Droit International, 2007).

⁷⁶² Arts. 2º e 3º da Resolução do Institut de Droit International, da Sessão de Santiago de 2007 (Institut de Droit International, 2007).

⁷⁶³ Patrão, 2016, p. 155.

normas, conforme defende Antonio Ferrer Correia⁷⁶⁴. A intervenção no conteúdo das normas só deve ocorrer na insuficiência da intervenção nas normas conflituais. É que a interferência no conteúdo das normas tem o elevado risco de voluntarismo do jurista e de subversão da lógica sistêmica de justiça da própria norma, o que potencializaria um elemento indesejado de insegurança jurídica nas relações privadas transnacionais.

Um exemplo dessa prática foi o caso *Chemouni*, o tunisiano polígamo sobre o qual discorreremos no item 2.3.2.5.2. Não se tratava de caso de direito real, mas serve como uma ilustração.

O critério da *boa-fé objetiva* também deve ser uma diretriz no processo de adaptação de direitos reais estrangeiros.

Deve-se buscar realizar a adaptação de modo a obter o resultado mais compatível com a presunção de que ambas as partes agiram de acordo com o padrão ético do homem médio, respeitados o caso concreto e as particularidades da tradição jurídica dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Por fim, o critério da *exploração criativa da plasticidade dos direitos reais e da atipicidade dos direitos obrigacionais* parte da premissa de que os direitos reais, ainda que possam ser sujeitos a um rol fechado, são marcados pela plasticidade.

É possível comprimir ou expandir os direitos reais mediante termos, condição, encargos e outras cláusulas, respeitados, obviamente, os limites legais. O direito real de propriedade, por exemplo, pode ser submetido a um termo resolutivo; o direito real de usufruto pode ser sujeito a uma condição resolutiva; o direito real de propriedade pode ser sujeito a uma condição resolutiva consistente no descumprimento de um determinado encargo⁷⁶⁵.

Ao realizar a adaptação de um direito real estrangeiro, o jurista deve buscar explorar as variações admitidas para os direitos reais domésticos de modo a recepcionar a situação jurídico-real estrangeira do modo mais próximo possível.

Eventualmente, à falta de uma figura de direito real doméstica próxima, a adaptação poderá ser feita para algum direito obrigacional, se o caso permitir. A atipicidade dos direitos obrigacionais pode ser útil, especialmente como *ultima ratio*:

⁷⁶⁴ Ferrer Correia, 1983, pp. 48-49.

⁷⁶⁵ A propósito de doação com encargo e sobre sua registrabilidade no direito brasileiro, ver: Oliveira, 2020.

se não for viável converter em nenhum outro direito real, poder-se-ia converter em um direito obrigacional. E pode-se valer, inclusive, de direitos obrigacionais com eficácia real, se for viável, com base na doutrina do terceiro cúmplice.

O direito real de propriedade na Holanda é diferente do Brasil. Lá, por exemplo, não se admite alienação fiduciária em garantia. Como ficaria, por exemplo, se fosse instituída uma alienação fiduciária em garantia sobre um navio à luz da lei brasileira em uma situação transnacional na Holanda? Seria viável a Holanda adaptar a propriedade fiduciária em garantia brasileira para uma hipoteca à luz da lei holandesa? Questões como essas poderiam ser discutidas com base nos critérios que mencionamos.

Um exemplo de exploração da plasticidade dos direitos reais envolveria um *trust*. O *trust* é figura jurídico-real admitida em alguns ordenamentos jurídicos (como no inglês) e funciona como um instrumento de afetação patrimonial, envolvendo, como sujeitos, o instituidor, o *trustee* (aquele que cumpre a destinação estipulado pelo instituidor) e o beneficiário do *trust* (também chamado de *cestui que trust*). Entendemos que, caso um *trust* fosse instituído abrangendo um imóvel situado no Brasil, essa situação jurídico-real deveria ser adaptada, no Brasil, como um direito real de propriedade sujeita a uma condição resolutiva, com ajustes a serem observados no caso concreto. O motivo dessa adaptação é o fato de o *trust* não ser admitido como um direito real no Brasil, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ Veja a ementa (Brasil, 2018):

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ART. 119, INCISO IX, DA LEI 11.101/2005. CONTRATO DE 'TRUST'. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONTA CORRENTE BANCÁRIA. ARRECAÇÃO DE SALDO PELA MASSA FALIDA. CABIMENTO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 417/STF. SUCUMBÊNCIA. 1. Controvérsia acerca da possibilidade de restituição de quantia em dinheiro que se encontrava depositada em conta corrente do banco falido, em razão de contrato de 'trust'. 2. Necessidade de previsão legal específica para se estabelecer patrimônios de afetação. Doutrina sobre o tema. 3. Ausência de amparo legal para atribuição de efeitos reais ao contrato de 'trust' no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Inaplicabilidade do art. 119, inciso IX, da Lei 11.101/2005. 5. Validade da arrecadação do saldo em conta corrente em favor da massa falida do banco depositário, não obstante a condição de 'trustee'. 6. Inaplicabilidade ao caso da Súmula 417/STF, segundo a qual: "pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse êle a disponibilidade". Julgados desta Corte Superior. 7. Inocorrência de sucumbência recíproca, tendo em vista a total improcedência do pedido de restituição, não obstante a majoração, de ofício, do valor do crédito inscrito no quadro geral de credores. 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ, REsp: 1438142/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 09/08/2018)

O critério da *flexibilidade com os direitos reais sobre coisas incorpóreas* consiste em admitir maior margem de manobra ao jurista ao promover a adaptação de direitos reais estrangeiros que recaiam sobre coisas incorpóreas.

A rigor, os direitos reais foram desenvolvidos com olhos em coisas corpóreas. Todavia, há países, como o Brasil, que – ainda que sob controvérsia doutrinária – acabam admitindo hipóteses de direitos reais sobre coisas incorpóreas, a exemplo do fundo de investimento (que é tido como um condomínio⁷⁶⁷); do penhor de direitos⁷⁶⁸; do usufruto e da alienação fiduciária de ações⁷⁶⁹; da garantia flutuante em debêntures⁷⁷⁰; etc.). Entendemos ser indevido catalogar essas situações como

⁷⁶⁷ Confira-se o art. 1.368-C do Código Civil:

Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza.

§ 1º Não se aplicam ao fundo de investimento as disposições constantes dos arts. 1.314 ao 1.358-A deste Código.

§ 2º Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no caput deste artigo.

§ 3º O registro dos regulamentos dos fundos de investimentos na Comissão de Valores Mobiliários é condição suficiente para garantir a sua publicidade e a oponibilidade de efeitos em relação a terceiros.

⁷⁶⁸ Art. 1.452 do Código Civil.

⁷⁶⁹ Art. 40 da Lei nº 6.404/1976:

Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados:

I - se nominativa, no livro de "Registro de Ações Nominativas";

II - se endossável, no livro de "Registro de Ações Endossáveis" e no certificado da ação;

III - se escritural, nos livros da instituição financeira, que os anotarà no extrato da conta de depósito fornecido ao acionista.

II - se escritural, nos livros da instituição financeira, que os anotarà no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista.

Parágrafo único. Mediante averbação nos termos deste artigo, a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros.

⁷⁷⁰ Art. 58 da Lei nº 6.404/1976:

Art. 58. A debênture poderá, conforme dispuser a escritura de emissão, ter garantia real ou garantia flutuante, não gozar de preferência ou ser subordinada aos demais credores da companhia.

§ 1º A garantia flutuante assegura à debênture privilégio geral sobre o ativo da companhia, mas não impede a negociação dos bens que compõem esse ativo.

§ 2º As garantias poderão ser constituídas cumulativamente.

§ 3º As debêntures com garantia flutuante de nova emissão são preferidas pelas de emissão ou emissões anteriores, e a prioridade se estabelece pela data da inscrição da escritura de emissão; mas dentro da mesma emissão, as séries concorrem em igualdade.

§ 4º A debênture que não gozar de garantia poderá conter cláusula de subordinação aos credores quirografários, preferindo apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver, em caso de liquidação da companhia.

§ 5º A obrigação de não alienar ou onerar bem imóvel ou outro bem sujeito a registro de propriedade, assumida pela companhia na escritura de emissão, é oponível a terceiros, desde que averbada no competente registro.

§ 6º As debêntures emitidas por companhia integrante de grupo de sociedades (artigo 265) poderão ter garantia flutuante do ativo de 2 (duas) ou mais sociedades do grupo.

direitos reais à vista da natureza incorpórea do objeto. Consideramo-las como situações de direitos obrigacionais, e não reais⁷⁷¹.

De qualquer forma, no processo de adaptação de direitos reais estrangeiros, o jurista deverá levar em conta esse cenário jurídico-real brasileiro e, se for o caso, deverá enquadrar situações jurídicas estrangeiras em alguma das figuras de direitos reais sobre bens incorpóreos.

O critério da tipologia de *numerus semi-clausus* de direitos reais também deve ser levado em conta no processo de adaptação.

Deve-se flexibilizar o rol de direitos reais previstos na lei para admitir a introdução de situações jurídico-reais estrangeiras, ainda que atenuando eventuais restrições legais. Os valores jurídicos incutidos no princípio da harmonização internacional dos direitos reais – que tem fundamento em direitos fundamentais – autorizam essa postura. A propósito da tipologia de *numerus semi-clausus*, reportamo-nos ao item 3.3.2. Exporemos lá os problemas enfrentados na legislação brasileira atual e indicaremos como a legislação deveria portar-se no futuro.

O critério da *ordem pública flexibilizada* estabelece que, no processo de adaptação, o jurista deve ser mais flexível ao avaliar os limites de ordem pública à adaptação de direitos reais estrangeiros.

É que, em nome do princípio da harmonização internacional de direitos reais, o jurista deverá avaliar as regras de ordem pública domésticas com menos rigor, flexibilizando-a quando não constatar prejuízos significativos à ordem pública local. O motivo dessa flexibilidade é o ganho obtido com a recepção de situações jurídico-transnacionais.

Não se trata de novidade. No direito internacional privado, já há literatura no sentido de que a exceção de ordem pública – aquela que é utilizada para interditar a eficácia, no Brasil, de atos jurídicos estrangeiros – é vista com maior flexibilidade (*ut* item 3.3.3.).

⁷⁷¹ Essas hipóteses heterodoxas de direitos reais sobre coisas incorpóreas podem gerar problemas de qualificação para definir o elemento de conexão cabível: seria o estatuto obrigacional (que, no Brasil, atrai o *lex loci actus*) ou o estatuto real (que, no Brasil, convida a *lex rei sitae*)? Suponha, por exemplo, um *trust* sobre ações ou outros valores mobiliários. Como ficaria essa situação se os valores mobiliários estiverem custeados ou escriturados por uma entidade brasileira (como a B3, empresa brasileira que mantém a Bolsa de Valores brasileira e que exercer atividade de depositária e de escrituração de valores mobiliários escriturais)? Seria o caso de aplicar as regras de direitos reais do Brasil?

A ideia é transportar essa noção mais atenuada de ordem pública para os casos de adaptação de direito real estrangeiro.

Por exemplo, o direito brasileiro censura cláusulas de reversão em favor de terceiros⁷⁷². O motivo é que a predestinação da cadeia dominial só deve ser admitida quando houver lei expressa em seu favor, tendo em vista os prejuízos dessa predestinação ao tráfego de bens⁷⁷³. Trata-se de uma restrição de ordem pública.

Caso, porém, um direito real estrangeiro envolva uma reversão em favor de terceiro, indaga-se: seria ou não viável a sua adaptação a um direito real doméstico com uma cláusula de reversão em favor de terceiro?

Entendemos que, a depender do caso concreto, a resposta é positiva. Não haverá prejuízos significativos à ordem pública doméstica admitir que uma situação jurídico-real estrangeira seja adaptada com flexibilização da proibição de reversão em favor de terceiros, a depender do caso concreto. O ganho propiciado em termos de exercício de direitos transnacionais pelos indivíduos justifica a adoção de um conceito mais flexível de ordem pública.

Por exemplo, no caso de adaptação de um *trust*, entendemos que seria viável recepcioná-lo, no Brasil, como um direito real de propriedade resolúvel, com previsão de reversão em favor do beneficiário do *trust*, se assim for o caso. A flexibilização da proibição de reversão em favor de terceiro para acolher uma situação jurídico-real transnacional representa ganhos muito superiores em nome do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

⁷⁷² Art. 547, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.

Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro.

⁷⁷³ Sobre o tema (Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 1060):

É vedado o usufruto sucessivo por interpretação teleológica e sistemática (arts. 547, parágrafo único, 1.393, 1.799, I, 1.800, § 4o, e 1.959 do CC). Usufruto sucessivo seria a determinação feita pelo instituidor de que, no caso de morte do usufrutuário, o usufruto deveria ser transmitido a um terceiro e, no caso de morte desse terceiro, ser repassado a outrem. Isso seria é vedado, pois, além de violar a inalienabilidade do usufruto (art. 1.393, CC) e a proibição de cláusulas de reversão em favor de terceiros em doações (art. 547, parágrafo único, CC), representa uma predestinação da titularidade de direitos, o que só é admitida nos casos previstos em lei, como nestes casos: cláusula de reversão em prol do donatário cláusula de reversão em favor do doador (art. 547, CC); retorno aos herdeiros da deixa testamentária pelo não nascimento do concepturo (arts. 1.799, I, e 1.800, § 4o, CC); substituição fideicomissória, que não pode ultrapassar o segundo grau (art. 1.959, CC).

3.3.1.3. Conveniência de Tabelas de Equivalências em *soft law*

A operação de adaptação *lato sensu* de direitos reais estrangeiros exige aprofundado conhecimento do jurista sobre o direito material estrangeiro, o que representa um obstáculo operacional.

O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, reconhece esse obstáculo ao excluir o direito estrangeiro do espectro do *iura novit curiae*: cabe à parte que alega direito estrangeiro comprová-lo⁷⁷⁴.

A insuficiência informacional sobre direitos reais estrangeiras é uma ameaça à segurança jurídicas das situações transfronteiriças, pois pode gerar incompreensões ou soluções inadequadas a casos concretos.

É importante reduzir esse *deficit* informacional, papel que pode ser desempenhado pela doutrina, pela Academia, por institutos de direito privado e por órgão estatais.

Uma das iniciativas que merecem implementação é a criação de uma tabela de equivalência entre direitos reais de diferentes países, como defende Afonso Patrão⁷⁷⁵. No âmbito da União Europeia, esse empreendimento já está em marcha.

Uma amostra disso são as fichas de informação disponibilizadas pela Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial (RJE-CC) no seu site. Outra amostra são as iniciativas de cooperação informacional e operacional entre os serviços notariais e registrais europeus, a exemplo do CROBECO – *Cross Border e-Conveyancing* –, do EULIS (*European Land Information Service*) e do EUFides, conforme expusemos alhures (item 2.3.2.3.).

Não há necessidade de essa tabela de equivalências ser vinculante. Os instrumentos de *soft law* colaboram, em grande medida, com a harmonização dos direitos, conforme já expusemos (item 1.5.). Eles são suficientes para combater o *deficit* informacional dos juristas nacionais acerca do direito real estrangeiro e para servir como uma diretriz para suas decisões.

⁷⁷⁴ Art. 376 do Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

⁷⁷⁵ Patrão, 2016, p. 157.

Com o amadurecimento dessas iniciativas, instrumentos normativos internacionais poderão vir a ser ventilados para assegurar uma maior homogeneidade nas operações de adaptações de direitos reais estrangeiros. Essa homogeneidade propiciará maior previsibilidade jurídica aos sujeitos e, por consequência, estimulará as relações jurídico-privadas internacionais.

3.3.2. Por uma tipologia *numerus semi-clausus* de direitos reais no Brasil

3.3.2.1. Vantagens do sistema de *numerus clausus* e a importância socioeconômica dos direitos reais: reflexões sobre enfiteuse, predestinação de cadeia dominial e o *leasehold property* inglês

O sistema de *numerus clausus* de direitos reais consiste em limitar não apenas os números, mas também o conteúdo dos direitos reais de acordo com a lei. Não permite que a vontade dos indivíduos crie novos direitos reais ou altere o conteúdo dos já existentes em lei⁷⁷⁶.

Entre as vantagens desse sistema, estão a maior segurança jurídica a terceiros e a redução dos custos de transação em matéria de direitos reais. O *numerus clausus* seria uma “padronização ótima” (*optimal standardization*) dos direitos reais⁷⁷⁷.

Os direitos reais, por terem eficácia *erga omnes*, precisam ser facilmente conhecidos por terceiros, não só quanto à sua existência em si, mas também em relação aos seus efeitos jurídicos. Os custos informacionais – que são custos de transação – a terceiros existem.

Quando, por exemplo, alguém pretende adquirir um imóvel ou realizar algum outro negócio jurídico envolvendo esse bem (ex.: uma locação), há necessidade de tomar ciência dos efetivos efeitos jurídicos dos direitos reais que recaem sobre a coisa.

Quanto mais difícil for tomar ciência desses efetivos efeitos jurídicos, maior é o custo de transação envolvido. Se o conteúdo do direito real não é límpido, os terceiros podem deixar de realizar negócios jurídicos ou podem aumentar

⁷⁷⁶ Van Erp, 2005.

⁷⁷⁷ A expressão é de Merrill and Smith, como lembra Sjeff van Erp (2005, p. 8).

significativamente o preço. Isso, porque não querem assumir os riscos da imprevisibilidade jurídica em torno de um enigmático conteúdo dos direitos reais. Ou porque querem, com o preço adicional, ter uma “gordura” econômica para compensar-se diante dos riscos dessa imprevisibilidade.

Com o aumento do custo de transação, a sociedade como um todo sofre os prejuízos. Empréstimos e negócios deixam de ser feitos; juros aumentam; a disponibilidade de imóveis para locação ou venda reduz; investidores deixam de alocar seus recursos no mercado e são induzidos a posturas meramente especulativas; desestimula-se o ingresso de investimentos estrangeiros; cria-se um ambiente favorável à inflação; desencoraja-se o empreendedorismo.

Esses impactos econômicos são também sociais. Políticas públicas atrofiam-se diante da conseqüente redução da arrecadação; a qualidade de vida dos cidadãos é comprometida com a falta de opções de produtos e serviços; o acesso a bens e serviços torna-se mais oneroso aos cidadãos etc. A própria liberdade dos indivíduos é atingida. Os custos de transação estão, portanto, conectados ao próprio desenvolvimento de um País.

Além disso, como os direitos reais atingem os poderes inerentes à propriedade, eles podem comprometer a própria disponibilidade dos bens. Esse fato, especialmente diante do problema da escassez de bens, pode prejudicar a sociedade como um todo.

Os bens imóveis, por exemplo, são escassos: nem todos os cidadãos podem ser proprietários por conta da escassez de imóveis. Limitações urbanísticas, ambientais e de outra natureza concorrem para aumentar essa escassez. O interesse natural dos indivíduos em ser proprietários de imóveis nas regiões centrais ou mais nobres é, igualmente, outro fator agravante da escassez: nem todos os cidadãos podem ser proprietários nessas regiões por conta de uma natural restrição espacial. Já há muitos fatores que agravam a escassez dos imóveis.

Nesse quadro, os direitos reais é um elemento que, a depender do seu regime, pode arrefecer ou exacerbar esse cenário de escassez. Frederico Henrique Viegas de Lima dá as bases dessa reflexão, incluindo, no conceito de função social

da propriedade, a preocupação com a maximização do acesso aos benefícios da propriedade, o que sublinha o papel dos direitos reais nesse cenário⁷⁷⁸.

De fato, arranjos jurídico-reais que alavancam o acesso dos indivíduos aos benefícios de um imóvel – a exemplo do condomínio em multipropriedade⁷⁷⁹ – são bem-vindos para o desenvolvimento socioeconômico por enfrentar eficientemente o problema da escassez.

No entanto, configurações jurídico-reais que dificultem ou inviabilizem o acesso dos indivíduos aos benefícios de um imóvel são deletérias socioeconomicamente. Em tese, os imóveis – que já são recursos escassos por natureza – poderiam ser inutilizados, tornando-se um bem fora do comércio, por conta de um gravame real *sui generis*. Basta pensar, por exemplo, em um ônus real que proibisse, *ad seculorum*, que sejam erguidas edificações em um imóvel.

O regime de direitos reais também influi na matriz institucional de incentivos de um país. A modelagem jurídico-real pode instigar tanto a circulação de riquezas quanto o ócio; tanto a postura empreendedora quanto o comportamento parasitário; tanto o perfil “pioneiro” quanto o “bandeirante”, em alusão à concepção do sociólogo weberiano Vianna Moog⁷⁸⁰.

No direito brasileiro, essa ideia é ilustrada em, ao menos, duas questões: a da proibição da predestinação da cadeia dominial e a da proibição de novas enfiteuses.

De um lado, a proibição da predestinação da cadeia dominial no Brasil justifica-se por esse motivo. Essa predestinação só é admitida no Brasil para situações bem específicas, quando houver fundamento legal, que estipula limitações para evitar excessos⁷⁸¹.

Um exemplo é a substituição fideicomissória, mas que é restringida pelo fato de não poder ir além do segundo grau (arts. 1.911 e 1.959, Código Civil brasileiro). Outro exemplo é a cláusula de reversão em favor do doador na hipótese de premoriência do donatário (art. 547, *caput*, Código Civil brasileiro). Outra exceção

⁷⁷⁸ Lima, 2004; Lima, 2009; Lima, 2010.

⁷⁷⁹ Paulo Emílio Dantas Nazaré, em dissertação de mestrado sob a orientação do Professor Frederico Henrique Viegas de Lima, realça esse papel benéfico da multipropriedade (Nazaré, 2016).

⁷⁸⁰ Na sua clássica obra “Bandeirantes e Pioneiros”, Vianna Moog contrasta o perfil Bandeirante (associado à malandragem, à aventura e à busca de riquezas fáceis) com o do Pioneiro (vinculado ao trabalho e à estabilidade) (Moog, 2000).

⁷⁸¹ Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 1060.

é o retorno da deixa testamentária aos herdeiros por conta do não nascimento do concepturo no prazo de dois anos da abertura da sucessão (arts. 1.799, I, e 1.800, § 4º, CC). Também ilustra essa exceção a cláusula de inalienabilidade, que necessariamente se extinguirá com a morte do titular (arts. 1.848 e 1.911, Código Civil brasileiro).

No Brasil, a proibição geral da predestinação da cadeia dominial decorre da vedação à cláusula de reversão em favor de terceiros (art. 547, parágrafo único, Código Civil brasileiro) e do princípio da função social. É dessa vedação que decorre, por exemplo, o fato de a doutrina majoritária não admitir o usufruto sucessivo “por interpretação teleológica e sistemática (arts. 547, parágrafo único, 1.393, 1.799, I, 1.800, § 4º, e 1.959 do CC)”⁷⁸².

É também com fulcro nessa proibição geral que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem previsão legal expressa, admite a extinção da cláusula de inalienabilidade sobre um bem se, no caso concreto, forem demonstradas ponderáveis razões de função social e econômica. Se, por exemplo, uma fazenda deixada com cláusula de inalienabilidade tornar-se inútil ao donatário ou ao legatário – que pretendia alienar a fazenda para empregar o dinheiro em negócios na cidade –, o Superior Tribunal de Justiça consente com o cancelamento dessa cláusula restritiva da propriedade, observadas, sempre, as peculiaridades do caso concreto. A função social aplicada ao caso concreto pode ensejar o cancelamento da cláusula restritiva da propriedade⁷⁸³.

De outro lado, a proibição de constituição de novas enfiteuses pelo art. 2.038 do Código Civil brasileiro retrata uma opção política em afastar um regime jurídico-real que, ao longo da história brasileiro, mostrou-se indutora de ócio

⁷⁸² Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 1060.

⁷⁸³ Confira-se, por exemplo, este julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE. PEDIDO DE CANCELAMENTO.

1 - Pedido de cancelamento de cláusula de inalienabilidade incidente sobre imóvel recebido pelo recorrente na condição de herdeiro.

2 - Necessidade de interpretação da regra do art. 1576 do CC/16 com ressalvas, devendo ser admitido o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses.

3 - Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

4 - Recurso especial provido por maioria, vencida a relatora.

(STJ, REsp 1422946/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05/02/2015)

intergeracional e de desestímulo à circulação de riquezas, ainda mais considerando o passado brasileiro de altíssima concentração fundiária.

Por meio da enfiteuse, as gerações subsequentes garantem, para si, uma renda perpétua mediante o recebimento do foro, tudo por conta da instituição de um direito real de enfiteuse por um antepassado que titularizava grandes porções de terras. Gerações futuras são desestimuladas a novo empreendedorismo por terem uma renda perpétua decorrente única exclusivamente da sua estirpe. Considerando o caso brasileiro de altíssima concentração de terras por motivos históricos, a enfiteuse serviu para perpetuar esse cenário de desigualdade fundiária e de perpetuação da riqueza em poucas famílias.

Não se pode, porém, condenar a enfiteuse enquanto instituto jurídico em si. Concordamos que seu uso no caso brasileiro mostrou-se daninho em diversos aspectos. Todavia, entendemos que sua estrutura em si merece reflexão, especialmente sobre novos arranjos de direitos reais para o futuro. Ela, com eventuais adaptações, pode vir a ser útil para desenhar arranjos jurídico-reais que desestimulem o ócio proprietário. A enfiteuse, desenvolvida nos países da família do *civil law*, guarda proximidade com a figura do *leasehold property* utilizada no direito inglês. Talvez essa figura possa servir de inspiração para algumas questões brasileiras⁷⁸⁴. Expliquemos.

Na Inglaterra, grande parte dos imóveis estão sujeitos a um *leasehold*.

De modo sucinto, a Coroa inglesa – por meio da organização governamental *HM Land Registry*⁷⁸⁵ – é proprietária de grande parte dos imóveis em Londres e em outras cidades da Inglaterra. Ela, então, “vende” aos particulares uma espécie de direito real de propriedade sob um termo resolutivo (geralmente um prazo de 90 anos ou 120 anos). Esse particular poderá atuar como um proprietário durante esse período. Pode, inclusive, vender o imóvel. Mas o adquirente só terá o direito real de propriedade pelo restante do tempo estipulado no termo resolutivo. Ao advir o termo, o direito de propriedade extingue-se, e a Coroa reassume a propriedade. A Coroa, porém, na prática, “vende” novamente a propriedade ao particular interessado sob um termo resolutivo.

⁷⁸⁴ Paulo Henrique das Fonseca desenvolve tese de doutorado discutindo vantagens da enfiteuse (Fonseca, 2022)

⁷⁸⁵ O site oficial é este: <https://www.gov.uk/government/organisations/land-registry>. A HM Land Registry mantém outras atividades, como as de registro dos imóveis na Inglaterra e no País de Gales, à luz da lei chamada *Land Registration Act 2002*, que sucedeu a antiga lei de registro, ao *Land Registration Act 1925* (Gov.uk, 2021).

De modo mais técnico, não se trata propriamente de uma “venda”, e sim de uma instituição de um *leasehold*. A *HM Land Registry* é o *landlord* (ou *freeholder*), ao passo que o particular é o *leaseholder*.

No regime do *leasehold*, o *leaholder* pode ser obrigado a pagar ao *landlord* um valor anual chamado de *ground rent*. Esse pagamento anual, porém, está em decadência especialmente após a reforma legislativa ocorrida em 2022 por meio da lei chamada *Leasehold Reform Act 2022*. A reforma legislativa ainda está sob pendência de implementação e, entre outras medidas, afasta a cobrança do *ground rent* para novos *leaseholds*⁷⁸⁶.

Assim, ao “comprar” um imóvel na Inglaterra, é preciso identificar se trata de um imóvel livre de qualquer restrição (de um *freehold property*) ou se se cuida de um imóvel sob *leasehold*.

Se se cuidar de um *freehold property*, o adquirente terá o direito real de propriedade pleno⁷⁸⁷. Se, porém, se cuidar de um *leasehold property*, o adquirente terá uma propriedade que se resolverá com o advento do termo, hipótese em que lhe caberá buscar “recomprar” o imóvel por mais um prazo. O preço do *leasehold property*, obviamente, costuma ser mais em conta do que um *freehold*.

Como a quantidade de imóveis em Londres sob regime de *leasehold* é elevado, isso justifica o porquê de ser comum ouvir juristas dizerem que o povo inglês é um “povo locatário”, e não um “povo proprietário”.

A exposição do *leasehold property* britânico foi feita de modo mais simplificado, pois o objetivo aqui não é esmiuçá-lo. Colimamos apenas expor que essa figura jurídico-real inglês parece-nos útil para problemas brasileiros no aproveitamento dos imóveis.

O *leasehold* inglês, na prática, desestimula o ócio proprietário e as finalidades meramente especulativas. Dificilmente alguém será titular de um *leasehold estate* para deixar o imóvel “trancado” e inexplorado, tendo em vista não apenas os valores anuais cobrados (*grand rent*), mas também a aproximação do advento do termo resolutivo da propriedade.

⁷⁸⁶ Gov.uk, 2022-A; Gov.uk, 2022-B; HomeOwners, 2022-A.

⁷⁸⁷ A expressão “direito real de propriedade pleno” é empregado aqui pela analogia com o regime de direitos reais das famílias do *civil law*, mas, a rigor, não se trata da nomenclatura empregada no direito das famílias do *common law*.

Outra vantagem que aparenta existir é que o *leasehold* inglês é salutar à circulação de riquezas sob a perspectiva intergeracional. Herdeiros receberão um direito real de propriedade perto de resolver. Caber-lhe-ão, portanto, buscar exercer atividades econômicas para poder “comprar” seu próprio imóvel, o que estimulará a circulação de riquezas.

No Brasil, a ideia do *leasehold* poderá ser útil para enfrentar, a longo prazo, problemas de ociosidade proprietária. Talvez ele possa ser útil para orientar políticas de regularização fundiária: no lugar de outorgar o direito real de propriedade pleno, por que não entregar apenas um direito real de propriedade sujeito a um termo resolutivo que, ao menos, garanta a exploração do imóvel pelo ocupante até a própria morte? Se o Poder Público figurar como o *landlord*, os valores recebidos com a “venda” do *leasehold* ou com os valores anuais (*grand rent*) poderiam ser revertidos em proveito de políticas habitacionais.

Deixamos claro que a reflexão acima consiste apenas em hipóteses que dependeriam de estudos mais detalhados para serem confirmadas. Deixamos, para outra ocasião, esses estudos científicos para teste dessa hipótese.

Por ora, o que nos importa é realçar que não podemos condenar um instituto jurídico-real por si só, como a enfiteuse⁷⁸⁸. É preciso levar em conta a realidade de cada país e pensar em soluções criativas no manuseio da figura jurídico-real antes de exarar um veredito.

Em suma, os direitos reais possuem um papel socioeconômico indiscutível para a sociedade e para o desenvolvimento de um país.

O sistema de *numerus clausus*, por envolver maior clareza das regras acerca dos efeitos jurídicos de cada direito real, reduz os custos de transação e, sob essa ótica, apresenta vantagens.

Os direitos reais só devem ser criados quando os benefícios econômicos ou sociais dessa nova figura superar os custos de transação causados a terceiros. Eventualmente, no processo de criação do novo direito real, podem-se realizar alterações em outras regras (de outros direitos reais, de responsabilidade civil ou de outros ramos jurídicos) como formas de compensação.

⁷⁸⁸ Paulo Henrique da Fonseca (2016), após examinar o instituto da enfiteuse (e suas variações em diversos países), instiga reflexões favoráveis a esse instituto jurídico-real.

Além disso, a clareza quanto ao seu conteúdo e aos efetivos efeitos jurídicos deve guiar a criação de um novo direito real, a fim de deixarem hialinas as “regras do jogo” e, assim, evitar um cenário de insegurança jurídica.

No sistema de *numerus clausus*, essa avaliação de custo-benefício do novo direito real e essa preocupação com a clareza normativa incumbirão ao Poder Legislativo, mediante um processo legislativo que, em tese, atravessa o amadurecimento fruto do debate de todos os setores da sociedade.

Não caberão essa avaliação de custo-benefício e essa normatização aos indivíduos isoladamente considerados por meio de seus negócios jurídicos nem aos tribunais.

Deixar aos indivíduos a tarefa de criar direitos reais aumentaria o risco de direitos reais ininteligíveis ou com restrições que poderiam esvaziar total ou parcialmente a utilidade socioeconômica de um imóvel.

Quanto aos principais fundamentos do sistema do *numerus clausus*, podemos sistematizar quatro.

O primeiro é o princípio da legalidade. Como os direitos reais vinculam terceiros – o que exige lei à luz do princípio da legalidade (segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei⁷⁸⁹) –, os direitos reais dependem de previsão legal. Não podem ser instituídos pela vontade de um indivíduo apenas.

O segundo é a necessidade de lei para definir as preferências creditórias para hipóteses de concorrência de credores. Os direitos reais com finalidade de garantia de crédito outorgam ao credor uma ordem de preferência na execução da coisa diante de outros credores sem garantia. Essa ordem de preferência creditória tem de ser dada por lei. No Brasil, essa ordem de preferência creditória é dada especialmente pelos arts. 955 ao 965 do Código Civil e, quando couber, a Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005).

A propósito, na prática legislativa, é comum haver debates severos diante de projetos de leis que criam novos direitos reais com finalidades de garantia. Por exemplo, é comum que, no Parlamento, o Poder Público tenha uma postura de maior resistência a projetos de lei que criem novas hipóteses de patrimônio de

⁷⁸⁹ Art. 5º, II, da Constituição Federal.

afetação em favor de credores privados. O motivo é que o patrimônio de afetação, na prática, pode frustrar a cobrança de créditos fiscais diante da preferência creditória em favor do beneficiário do patrimônio de afetação⁷⁹⁰. Se, por exemplo, empresários passarem a constituir patrimônio de afetação para garantir determinadas obrigações, o Fisco, ao cobrar créditos fiscais nascidos posteriormente, ficará “a ver navios” se inexistirem outros bens penhoráveis além daqueles que foram objeto da segregação patrimonial.

O terceiro é o fato de as limitações à propriedade (notadamente as imobiliárias) são muito caras ao Estado como um todo. O território – que corresponde ao solo – é um elemento do Estado, ao lado da população e do governo (conforme Teoria Geral do Estado). O regime de direito real incidente sobre o imóvel é essencial para o desenho institucional do próprio país. Há, portanto, interesse público no regime jurídico-real. Políticas habitacionais e ocupacionais precisam encontrar suporte jurídico-real para sua implementação. O ócio proprietário deve ser combatido. Assim, como o Parlamento é, em tese, a concha acústica na qual repercurte mais diretamente a vontade do povo, é dele que deve sair as opções jurídico-reais do país: lei, portanto, é que deve listar os direitos reais permitidos.

O quarto fundamento do sistema de *numerus clausus* é a necessidade de reduzir os riscos de direitos reais ininteligíveis ou extravagantes, os quais podem reduzir a utilidade socioeconômico do bem ou, até mesmo, retirar totalmente o bem do tráfego jurídico.

3.3.2.2. Reflexões sobre a tipologia *numerus quasi-clausus* ou *numerus semi-clausus*

Os negócios jurídicos possuem dupla função⁷⁹¹: (1) viabilizar o exercício da liberdade de criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas; e (2) permitir a liberdade em modelar o conteúdo dessas relações ou situações jurídicas.

A primeira função (a de viabilizar a criação, modificação ou extinção de relações ou situações jurídicas) reporta-se ao fato de que a autonomia privada

⁷⁹⁰ Oliveira, 2021-A.

⁷⁹¹ Díez-Picazo, 2008, p. 161.

decorre da vontade individual. Direitos reais constituídos de forma forçada existem, mas são exceções (ex.: usufrutos legais, hipotecas legais, servidões forçadas, transmissão forçada da propriedade etc.). A regra é que os direitos reais decorram da vontade individual e, por isso, ligam-se àquela primeira função dos negócios jurídicos.

A segunda função dos negócios jurídicos (a de respaldar a liberdade na modulação de relações ou situações jurídicas) é a que justifica as partes poderem dos moldes ou categorias legais para criar negócios jurídicos atípicos. Considerando que os negócios jurídicos são comumente utilizados no *iter* de constituição de direitos reais⁷⁹², essa segunda função conecta-se com o debate acerca dos direitos reais atípicos.

Como se vê, o princípio da autonomia privada conecta-se com o debate relativo à viabilidade ou não de criação de direitos reais atípicos.

O princípio da autonomia privada, embora domine o Direito Privado patrimonial, não é de caráter absoluto: há limites decorrentes de normas de ordem pública⁷⁹³.

Não é diferente no campo dos direitos reais.

A criação de direitos reais por vontade dos particulares não pode ser totalmente livre por conta do interesse público que paira sobre a propriedade. A autonomia privada é um princípio geral. Criam-se, modificam-se ou extinguem-se direitos reais a partir do jogo da vontade privada. Há, porém, limites. Não se pode, por exemplo, criar direitos reais proibidos em lei, a exemplo, na Espanha, da *subenfiteusis*, que é vedada pelo art. 1654 do Código Civil espanhol⁷⁹⁴.

O direito de propriedade – entendido como um direito fundamental – está relacionado com a liberdade de cada indivíduo. O regime jurídico-real está diretamente relacionado com a liberdade dos indivíduos. Se o regime jurídico-real desestimular a circulação de bens, onerar demasiadamente a aquisição dos bens, consentir com a inutilização das coisas, induzir o subaproveitamento dos bens, o Estado, a Economia e Sociedade sofrerão com isso. Os direitos reais carregam, em

⁷⁹² Há diferentes sistemas jurídicos para a constituição de direitos reais, como os sistemas que exigem título e modo e os que se satisfazem só com o título. Sobre o tema, reportam-nos a Mónica Jardim (2018), cuja visão sobre os sistemas de registos públicos no mundo foi objeto de exame em artigo nosso (Oliveira, 2021-B).

⁷⁹³ Díez-Picazo, 2008, p. 131.

⁷⁹⁴ Díez-Picazo, 2008, p. 132.

si, interesse público, extraído da função social, da função econômica, da circulação de riqueza e da própria dignidade da pessoa humana.

A liberdade irrestrita na criação de direitos reais daria azo a que as partes criassem direitos reais fruto de delírios mercenários e desconexos com a razão de ser e com a função social da propriedade. É o caso, por exemplo, de um direito real que estabelecesse deveres de pagamento de determinados valores no caso de eventos futuros.

Suponha que um indivíduo onere um imóvel com um direito real extravagante que estabeleça o direito a receber o valor de 100% do valor do imóvel por parte dos novos adquirentes sempre que um determinado time de futebol ganhe o campeonato.

Ou pense em um cidadão que, com cupidez, estabeleça um direito real que lhe assegure o direito a receber 10% do preço do imóvel sempre que houver alienações futuras.

Haveria o risco de desejos mercenários e extravagantes de determinados indivíduos em transformarem os negócios imobiliários em novas formas de jogos de azar, com direitos reais exóticos que assegurariam créditos em favor de um determinado indivíduo sempre que ocorram determinados eventos futuros.

O mais grave é que, a rigor, esses direitos reais obtusos poderiam ser perpétuos, o que, no final das contas, poderia condenar definitivamente ao ócio ou ao ostracismo determinados bens.

Não se trata de especulações meramente acadêmicas ou cerebrinas. A jurisprudência da África do Sul e da Espanha ilustra os riscos de invencionismos argentários dos indivíduos em matéria de criação de direitos reais (item 2.3.4.3 e item 2.3.4.4.).

A censura a essas pretensões mercenárias não é apenas por conta da censura moral a rendimentos desconectados do trabalho ou da produção econômico. É também pelo fato de direitos reais exóticos como os citados acima poderiam chegar ao ponto de esvaziar a utilidade prática do bem, diante do desinteresse de terceiros em titular uma coisa com ônus reais exagerados.

Outro risco em deixar incontida a vontade na criação de direitos reais é a emergência de direitos reais ininteligíveis ou com insuficiência informacional acerca do seu regime jurídico. Haveria brutal insegurança jurídica que poderia esvaziar a utilidade dos bens. Imóveis onerados por direitos reais enigmáticos ficariam excluídos do comércio: nenhum credor confiaria em instituir garantias reais sobre eles; adquirentes hesitariam em adquirir bens com gravames; negócios deixariam de ser feitos por conta de ônus reais indecifráveis.

Em um raciocínio *ad absurdum* – que demonstra o descabimento da liberdade irrestrita na criação de direitos reais –, basta imaginar se todos os imóveis do país estivessem onerados por um direito real ininteligível. A economia, a sociedade e o Estado colapsariam.

De fato, a existência de uma lista legal e taxativa de direitos reais favorece os cálculos de terceiros adquirentes, estimulando-o a circulação e a exploração de bens⁷⁹⁵.

Também há riscos para além do âmbito jurídico-real, notadamente se a liberdade irrestrita na criação de direitos reais alcançasse garantias reais. No caso de concorrência de credores – como se dá em procedimentos como o de falência, de insolvência civil e até de pluralidade de penhoras sobre um mesmo bem –, a ordem de preferência dos créditos é essencial para definir quem será contemplado. Essa ordem de preferências creditórias é estabelecida por lei. Com base nessa ordem, os credores calculam seus riscos, estimam os preços de seus produtos e avaliam os riscos de suas atividades.

Caso o particular, por indisciplinada vontade pessoal, pudesse criar direitos reais livremente com finalidades de garantia, essa ordem de preferência creditória poderia ser subvertida. Basta imaginar um titular de um imóvel que crie um regime de patrimônio de afetação sobre seu imóvel para garantir determinados créditos sem previsão legal ou que crie um direito real de garantia que outorgue preferência absoluta a um determinado credor. Nesses casos, todos os demais credores seriam frustrados pela alteração da ordem legal de preferências creditórias e poderiam amargar com o “calote”. Esse cenário de insegurança jurídica inibiria a circulação de crédito e, por consequência, prejudicaria o desenvolvimento de todo o país.

⁷⁹⁵ Díez-Picazo, 2008, p. 142.

Não é por outro motivo que, na Espanha, José Luis Lacruz Berdejo entende que não é cabível a criação de direitos reais de garantia completamente novos. Admite-se, no máximo, a modelagem de direitos reais de garantia já disciplinados em lei. Não se pode admitir que a vontade de um indivíduo subverta a ordem legal de preferências creditórias⁷⁹⁶.

Aliás, ainda sob a ótica do direito espanhol, Luis Díez-Picazo defende que vigoram a tipicidade e o *numerus clausus* para os direitos reais de garantia. Isso, porque esses direitos fixam preferências creditórias a influir no princípio do *par conditio creditorum*. Isso explica a postura da jurisprudência registral espanhola em negar pactos de constituição de direitos reais de garantia, a exemplo do caso de renda vitalícia garantida com um imóvel⁷⁹⁷.

A criação de direitos reais totalmente novos pelos particulares também ensejaria problemas operacionais, como a dificuldade de os registradores promoverem a qualificação registral dos títulos. Um modelo fechado (*numerus clausus*) facilita a qualificação dos títulos pelos oficiais de registro de imóveis por conta do fácil cotejo com o figurino legal⁷⁹⁸.

Não é só a doutrina que evidencia problemas do modelo aberto; a história também.

Como já realçado (item 3.2.), a partir da Idade Média, foi criado um “caos” nos arranjos jurídico-reais, para valer-se de expressão de José Luis Lacruz Berdejo⁷⁹⁹. Houve multiplicação desordenada de direitos reais em quase todos os Estados da Europa. Criaram-se figuras que prestigiavam “rentistas ociosos”, que, sem qualquer contrapartida socioeconômica relevante, assumiram postura parasitária em receber receber “rendas” de imóvel explorado por terceiros. Nasceram direitos reais que oneravam demasiadamente a coisa, a ponto de desestimular o seu tráfego negocial. Essa multiplicação de direitos reais foi corolário de vínculos feudais e quase-feudais (no que se incluem figuras como domínio direto, domínio útil, situações subenfitêuticas etc.)⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ Berdejo 2008, p. 18.

⁷⁹⁷ Díez-Picazo, 2008, p. 158-160.

⁷⁹⁸ Díez-Picazo, 2008, p. 142.

⁷⁹⁹ Berdejo, 2008, p. 11.

⁸⁰⁰ Díez-Picazo, 2008, p. 112-112.

Não havia esse cenário caótico anteriormente. Aliás, na Roma Antiga, havia poucas figuras reais, embora não se pudesse falar em direitos reais propriamente ditos, e sim em ações *in rem*, conforme já expusemos (item 3.2.).

A movimentação histórica no período das revoluções liberais foi pelo fim desse “caos”, com extinção desse modelo. A adoção da tipologia do *numerus clausus* por alguns países foi uma das reações. Assim, do ponto de vista da função social e econômica, a tipologia de *numerus apertus* pode ser daninha, por refugiar juridicamente pretensões contrárias ao bem-estar da sociedade e da economia.

A segurança jurídica do *numerus clausus* também precisa ser realçada. Adquirentes e terceiros possuem maior segurança jurídica. Só ao ouvirem o nome de um direito real previsto lei, eles já saberão o seu conteúdo, que pode ser modelado pelas partes apenas dentro das opções legalmente permitidas. O modelo de tipicidade real coaduna com o interesse público de clareza do regime jurídico da propriedade, que gera um dever geral de conduta a ser observado por terceiros⁸⁰¹.

Além disso, o perfil fechado de direitos reais reduz brutalmente o risco de direitos reais ininteligíveis ou de direitos reais “parasitários” aos moldes da Idade Média, o que dialoga com o interesse público em prestigiar o tráfego real e em estimular a exploração econômica dos bens.

Há, porém, pontos positivos no sistema de *numerus apertus*. Citamos estes três pontos principais:

- a) prestígio ao princípio da liberdade individual;
- b) maior recepção jurídica ao desenvolvimento social e econômico diante da maior facilidade em acomodar novos arranjos jurídico-reais em conformidade com as novas necessidades do mercado e da sociedade;
- c) maior facilidade para recepcionar situações jurídico-reais transnacionais, favorecendo processos de adaptação de direitos reais estrangeiros.

Os pontos negativos do sistema de *numerus apertus* desaconselham a adoção pura desse modelo.

⁸⁰¹ Berdejo, 2008, p. 12.

A realidade é que, como lembra Luis Díez-Picazo, a categoria de direitos reais satisfaz exigências práticas de obter uma maior proteção de um direito. Um direito é mais bem protegido se for real do que obrigacional⁸⁰². Por isso, cada ordenamento desenha-se de modo a definir o âmbito de aplicação dos direitos reais, conforme pretenda assegurar maior ou menor grau de proteção aos direitos.

O paradoxo é que, caso o ordenamento jurídico seja excessivamente concessivo com a criação de novos direitos reais, isso poderá ocasionar um efeito reverso: o comprometimento da função socioeconômica da propriedade.

Essa liberdade – se irrestrita – poderia desaguar na criação de direitos reais ininteligíveis (cujo conteúdo é de difícil compreensão), de direitos reais “parasitários” (que criam “rentistas ociosos” a serem abastecidos pelo pagamento de valores pelo titular do direito real sem qualquer contrapartida socioeconômica relevante) e de direitos reais excessivos (que esvazia a utilidade do bem perante terceiros ou que contraria a função socioeconômica, o que revela uma “doença” grave em termos socioeconômicos).

Essa incontinência poderá gerar um estoque de bens mutilados, inutilizados, subexplorados ou adoentados no país em contrariedade à função socioeconômica da propriedade. Considerando que os bens (especialmente os imóveis) soem ser recursos limitados (problema da escassez), o estrago dessa montanha de “bens fora do comércio” ou acometidos de grave patologia será catastrófico ao desenvolvimento social e econômico de um país.

De fato, um sistema totalmente aberto de direitos reais daria espaço a ideias exóticas de criação de direitos reais, a exemplo do vendedor de um imóvel que tentaria impor, como restrição de uso ao comprador, o dever de explorar economicamente o bem mediante a contratação de mão de obra composta apenas por indivíduos que morem na comunidade local⁸⁰³.

Figuras heterodoxas como essas, se escaladas em nível nacional, comprometeria o tráfego imobiliário e atravancaria a própria economia. Basta imaginar que, em um município, 90% dos imóveis estivessem onerados por um direito real atípico exigindo o uso do bem apenas para exploração agrícola. Isso impediria mudança futura do perfil da cidade, com expansão das áreas urbanas. Os

⁸⁰² Díez-Picazo, 2008, p. 112.

⁸⁰³ Esse exótico exemplo foi um caso concreto apreciado na Espanha: *Resolución de 23 de noviembre de 1934*. Tratamos dele no item 2.3.4.4.

caprichos individuais acabariam mutilando irreversivelmente os direitos reais imobiliários e, por consequência, retirariam dos imóveis a sua potencialidade de acomodar as movimentações naturais da sociedade e das cidades ao sopro do interesse público.

Pode-se, ainda, pensar em situações mais exóticas. Imagine direito real atípico proibindo construções no imóvel e exigindo uso apenas para uma única atividade comercial específica (ex.: uma padaria).

Ou pense-se em direitos reais exigindo que os novos proprietários de um imóvel só utilizem o bem para fins religiosos, exemplo esse que não é cerebrino: já foi analisado na Espanha, conforme já tratamos⁸⁰⁴.

Até direitos reais proibindo que estrangeiros ou pessoas nascidas em outras cidades venham a adquirir o direito real de propriedade.

O psicodelismo iria além para confortar intentos parasitários totalmente contrários à vocação natural dos direitos reais (que é a circulação econômica). O vendedor, por exemplo, poderia impor um direito real por meio do qual os novos donos dos imóveis deveriam pagar 10% do lucro obtido com qualquer exploração econômica desenvolvida na coisa. Formas exóticas de enfiteuse puluariam, se a porta da criação a direitos reais não contivesse qualquer filtro.

Vontades individuais não podem mutilar direitos reais de propriedade sem suporte legal ou, no mínimo, sem conexão com as características estruturais dos direitos reais.

Os direitos reais não podem ficar entregues ao puro arbítrio do invencionismo da autonomia privada, qual uma folha à deriva sob os chicotes dos ventos da arbitrariedade.

Por outro lado, se o ordenamento jurídico for extremamente fechado, prejuízos sob a ótica socioeconômica também descortinarão, especialmente pela porta fechada que o mercado e a sociedade encontrarão para acomodar juridicamente novos negócios e novos arranjos reais.

⁸⁰⁴ Tratamos no item 2.3.4.4., ao analisarmos a *Resolución de 7 de julio de 1949*, da *Dirección General de los Registros y del Notariado* (DGRN) da Espanha.

Como se diz na sabedoria oriental, ao segurar um pássaro com as mãos, não se pode empregar muita força, sob pena de matá-lo, nem muita frouxidão, sob pena de perdê-lo: *virtus in medius est*.

Entendemos que o modelo ideal é um sistema de *numerus semi-clausus* (também chamado de *numerus quasi-clausus*).

Nesse modelo de tipologia de *numerus semi-clausus*, devem-se incluir não apenas os direitos reais propriamente ditos, mas também figuras como as de direito obrigacional com eficácia real.

Na Espanha, por exemplo, há forte tendência em deferir proteção real a direitos de natureza pessoal. O motivo é garantir maior segurança a credores e ao mercado. Como exemplo, Díez-Picazo cita os direitos de preferência e de retrato (*derechos de tanteo y de retracto*) nos casos de aquisição de bens bem como situações de proteção de terceiros mediante vínculos especiais (ex.: urbanísticos) da propriedade⁸⁰⁵.

Díez-Picazo, com base no art. 7º do Regulamento Hipotecário espanhol, reconhece três situações jurídico-reais: (1) os direitos reais típicos; (2) os direitos atípicos; e (3) os pactos ou contratos com transcendência real que carecem de um nome próprio em direito (*negócios reales innominados*)⁸⁰⁶. Estes últimos abrangem os direitos de natureza pessoal que recebem eficácia real.

No Brasil, em regra, os direitos obrigacionais com eficácia real costumam conter uma permissão legal, o que é fruto do modelo de *numerus clausus* (que acaba alcançando também essas espécies de direitos que não são propriamente direitos reais). De fato⁸⁰⁷:

Direitos reais são aqueles assim nominados em lei em razão do princípio da taxatividade.

Há, porém, direitos obrigacionais que, por força de lei, podem adquirir eficácia contra terceiros mediante sua publicação nos registros públicos. Trata-se dos direitos obrigacionais com eficácia real. São exemplos deles:

- a) a cláusula de vigência do contrato de locação no caso de alienação se for inscrita nos registros públicos (art. 8o, Lei no 8.245/91; art. 576, CC; art. 167, I, “3”, Lei no 6.015/73);
- b) o direito de preferência do inquilino em adquirir o imóvel urbano alugado (art. 33 da Lei no 8.245/91; art. 167, II, “16”, Lei no 6.015/73);
- c) caução de bens móveis e de bens imóveis em contrato de locação de imóvel urbano quando inscrita nos registros públicos (art. 38, Lei no 8.245/91).

⁸⁰⁵ Díez-Picazo, 2008, p. 112.

⁸⁰⁶ Díez-Picazo, 2008, p. 137.

⁸⁰⁷ Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 921.

Em relação às cláusulas especiais de compra e venda (retrovenda, venda a contento, preempção, venda com reserva de domínio e venda sobre documentos), consideramos que elas apenas representam formas de expressão do direito real de propriedade. Não são, pois, direitos reais autônomos nem direitos obrigacionais com eficácia real. No caso da venda sobre documentos, trata-se apenas de uma forma de presunção de tradição por meio da entrega de documento representativo da coisa. Nos demais casos, cuida-se de formas de condições suspensivas ou resolutivas que modelam o direito real de propriedade.

No Brasil, porém, há hipóteses de extensão dos efeitos de direitos obrigacionais contra terceiros mesmo sem uma previsão legal específica, apesar de envolverem direitos sobre bens. O fundamento utilizado é de cláusulas gerais, como a da boa-fé, a da função social e da vedação ao abuso de direito. Essas hipóteses costumam ser justificadas com base na doutrina do terceiro cúmplice, conceito amparado naquelas cláusulas gerais. Essa doutrina, por vezes, decorre da aplicação do conceito da *tutela externa do crédito*, que “tem relação com a função social dos contratos”⁸⁰⁸. Entendemos que hipóteses como as descritas na Súmula nº 84/STJ, na Súmula nº 308/STJ e no caso da penhora de imóvel em regime de multipropriedade anteriormente ao advento da Lei da Multipropriedade⁸⁰⁹ encaixam-se nesse contexto. Com efeito:

Terceiros podem ser alcançados por um contrato, seja positiva, seja negativamente. Trata-se da doutrina do terceiro cúmplice, também batizada de “terceiro ofensor”, de “terceiro ofendido” ou de “teoria da transpersonalização”. São três os fundamentos dessa doutrina: boa-fé objetiva, vedação ao abuso de direito e função social dos contratos.

O critério para vincular o terceiro ao contrato é aberto e subjetivo. Depende da constatação de que esse terceiro possui relevância para o contrato sob a ótica da boa-fé objetiva, da vedação ao abuso de direito e da função social. Essa relevância decorre tanto de uma conduta do terceiro contra o contrato quanto da ligação entre o terceiro e o objeto do contrato. Não há necessidade de previsão legal expressa para a aplicação da doutrina do terceiro cúmplice. Há, porém, um exemplo previsto no Código Civil: o aliciador de mão de obra, que é obrigado ao pagamento de indenização ao tomador do serviço (art. 608, CC).

Em suma, a ideia é a de que o terceiro pode ser alcançado pelo contrato se ele puder, de alguma forma, ser considerado “cúmplice” (daí doutrina do terceiro cúmplice).

(...)

3.7.1.5.2.3. Hipoteca e alienação fiduciária em garantia instituída pelo incorporador em imóveis residenciais: súmula no 308/STJ

Conforme a Súmula no 308/STJ, “a hipoteca firmada entre a construtora⁸¹⁰ e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

A súmula tem dois fundamentos. O primeiro é o clamor social causado pelos adquirentes de imóveis residenciais “na planta”. Esse clamor atrai a função social como um fundamento. O segundo é o estímulo conferido pela instituição financeira para que o incorporador “venda” imóveis na planta. O incentivo ocorre por meio de

⁸⁰⁸ Tartuce, 2022-A, p. 156.

⁸⁰⁹ Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 921.

⁸¹⁰ Na verdade, não é “construtora”, e sim “incorporadora”. O texto da súmula incorre em atecnia: incorporador é quem aliena imóvel “na planta”; construtor é quem edifica. É possível que uma mesma pessoa assumam os dois papéis, mas os institutos são diferentes.

contrato de mútuo entre a instituição financeira e o incorporador, a fim de municiá-la com recursos destinados ao custeio da construção. Trata-se da boa-fé objetiva (por meio da doutrina do terceiro cúmplice) como um fundamento. De forma sintética, a instituição financeira é cúmplice dos contratos de venda de imóveis na planta celebrados pelo incorporador com os adquirentes dos imóveis. Sendo assim, a instituição financeira estará sujeita a todos os efeitos do contrato de alienação do imóvel. Por esta razão, a hipoteca que a instituição financeira havia obtido como garantia do empréstimo não poderá incidir sobre os imóveis que forem efetivamente vendidos.

A lógica da Súmula nº 308/STJ é estendida também nas situações em que banco financiador do empreendimento seja propriedade fiduciária. O que interessa à aplicação do entendimento é se há estímulo ao incorporador a “vender” imóveis na planta (STJ, REsp 1576164/DF, 3a Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 23/05/2019).

O STJ restringe a extensão dessa súmula aos casos de imóveis residenciais, especialmente os que envolvem contratos sujeitos ao Sistema Financeiro de Habitação. Jamais se pode aplicar para aquisição de imóveis comerciais, ainda que seja “na planta” (STJ, AgInt no REsp 1702163/ PR, 4a Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 06/11/2019; AgInt no REsp 1613516/GO, 3a Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 29/11/2017).

3.7.1.5.2.4. Embargos de terceiro fundados em promessa de compra e venda não registrada¹⁵

3.7.1.5.2.4.1. Raiz da Súmula nº 84/STJ: credores do promitente vendedor vs promitente comprador

Imagine que a empresa Loteamento Total Ltda celebrou promessa de compra e venda de um lote em favor do João. João, por negligência, deixa de registrar a promessa de compra e venda na matrícula do imóvel perante o Cartório. Isso significa que ele não possui direito oponível contra terceiro. Caso o Banco do Brasil ajuíze uma ação de execução cobrando uma dívida da empresa Loteamento Total Ltda e, ao verificar que o lote em pauta está registrado ainda no nome dessa empresa executada, peça a penhora desse bem, indaga-se: João pode exitosamente afastar a penhora por meio de embargos de terceiro?

Sim. Com base da Súmula no 84/STJ, admitem-se os embargos de terceiro fundados em promessa de compra e venda, ainda que não registrada.

Sob uma visão mais literal da legislação, se um imóvel fosse objeto de promessa de compra e venda e esta não fosse registrada no Cartório de Imóveis, o promitente comprador possuiria apenas direito obrigacional com eficácia *inter partes*. O direito real de propriedade continuaria imaculado em nome do promitente vendedor.

Sob essa perspectiva, os credores do promitente vendedor estariam autorizados a penhorar os bens que estivessem em seu nome, incluindo o imóvel objeto de promessa de compra e venda não registrada no Cartório. Sem a garantia do registro, o promitente comprador, em princípio, perderia o imóvel em razão da penhora.

Acontece que, em nome da doutrina do terceiro cúmplice, o STJ caminha em sentido diverso por meio da Súmula no 84/STJ (“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”).

Para compreensão da jurisprudência do STJ, não basta a leitura dessa lacônica súmula. Esta não detalha como deverá ser julgado o mérito dos embargos de terceiro. É preciso atentar para os precedentes que geraram o verbete sumular.

Sob essa ótica, para o STJ, a procedência dos embargos de terceiro depende de que não estejam caracterizados os requisitos da fraude contra credores. Os requisitos são dois: (a) a presença do *eventus damini*, ou seja, a situação de endividado já existia anteriormente à alienação do bem pelo devedor e (b) a presença do *consilium fraudis*, ou seja, da prova de má-fé do terceiro adquirente. A má-fé é absolutamente presumida quando, antes do negócio translativo, constava da matrícula do imóvel o registro da penhora ou a averbação do ajuizamento da execução (art. 828, CPC; art. 54, parágrafo único, Lei no 13.097/2015). Em suma, entende-se que a penhora não deve prevalecer contra os

promitentes compradores, salvo se houver os requisitos da fraude contra credores (STJ, REsp 188/PR, 4a Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ Acórdão Ministro Bueno de Souza, DJ 31/10/1989).

O fundamento da Súmula no 84/STJ é a doutrina do terceiro cúmplice: em nome da função social e da boa-fé, o Banco (terceiro em relação à promessa de compra e venda), deve respeitar esse contrato. Prestigia-se o promitente comprador. Para o STJ, os indivíduos não costumam registrar as promessas de compra e venda, de maneira que prestigiar o credor em situações como essa poderia causar prejuízo social expressivo.

Por fim, como é o promitente comprador que dá causa à penhora embargada ao não ter dado publicidade ao seu título por meio do registro no cartório de imóveis, terá de arcar com as custas e os honorários advocatícios, ainda que tenha vencido no feito. É a Súmula no 303/STJ (“Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”).

(...)

3.7.1.5.2.4.5. Caso da penhora de direitos de adquirentes de unidades periódicas em regime de *time sharing* de modo contratual

Para o STJ, credores não podem penhorar imóveis que já foram objeto de contratos de *time sharing*, ainda que sem registro no Cartório de Imóveis. A penhora prejudicaria o direito dos titulares de direito de uso periódico do bem.

O fundamento utilizado pelo STJ foi o de que a *time sharing* seria um direito real, mesmo antes da Lei no 13.777/2018 (STJ, REsp 1546165/SP, 3a Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 06/09/2016). Há certa atecnia no argumento empregado. STJ poderia ter-se utilizado da doutrina do terceiro cúmplice. A ideia é a mesma: protege-se o multiproprietário que não registrou a aquisição da unidade periódica perante credores do alienante, à semelhança da hipótese contida na Súmula no 84/STJ.

Veja-se: se o proprietário tivesse vendido o imóvel a um terceiro de boa-fé que prudentemente registrou o contrato de compra e venda no Cartório de Imóveis, o entendimento do Tribunal não alcançaria os multiproprietários que não tiveram essa mesma cautela.

Assim, repelem-se somente as pretensões de penhoras de credores que se aproveitam do lapso de um terceiro que adquiriu imóvel de seu devedor, mas não promoveu o registro no Cartório de Imóveis.

O entendimento acima foi firmado antes da Lei da Multipropriedade (Lei no 13.777/2018), que criou a multipropriedade imobiliária como direito real de propriedade em regime de condomínio. Mesmo após essa lei, a tendência do STJ é seguir com a mesma orientação. Para aprofundamento, reportamo-nos à Seção “Direito das Coisas” desta obra.

De uma certa maneira, essa eficácia real (ainda que casuística) emprestada a direitos obrigacionais por força da aplicação da doutrina do terceiro cúmplice já representa uma flexibilização à tipologia de *numerus clausus*, que, como já se disse, alcança não apenas os direitos reais propriamente ditos, mas também os direitos obrigacionais com eficácia real.

Não abrangemos, aqui, limitações à propriedade em decorrência de regras de Direito Público, como as de índole urbanísticas. Elas têm fundamento em Direito Público e seguem fundamentos epistemológicos diversos do tratado neste estudo. Assim, uma limitação ambiental, por exemplo, seja ou não inscrita na tábua predial, está fora do espectro de debates ora travados acerca da tipologia dos

direitos reais. Trata-se de restrições aos direitos reais, mas a discussão sobre se eles devem ou não decorrer de lei escapa ao âmbito desta pesquisa.

Igualmente há de estender o raciocínio ora desenvolvido às obrigações *propter rem*⁸¹¹ e às titularidades *ob rem*⁸¹², como aponta Luis Díez-Picazo com razão⁸¹³. As obrigações *propter rem* irradiam efeitos contra terceiros adquirentes da coisa e, por isso, implicam uma mutação, ainda que indireta, no regime jurídico-real da coisa.

Portanto, na defesa que ora se faz da tipologia de *numerus semi-clausus* no Brasil, contemplam-se não apenas os direitos reais propriamente ditos, mas também os direitos obrigacionais com eficácia real.

A definição se um direito é real ou obrigacional não é cosmética. Além dos desdobramentos próprios da natureza de cada um desses direitos (como o *ius perseguendi* e a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais), há repercussões de índole operacional a depender de cada ordenamento.

No Brasil, por exemplo, há repercussões tributárias (ex.: há tributos reais que só recaem no tráfego de direitos reais, como o ITBI e o ITCDD), registrares (ex.: direitos obrigacionais não acessam o álbum imobiliário, ao menos em regra) e civis (ex.: escrituras públicas são exigidas para negócios translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 salários mínimos, conforme art. 108 do Código Civil). Definir se um direito é real ou obrigacional não é questão de mera etiquetagem com fins lítero-poético-recreativos.

A ideia de uma tipologia de *numerus semi-clausus* é, na prática, uma forma de conciliar o interesse público em manter previsibilidade, clareza e utilidade socioeconômica das propriedades com a necessidade de o direito acolher, com mais facilidade, necessidades jurídico-reais novas em decorrência das transformações socioeconômicas futuras. A ligeira abertura do sistema é uma espécie de válvula de escape para o acolhimento de figuras reais atípicas diante de novas necessidades socioeconômicas.

⁸¹¹ A propósito das obrigações *propter rem*, reportamo-nos à aprofundada dissertação de mestrado de Maurício Baptistella Bunazar (Bunazar, 2012).

⁸¹² As titularidades *ob rem* referem-se a vinculações de um direito real a outrem, como a da titularidade de uma vaga de garagem à titularidade de um apartamento em um condomínio edilício: se vender o apartamento, o titular terá de vender a vaga de garagem (Díez-Picazo, 2008, p. 160).

⁸¹³ Díez-Picazo, 2008, pp. 152 e 160.

3.3.2.3. Tipologia dos direitos reais no Brasil: presente e futuro

Atualmente, no Brasil, o art. 1.225 do Código Civil é escorregadio sobre a tipologia adotado para os direitos reais. Lista os direitos reais, sem valer-se de qualquer advérbio de exclusividade (como “só”, “somente” ou “exclusivamente”), o que dá espaço para controvérsia doutrinária sobre a adoção ou não de uma tipologia de *numerus clausus*.

O Superior Tribunal de Justiça, explorando essa controvérsia doutrinária, entendeu que a multipropriedade era um direito real mesmo antes de ser previsto como tal por meio da Lei nº 13.777/2018. O objetivo da alta corte brasileira foi proteger um terceiro que havia adquirido o direito de *time sharing* sobre duas semanas de cada ano, atreladas a uma fração ideal de 2/52 (dois cinquenta e dois avos) do imóvel. A gestão dos interesses dos vários multiusuários era feita por uma empresa, em nome da qual estava registrada a propriedade do imóvel⁸¹⁴. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça afastou uma penhora feita por um credor de uma empresa de multipropriedade sobre a totalidade do imóvel, julgando procedente os embargos de terceiros opostos pelo multiusuário⁸¹⁵.

⁸¹⁴ Apesar de, no voto de um dos julgadores do Superior Tribunal de Justiça, haver menção de que a fração ideal de 2/52 estava registrada em nome do terceiro multiusuário, essa informação parece imprecisa por dois motivos. O primeiro é que, no acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contra o qual foi interposto recurso ao Superior Tribunal de Justiça, o desembargador relator é expresso em afirmar o imóvel estava integralmente registrado em nome da empresa gestora. A divisão do imóvel em frações ideais não teria sido feita para fins registrais. O segundo motivo é que, se o credor pediu a penhora do imóvel, é porque, na matrícula, a devedora era quem constava como proprietária tabular. A propósito, veja este excerto do voto do relator no Tribunal de Justiça de São Paulo (Brasil, 2014):

Veja-se que a cessão de direitos de que a apelante foi cessionária, referente a 2/52 da casa 34, do loteamento Praia das Caravelas, Estrada de Cabo-Frio, Búzios, RJ, representados pelas semanas 11 e 12, não se trata de direito real de propriedade, mas sim obrigacional, uma vez que o imóvel foi registrado em nome da devedora, que figurou como centralizadora do contrato e organizadora da utilização periódica do bem.

⁸¹⁵ Veja a ementa do julgado (Brasil, 2016):

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME-SHARING). NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO REAL. UNIDADES FIXAS DE TEMPO. USO EXCLUSIVO E PERPÉTUO DURANTE CERTO PERÍODO ANUAL. PARTE IDEAL DO MULTIPROPRIETÁRIO. PENHORA. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O sistema time-sharing ou multipropriedade imobiliária, conforme ensina Gustavo Tepedino, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer no qual se divide o aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento) entre os cotitulares em unidades fixas de tempo, assegurando-se a cada um o uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano.

2. Extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a

O supracitado julgado, todavia, precisa ser lido com cautela, *cum grano salis*. Apesar de os julgadores terem-se valido da afirmação de que os direitos reais não seriam taxativos, não foram indicados quais seriam os parâmetros para a criação de direitos reais atípicos. É preciso ler o julgado com olhos no caso concreto: o que o Superior Tribunal de Justiça pretendia era repelir a pretensão de um credor que, em busca de bens penhoráveis, encontrou um lote que estava registrado em nome do devedor, mas que era, na prática, apenas administrado pelo devedor em favor de multiusuários. Ora, esse objetivo poderia ter sido alcançado pelo Superior Tribunal de Justiça mediante a aplicação da doutrina do terceiro cúmplice, a qual autoriza a eficácia de direitos obrigacionais contra terceiros. O caso poderia ter sido resolvido por meio da aplicação analógica da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça⁸¹⁶, que admite embargos de terceiros fundados em promessa de compra e venda não registrada.

Em outras palavras, temos por indevido afirmar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça teria previsto uma tipologia de *numerus apertus*.

Na verdade, o entendimento majoritário no Brasil é pela adoção de tipologia de *numerus clausus*. Os cartórios de registro de imóveis, por exemplo, na prática, não admitem registros de direitos reais atípicos. A doutrina brasileira majoritária acena nesse mesmo sentido e, por isso, não costuma desenvolver

liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de *numerus clausus*.

3. No contexto do Código Civil de 2002, não há óbice a se dotar o instituto da multipropriedade imobiliária de caráter real, especialmente sob a ótica da taxatividade e imutabilidade dos direitos reais inscritos no art. 1.225.

4. O vigente diploma, seguindo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais. Além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo.

5. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição.

6. É insubsistente a penhora sobre a integralidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade na hipótese em que a parte embargante é titular de fração ideal por conta de cessão de direitos em que figurou como cessionária.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp n. 1.546.165/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 6/9/2016)

⁸¹⁶ Súmula nº 84/STJ: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro” (Brasil, 1993).

critérios para a criação de direitos reais atípicos, visto que essa criação não seria admitida.

Entendemos que, no cenário legislativo atual, realmente o Brasil segue uma tipologia de *numerus clausus*. O fundamento principal e formal é que, como os direitos reais atingem terceiros (oponibilidade *erga omnes*), o princípio da legalidade – segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei – exige suporte legal expresso. O fato de o art. 1.225 do Código Civil listar os direitos reais sem valer-se de um advérbio de exclusividade é irrelevante. Portanto, para a criação de direitos reais, há necessidade de lei.

O *numerus clausus* no Brasil, porém, não significa impermeabilidade às transformações sociais e econômicas. O modelo fechado possui certa flexibilidade para acomodar novas necessidades jurídico-reais.

A primeira forma de acolhimento de novas necessidades é a edição de uma nova lei. Essa via, porém, é mais dificultosa, por conta dos transtornos próprios de um processo legislativo, que exige mobilização de parlamentares. Enquanto uma nova necessidade jurídico-real não assumir uma dimensão expressiva a ponto de despertar os interesses de associações e de setores relevantes do mercado, dificilmente o Parlamento será mobilizado. É difícil que interesses pontuais de determinados sujeitos sejam suficientes para mover as engrenagens do processo legislativo até o seu fim.

Há, porém, outras formas de acolhimento de novas necessidades.

Uma delas é a adoção de direitos obrigacionais com eficácia real, o que é admitido à luz da tutela externa do crédito, fundada na boa-fé objetiva (da qual decorre a doutrina do terceiro cúmplice). O Poder Judiciário poderá, em determinados casos concretos, proteger direitos diante de terceiros de má-fé. Essa postura já é assumida no Brasil, conforme já mencionamos alhures (item 3.3.2.2.).

Mais uma forma é, ao nosso sentir, o acolhimento de direitos reais estrangeiros desconhecidos do rol brasileiro de direitos reais, ainda que modo excepcional. Tratamos desse tema no item 3.3.1.2., ao lidarmos com o critério da tipologia de *numerus semi-clausus* de direitos reais. Mesmo sem uma previsão legal expressa, entendemos que o sistema brasileiro atual, apesar de ser perfilhado ao sistema do *numerus clausus*, pode ser excepcionado para acomodar direitos reais estrangeiros de modo excepcional. O princípio da harmonização internacional dos

direitos reais credencia tal interpretação. Esse princípio pode ser utilizado para interpretar o art. 1.225 do Código Civil, que, como já se disse, deixou as portas abertas para o debate sobre a taxatividade dos direitos reais por não ter empregado nenhum advérbio de exclusividade ao listar os direitos reais.

Tal tarefa (a de recepcionar direitos reais estrangeiros desconhecidos da legislação brasileira) não seria exclusiva do Poder Judiciário, mas também poderia ser desempenhada por tabeliães e registradores. Inexiste previsão de reserva de jurisdição. Convém, contudo, que os tabeliães e os registradores sejam contidos nessa tarefa, consultando, por vezes, a respectiva Corregedoria-Geral de Justiça com o objetivo de evitar heterogeneidade de entendimentos entre os diversos cartórios da localidade. Os critérios para essa operação de “importação” foram tratados no item 3.3.1.2.

Outra forma de recepção de novas necessidades jurídico-reais dentro da tipologia de *numerus clausus* é a exploração criativa da plasticidade dos direitos reais.

De fato, os direitos reais típicos possuem uma plasticidade (ou elasticidade). Modelagens desses direitos reais dentro dos limites de sua plasticidade não significa uma violação ao princípio do *numerus clausus*. Trata-se de movimentos autorizados pelo tipo legal. Um dos princípios (ou atributos) do direito real de propriedade é o da plasticidade ou o da elasticidade, que pode ser assim resumido⁸¹⁷:

2.5.1. Princípio da plasticidade ou da elasticidade do direito real de propriedade

2.5.1.1. Noções gerais

O direito real de propriedade é o centro de todo o sistema dos direitos reais, pois os demais orbitam em torno dele. Ele é a matriz de todos os demais direitos reais, os quais acabam incidindo sobre a propriedade. Daí classificarem-se os direitos reais em duas categorias: os sobre coisa própria e os sobre coisa alheia.

O direito real de propriedade é o direito real sobre coisa própria por excelência. Embora o direito real de laje também seja um direito real sobre coisa própria, no nosso entendimento (remetemos o leitor ao capítulo desse direito real) a laje não passa de uma variação do direito real de propriedade com um outro nome de batismo.

Os demais direitos reais (usufruto, servidão, hipoteca etc.) são direitos reais sobre coisa alheia exatamente por serem meras compressões temporárias do direito real de propriedade, desdobrando ou restringindo os poderes inerentes. O usufruto, por exemplo, desdobra os poderes de usar e fruir em favor do usufrutuário. Ao se onerar a propriedade com um direito real sobre coisa alheia, a propriedade é contraída. Quando o direito real sobre coisa alheia se extingue, a propriedade se dilata.

⁸¹⁷ Oliveira e Costa-Neto, 2022, p. 941.

As compressões sobre a propriedade não decorrem apenas de direitos reais sobre coisa alheia. Os elementos acidentais do negócio jurídico (termo, condição e encargo⁸¹⁸) também podem fazer essa compressão, desde que tenham sido pactuados no ato de aquisição da propriedade. Não pode o proprietário, sozinho, gravar a própria propriedade com um desses elementos por falta de previsão legal.

Enfim, o direito real de propriedade, ao ser comprimido (tornando-se uma propriedade menos plena), sempre tende a retornar ao seu estado de plenitude, ou seja, sempre tende a voltar a ser uma propriedade plena, à semelhança do que acontece com uma liga elástica (a famosa “liguinha”), que sempre tende a voltar ao seu estado primitivo após ser esticada. A esse potencial do direito real de propriedade em ser comprimido ou elastecido dá-se o nome de princípio (ou de atributo, ou de característica) da plasticidade ou da elasticidade. Fala-se metaforicamente em “plasticidade” por enfatizar que a propriedade admite ser modelada de diversas formas (ex.: propriedade com condição resolutiva; propriedade onerada com usufruto etc.).

No direito espanhol, há precedentes da *Dirección General de los Registros y del Notariado* que associa a elasticidade dos direitos reais típicos à tipologia de *numerus apertus*, a exemplo da *Resolucion de 3 de septiembre de 2005, de Dirección General de los Registros y del Notariado* (já esmiuçada anteriormente – item: 2.3.4.4.).

Nesse julgado espanhol, admitiu-se uma hipoteca sob condição suspensiva. A hipoteca é direito real típico na Espanha. A colocação da condição suspensiva nesse direito real típico foi admitida como se se tratasse da criação de uma figura jurídico-real nova.

Não nos parece uma afirmação adequada. O fato de comprimir ou expandir os direitos reais típicos mediante utilização de elementos acidentais do negócio jurídico não representa uma flexibilização da tipologia do *numerus clausus*. É, na verdade, uma movimentação dentro das “quatro linhas” do referido direito real típico.

Se, porém, a modelagem de um direito real for feita além dessas linhas limítrofes traçadas pela lei, aí sim poder-se-ia falar em um abandono da tipologia de *numerus clausus*: afinal de contas, a figura daí resultante será nova, sem delimitação legal.

Entendemos que a plasticidade dos direitos reais típicos pode ser explorada dentro da tipologia do *numerus clausus*.

A linha divisória para a utilização dos elementos acidentais do negócio jurídico (termo, condição e encargo) sem desfigurar um direito real típico é cinzenta.

⁸¹⁸ Ressalvamos que, a rigor, o emprego de encargo para modelar direitos reais não é devido, salvo se ele vier a ser previsto como uma condição suspensiva ou resolutiva (Oliveira e Costa-Neto, 2022, pp. 945).

Também é nebulosa a linha divisória do cabimento na utilização desses elementos para modelar direitos reais, ainda que atípicos.

O parâmetro é que esses elementos não contrariem características essenciais e estruturais dos direitos reais.

Por exemplo, a *Dirección General de los Registros y del Notariado* (DGRN) da Espanha acertou quando negou o registro de um encargo (pactuado como condição resolutive no caso de seu descumprimento) que contrariava uma característica estrutural dos direitos reais: a necessidade de este recair propriamente sobre a coisa, e não sobre a pessoa. Tratamos desse caso anteriormente (item 2.3.4.4.): *Resolución de 23 de noviembre de 1934*, da DGRN⁸¹⁹.

No caso concreto, a cláusula havia sido aposta em um contrato de compra e venda e impunha ao comprador o dever de só explorar o imóvel para fins industriais e de, no mínimo, contratar 80% da mão de obra entre pessoas naturais do povo. O vendedor, na prática, queria obrigar o adquirente a utilizar o imóvel em favor da comunidade local: queria manter sua vontade pessoal sobre um imóvel que já não lhe pertencia.

Essa cláusula não possui natureza real na sua essência: diz respeito, na verdade, a uma espécie de dever vinculado essencialmente às partes, e não à coisa. A cláusula não implicava, na sua essência, uma limitação aos poderes inerentes à propriedade. Por essa razão, essa cláusula não poderia ingressar na tábua predial por falta de natureza real. Trata-se de um exemplo de malversação na modelagem de direitos reais por meio de elementos acidentais do negócio jurídico, exemplo que poderia ser estendido ao Brasil e a qualquer outro país que adote a teoria geral dos direitos reais.

Em suma, o cenário atual brasileiro é da adoção de uma tipologia de *numerus clausus*, com a margem de manobra própria da: (1) plasticidade dos direitos reais; (2) da utilização da boa-fé objetiva para emprestar a direitos obrigacionais eficácia contra terceiros de má-fé; e (3) do acolhimento de direitos reais estrangeiros em determinados casos concretos de transnacionalidade à luz do princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

⁸¹⁹ Díez-Picazo, 2008, p. 143.

Para o futuro, porém, defendemos a adoção de uma tipologia de *numerus semi-clausus*, também chamada de *numerus quasi-clausus*, com algumas adaptações. Mas, para tanto, seria necessária a edição de lei.

Chamamos de tipologia de *numerus semi-clausus* o modelo em que os direitos reais advêm da lei (direitos reais típicos) ou, com certas restrições, da vontade dos indivíduos (direitos reais atípicos). Distingue-se da tipologia de *numerus apertus*, porque há restrições à vontade criadora dos indivíduos.

Que restrições seriam essa?

Na Espanha e na África do Sul, vigora uma tipologia de *numerus semi-clausus*, apesar de a doutrina local tender a afirmar que se trata de *numerus apertus*, com ressalva de alguns doutrinadores, que, por exemplo, no caso da África do Sul, aponta para a tipologia de *numerus quase-clausus*⁸²⁰. A jurisprudência local exige que os direitos reais atípicos satisfaçam a determinados critérios (itens 2.3.4.3. e 2.3.4.4.). Trata-se de exigências feitas para distinguir os direitos reais atípicos de meros direitos obrigacionais.

No Brasil, entendemos que essas experiências espanhola e sul-africana poderiam ser incorporadas para, ao lado de outros elementos, passarmos a admitir uma tipologia de *numerus semi-clausus*.

Em suma, no modelo que defendemos para vir a ser adotado pelo Brasil no futuro mediante mudanças legislativas, os direitos reais atípicos poderiam ser criados sem a necessidade de lei, desde que houvesse confirmação por uma instância administrativa especializada no tema. Na prática, o direito real atípico teria de ser cancelado por essa instância administrativa.

Conviria que essa instância administrativa fosse um órgão integrado por juristas especializados em direitos reais e direito notarial e registral. Enquanto, porém, não fosse criada essa instância, a tarefa poderia ser desempenhada pelas instâncias administrativas que atualmente exercem papel de supervisão dos serviços notariais e registrais, quais sejam o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os Tribunais de Justiça dos Estados (geralmente por meio de suas respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça).

⁸²⁰ Van Erp, 2005.

As partes, portanto, submeteriam sua pretensão criadora de direito real atípico em um caso concreto ao exame dessa instância administrativa.

Caberia a essa instância administrativa avaliar se o direito real atípico poderia ou não ser admitido.

Em o admitindo, caberia à instância administrativa dar a devida publicidade de sua decisão, com o objetivo de permitir ciência pública da nova figura jurídico-real. Com essa ciência, outros sujeitos somente cogitariam em figuras diversas no caso de insuficiência dos direitos reais típicos e dos direitos reais atípicos admitidos pela supracitada instância administrativa.

Além disso, caberia à referida instância administrativa notificar o Parlamento, comunicando-o acerca de sua decisão. O motivo é disparar um alerta para uma omissão legislativa, à semelhança da comunicação feita pelo Supremo Tribunal Federal no caso de procedência de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Constituição Federal⁸²¹). O Parlamento, a seu turno, deverá avaliar a conveniência em regulamentar, por lei, a nova figura jurídico-real.

O motivo de, no modelo ora desenhado, exigir-se a chancela prévia de uma instância administrativa para a criação de direitos reais atípicos é reduzir os riscos sistêmicos próprios da tipologia de *numerus apertus*, a exemplo do nascimento de direitos reais ininteligíveis, de direitos reais parasitários, de direitos reais multiladores da utilidade socioeconômico da propriedade etc. Tratamos desses riscos alhures (item 3.3.2.2).

A atuação da instância administrativa na análise sobre o nascimento ou não de novos direitos reais não é arbitrária. Guia-se no exame ou não das presenças dos requisitos para a criação de novos direitos reais.

Esses requisitos devem ser extraídos da experiência do direito espanhol e do direito sul-africano, além de reflexões acerca do funcionamento dos modelos jurídico-reais de outros países e da evolução histórica dos direitos reais.

⁸²¹ Art. 103, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 103. (...)

(...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

(...)

Sob essa ótica, listamos estes critérios de admissibilidade de direitos reais atípicos:

- a) Critério da subsidiariedade;
- b) Critério do teste da subtração do domínio (*subtraction from the dominium test*);
- c) Critério da compatibilidade com o princípio do tráfego jurídico de bens;
- d) Critério da vinculação *in rem*;
- e) Critério da relevância socioeconômica;
- f) Critério da inteligibilidade;
- g) Critério da não subversão da ordem legal de preferências creditórias.

O *critério da subsidiariedade* significa que só se pode admitir a criação de novos direitos reais diante da insuficiência dos direitos reais já existentes. A criação de novos direitos reais é subsidiária. Nessa avaliação, é preciso levar em conta a plasticidade dos direitos reais já existentes. Somente na hipótese de inaptidão desses direitos reais já existentes – mesmo com as suas variações dentro dos limites de sua plasticidade –, é que se poderá admitir a criação de um novo direito real.

O *critério do teste da subtração do domínio* inspira-se no direito sul-africano, que, ainda que sob outro nome, é também acolhido pelo direito espanhol, conforme já expusemos (itens 2.3.4.3. e 2.3.4.4.). Só se deve admitir como reais direitos que efetivamente impliquem uma limitação aos poderes inerentes à propriedade. Direitos reais têm de acarretar, por sua natureza, uma “subtração” do domínio, assim entendida alguma restrição aos poderes inerentes à propriedade.

O *critério da compatibilidade com o princípio do tráfego jurídico de bens* dialoga com o direito espanhol, conforme já exposto alhures (item 3.2.). Novos direitos reais não podem impor restrições tão severas que, na prática, inviabilizem a circulação dos bens e afastem os interesses de novos adquirentes.

O *critério da vinculação in rem* exige que o novo direito real possua um vínculo com a coisa, ou seja, com os poderes inerentes à propriedade, e não com a

pessoa. Esse critério, por exemplo, censuraria a catalogação, como real, de “direitos parasitários” de índole pessoal, como o direito de um vendedor de um imóvel a receber prestações pecuniárias periódicas de futuros adquirentes do bem, a exemplo de casos que foram julgados na Espanha e que já foram expostos alhures (item 2.3.4.4.).

O *critério da relevância socioeconômica* estabelece a necessidade de só reconhecer como novos direitos reais aqueles que efetivamente satisfaçam a necessidades práticas dos indivíduos. Não se exige, para tanto, que haja uma grande quantidade de pessoas que seja atingida. Exige-se, apenas, que o novo direito real não seja fruto de um exercício meramente diletante ou acadêmico do proponente.

O *critério da inteligibilidade* é o que insta a clareza na descrição do direito real, com indicação clara e completa de seus efeitos jurídicos, do seu regime jurídico e das suas hipóteses de extinção. Evita-se, com isso, o nascimento de direitos reais enigmáticos, cujo regime jurídico seja obscuro e iniba o interesse de terceiros por conta da inviabilidade de realizar cálculos de riscos ou da excessiva onerosidade oriunda da titularidade real.

O *critério da não subversão da ordem legal de preferências creditórias* decorre da necessidade de respeitar a opção legislativa do país na ordenação das preferências creditórias. A ideia é evitar a criação de direitos reais de garantias atípicos que burlem a ordem de prioridade creditória fixado pelos credores. Essa ordem de preferência creditória é relevante especialmente no caso de concurso de credores, como na hipótese de pluralidade de penhoras sobre um mesmo bem ou na situação de processos concursais, como o de falências e o de insolvência civil. Não se pode, por um ato de vontade, driblar o *ranking* legal de preferências creditórias.

Com os critérios acima, é realmente muito difícil haver a criação de novos direitos reais. É que, na prática, os direitos reais típicos, com sua plasticidade, já conseguem acomodar as necessidades surgidas na sociedade. É por esse motivo que, na Espanha e na África do Sul, apesar da adoção de uma tipologia aberta de direitos reais, escasseiam exemplos de direitos reais atípicos que tenham efetivamente sido criados.

Seja como for, o reino dos direitos reais não é espaço para invencionismos incontidos. É terreno que exige ordem e controle, sob pena de deixar

a propriedade à deriva, perdida em meio a restrições reais parasitárias, heterodoxas, obscuras e deletérias. A liberdade na criação de direitos reais tem de ser exercida de modo disciplinado, porque o bem-estar socioeconômico do país depende também da saúde do tráfego de bens.

3.3.2.4. Hospitalidade da tipologia *numerus quasi-clausus* ou *numerus semi-clausus* a direitos reais estrangeiros

A tipologia de *numerus semi-clausus* é mais hospitaleira a recepção de direitos reais estrangeiras e, sob essa ótica, coaduna com o princípio da harmonização internacional de direitos reais.

Nesses casos, no lugar de ter de submeter-se o direito real estrangeiro a um procedimento de adaptação – tal qual já tratamos alhures (item 3.3.1.) –, esse direito poderá ser incorporado como um direito real nacional atípico. Não haverá necessidade de conversão substancial desse direito real estrangeiro: ele será nacionalizado tal como ele é, na qualidade de um direito real nacional atípico.

A tipologia de *numerus semi-clausus* concilia o dever de hospitalidade de os ordenamentos jurídicos perante situações jurídico-transnacionais com o interesse público nacional na tutela dos direitos reais, o que dialoga com o princípio da harmonização internacional dos direitos reais.

Cabe o alerta: essa tipologia não será salvo-conduto ao ingresso de qualquer direito real estrangeiro. Haverá necessidade de ele observar os pressupostos mínimos para tal categorização como direitos reais, tudo nos moldes do que foi explicitado alhures (item 3.3.2.3.).

Os direitos reais estrangeiros que não observarem os pressupostos mínimos para se enquadrarem como direitos reais nacionais atípicos deverão ser submetidos ao procedimento de adaptação de direito real estrangeiro: seu ingresso no sistema nacional dar-se-á mediante sua conversão substancial em outra figura mais próxima admitida nacionalmente.

Além disso, a tipologia de *numerus semi-clausus* colabora para a aproximação dos direitos reais nacionais com os estrangeiros, numa busca de espécie de homogeneização. Essa proximidade é importante, porque reduz custos de transação. Os ordenamentos jurídicos devem buscar ter soluções jurídico-reais

parecidas. Diferenças devem ser motivadas por idiossincrasias relevantes. Trata-se de mais uma diretriz do princípio da harmonização internacional dos direitos reais que é acomodada pela tipologia de *numerus semi-clausus*.

3.3.3. Diretriz no manuseio da exceção de ordem pública: visão flexível e internacionalizada

A ordem pública é um dos obstáculos à eficácia de atos jurídicos estrangeiros⁸²². No Brasil, por exemplo, o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é expressa nesse sentido:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Essa negativa de eficácia a atos estrangeiros contrários à ordem pública nacional é conhecida, no direito interancional privado, como exceção de ordem pública internacional.

Em razão do princípio da harmonização internacional dos direitos reais, é preciso ter cautela no manuseio da exceção de ordem pública diante de situações jurídico-reais estrangeiras.

A exceção de ordem pública é admitida no direito internacional privado como forma de impedir a extraterritorialidade de uma lei que agride a ordem pública de outro Estado⁸²³. O art. 35º do Regulamento Europeu das Sucessões⁸²⁴, por exemplo, estatui o seguinte:

Artigo 35.º

Ordem pública (ordre public)

A aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastado se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro.

A análise da compatibilidade da lei estrangeira com o direito do foro (*lex fori*) não pode ser feita com a mesma amplitude do controle de constitucionalidade de atos normativos locais. É que é necessário prestigiar a transnacionalidade. Não se pode pretender, com uma visão ampliativa da exceção

⁸²² Para aprofundamento, ver: Dolinger e Tibúrcio, 2020, pp. 445-491.

⁸²³ Há certo grau de subjetividade na definição de ordem pública (Humphreys, 2005).

⁸²⁴ Regulamento (UE) nº 650/2012 (Lex-eur, 2012-A).

de ordem pública internacional, nacionalizar direito estrangeiro. O conceito de ordem pública precisa ser flexibilizado, dentro de uma visão hospitaleira às situações jurídicas transnacionais. José Luiz Souza de Moraes (2020), com razão, segue essa linha na sua tese de doutorado.

O supracitado artigo 35.º do Regulamento Europeu das Sucessões também acena nesse sentido, ao valer-se do advérbio “manifestamente” para acentuar que só incompatibilidades manifestas com a ordem pública domésticas poderiam obstruir a eficácia de atos jurídicos estrangeiros.

Antonio Marques dos Santos manifesta-se favoravelmente a essa ideia, rotulando-a como um *efeito atenuado da ordem pública internacional* (Marques dos Santos, 1989, p. 562). Com base nas palavras do Procurador da República adjunto Flamant que atuou perante o Tribunal de Versalhes, Antonio Marques dos Santos defende “uma ordem pública que une as nações em vez de opô-las”, “que não varia de uma fronteira para outra”⁸²⁵.

O conceito de ordem pública precisa ser mais tolerante com situações jurídicas que nasceram legitimamente no exterior e que, por razões de transnacionalidade, reivindicam posteriormente efeitos com base na lei doméstica.

A título de exemplo, convém recordar o caso *Chemouni* (item 2.3.2.6.2.). Nele, o casamento polígamo nasceu legitimamente, mas, por conta da mudança de estatuto pessoal, a segunda esposa do tunisiano Chemouni reivindicou, com base na lei francesa, um efeito do casamento: o dever de pagar alimentos. O conceito de ordem pública não pode ser empregado para negar esse direito, levando em conta o contexto transnacional do caso.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça acena favoravelmente a uma noção mais internacionalizada e receptiva de ordem pública para situações transnacionais. É o que se infere do seu julgado em que se entendeu inexistir violação à ordem pública na cobrança, no Brasil, de dívidas de jogo contraída por brasileiro em Las Vegas, local em que se admitem jogos de azar⁸²⁶.

⁸²⁵ Marques Santos, 1989, p. 563.

⁸²⁶ Confira-se a ementa do julgado (Brasil, 2017):

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA. DÍVIDA DE JOGO. CASSINO NORTE-AMERICANO. POSSIBILIDADE. ART. 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. EQUIVALÊNCIA. DIREITO NACIONAL E ESTRANGEIRO. OFENSA À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA.

O princípio da harmonização internacional dos direitos reais chancela uma noção mais flexível e internacionalizada da exceção de ordem pública diante de situações jurídicas transnacionais.

Aliás, essa reflexão é também estendida para o ambiente europeu. Sjef van Erp reflete sobre a conveniência de uma tipologia de *numerus quasi-clausus* de direitos reais como uma característica importante para a harmonização dos direitos reais na Europa⁸²⁷. Defende que, de um lado, os modelos da família do *civil law* – que prestigiam mais o sistema do *numerus clausus* – precisam ser mais flexíveis para adotar uma tipologia de *numerus quasi-clausus*. Advoga, por outro lado, que os modelos da família do *common law* sejam mais disponível a restringir a criação de direitos reais pela vontade das partes. Conclui que essa aproximação das duas

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VEDAÇÃO. TRIBUNAL ESTADUAL. ÓRGÃO INTERNO. INCOMPETÊNCIA. NORMAS ESTADUAIS. NÃO CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA Nº 83/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA.

1. Na presente demanda está sendo cobrada obrigação constituída integralmente nos Estados Unidos da América, mais especificamente no Estado de Nevada, razão pela qual deve ser aplicada, no que concerne ao direito material, a lei estrangeira (art. 9º, caput, LINDB).

2. Ordem pública é um conceito mutável, atrelado à moral e a ordem jurídica vigente em dado momento histórico. Não se trata de uma noção estanque, mas de um critério que deve ser revisto conforme a evolução da sociedade.

3. Na hipótese, não há vedação para a cobrança de dívida de jogo, pois existe equivalência entre a lei estrangeira e o direito brasileiro, já que ambos permitem determinados jogos de azar, supervisionados pelo Estado, sendo quanto a esses, admitida a cobrança.

4. O Código Civil atual veda expressamente o enriquecimento sem causa. Assim, a matéria relativa à ofensa da ordem pública deve ser revisitada sob as luzes dos princípios que regem as obrigações na ordem contemporânea, isto é, a boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa.

5. Aquele que visita país estrangeiro, usufrui de sua hospitalidade e contrai livremente obrigações lícitas, não pode retornar a seu país de origem buscando a impunidade civil. A lesão à boa-fé de terceiro é patente, bem como o enriquecimento sem causa, motivos esses capazes de contrariar a ordem pública e os bons costumes.

6. A vedação contida no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais diz respeito à exploração de jogos não legalizados, o que não é o caso dos autos, em que o jogo é permitido pela legislação estrangeira.

7. Para se constatar se houve julgamento do recurso de apelação por órgão incompetente e se, no caso, a competência é absoluta, seria necessário examinar a competência interna da Corte estadual a qual está assentada em Resolução e no Regimento Interno, normas que não se revestem da qualidade de lei federal, o que veda seu conhecimento em recurso especial. 8. A juntada dos originais de documento digital depende de determinação judicial e, no caso dos autos, tanto o juiz de primeiro grau quanto a Corte estadual dispensaram a providência, dada a ausência de indícios de vício, não restando comprovada a violação do art. 365, § 2º, do CPC/1973.

9. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, sedimentada em recurso repetitivo, a ação monitoria fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo de 5 (cinco) anos, previsto para a cobrança de dívidas líquidas. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

10. Apesar de se tratar de processo monitorio, havendo dúvidas acerca do contexto em que deferido o crédito, de valor vultoso, sem a exigência de garantias, deve ser permitida a produção de provas em sede de embargos, sob pena de cerceamento de defesa.

11. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

(STJ, REsp n. 1.628.974/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 25/8/2017)

⁸²⁷ Van Erp, 2005.

famílias jurídicas (a do *civil law* e a do *common law*) pode ser mais bem alcançada sob o sistema de *numerus quasi-clausus* de direitos reais.

3.3.4. Reflexões sobre a flexibilização do *lex rei sitae*

Para reger o estatuto real, é recorrente a adoção da *lex rei sitae* (também chamada de *lex situs*) como elemento de conexão.

Considerando a tendência de adoção de uma tipologia de *numerus clausus* por grande parte dos países, a aplicação da lei do lugar da situação do bem para o estatuto real pode representar obstáculos ao exercício dos direitos dos sujeitos em situações de transnacionalidade.

De um lado, isso representa um ponto de tensão com o princípio da harmonização internacional dos direitos reais. De outro lado, o respeito à tradição jurídica e às particularidades domésticas justificam esse embaraço às relações jurídico-reais transnacionais.

Convém, porém, buscar um ponto de equilíbrio.

A doutrina e a legislação europeias já acenam para essa conciliação, conforme já expusemos no item 2.3.3.

E essa conciliação é buscada de três principais maneiras.

A primeira é fazendo concessões à autonomia privada, prestigiando o direito das partes de escolherem a lei a serem aplicada. Trata-se do que Afonso Patrão designa de *autonomia conflitual* ou do que também se pode designar de *professio iuris*⁸²⁸ ou *party autonomy*, conforme expusemos no item 2.3.3.2.

A segunda é pela progressiva aproximação das regras de direitos reais de cada país, numa busca de homogeneização regulatória. Com esse alinhamento normativo, a aplicação da *lex rei sitae* não carregará surpresas contra os sujeitos envolvidos em situações jurídico-reais transnacionais. À luz do princípio da harmonização internacional dos direitos reais, discrepâncias regulatórias só devem ser admitidas quando houver efetiva justa causa, assim entendida uma motivação assentada na tradição jurídica doméstica ou em alguma particularidade nacional.

⁸²⁸ Já discutimos o cabimento do uso da expressão *professio iuris* fora das situações de estatuto pessoal ou de estatuto sucessório (item 2.2.3.2.).

A terceira é pela adoção do chamado *escape clause*, também chamada de cláusula de escape, cláusula de salvaguarda, cláusula de exceção. Por essa cláusula, pode-se afastar a *lex rei sitae* em favor da aplicação da lei que ostente uma conexão substancialmente mais próxima com o caso concreto. Ela já encontra previsão expressa em alguns ordenamentos jurídicos, como o alemão, o suíço e o comunitário europeu. Reportamo-nos ao que já expusemos alhures (item 2.3.3.3.).

Acrescentamos que, para a aplicação do *escape clause*, é relevante perquirir, além das circunstâncias do caso concreto, a vontade presumível das partes, respeitados interesses de terceiros de boa-fé. A vontade presumível é conceito bem explorado na civilística em diversos institutos, consoante já expusemos (item 3.3.1.2.). Os contributos da civilística nesse assunto podem ser aproveitados pelo direito internacional privado para a aplicação do *escape clause*.

Além disso, entendemos que, mesmo sem previsão expressa no Brasil, o *escape clause* é permitido, porque ele decorre do princípio da harmonização internacional dos direitos reais, que é norma no Brasil, conforme já expusemos.

A aplicação prática dessas ferramentas foi objeto de reflexão quando expusemos o caso *Polish Cans*, o acórdão *Konle* e o acórdão *Manfred Tummer* nos itens 2.3.3.4. e 2.3.3.5.

No caso de flexibilização da *lex rei sitae* pelo *professio iuris* ou na hipótese de aplicação do *escape clause*, sublinhamos a necessidade de proteger terceiros de boa-fé⁸²⁹. A depender do caso concreto, pode-se chegar a uma solução híbrida, fruto de uma espécie de diálogo das fontes. Esse hibrismo normativo não é qualquer tipo de heterodoxia. É chancelado pelo conceito de diálogo das fontes, que deve ser aplicado também no âmbito do direito internacional privado com o objetivo de coordenar normas em conflito, sob o pressuposto de aceitar a existência de diferenças. André de Carvalho Ramos destaca essa a importância dessa ferramenta no âmbito do direito internacional privado⁸³⁰.

Pode-se, por exemplo, aplicar a *lex rei sitae* apenas para proteção dos terceiros e aplicar a lei escolhida pelas partes ou a lei do país com maior conexão com o caso concreto para disciplinar os efeitos jurídicos relativos às partes. Pode-se, pois, admitir o que chamamos de *cindibilidade dos elementos de conexão* para uma

⁸²⁹ No caso do *escape clause*, expusemos que essa preocupação com os terceiros de boa-fé está presente nas normas que versam sobre o tema (item 2.3.3.3.).

⁸³⁰ Ramos, 2021, pp. 396-399.

mesma situação jurídica: uma mesma situação pode atrair diferentes regras de conexão para seus diferentes efeitos jurídicos. É preciso apreciar o caso concreto.

Em situações envolvendo, por exemplo, garantias reais em situações de transnacionalidade, outros credores (terceiros) possuem a legítima expectativa de que a ordem de preferência creditória seguirá a lei do lugar da coisa (*lex rei sitae*). Deve-se prestigiar essa legítima expectativa, ainda que, para reger os efeitos jurídicos da garantia real entre as partes, venha-se a adotar outra lei por força do *professio iuris* ou do *escape clause*.

Ainda em casos envolvendo garantias reais, outra preocupação que deve ocupar a mente do jurista refere-se ao próprio grau de *enforcement*. É preciso atentar para o fato de que a aplicação de uma lei diferente da *lex rei sitae* por conta de um *professio iuris* ou de um *escape clause* não necessariamente satisfará a vontade presumível das partes em razão das regras processuais. As regras processuais estão relacionadas ao grau de *enforcement* do direito real de garantia. Pouca valia haverá se se aplicar um direito material eficiente, se o direito processual aplicado for frágil.

Nesse contexto, entendemos que o jurista deverá, nessas situações de transnacionalidades jurídico-reais envolvendo garantias, buscar atrair, ao máximo, as regras processuais do ordenamento jurídico escolhido pelas partes (no caso de *professio iuris*) ou pela incidência do *escape clause*. Trata-se de postura sensível em razão de as regras processuais costumarem ser sujeitas ao *lex fori*.

Assim, por exemplo, no Brasil, o bloqueio liminar *inaudita altera pars* de bens do devedor é absolutamente excepcional em cobranças de dívidas civis. Nem mesmo uma cláusula contratual autorizando tal prática com base na ideia de negócios jurídicos processuais foi admitida em um julgado do Superior Tribunal de Justiça⁸³¹, embora já tenhamos a oportunidade de externar nossas ressalvas⁸³². Caso, porém, a lei estrangeira eleita por força do *professio iuris* ou do *escape clause* autorize o bloqueio liminar *inaudita altera pars*, é razoável aplicá-la no Brasil para o caso concreto transnacional, pois não se enxerga violação à ordem pública brasileira.

⁸³¹ Referimos-nos ao REsp n. 1.810.444/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28/4/2021 (Brasil, 2021).

⁸³² Oliveira, 2019-B.

Trata-se de solução condizente com o princípio da harmonização internacional dos direitos reais e com outros princípios, como o da boa-fé objetiva. O próprio devedor envolveu-se na situação jurídico-real transnacional e, por isso, não poderia, no caso de inadimplência, esconder-se detrás da legislação brasileira para esquivar-se ao cumprimento de suas obrigações: a *lex fori* não é refúgio para caloteiros.

De fato, há uma tendência do direito internacional privado em buscar soluções justas nos casos concretos diante de conflitos de leis. Para tanto, os elementos de conexão tradicionais podem ser flexibilizados.

No direito comunitário europeu, esse fenômeno é visto com a aplicação do *escape clause* em diversas situações, como em matéria de estatuto delitual⁸³³ e em estatuto contratual⁸³⁴. Também se vê esse fenômeno com a previsão de adaptação de direito real estrangeiro em estatuto sucessório⁸³⁵.

Aliás, o próprio considerando 19 do Regulamento Roma II realça a necessidade de afastar regras conflituais gerais para obter soluções justas e razoáveis nos casos concretos⁸³⁶.

Na mesma linha, quando se trata de parte mais vulnerável, o direito comunitário europeu admite, em determinados casos, a aplicação da lei mais favorável como um imperativo de justiça no caso concreto⁸³⁷.

⁸³³ Considerandos 14 e 18 e art. 4º(1) do Regulamento Roma II.

⁸³⁴ Considerando 17 e art. 4º(3) do Regulamento Roma I.

⁸³⁵ Art. 31 do Regulamento (UE) nº 650/2012.

⁸³⁶ Confira-se (Eur-lex, 2007):

(19) Deverão ser previstas regras específicas para os casos especiais de responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco em relação aos quais a regra geral não permita obter um equilíbrio razoável entre os interesses em presença.

⁸³⁷ Confira-se os considerandos 23 e 31 do Regulamento Roma I (Eur-lex, 2008):

(23) No caso dos contratos celebrados com partes consideradas vulneráveis, é oportuno protegê-las através de normas de conflitos de leis que sejam mais favoráveis aos seus interesses do que as normas gerais.

(...)

(31) O presente regulamento em nada deverá prejudicar o funcionamento de um acordo formal designado como um sistema ao abrigo da alínea a) do artigo 2.º da Directiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio 1998, relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários.

Em outros países, também se vê esse fenômeno, a exemplo da adoção do *escape clause* na legislação alemã e suíça, conforme já expusemos (item 2.3.3.3.).

Enfim, a flexibilização do *lex rei sitae* guarda conexão com o princípio da harmonização internacional dos direitos reais, nos termos das reflexões acima.

3.3.5. Interrelação dos sistemas notariais e registrais

Os registros públicos e os tabelionatos de notas são, em vários sistemas jurídicos, requisitos para a constituição ou para a eficácia *erga omnes* dos direitos reais⁸³⁸.

Os registros públicos exercem um papel procedimental: é a via procedimental para a concretização de direitos reais, a depender do sistema jurídico. Os registros públicos desempenham uma função similar ao processo civil: é uma via de concretização de direitos fundamentais dos indivíduos.

Apesar dessa comparação, é preciso atentar para o fato de que o direito notarial e registral possui duas dimensões.

Uma dimensão é de direito material e diz respeito à sua importância como integrante de um aspecto do próprio ato jurídico: a sua forma.

Outra dimensão do direito notarial e registral é de direito procedimental (processual, portanto) e refere-se às regras de prazos e de procedimentos a serem observados no exercício da atividade notarial e registral.

O foco no presente estudo diz respeito à dimensão procedimental do direito notarial e registral.

Sob essa ótica, de pouca valia será haver um direito material relativo aos direitos reais com uma hospitalidade a situações transnacionais, se, na prática, a operacionalização registral for dificultosa.

Há, pois, uma necessidade de os serviços notariais e registrais serem operacionalmente acessíveis e céleres para facilitar a formalização dos atos jurídico-reais em situações de transnacionalidade.

⁸³⁸ A propósito dos vários sistemas de registros públicos, ver Mónica Jardim (2013) e Oliveira (2021-B).

A União Europeia, com seu estágio avançadíssimo de integração regional, atentou para isso. E, por essa razão, há iniciativas avançadíssimas de diálogo e de interação entre os notários e os registradores dos diferentes Estados membros da União Europeia. Tratamos de exemplos no item 2.3.2.3., mencionando: (1) o CROBECO (*Cross Border e-Conveyancing*), mantido pelo ELRA (*European Land Registry Association*) – uma associação de registradores de imóveis europeus – e apadrinhado pela Comissão Europeia; (2) o EULIS (*European Land Information Service*); e (3) o EUFides, plataforma de autoria do CNUE (*Conseil des Notariats de l'Union Européenne*).

É fundamental que essa experiência de interação seja espalhada entre todos os países que adotam um modelo notarial e registral. Um dos caminhos para tal interação é a digitalização dos serviços notariais e registrais, fenômeno que foi acentuado em diversos países com as restrições de circulação de pessoas e com os fechamentos das cidades ao tempo da deflagração da terrível pandemia da Covid-19 nos anos de 2020 e 2021⁸³⁹.

Com a digitalização dos serviços, será mais fácil a interação, inclusive transnacional, entre os serviços notariais e registrais.

⁸³⁹ Tratamos desse tema no artigo “Coronavírus e Cartório Eletrônico” (Oliveira, 2020-C).

4. REFORMULAÇÕES NOS DIREITOS REAIS NO BRASIL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS REAIS

O princípio da harmonização internacional dos direitos reais é do direito brasileiro, conforme já expusemos alhures (item 3.2.). Desse modo, as reflexões já feitas até agora estendem-se ao Brasil.

A adaptação de direitos reais estrangeiros pode ser aplicada no direito brasileiro, mesmo sem previsão legal expressa, tudo por força do princípio da harmonização internacional dos direitos reais (item 3.3.).

A tipologia dos direitos reais no Brasil são de *numerus clausus*, mas convém que ela seja, por lei, transformada em uma tipologia de *numerus semi-clausus*, com as adaptações já expostas anteriormente (item 3.3.2.3.). Essa reformulação será útil para tornar mais hospitaleiro o direito brasileiro a situações jurídico-reais transnacionais.

A tipologia brasileira de *numerus clausus* atual, porém, não impede, de modo excepcional, o acolhimento de direitos reais estrangeiros desconhecidos da legislação brasileira, observados critérios e limitações já expostos anteriormente (item 3.3.2.3.). O princípio da harmonização internacional dos direitos reais dá o respaldo normativo.

A exceção de ordem pública diante de situações jurídico-reais transnacionais deve ser interpretada com uma visão flexível e internacionalizada, em sintonia com o princípio da harmonização internacional dos direitos reais. Tratamos disso alhures (item 3.3.3.).

O elemento de conexão do *lex rei sitae*, que é adotado no direito brasileiro para situações jurídico-reais à luz do art. 8º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸⁴⁰, pode ser flexibilizado pela vontade (*professio iuris*) ou pelo *escape clause* (que está implícito no nosso ordenamento).

⁸⁴⁰ Confira-se o dispositivo:

Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trazer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

Pode-se, inclusive, haver casos de *cindibilidade dos elementos de conexão* (item 3.3.4.).

Os serviços notariais e registrais brasileiros precisam completar o processo de virtualização de sua atividade. Ao mesmo tempo, cabe-lhes avançar na interação com os serviços notariais e registrais de outros países com vistas a facilitar a comunicação para efeito de prática de atos envolvendo relações jurídico-reais transnacionais e a levantar sugestões de adaptações normativas necessárias a respaldar a atuação transnacional dos serviços. Trata-se de um imperativo operacional do princípio da harmonização internacional dos direitos reais (item 3.3.5.).

De mais a mais, é fundamental que a comunidade jurídica brasileira estimule, ao máximo, interações acadêmicas e profissionais com juristas de outros países.

O estudo de direito comparado é fundamental para que os juristas brasileiros estejam preparados para lidar com as situações jurídico-reais transnacionais.

É também essencial para subsidiar a atividade legislativa com a disciplina dos direitos reais em sintonia com o direito de outros países. Como já realçado, o princípio da harmonização internacional pressupõe que o ordenamento jurídico doméstico só crie figuras jurídico-reais diferentes das de outros países quando houver uma justa causa relacionada à tradição jurídica ou às idiossincrasias domésticas. Não há motivos para aumentar os custos de transação a situações jurídico-tradicionais com um ordenamento jurídico-real que se distancia ao de outros países por puro capricho ou por falta de conhecimento de direito comparado.

Essa necessidade de o Brasil buscar adaptar seu ordenamento jurídico-real às situações transnacionais é progressivamente mais imperiosa, seja por conta dos avanços dos processos de integração regional, seja pela própria explosão de interações transfronteiriças com o aprofundamento da globalização. Tendo em vista a proximidade geopolítica e, até certo ponto, cultural, um dos focos dos juristas brasileiros tem de ser com os países latino-americanos, notadamente com os integrantes do Mercosul.

Outrossim, deve sempre estar no radar dos juristas brasileiros formas de concorrer para meios de uniformização das normas de direitos reais, seja por

meio da edição de leis uniformes aplicáveis em diversos países, seja por intermédio de instrumentos de *soft law*. Essa postura já é uma realidade, conforme já expusemos alhures (item 1.5.3. e item 2.2.).

Também se deve refletir sobre eliminações de entraves internos na legislação doméstica em direitos reais e em direito notarial e registral.

Um dos exemplos é a injustificável redação fechada dos itens do inciso I do art. 167 da Lei de Registros Públicos. O referido dispositivo lista os atos jurídicos que podem ser objeto de registro no Cartório de Registro de Imóveis. Esse dispositivo guarda uma profunda incongruência com o modelo brasileiro de atipicidade dos direitos obrigacionais e de tipicidade dos direitos reais. De fato, é livre a criação de contratos atípicos pelas partes, embora não haja essa ampla liberdade para a criação de direitos reais atípicos. Isso significa que as partes podem “inventar” diversos tipos de arranjos contratuais para a transmissão do direito real de propriedade ou para a instituição de algum dos direitos reais típicos.

Por mais paradoxal que seja, o inciso I do art. 167 da Lei de Registros Públicos contraria esse figurino legal e só admite que a transmissão do direito real de propriedade ou a instituição de outros direitos reais típicos sejam feitos por meio de determinados contratos, listados taxativamente nos itens do inciso I. Assim, por exemplo, não seria registrável um contrato de transação por meio da qual um dos transatores transmite a propriedade de um imóvel a outrem. As partes teriam de promover essa transferência de propriedade por meio de um contrato de compra e venda, de doação ou de outro listado no inciso I do art. 167 da Lei de Registros Públicos.

Essa é a interpretação que prevalece entre os registradores de imóveis e, inclusive, na jurisprudência administrativa do direito notarial e registral. Ilustramos com este precedente do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo: Processo nº 0011878-31.2011.8.26.0132 Tipo: Acórdão CSM/SP Data de Julgamento: 14/03/2013. No referido caso, foi vedado o registro de um contrato de compra e venda com encargo. O motivo foi o de que o art. 167, I, da Lei de Registros Públicos não prevê esse negócio jurídico como registrável, mas

contempla, apenas, a *compra e venda pura ou condicional*. Eis a ementa do referido julgado⁸⁴¹:

REGISTRO DE IMÓVEIS - Dívida - Compra e venda com doação - Negativa de acesso ao registro do instrumento - Art. 167, I, da Lei nº 6.015/73 - rol taxativo - Recurso não provido.

(TJ-SP - APL: 00118783120118260132 SP 0011878-31.2011.8.26.0132, Relator: Renato Nalini, Data de Julgamento: 14/03/2013, Conselho Superior de Magistratura, Data de Publicação: 22/03/2013)

Enfim, o princípio da harmonização internacional dos direitos reais respalda diversas reflexões que a comunidade jurídica brasileira deve fazer acerca de como tornar o ordenamento doméstico mais hospitaleiro a situações jurídico-reais transnacionais e como é viável reduzir os custos de transação causados por heterogeneidades normativas injustificadas.

⁸⁴¹ Brasil, 2013.

CONCLUSÃO

Nesta tese, tentamos domesticar o indomesticável, sistematizar a complexidade. Essa é a tarefa dos cientistas: tentar, por modelos teóricos, compreender a realidade em busca de formas de melhorar o bem-estar da humanidade.

A realidade é de difícil apreensão pelo cientista. Mesmos nas ciências sociais, não estamos muito distantes da postura baseada em aproximações e em probabilidades que impera no âmbito da física quântica. Na física quântica, esse cenário complexo é exposto pela famosa experiência do Gato *Schrödinger* (segundo a qual, grosso modo, um gato estava simultaneamente vivo e morto) ou pelo princípio da incerteza de Heisenberg (que evidencia a inviabilidade de obter total precisão na medição concomitante de grandezas como energia e tempo).

Nas ciências humanas, o cientista também precisa ter a consciência de que o objeto da pesquisa é muito mais complexo daquilo que os artificialismos didáticos dos modelos científicos tentam externar.

Isso, porém, não descredencia a pesquisa científica. Pelo contrário! A pesquisa científica é idônea a canalizar a comunidade a um caminho mais racional para lidar com a realidade. E isso é feito sob as luzes de um modelo científico que, no futuro, poderá a vir a ser substituído por outro mediante o que Thomas Kuhn (2001) batizava de transição paradigmática.

É nesse contexto que esta tese valeu-se dos principais trabalhos científicos desenvolvidos no mundo acerca do objeto da pesquisa para fundamentar o princípio da harmonização internacional dos direitos reais e para indicar soluções jurídicas importantes para o tratamento de questões jurídico-reais transnacionais.

O princípio da harmonização internacional dos direitos reais é fruto de um processo histórico de interação dos povos e decorre de direitos fundamentais relacionados à liberdade, à propriedade e à dignidade, conforme expusemos ao longo desta tese.

No Brasil, esse princípio é plenamente aplicável, como uma decorrência desses direitos fundamentais.

Desses princípios decorrem diversos desdobramentos práticos, como o manuseio da adaptação de direitos reais estrangeiros, a recomendável migração para um modelo de *numerus semi-clausus*, a flexibilização no conceito de exceção de ordem pública internacional, a dessacralização do dogma do *lex rei sitae*, o aprimoramento dos serviços notariais e registrais e a ode à maior interação institucional e acadêmica entre juristas de diferentes países.

O bem-estar dos indivíduos e o desenvolvimento socioeconômico de um país depende, também, de um ordenamento jurídico saudável, especialmente na tutela dos dois relevantíssimos direitos fundamentais: a propriedade e a dignidade. O princípio da harmonização internacional dos direitos reais dá o forro teórico e normativo para reflexões acadêmicas destinadas a aprimorar o direito real tanto sob uma perspectiva nacional, seja sob uma ótica transnacional, tudo em proteção aos direitos fundamentais da propriedade e da dignidade.

Um ordenamento jurídico-real hermético, fechado e ilhado à moda de um Robinson Crusó atrofia o exercício dos direitos fundamentais dos sujeitos, onerando-lhes com custos de transação desnecessários, induzindo-lhes a um cativeiro doméstico, privando-lhes de realizarem seus próprios projetos de vida mediante condutas geradoras de relações jurídico-reais transnacionais.

O Direito, porém, não é instrumento de opressão ou de isolamento. É, sim, ferramenta de emancipação e de respaldo ao exercício dos direitos fundamentais de cada cidadão.

Em uma forma de sistematização, seguem as principais ideias defendidas nesta tese:

- a) o princípio da harmonização internacional integra o sistema jurídico brasileiro e deveria integrar todos os países por ser uma decorrência dos direitos fundamentais (capítulo 3);
- b) o princípio da harmonização internacional dos direitos reais não consiste em preconizar a unificação dos ordenamentos, e sim em buscar aproximações na regulamentação dos direitos reais e em exigir que os ordenamentos sejam, ao máximo, hospitaleiros a situações jurídico-reais transnacionais (capítulo 3.1.);

- c) A harmonização *lato sensu* pode ser dividida em unificação e em harmonização *stricto sensu* (capítulo 3.1.);
- d) A unificação de direitos expressa-se de duas formas: leis uniformes e direito comunitário; ao passo que a harmonização *stricto sensu* externar-se de quatro modos: (1) aproximação dos ordenamentos; (2) hospitalidade a situações jurídicas estrangeiras; (3) abertura a direitos estrangeiros dentro do próprio território; e (4) *soft law* (capítulo 3.1.).
- e) a adaptação *lato sensu* de direitos reais estrangeiros é admitida no Brasil mesmo sem previsão legal expressa, embora seja recomendável a edição de lei nesse sentido (capítulo 3.3.1.);
- f) institutos da civilística, como a conversão substancial do ato jurídico e o princípio da vontade presumível, devem ser utilizados como critérios para a realização das operações de adaptação *lato sensu* de direitos reais estrangeiros (capítulo 3.3.1.);
- g) convém que sejam criadas tabelas de equivalência entre os direitos reais dos diversos países, ainda que sob a forma de *soft law* (capítulo 3.3.1.);
- h) embora o modelo brasileiro atual seja de *numerus clausus* de direitos reais, é recomendável haver mudanças legislativas para passar a admitir um modelo de *numerus semi-clausus*, pois, entre outros motivos, essa nova via será mais hospitaleira à recepção de situações jurídico-reais estrangeiras, tudo em consonância com o princípio da harmonização internacional dos direitos reais (capítulos 3.3.2. e 4);
- i) no modelo de *numerus semi-clausus* que propomos para o futuro no Brasil, será necessário haver uma instância administrativa especializada destinada a cancelar novos direitos reais atípicos (capítulo 4);
- j) o manuseio da exceção de ordem pública internacional deve ser feita com uma visão flexível e internacionalizada, em respeito ao

princípio da harmonização internacional dos direitos reais (capítulo 3.3.3.);

- k) convém flexibilizar a *lex rei sitae* como elemento de conexão para situações jurídico-reais transnacionais, prestigiando a vontade das partes na escolha da lei aplicável (*professio iuris* ou autonomia conflitual), admitindo a cindibilidade dos elementos de conexão e lançando mão da figura da *escape clause*, tudo sob condicionantes e cautelas necessárias a respeitar as idiosincrasias jurídicas de cada país (capítulos 3.3.4 e 4).
- l) no Brasil, essa retrocitada flexibilização da *lex rei sitae* já é permitida em nome do princípio da harmonização internacional dos direitos reais, embora seja conveniente a edição de lei explicitando esse cabimento (capítulos 3.3.4. e 4);
- m) os sistemas notariais e registrais dos diferentes países precisam avançar nos modos de interação, de modo a viabilizar a prestação dos serviços de modo remoto e integrado, a exemplo das experiências europeias com o CROBECO, o EULIS e o EUFides (capítulos 3.3.5. e 4);
- n) a interação acadêmica, profissional e legislativa entre os diferentes países tem de ser estimulada de modo a avançar nos procedimentos de harmonização internacional dos direitos reais (capítulos 3 e 4).
- o) é preciso, no Brasil, eliminar entraves burocráticos injustificados internos, a exemplo do equívoco em conferir uma interpretação do art. 167, I, da Lei nº 6.015/1973 no sentido de só admitir o registro de atos jurídicos listados nesse preceito: a tipicidade é dos direitos reais, e não dos atos jurídicos de mutação jurídico-real (capítulo 4).

REFERÊNCIAS

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo; Conselho Superior da Magistratura. CSM/SP, Processo nº 0011878-31.2011.8.26.0132, Rel. Des. José Renato Nalini, DJ 23/03/2013 (Disponível em: <https://irib.org.br/boletim/2013/junho/downloads/4267-juris.pdf>. Acesso em 2 de abril de 2020).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; REsp 1438142/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 09/08/2018 (Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 20 de abril de 2020)

MACAU. Tribunal de Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau. **Processo nº 66/2015** (Disponível em: <http://www.court.gov.mo/sentence/pt/27205>. Acesso em 20 de abril de 2020).

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo nº 103/13.1YRLSB.S1**, Data do Acórdão 14/03/2017 (Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f37a90ad754df8a802580e50051fa6d?OpenDocument>. Acesso em 20 de abril de 2020).

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Processo nº 28325/17.9T8LSB.L1-7**, Data do Acórdão 19/11/2019 (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0990f66ba14f8cf3802584c000525f79?OpenDocument>. Acesso em 20 de abril de 2020).

Legislação brasileira

BRASIL. Constituição Federal de 1998.

BRASIL. Código Civil. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Vídeos

CROBECO (Canal do YouTube). **Diana Wallis**. Publicado em 20 de janeiro de 2014 (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ysPMCWEsFv0&t=84s>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

HM LAND REGISTRY (Canal do YouTube). **How to fill in HM Land Registry's - Application to change the register form (AP1)**. Publicado em 6 de maio de 2014 (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BeWNB8XAn4c>. Acesso em 20 de abril de 2020).

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATIO. **Direito Internacional e Direito Islâmico**. Publicado em 31 de julho de 2020 (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vci12oDpG90&t=3355s>. Acesso em 30 de março de 2022).

THE LAW SIMPLIFIED (Canal do YouTube). **Property Law – Introduction**. Publicado em 26 de outubro de 2015 (Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=762c1MJIAFg&list=PLA4MECyB7Bi1L1s_5o_50SD5jPxihd0bC&index=3. Acesso em 20 de abril de 2020).

THE LAW SIMPLIFIED (Canal do YouTube). **Property Law - Unregistered Land**. Publicado em 28 de outubro de 2015 (Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=S5vTlhXjB0&list=PLA4MECyB7Bi1L1s_5o_50SD5jPxihd0bC&index=4. Acesso em 20 de abril de 2020).

Imprensa e outras notícias na Internet

UCHILE. **Académico aborda semejanzas y diferencias entre los sistemas jurídicos chileno y brasileño**. Disponível em: <https://www.uchile.cl/fotos/152883/academico-aborda-semejanzas-entre-sist-juridicos-chileno-y-brasileno>. Acesso em 17 de abril de 2019.

Livros e artigos

ABC INTERNACIONAL. **En qué países del mundo se aplica la ley islámica**. Publicado em 19 de agosto de 2021 (Disponível em: https://www.abc.es/internacional/abci-en-que-paises-aplica-ley-islamica-nsv-202108191209_noticia.html. Acesso em 5 de abril de 2022).

AKKERMANS, Bram; RAMAEKERS, Eveline. Free Movements of Goods and Property Law. In: *Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI) Working Paper 26/2011, European Law Journal, Forthcoming*, May 28, 2011 (Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1617182. Acesso em 2 de fevereiro de 2022)

AKKERMANS, Bram; RUPP, Caroline. Queen Lex Rei Sitae – Off With Her Head?. In: **EPLJ**, 7(3), pp. 209-211 (Disponível em: <https://doi.org/10.1515/eplj-2018-0009>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022)

AKKERMANS, Bram. Lex Rei Sitae and the EU Internal Market – towards mutual recognition of property relations. In: **EPLJ**, 7(3), 2018, pp. 246-266 (Disponível em: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/i-lex-rei-sitae-eu-internal-market-towards-mutual/docview/2168027356/se-2?accountid=44316>. Acesso em 26 de janeiro de 2022).

_____. The use of the functional method in European Union property law. In: **EPLJ**, 2(1), 2013, pp. 95-118 (Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1515/eplj-2013-0007/>. Acesso em 18 de abril de 2022).

_____. Property Law and The Internal Market. In: VAN ERP, Sjeff; SALOMONS, Arthur; AKKERMANS, Bram. **The Future of European Property Law**. München/Germany: European Law Publishers, 2012 (Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436496. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

_____. **The Principle of *Numerus Clausus* in European Property Law**. Oxford: Intersentia Antwerp, 2008.

ASCANIO, Lorenzo; CASTELLARI, Massimiliano. El jurista colombiano y el derecho islámico y de los países musulmanes. *Nuevas fronteras de la comparación jurídica*. In: **Revista Misió Jurídica**, vol. 4, n. 4, Diciembre de 2011, pp. 85-105.

ATAMER, Yeşim M. **Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations**. Publicado em 2009 (Disponível em: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Turkish_Civil_Code_and_the_Turkish_Code_of_Obligations. Acesso em 2 de abril de 2022).

ADAMS, Errol A. **Guyana Law and Legal Research**. Publicado em maio/junho de 2020 (Disponível em: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Guyana.html>. Acesso em 24 de março de 2022).

AGUILERA, Pablo Cornejo. Derecho Internacional Privado en las Sucesiones. Novedades desde la Unión Europea. In: **Temas actuales de Derecho Internacional**. Chile: Thomson Reuters, 2016, pp. 157-178.

AKKERMANS, Bram. **The principle of *Numerus Clausus* in European Property Law**. Portland: Intersentia Antwerp, 2008.

ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil III: Derecho de Bienes**. Madrid/Espanha: Edisofer, 2010.

ALBENTOSA, Lorenzo Prats. El Derecho a la propiedad privada en la Constitución Española de 1978. In: PÉREZ, Manuel Ángel Rueda (coord.). **Instituciones de Derecho Privado**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2017.

ALBERTO SILVA, Jorge. **Aplicación de Normas Conflictuales: La Aportación del Juez**. México: Editora Fontamara, 2010.

_____. Reconocimiento del matrimonio religioso contraído en el extranjero (perspectiva mexicana). In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre de 2014, pp. 1109-1136.

ALMEIDA, María Goñi Rodríguez de. Buena Fe en Derecho Inmobiliario Registral – Buena Fe em el Tercero Hipotecario. Concepto, momento y prueba. In: **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, Año LXXXI, nº 687, Enero-Febrero 2005, pp. 292-302.

_____. La reanudación del tracto sucesivo interrumpido a través del expediente de dominio en la jurisprudência de la DGRN. In: **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, Año LXXXII, nº 696, Julio-Agosto 2006, pp. 1.631-1.639.

ALOY, Antoni. **La armonización del derecho de obligaciones y contratos**. Buenos Aires/Argentina: 2017.

ALPA, Guido. The European Civil Code: “E Pluribus Unum”. In: **Tulane European & Civil Law Forum**, vol. 14, 1999, pp. 1-14.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano, volume I**. Rio de Janeiro/Brasil: Forense, 1997-A.

_____. **Direito Romano, volume II**. Rio de Janeiro/Brasil: Forense, 1997-B.

AMAYUELLAS, Esther Arroyo y. **El Trust en el Derecho Civil**. Barcelona/Espanha: Editorial Bosch, 2007.

ANCEL, Bertrand. Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictual. Disponível em: <https://www.ehu.eus/documents/10067636/10730148/2005-Bertrand-Ancel.pdf>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022.

AQUINO, Leonardo Gomes de. **A uniformização do Direito Privado: Uma perspectiva do Direito Privado europeu**. Publicado em setembro de 2004 (Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5461>). Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

ARAUJO, Nadia de. A Necessária Mudança do Artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr Brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado: questões controvertidas**. Belo Horizonte/Brasil: Arraes Editores, 2016, pp. 289-309.

ARAUJO, Matheus Treuk Medeiros. **O Império Aquemênida em Heródoto: identidade e política nas histórias**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade

de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, sob o orientador Prof. Dr. Marcelo Rede, 2018.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Breves Anotações para uma Teoria Geral dos Direitos Reais. In: CAHALI, Yussef Said. **Posse e Propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 39-67.

_____. Princípios Gerais do Direito das Coisas: Tentativa de Sistematização. In: ARRUDA ALVI, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto. **Atualidades de Direito Civil, volume I**. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 171-186.

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. In: **Direito & Justiça**, v. 39, n. 2, pp. 175-196, jul./dez., 2013, pp. 175-196.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direitos Reais**. Lisboa: Almedina, 1978.

ASTIER, Camille. **Exponential growth of African business law and the spread of common law**. Publicado em junho de 2012 (Disponível em: https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/publication/informationssheetafricanbusinesslawgrowth_pdf.pdf. Acesso em 24 de março de 2022).

ATAÍDE, Daniel Medina. A garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (coord.). **Garantias das Obrigações: publicação dos trabalhos do mestrado**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2007, pp. 175-206.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **O Mito Da Insularidade do Common Law Inglês**. Publicado em 12 de junho de 2019 (Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-89-o-mito-da-insularidade-do-common-law-ingles>. Acesso em 26 de março de 2022).

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. O artigo 291º do Código Civil e a inoponibilidade a terceiros da nulidade e da anulação do negócio jurídico. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisbon Law Review)**, nº 2, 2017, pp. 205-212.

ATIAS, Christian. Aux origines obscures du droit civil français André Alciat (1492-1550). In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 3, Juillet/September 2005, pp. 535-538.

_____. D'une vaine discussion sur une image inconsistente: la jurisprudence en droit privé. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 1, Janvier/Mars 2007, pp. 2-10.

ATTAL, Michel; BAUCHY, Julie. **Code de droit international privé français**. Bruxelles/Bélgica: Bruylant, 2017.

AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis. **Droit international privé**. Issy-les-Moulineaux/França: LGDJ, 2018.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. São Paulo/Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BAARSMA, N. A. **The Europeanisation of International Family Law**. Hague/Netherlands: Asser Press; Berlin/Germany: Springer-Verlag, 2011.

BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Competência judicial internacional em matéria de contratos individuais de trabalho na União Europeia: europeização das regras de conflito no regulamento Bruxelas I Reformulado. In: **Revista Brasileira de Direito Internacional**, n. 1, v. 4, jan./jun. 2018, pp. 1-21.

BARNEY, Óscar Cruz. **La Codificación Civil em México: aspectos generales**. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3082/3.pdf>. Acesso em 20 de março de 2022.

_____. La Codificación Civil em Mexico. In: **lurisdiction**, n. 1, 2020, pp. 92-123.

BARREDA, Naiví Chikoc. Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. In: **Cuadernos de derecho transnacional**, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 121-126 (Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1913/907>. Acesso em 22 de janeiro de 2022).

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2020.

BATIFFOL, Henri. Le profit qu'on peut tirer en France des règles américaines de solution des conflits de lois sur les contrats. In: **Travaux du Comité français de droit international privé**, v. 5, n. 1937, 1939, pP. 48–74 (Disponível em: https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_1939_num_5_1937_1188. Acesso em: 26 jan. 2022).

BENOT, Andrés Rodríguez; DÍAS, Beatriz Campuzano; VÁZQUEZ, M.^a Ángeles Rodríguez; BORES, Alfonso Ybarra. **Manual de Derecho Internacional Privado**. Madrid/Espanha: Editorial Tecnos, 2019.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. O direito de autor não é direito real de propriedade. In.: **Civilística.com**, ano 9, nº 2, 2020, pp. 1-26. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-de-autor-nao-e-direito/>. Acesso em 14 de outubro de 2020.

BERDEJO, José Luis LaCruz. **Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho**. Madrid: Dykinson, 2012.

BERDEJO, José Luis LaCruz; *et all*. **Elementos de Derecho Civil III Bis: derecho inmobiliario registral**. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. **Elementos de Derecho Civil III: derechos reales, Volumen Primeiro**. Madrid: Dykinson, 2008.

_____. **Elementos de Derecho Civil III: derechos reales, Volumen Segundo.** Madrid: Dykinson, 2009.

BERTOLASO, Sabine. Pour une simplification de la prevue des servitudes conventionnelles. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, n° 2, avril/juin 2011, pp. 273-286.

BEVAN, Chris. **Land Law.** Oxford /Inglaterra: Oxford University Press, 2018.

BEVILAQUA, Clóvis. **Princípios elementares de Direito Internacional Privado.** Brasil (sem indicação da cidade): E.C.A.R. Format, 2002.

BIGUENET-MAUREL, Cécile; CHAUVAUX, Didier; LAMBERT, David; PIÉDELIÈVRE, Stéphane; SUQUET-COZIC, Muriel. **Vente Immobilière.** Levallois-Perret/França: Editions Francis Lefebvre, 2019.

BLACK, E. Ann; BELL, Gary F. **Law and Legal Institutions of Asia: Traditions, Adaptations and Innovations.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BOELE-WOELKI, Katharina. **Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws.** Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

BOGUSZ, Barbara; SEXTON, Roger. **Land Law: text, cases, and materials.** Oxford /Inglaterra: Oxford University Press, 2019.

BORGES, Karla Christina Martins. A nova *lex mercatoria* e a harmonização das regras aplicáveis às relações contratuais na União Europeia. In: RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (coord.). **Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado.** São Paulo: Intelecto, 2016, pp. 3-61.

BOTE, Eduardo Vázquez. La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad. In: **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, Año LXXXII, n° 696, Julio-Agosto 2006, pp. 1.557-1.601.

BRASA, Teresa M. Estevez. **Derecho Civil Musulmán: precedido de una introducción al advenimiento del Islam.** Buenos Aires/Argentina: Ediciones Depalma, 1982.

BRÜGGEMEIER, Gert; *et al.* Manifeste pour une justice sociale em droit européen des contrats. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, n° 4, Octobre/Décember 2005, pp. 713-734.

BUCHER, Andreas. **La dimension sociale du droit international privé.** Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

BUNAZAR, Maurício Baptistella. **Da Obrigação Propter Rem.** Dissertação de mestrado no Departamento de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ano da apresentação: 2012. (Disponível em:

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06022014-140824/en.php>. Acesso em 20 de dezembro de 2019).

_____. **A invalidade do negócio jurídico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BUREAU, Dominique; WATT, Horatia Muir. **Droit international privé, Tome I: partie générale**. Paris/França: Presses Universitaires de France, 2017-A.

_____. **Droit international privé, Tome II: partie spéciale**. Paris/França: Presses Universitaires de France, 2017-B.

BÜRGE, Alfons. Le code civil et son evolution un droit imprégné d'individualisme libéral. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, n° 1, Janvier/ Mars 2000, p. 1-24.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius Comune: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CALAIS-AULOY, Jean. Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, n° 4, Octobre/Décember 2005, pp. 713-734.

CALVINO, Italo. **As Cidades Invisíveis**. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de S. Paulo, 2003.

CAMPOS, Isabel H. Menéres. O Direito Português da Hipoteca. In: **BFD**, n. 85, 2009, pp. 725-742.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo. Residência habitual e lei aplicável à sucessão *causa mortis* internacional. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PGGDir.UFGRS**. Porto Alegre, volume XI, n° 2, 2016, pp. 4-45.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho Internacional Privado, Volumen I**. Granada/Espanha: Editorial Comares, 2018-A.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. **Derecho Internacional Privado, Volumen II**. Granada/Espanha: Editorial Comares, 2018-B.

CARBONE, Sergio M. **Conflits de lois em droit maritime**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

CARMONA GONZÁLEZ, Alfonso. Ley islâmica y Derecho positivo. In: **Anales de Historia Contemporanea**, n° 13, 1997, pp. 25-32.

CARTWRIGHT, John. **Introducción al Derecho Inglés de los contratos**. Navarra/Espanha: Thomas Reuters Aranzadi, 2019.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. **El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2002: análisis crítico**. Granada: Comares, 2014.

CASSANDRO, Flavio. **Compendio Di Diritto Internazionale Privato e Processuale**. Piacenza/Itália: LaTribuna, 2019.

CASE BOOKS. **Court of Appeal, 12 February 1923**: The Colorado. Data: 12 February 1923 (Disponível em: <http://www.casebooks.eu/propertyLaw/Chapter10/excerpt.php?excerptId=5084>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

CASTANHEIRA, Sérgio Nuno. Direito de retenção do promitente-adquirente. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (coord.). **Garantias das Obrigações: publicação dos trabalhos do mestrado**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2007, pp. 491-524.

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Ámbito de aplicación de la lex successionis y su coordinación con la lex rei sitae-lex registrationis: a propósito de los legados vindicatorios = Scope of the lex successionis and its coordination with the lex rei sitae-lex registrationis: a purpose of the legacies by vindication. In: **Cuardenos de Derecho Transnacional**, volume 10, nº 1, Marzo, 2018, pp. 70-92 (Disponível em: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4117>. Acesso em 22 de janeiro de 2022).

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Joaquim Felício dos Santos e a Codificação do Direito Civil Brasileiro. In: **Revista de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 19, jan./mar. 2019, pp. 63-96.

CAVERS, David F. Contemporary Conflicts Law in American Perspective. In: **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International**, volume 131, 1970, pp. 75-308.

CAYMAN ISLANDS JUDICIAL ADMINISTRATION. **Laws of the Cayman Islands**. Disponível: <https://www.judicial.ky/laws#:~:text=The%20Cayman%20Islands'%20legal%20system,assented%20to%20by%20the%20Governor>. Acesso em 30 de março de 2022.

CERKESAS, Evaldas. **Cross Border Cases Under European Small Claim Procedure And European Order For Payment**. Publicado em 24 de outubro de 2021 (Disponível em: <https://medium.com/euroclaim/cross-border-cases-under-european-small-claim-procedure-and-european-order-for-payment-cbd47ecba90b>. Acesso em 5 de abril de 2022).

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. Rio de Janeiro e São Paulo/Brasil: Forense, 1968.

CLAVEL, Sandrine. **Droit innternational privé**. Paris/França: Dalloz, 2018.

CHAZAL, Jean-Pascal; VICENTE, Serge. Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 3, Julliet/September 2000, pp. 477-492.

CHINA JUSTICE OBSERVER. **Does China Have Common Law? - China Law in One Minute**. Publicado em 9 de novembro de 2020 (Disponível: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/does-china-have-common->

[law#:~:text=China%20has%20no%20common%20law.and%20the%20judiciary%20are%20laws](#). Acesso de 30 de março de 2022).

COELHO RODRIGUES, A.. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893 (Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/518628>). Acesso em 30 de março de 2022).

COLMENAREJO, Francisco López. La Propiedad Horizontal. In: PÉREZ, Manuel Ángel Rueda (coord.). **Instituciones de Derecho Privado**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2017.

CONCIL OF ASEAN CHIEF JUSTICES. **Philippines**. Disponível em: <https://cacj-ajp.org/philippines/>. Acesso em 30 de março de 2022.

CORDEIRO ÁLVAREZ, Clara Isabel. Adopción en Europa y Efectos de la Kafâla em el marco del convenio europeo de derechos humanos. In: **AEDIPr**, t. XII, 2012, pp. 455-489.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. **Direito Inglês dos Contratos I: formação, conteúdo e vícios**. Lisboa/Portugal: AAFDL Editora, 2017.

_____. **Do Trust no Direito Civil**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil VI: Direito das Obrigações**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2012.

COSTA, Dilvanir José da. Trajectoria da Codificação Civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 44, 2004.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2016.

COSTA ANDRADE, Margarida. A propriedade fiduciária. In: **Separata de II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral (Coimbra – 10 e 11 de Maio de 2007)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 54-84.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Um Código “social” e “impopular”**: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916). Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife. Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior. 2013 (Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29327/1/TESE%20Venceslau%20Tavares%20Costa%20Filho.pdf>). Acesso em 30 de novembro de 2021).

_____. Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel?. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 203, jul./set. 2014, pp. 53-61.

_____. **A crítica de Coelho Rodrigues é importante ainda hoje em dia (parte 1)**. Publicado em 22 de fevereiro de 2016 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-22/direito-civil-atual-critica-coelho-rodrigues-importante-ainda-hoje-dia>). Acesso em 31 de março de 2022).

CRISTAS, Assunção; GOUVEIA, Mariana França; NEVES, Vítor Pereira. **Transmissão da Propriedade e Contrato**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2001.

CURIA. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20%C3%A9,exerc%C3%ADcio%20das%20fun%C3%A7%C3%B5es%20em%20causa. Acesso em 2 de fevereiro de 2022.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça 9 de setembro de 2021, processo C-277/20**. Data: 9 de setembro de 2021 (Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245753&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10141787>. Acesso em 20 de janeiro de 2022).

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça 12 de outubro de 2017, processo C-218/16: Aleksandra Kubicka vs Przemyslaw Bac**. Data: 12 de outubro de 2017 (Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195430&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10139229>. Acesso em 20 de janeiro de 2022).

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **O Direito Inglês**. Tradução: Eduardo Brandão; revisão técnica da tradução: Isabella Soares Micali. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVIDSON, Alasdair; BARCLAY, Jon. **An introduction to Guernsey's legal system**. Disponível em: <https://www.bedellcristin.com/knowledge/briefings/an-introduction-to-guernseys-legal-system/>. Publicado em 18 de agosto de 2015 (Acesso em 26 de março de 2022).

DEBS, Richard A. **Islamic law and Civil Code: the law of property in Egypt**. New York/USA: Columbia University Press, 2010.

DELLAGNEZZE, René. **Os sistemas jurídicos da civil law e da common law**. publicado em outubro de 2020 (Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86328/os-sistemas-juridicos-da-civil-law-e-da-common-law#:~:text=O%20Sistema%20Common%20Law%20%C3%A9,inglesa%20ou%20membros%20da%20Commonwealth>. Acesso em 24 de março de 2022).

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Integracion europea y Derecho Internacional Privado. In: **Revista de Derecho comunitário europeo**, n. 2, 1997, pp. 413-445.

_____. La Evolución del Derecho Internacional Privado Comunitario em el Tratado de Amstendam. In: **Revista Española de Derecho Internacional**, n. 1, 1998, pp. 373-376.

_____. El Derecho Internacional Privado ante la Globalización. In: **Anuario Español de Derecho Internacional Privado**, t. 1, 2001, pp. 37-87.

DE RECHTSPRAAK. **ECLI:NL:PHR:2001:AD4933 – Societa Italiana Sisal E Afini Lavorata S.P.A. tegen NBC Holding Corporation (voorheen Tanzania National Bank of Commerce)**: De Procureur-Generaal. Datum publicatie: 17-12-2001-A (Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2001:AD4933>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

_____. **ECLI:NL:HR:1905:1 – Blaauboer/Berlips**: De Hoge Haad. Datum publicatie: 03-03-1905 (Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:1905:1>. Acesso em 27 de abril de 2022).

_____. **ECLI:NL:PHR:2001:AD4933 – Societa Italiana Sisal E Afini Lavorata S.P.A. tegen NBC Holding Corporation (voorheen Tanzania National Bank of Commerce)**: De Hoge Haad. Datum publicatie: 17-12-2001-B (Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2001:AD4933>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

_____. **ECLI:NL:HR:2012:BV5555**: De Hoge Haad. Datum publicatie: 20-04/2012 (Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2012:BV5555>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

DEPADT-SEBAG, Valérie. L'usufruit temporaire des personnes physiques. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, n° 4, 2010, pp. 669-682.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen**. Publicado em 1999 (Disponível em: <https://dserver.bundestag.de/btd/14/003/1400343.pdf>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

DIAS, Daniel; ROSENVALD, Nelson; VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto; FORTES, Pedro. **O Direito Privado na Common Law**. Publicado em 10 de agosto de 2020 (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-na-common-law/331789/o-direito-privado-na-common-law>. Acesso em 10 de agosto de 2020).

DIAS, Mariana Madeira da Silva. O Reconhecimento do Repúdio Islâmico pelo ordenamento jurídico português: a exceção de ordem pública internacional. In: **Julgar**, n° 23, Coimbra Editora, 2014 (Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/14-Mariana-Silva-Dias.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2020).

DIAS OLIVEIRA, Elsa. Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos da personalidade em Direito Internacional Privado. In: **Cuadernos de Derecho Transnacional**, vol. 5, n. 1, marzo 2013, pp. 139-162.

DÍEZ-Picazo, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI: Derechos Reales**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2012.

_____. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, la posesión**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2008.

DOUROUX, Philippe. **Le Goulag, la chair et les chiffres**. Disponível em: https://www.liberation.fr/debats/2017/10/18/le-goulag-la-chair-et-les-chiffres_1604025/. Acesso em 24 de março de 2022 (publicado em 18 de outubro de 2017).

DQ. **Isle of Man**. Disponível em: <https://dq.im/isle-of-man/#:~:text=The%20Isle%20of%20Man%20is%20a%20separate%20jurisdiction%20to%20the,conclusive%20Manx%20precedent%20already%20established.> Acesso em 22 de março de 2022.

DROBNIG, Ulrich. **Security Rights in Movables**. Data: 15 de janeiro de 2010 (Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537137. Acesso em 30 de janeiro de 2022).

_____. **Unified Rules on Proprietary Security – in the World and in Europe**. In: **BFD**, n. 85, 2009, pp. 667-678.

DUARTE, Diogo Pereira. A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias a propósito dos swaps. In: **RDS VII**, nº 1, 2015, pp. 189-235 (Disponível em: [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202015-01%20\(189-235\)%20-%20Jurisprud%C3%Aancia%20anotada%20-%20Diogo%20Pereira%20Duarte%20-%20A%20regula%C3%A7%C3%A3o%20contratual%20do%20risco%20e%20a%20altera%C3%A7%C3%A3o%20das%20circunst%C3%A2ncias%20a%20prop%C3%B3sito%20dos%20swaps.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202015-01%20(189-235)%20-%20Jurisprud%C3%Aancia%20anotada%20-%20Diogo%20Pereira%20Duarte%20-%20A%20regula%C3%A7%C3%A3o%20contratual%20do%20risco%20e%20a%20altera%C3%A7%C3%A3o%20das%20circunst%C3%A2ncias%20a%20prop%C3%B3sito%20dos%20swaps.pdf). Acesso em 20 de abril de 2020).

DUARTE, Rui Pinto. A Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional – tradução e notas. In: **Documentação e Direito Comparado**, nº 35/36, 1988 (Disponível em: https://www.csassociados.pt/xms/files/Site_2018/Outros_Conteudos_RPD/Artigos_e_Textos_em_Obras_Coletivas/1988ConvencaoUnidroitLeasing.pdf. Acesso em 2 de abril de 2022).

DUBE, Brian. Roman-Dutch and English common law: the indispensable law in Zimbabwe. In: **Afro Asian Journal of Social Sciences**, volume V, nº 4, Quarter IV, 2014 (Disponível em: <http://www.onlineresearchjournals.com/aajoss/art/164.pdf>. Acesso em 25 de março de 2022).

DUBE, Buhle Angelo; MAGAGULA, Alfred. **The Law and Legal Research in Swaziland**. Publicado em outubro de 2007 (Disponível em: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Swaziland.html#:~:text=Swaziland%20also%20applies%20the%20common,but%20excludes%20Swazi%20customary%20law>). Acesso em 24 de março de 2022).

DUBE, Buhle Angelo. **The Law and Legal Research in Lesotho**. Publicado em fevereiro de 2008 (Disponível em: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Lesotho.html>). Acesso em 24 de março de 2022).

DUTRA, Deo Campos. Um novo Direito Internacional Privado para uma nova família internacional. In: **RDIET**, v. 7, nº 2, jul-dez 2012, pp. 402-431.

_____. **O Direito Internacional Privado e a efetivação dos Direitos Humanos**: as convenções da Haia sobre Alimentos como expressão do Direito da Família Internacional Contemporânea. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Setembro, 2010.

DUXBURY, Robert. **Contract Law**. London/Inglaterra: Sweet & Maxwell, 2015.

E-JUSTICE. **Acerca da Rede: Informações nacionais sobre os pontos de contacto e o funcionamento da RJE (em Matéria Civil e Comercial)**. Publicado em 20 de novembro de 2019 (Disponível em: https://e-justice.europa.eu/431/PT/about_the_network#tocHeader0). Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

ELRA. **Common Conveyancing Reference Framework**. Data: 31 de maio de 2012 (Disponível em: <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2014/10/Final-version-CCRF.pdf.pdf>). Acesso em 20 de abril de 2022)

EUR-LEX. **O efeito direto do direito da União Europeia**. Publicado em 21 de outubro de 2021 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14547&from=IT#:~:text=O%20princ%C3%A4Dpio%20do%20efeito%20direto%20diz%20tamb%C3%A9m%20respeito%20aos%20atos,depende%20do%20tipo%20de%20ato>). Acesso em 4 de abril de 2022).

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de Dezembro de 1974, Processo nº 41/74: Yvonne van Duyn vs Homme Office**. Data: 4 de dezembro de 1974 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61974CJ0041&from=PT>). Acesso em 8 de abril de 2022).

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de abril de 1979, Processo nº 148/78: Ministerio Fiscal vs Tullio Ratti**. Data: 5 de abril de 1979 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61978CJ0148&from=PT>). Acesso em 8 de abril de 2022).

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de novembro de 1991:** *Andrea Francovich, Danila Bonifaci e outros vs República Italiana*. Data: 19 de novembro de 1991 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0006&from=PT>). Acesso em 8 de abril de 2022).

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de março de 1999:** *Manfred Trummer vs Peter Mayer*. Data: 16 de março de 1999 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0222&qid=1650714120429&from=PT>). Acesso em 15 de fevereiro de 2022).

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de abril de 1998:** *Raymond Kohll vs Union des caisses de maladie*. Data: 28 de abril de 1998 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996CJ0158&from=PT>). Acesso em 8 de abril de 2022).

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de junho de 1999:** *Klaus Konle vs Republik Österreich*. Data: 1 de junho de 1999 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A1999%3A271>). Acesso em 15 de fevereiro de 2022).

_____. **Resolução A2-157/89**, JO nº C 158, de 26 de junho de 1989, p. 400 (Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AC%3A1989%3A158%3ATOC>). Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

_____. **Resolução A3-0329/94**, JO nº C 205, de 25 de julho de 1994, p. 158 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AC%3A1994%3A205%3ATOC>). Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

_____. **Regulamento (CE) nº 1348/2000 do Conselho**. Data: 29 de maio de 2000 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32000R1348>). Acesso em 20 de janeiro de 2022).

_____. **Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho**. Data: 27 de novembro de 2003 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003R2201>). Acesso em 20 de janeiro de 2022).

_____. **Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho (Roma II)**. Data: 11 de julho de 2007 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32007R0864>). Acesso em 20 de janeiro de 2022).

_____. **Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho (Roma I)**. Data: 17 de junho de 2008 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32008R0593>). Acesso em 20 de janeiro de 2022).

_____. **Regulamento (CE) nº 4/2009 do Conselho**. Data: 18 de dezembro de 2008 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32009R0004>). Acesso em 20 de janeiro de 2022).

_____. **Documento De Trabalho Dos Serviços da Comissão que acompanha a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu**. Data: 14 de outubro de 2009 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0411:-%20FIN:%20PT:PDF>). Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

_____. **Regulamento (UE) nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Data: 4 de julho de 2012-A (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02012R0650-20120705>). Acesso em 20 de janeiro de 2022).

_____. **Decisão da Comissão, de 26 de Abril de 2010, que cria um grupo de peritos para um quadro comum de referência no domínio do direito europeu dos contratos**, JO L 105, de 27 de abril de 2010-A, pp. 109-111 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32010D0233&qid=1643900758467>). Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

_____. **Programa de Estocolmo – uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos**, JO C 155, de 4 de maio de 2010-B, pp. 1-38 (Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:52010XG0504\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:52010XG0504(01))). Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

_____. **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas”**. JO C 84, de 17 de março de 2011 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C.2011.084.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2011%3A084%3ATOC>). Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

_____. **Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Data: 12 de dezembro de 2012-B (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1215>). Acesso em 11 de abril de 2022).

_____. **Regulamento (UE) nº 606/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Data: 12 de junho de 2013 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0606&from=EN>). Acesso em 11 de janeiro de 2022).

_____. **EUROPA 2020 Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo**. Ano: 2020 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52010DC2020>. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

EUROPARL. **O poder legislativo**. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/powers-and-procedures/legislative-powers>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Conselho Europeu de Tampere 15 e 16 de outubro de 1999**: conclusões da presidência. Data: 15 e 16 de outubro de 1999 (Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2022).

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS E CONCIL OF EUROPE. **Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016 (Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf. Acesso em 10 de janeiro de 2022).

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, nº 198, abr./jun. 2013, pp. 59-88.

FARINHAS, Carla. O princípio do primado do direito da união sobre o direito nacional e as suas implicações para os órgãos jurisdicionais nacionais. In: **Julgar**, nº 35, 2018 (Disponível em: <http://julgar.pt/o-principio-do-primado-do-direito-da-uniao-sobre-o-direito-nacional-e-as-suas-implicacoes-para-os-orgaos-jurisdicionais-nacionais/>. Acesso em 4 de abril de 2022).

FARO, Frederico de Souza Leão Kastrup. Da validade da fiança omnibus. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (coord.). **Garantias das Obrigações**: publicação dos trabalhos do mestrado. Coimbra/Portugal: Almedina, 2007, pp. 249-304.

FAWCETT, James J. **Cheshire, North & Fawcett**: Private International Law. Oxford /Inglaterra: Oxford University Press, 2017.

FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE. **Introductory Act to the Civil Code (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – EGBGB)**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/. Acesso em 2 de fevereiro de 2022.

FEDLEX. **Federal Act on Private International Law**. Data 18 de December 1987 (Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

FELÍCIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891 (Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>. Acesso em 30 de março de 2022).

FERNADES, Luís A. Carvalho. **Lições de Direitos Reais**. Lisboa/Portugal: Quid Juris Sociedade Editora, 2010.

FERREIRA, Waldemar. Teixeira de Freitas e o Código Civil argentino. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 25, 1929, pp. 181-186.

FERRER CORREIA, Antonio. Considerações sobre o método do direito internacional privado. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial)**. Coimbra/Portugal, 1983, pp. 1-92.

_____. Da questão prévia em Direito Internacional Privado. In: **Revista Portuguesa de História**, tomo XII, volume II, Coimbra/Portugal, 1971.

FITZWILLIAMSTONE.

Trinidad and Tobago Government, Legal System and Economy. Disponível em: [http://fitzwilliamstone.com/legal-insight/trinidad-and-tobago-government-legal-system-and-economy/#:~:text=The%20law%20of%20Trinidad%20and,Commonwealth%20States%20mainly%20Canada\)%20statutes](http://fitzwilliamstone.com/legal-insight/trinidad-and-tobago-government-legal-system-and-economy/#:~:text=The%20law%20of%20Trinidad%20and,Commonwealth%20States%20mainly%20Canada)%20statutes). Acesso em 24 de março de 2022.

FLORIDA STATE UNIVERSITY. **Commonwealth Caribbean Law Research Guide: Belize**. Publicado em agosto de 2020-A (Disponível em <https://guides.law.fsu.edu/caribbean/belize>. Acesso em 30 de março de 2022).

_____. **Commonwealth Caribbean Law Research Guide: Antigua & Barbuda**. Publicado em 18 de Agosto de 2020-B (Disponível em <https://guides.law.fsu.edu/caribbean/antigua>. Acesso em 30 de março de 2022).

FRANÇA, Rubens Limongi. **La unificación del derecho obligacional y contractual latino-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

FREITAS, Augusto Teixeira de Freitas. **Esboço do Código Civil, volume 1**. Brasília: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1983-A.

_____. **Esboço do Código Civil, volume 2**. Brasília: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1983-B.

FOBLETS, Marie-Claire. El estatuto personal ante los tribunales: un reconocimiento. In: **Derecho Comparado Europeu**. Sem informações adicionais⁸⁴², 2006 (Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2109457.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020).

FOËX, Bénédicte. **Le numerus clausus des droit réels em matière mobilière**. Lausanne: Payot, 1987.

FULLI-LEMAIRE, Samuel; TAMAYO, Daniel Rojas. Aplicación de la ley extranjera en el derecho francés: regimen procesal (The Application of Foreign Law in France: The

⁸⁴² Segundo nota de rodapé, o artigo diz respeito a uma conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Zaragoza em 24 de fevereiro de 2006.

Procedural Regime of Foreign Law). In: **Revista de Derecho Privado**, nº 19, 2010, pp. 179-194 (Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1719221. Acesso em 20 de abril de 2020).

GÁMIZ, Javier Ocaña. **La eficacia frente a terceros de los derechos reales y de crédito**. Granada/Espanha: Editorial Comares S.L., 2016.

GALITO, Einstein Alejandro Morales. **Evolución Histórica del Código Civil Venezolano**. Publicado em 24 de março de 2020 (Disponível em: <http://www.abogadosveritaslex.com.ve/blog/evolucion-historica-del-codigo-civil-venezolano-1090>. Acesso em 31 de março de 2022).

GÁLLIGO, Javier Gómez. El valor de la formalización pública de la propiedad. In: PÉREZ, Manuel Ángel Rueda (coord.). **Instituciones de Derecho Privado**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2017.

GALLO, Filippo. L'eredità perduta del diritto romano: a proposito della produzione del diritto. In: **Europa e diritto privato**, nº 4, 2007, pp. 1006-1053.

GAUDENZI, Andreaa Sitotti. **Compendio Di Diritto Internazionale Privato**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2019.

GAUDREAUULT-DESBIENS, Jean-François. La critique économiste de la tradition romano-germanique. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 4, 2010, pp. 669-682.

GARCIA, Antonio Roman. **La Tipicidad de Los Derechos Reales**: autonomia privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales; sistema de *numerus apertus*; sistema de *numerus clausus*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1994.

GIJSBERS, Charles. **Sûretés réelles et droit des biens (thèse)**. Paris: Univ. Panthéon-Assas, 2012.

GIL, Ana Rita. **Do Reconhecimento de Efeitos Jurídicos a Casamentos Poligâmicos**. Sem informações adicionais⁸⁴³. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/2502.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020.

GILIKER, Paula. **The Draft Common Frame of Reference and European contract law**: moving from the “academic” to the “political”. Publicado em 2019 (Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/289833085>. Acesso em 2 de fevereiro de 2020).

GILISSEN, John. **Introdução História ao Direito**. Lisboa/Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

⁸⁴³ Segundo nota de rodapé, a autora relatou que o artigo “corresponde ao Relatório apresentado no Seminário de Teoria do Direito, da 2ª fase lectiva do 7º Programa de Doutoramento, sob a regência do Professor José de Sousa Brito”, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

GLOVER, Victor. **The Mauritius Legal System**. Disponível em: <https://www.gloverchambers.com/the-mauritius-legal-system/>. Acesso em 25 de março de 2022.

GODERCHOT-PATRIS, Sara. Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systems. In: **Revue critique de droit international privé**, nº 2, 2010, pp. 271-312.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Clóvis Bevilacqua: internacionalista e pacifista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

_____. **René David e 'Os grandes sistemas do direito contemporâneo'**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-18/embargos-culturais-rene-david-grandes-sistemas-direito-contemporaneo>. Acesso em 18 de julho de 2021. Publicado em 18 de julho de 2021-A.

_____. **René David e o direito inglês**. Publicado em 25 de julho de 2021 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-25/embargos-culturais-rene-david-direito-ingles>. Acesso em 25 de julho de 2021. Publicado em 25 de julho de 2021-B.

GODŽIROV, Ivna. **Restrictions On The Acquisition Of Certain Categories Of Real Estate In Relation To The Basic Market Freedoms In The European Union**. Publicado em 2020 (Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/2478768353?accountid=44316&forcedol=true>. Acesso em 26 de janeiro de 2022).

GÓMEZ, Rebeca Vázquez. Aproximación al derecho islâmico y su regulación del velo. In: **Ius Canonicum**, XLVII, nº 94, 2007, pp. 591-615.

GONZÁLEZ, Santiago Alvarez. Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa. In: **Anuario de Derecho Civil**, t. XLVI, 1993, pp. 1109-1151 (Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46808.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020).

_____. La *professio iuris* y la sucesión internacional em uma futura reglamentación comunitária. In: **Estudios Jurídicos em Memoria del Profesor José Manuel Lete del Rio**. Civitas, Thomson Reuter e Cizur Menor, 2009, pp. 17-49.

GORLA, Gino. **Teoria e prática da compra e venda**. Tradução de Alcino Pinto Falcão. Volume I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960-A.

_____. **Teoria e prática da compra e venda**. Tradução de Alcino Pinto Falcão. Volume II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960-B.

GOUT, Olivier. Quel droit commun pour les sûretés réelles?. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 2, Avril/Juin 2013, pp. 255-274.

GOV.UK. **Leasehold Reform (Ground Rent) Act 2022**. Published 11 February 2022-A (Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/leasehold-reform-ground-rent-act-2022>. Acesso em 5 de março de 2022)

_____. **Leasehold property**. Disponível em: <https://www.gov.uk/leasehold-property>. Acesso em 4 de maio de 2022-B.

_____. **Registering land or property with HM Land Registry**. Disponível em: <https://www.gov.uk/registering-land-or-property-with-land-registry>. Acesso em 4 de maio de 2021.

GOVERNMENT OF CANADA. Where our legal system comes from. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/03.html>. Acesso em 24 de março de 2022.

GUARINO, Antonio. La experiencia de Roma em el estudio del derecho. In: **Anales de la Academia Matritense del Notariado**, Tomo X, 1959, pp. 199-213.

GUERNSEYBAR. **Sources of Guernsey law**. Disponível em: <http://www.guernseybar.com/practising-guernsey-law/sources-of-guernsey-law.aspx#:~:text=Customary%20law%20has%20two%20senses,to%20statutory%20or%20regulatory%20law>. Acesso em 26 de março de 2022.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. **As titularidades de direito difuso e as relações privadas**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Orientador Professor Doutor Paulo Luiz Neto Lôbo, 2017 (Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29635/1/TESE%20Everilda%20Brand%C3%A3o%20Guilhermino.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020).

_____. **Acesso e compartilhamento: A nova base econômica e jurídica dos contratos e da propriedade**. Publicado em 23 de setembro de 2019 (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/311569/acesso-e-compartilhamento-a-nova-base-economica-e-juridica-dos-contratos-e-da-propriedade>. Acesso em 20 de abril de 2020).

GUIMARÃES, Octávio Moreira. **Da boa-fé no Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953.

GULLÓN, Atonio; Díez-PICAZO, Luis. **Sistema de Derecho Civil, volume II**. Madrid/Espanha: Editorial Tecnos, 2015.

GUZMAN, BRITO, Alejandro. La influencia del Código Civil de Vélez Sarsfield em las codificaciones de iberoamérica hasta principios del siglo XX. In: **Revista Chilena de Historia del Derecho**, n. 18, 1999-2000, pp. 263-273.

HAFERKAMP, Hans-Peter. **Begriffsjurisprudenz/Jurisprudence of Concepts**. Publicado em 6 de abril de 2011 (Disponível em: www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitrag/105-jurisprudence-of-concepts. Acesso em 2 de março de 2022).

HALEY, Michael. **Land Law**. London/Inglaterra: Sweet & Maxwell, 2016.

HANSMANN, H.; KAAKMANN, R. Property, contract and Verification. The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights. In: **Harvard John Olin Center of Law, Economics and Business**. Discussion Paper nº 388/2002.

HENRY, Xavier; VENANDET, Guy; WIEDERKEHR, Georges; ANCEL, Pascal; TISSERAND-MARTIN, Alice; GUIOMARD, Pascale. **Código Civil Annoté**. Paris/França: Dalloz, 2019.

HCCH. **About The HCCH**. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about/>. Acesso em 4 de abril de 2022.

_____. **Princípios relativos à escolha de lei aplicável aos contratos comerciais internacionais**. Ano: 2016 (Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/875f0793-9618-4753-aec6-9450dcc01316.pdf>. Acesso em 2 de abril de 2022).

_____. **125 anos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH)**. Outubro de 2018 (Disponível em: <https://rm.coe.int/e-book-on-civil-justice/16808e98a9>. Acesso em 2 de abril de 2022).

_____. **30: Convenção sobre a lei aplicável ao trust e a seu reconhecimento**. Data: 1 de julho de 1985 (Disponível: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59#:~:text=Para%20os%20prop%C3%B3sitos%20desta%20Conven%C3%A7%C3%A3o,ou%20para%20alguma%20finalidade%20espec%C3%ADfica>. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

HESPAÑA, António Manuel. Dificuldades de uma História não Tradicionalista da Tradição do Direito Privado. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo. **História do Direito Privado**. Belo Horizonte/Brasil: Arraes Editores, 2015.

_____. **A Cultura Jurídica Europeia**. Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2012.

HESSELINK, Martijn W. The Principles of European Contract Law: some choices made by the Lando Commission. In: **Global Jurist Frontiers**, vol. 1, nº 1, 2011 (Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/284730355_The_Principles_Of_European_Contract_Law_Some_Choices_Made_By_The_Lando_Commission. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

HILSON, Chris. Rights and Principles in EU Law: a distinction without foundation. In.: **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, volume 15, nº 2, 2008.

HISTORY. **Ottoman Empire**, 2017. Disponível em: <https://www.history.com/topics/middle-east/ottoman-empire>. Acesso em 17 de março de 2022.

HOECKE, Mark Van. **L'harmonisation du droit privé en Europe**. Publicado em 2003. (Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/294124474>. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

HOMEM, António Pedro Barbas. **O Código de Seabra na História do Direito Civil**. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 77, 2007, pp. 43-59.

HOMEOWNERS. **How and when will leaseholders benefit from government reforms**. Published April 2nd, 2022-A (Disponível em: <https://hoa.org.uk/2021/01/lease-extension-process/>. Acesso em 15 de abril de 2022).

_____. **Leasehold vs Freehold – what's the difference?**. Disponível em: <https://hoa.org.uk/advice/guides-for-homeowners/i-am-buying/leasehold-v-freehold-whats-the-difference/>. Acesso em 15 de abril de 2022-B.

HONG KONG. **Hong Kong: the facts legal system**. Disponível em: https://www.gov.hk/en/about/abouthk/factsheets/docs/legal_system.pdf. Acesso em 24 de março de 2022.

HORVATH, Alena Veronica; VELÁZQUEZ, Juan Pablo Pérez. **Análisis comparado de los registros de la propiedad alemán y español: sería posible um registro de la propiedad común europeo?**. In: **Cuadernos de Derecho Transnacional**, vol. 13, n. 2, 2021, pp. 256-288.

HOUSE OF LORDS. **European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference**. 12th Report of Session de 2008-09. Published 10 June 2009 (Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldecom/95/95.pdf>. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

HUMPHREYS, Luís Fernando Lisboa. **A exceção de ordem pública no direito internacional privado**. Data: 2005 (Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45864/M608.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 de abril de 2022).

HURRELL, Andrew. **Sociedade internacional e governança global**. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 46, São Paulo, 1999 (Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451999000100003&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 20 de abril de 2020).

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: LTr, 2017.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **1 Resolution, Premiere Commission: la substitution et l'équivalence en droit international privé**. Session de Santiago, 27 de October 2007 (Disponível em: https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2007_san_01_en.pdf).

INTERNATIONAL BUSINESS LAW. **Os sistemas jurídicos da civil law e da common law**. Publicado em outubro de 2020 (Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/86328/os-sistemas-juridicos-da-civil-law-e-da-common-law/3>. Acesso em 20 de março de 2022).

JACOMINO, Sérgio. **Oficina notarial e registral: Averbação de restrição de construção em matrículas de imóveis perto das instalações do metrô.** Publicação em 29 de setembro de 2021 (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/352388/averbacao-de-construcao-em-matriculas-de-imoveis-perto-do-metro>. Acesso em 29 de setembro de 2021).

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2012.

JAEGER JUNIOR, Augusto; SEBALHOS JORGE, Mariana. Estudos brasileiros sobre a europeização do direito internacional privado. In: RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (coord.). **Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado.** São Paulo: Intelecto, 2016, pp. 255-276.

JANUÁRIO, Rui; GAMEIRO, António. **Direito Registral Predial.** Lisboa/Portugal: Quid Juris Sociedade Editora, 2016.

JANUÁRIO, Rui; D'AVILA, Filipe Lobo; PINHEL, Luís de Andrade. **Direito Civil: direito das coisas.** Lisboa/Portugal: Petrony Editora, 2018.

JARDIM, Mónica; ANDRADE, Margarida Costa. **Direitos Reais: casos práticos e resolvidos.** Coimbra/Portugal: Gestlegal, 2018.

JARDIM, Mónica. **Estudos de Direitos Reais e Registro Predial.** Coimbra/Portugal: Gestlegal, 2018.

_____. **Efeitos Substantivos do Registro Predial – Terceiros para Efeitos de Registro.** Coimbra/Portugal: Almedina, 2013.

_____. A euro-hipoteca e os diversos sistemas registrais europeus. In: **BFD**, n. 85, 2009, pp. 743-763.

JAYME, Erik. La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé. In: **Annuaire de l'Institut de droit international – Session de Santiago du Chili**, volume 72, p. 2007.

JOUBERT, Natalie. **La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*Inlandsbeziehung*) en droit international privé.** Paris/França: LexisNexis Litec, 2007.

JUENGER, Friedrich K. Private International Law or International Private Law? In: **The King's College Law Journal**, n. 45, 1994-1995, pp. 45-62 (Disponível: <https://home.heinonline.org/>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformization. Plaidoyer pour un discours affine sur les moyens d'intégration juridique. In: **R.J.T.**, n. 43, 2009, pp. 605-649.

KASER, MAX. **Derecho Romano Privado.** Traducción por Jose Santa Cruz Teijeiro, 1968.

KIENINGER, Eva Maria. Freedom of Choice of Law in the Law of Property? In: **EPLJ**, 9(3), 2018, pp. 221-245 (Disponível em: <https://doi.org/10.1515/eplj-2018-0011>. Acesso em 26 de janeiro de 2022).

KLEIN VIEIRA, Luciane; VOLCATO DA COSTA, Vitória. A livre circulação de pessoas no Mercosul e na União Europeia: perspectivas e desafios para o futuro.

KLOR, Adriana Dreyzin de. La contratación internacional em el Código Civil y Comercial Argentino. In: RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado: questões controvertidas.** Belo Horizonte/Brasil: Arraes Editores, 2016, pp. 324-335.

KOESSLER, James. Is there room for the trust in a civil law system? The French and Italian perspective. Publicado em março de 2012 (Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2132074. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

KUGUIMIYA, Luciana Lie. **Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais na arbitragem internacional.** Publicado em 1 de abril de 2021 (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342853/os-principios-do-unidroit>. Acesso em 2 de março de 2022).

LAC. **Common Law (Law in Namibia, Factsheet Series, nº 4 of 6).** Disponível em: https://www.lac.org.na/projects/grap/Pdf/Law_4-Common_Law.pdf. Acesso em 24 de março de 2022.

LAGE, Leonardo Almeida. **Transconstitucionalismo, direito islâmico e liberdade religiosa.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Orientador: Professor Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves. Data: agosto de 2016 (Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22376/1/2016_LeonardoAlmeidaLage.pdf. Acesso em 2 de abril de 2022).

LALANI, Shaheez. Establishing the Content of Foreign Law: a Comparative Law. In: **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, volume 20, nº 1, 2013, pp. 75-113.

LAMARCHE, Thierry. L'accessionn différée: une nouvelle approche des grandes classifications. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 1, Janvier/Mars 2006, pp. 1-26.

LANDO, Ole; CLIVE, Eric; PRÜM, André; ZIMMERMANN, Reinhard. **Principles of European Contract Law, Part III**. The Hague/Netherlands; London/UK; New York/EU: Kluwer Law International, 2003.

LAU, Martin. Introduction to the Pakistani Legal System, with special reference to the Law of Contract. In: **Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law**, vol. 1, 1994, pp. 3-28.

LAVAL, Sarah. **Le tiers et le contrat: étude de conflit de lois**. Bruxelles/Bélgica: Éditions Larcier, 2016.

LAW KUELEUVEN. **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame Of Reference (DCFR)**. Ano: 2009 (Disponível em: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/european-private-law_en.pdf. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

LEDUC, Antoine. Récents développements em matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques. In: **Revue du notariat**, volume 103, numéro 1, mars 2001, pp. 51-86.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Arrendamento Urbano**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2018.

_____. **Direitos Reais**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2018.

LEWALD, Hans. Règles générales des conflits de lois. In: **Recueil des cours**, Tome 69, III, 1939.

LEX BAHAMAS. **Overview of the Bahamian Legal System**. Publicado em 28 de janeiro de 2009 (Disponível em: http://www.lexbahamas.com/overview_of_the_bahamian_legal_s.htm#:~:text=The%20Bahamian%20legal%20system%20is,are%20enshrined%20in%20the%20Constitution. Acesso em 30 de março de 2022).

LIKILLIMBA, Guy-Auguste. La possession corpore alieno. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 1, Janvier/Mars 2005, pp. 1-32.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional**. Porto Alegre: IRIB:S.A.Fabris, 2004.

_____. O Delineamento da Propriedade imobiliária na Pós-Modernidade. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas (coord.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília/DF: Obscursos Editora, 2009, pp. 151-190.

_____. **Propriedade, Estado e Mercado**. Tese apresentada como prova escrita do Concurso de Professor Titular de Direito Privado da Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, 2010. (no prelo).

LOBBAN, Michael. The common law mind in the age of Sir Edward Coke. In: **Amicus Curiae**, issue 33, January/February, 2001, pp. 18-21.

LOPES DA SILVA, Joseane Suzart. **Teixeira de Freitas, o jurista que sedimentou o Direto Privado em prol da sociedade**. Publicado em 23 de outubro de 2017 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-23/teixeira-freitas-jurista-sedimentou-direto-privado>. Acesso em 31 de março de 2022).

LOURO, A. Tavares; COSTA, José Mário. **Sharia**. Publicado em 23 de julho 2004 (Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/sharia/11967#:~:text=Portanto%3A%20xaria.,árabe%20é%20curiosamente%20%2F%20xariá%2F>. Acesso em 5 de abril de 2022).

LOUSIANA. **Civil Code**. Disponível em: https://www.legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent. Acesso em 24 de março de 2022.

LOUSSOUARN, Yvon. Les conflits de lois en matière de réserve de propriété. In: **Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé**, 5^e année, 1982-1984. 1985. pp. 91-120.

LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. **Droit international privé**. Paris/França: Dalloz, 2013.

LAGARDE, Valérie. **Les conflits internes de lois (volume 1)**. Paris/França: IRJS Éditions, 2013-A.

LAGARDE, Valérie. **Les conflits internes de lois (volume 2)**. Paris/França: IRJS Éditions, 2013-B.

LARDEUX, Gwendoline. Qu'est-ce que la propriété?. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, n^o 4, Octobre/Décember 2013, pp. 741-758.

LARROUMET, Christian; MALLET-BRICOUT, Blandine. **Les biens, droits reels principaux, Tome 2**. Paris/França: Economica, 2019.

LEVENEUR, Laurent (coord.). **Code Civil 2020**. Paris/França: LexisNexis, 2019.

LIMA PINHEIRO, Luís de. **Direito Internacional Privado, volume I: introdução e direito de conflitos – Parte Geral**. Lisboa/Portugal: AAFDL, 2019.

_____. **Direito Internacional Privado, volume II: direito de conflitos – Parte Especial**. Lisboa/Portugal: AAFDL, 2021.

LIMONGI, Maria Isabel. O volume I da História da Inglaterra e o debate constitucional inglês: Hume contra a ideia de lei fundamental. In: **Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade**, v. 20, n. 2, 2015, pp. 37-65.

LINDENBERGH, Siewert D. Enforcing the right to property properly: an Essay on the Shift from Injunctive Relief to Mere Compensation. In: **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, volume 17, n^o 1, 2010.

MACHADO, João Baptista. Problemas na aplicação do direito estrangeiro – adaptação e substituição. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 36, 1960, pp. 327-351.

_____. Contributo da escola de Coimbra para a teoria do direito internacional privado. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 61, pp. 159-176, 1985.

MAIA, Roberta Mauro. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo/Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAIO, Henrique António Gonçalves Candeiras da Guerra. **Da qualificação em Direito Internacional Privado**: o problema da qualificação e a experimentação de critérios mobilizáveis nos quadros do DIP. Data da elaboração: 2013 (Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/34759>. Acesso em 15 de janeiro de 2022).

MAKSUDOĞLU, Mehemet. **Osmanli history and institutions**. Istanbul/Turkey: Ensar, 2011.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. **Estudos de Direito Civil**. São Paulo/Brasil: Saraiva, 2014.

_____. **A propriedade horizontal no Direito Romano**. São Paulo/Brasil: Quartier Latin, 2002.

MARQUES DOS SANTOS, António. Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado. In: **Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa/Portugal: Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, pp. 521-606.

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de Cumprimento**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2006.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Ius Commune* (Direito Comum). In: **JURIS: Revista da Faculdade de Direito**, v. 12, 2006/2007, pp. 95-108 (Disponível em: <http://quaiaca.ufpel.edu.br:8080/handle/123456789/900>. Acesso em 22 de março de 2022).

MATTA, Tiago Reis de Athayde. Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (coord.). **Garantias das Obrigações**: publicação dos trabalhos do mestrado. Coimbra/Portugal: Almedina, 2007, pp. 525-564.

MAX-EUP. **Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations**. Publicado em 2012 (Disponível em: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Turkish_Civil_Code_and_the_Turkish_Code_of_Obligations. Acesso em 2 de abril de 2022).

MAYORGA GARCIA, Fernando. Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil em Colombia. In: **Revista Chilena de Historia del Derecho**, n. 14, 1991, pp. 291-313.

MAZEAUD, Vincent. Droit reel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 1, 2014, pp. 29-48.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEINERO, Fernando Pedro. Primeira interpretação do Regulamento Europeu de Sucessões: comentários ao acórdão TJUE C 218/16 – Segunda Seção. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018, pp. 127-136.

MENDES, João de Castro. **Direito Comparado**. Lisboa/Portugal: AADFL, 1982-1983.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O artigo 9 do *Uniform Commercial Code* e a sua aptidão como modelo de uniformização do sistema de garantias. In: **BFD**, n. 85, 2009, pp. 679, 692.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. A liberdade das partes como critério de determinação do direito aplicável às obrigações contratuais de acordo com Regulamento Roma I. In: RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (coord.). **Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado**. São Paulo: Intelecto, 2016, pp. 3-61.

MEGARRY, Sir. Robert; WADE, Sir. William. **The Law of Real Property**. Ninth Edition by Stuart Bridge, Elizabeth Cooke and Martin Dixon. London/Inglaterra: Sweet & Maxwell, 2019.

MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de Direito Romano, volume 2**. São Paulo/Brasil: Max Limonad, 1971.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MÉMETEAU, Gérard. L'actualité du droit des servitudes. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 4, Octobre/Décembre 2008, pp. 613-634.

MERRYMAN, John Henry. Policy, autonomy, and the *numerus clausus* in Italian and American property law. In: **The American Journal of Comparative Law**, vol. 12, nº 2, Spring 1963, pp. 224-231.

MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ónus reais**. Coimbra/Portugal: Almedina, 1990.

MICHAELS, Ralf. Property. In: BASEDOW, Jürgen; HOPT, Klaus J.; ZIMMERMANN, Reinhard; STIER, Andreas. **The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, vol. 2**. Oxford/Inglaterra: Oxford University Press, 2012.

MIGALHAS. **Há 200 anos nascia José Tomás Nabuco de Araújo**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/184305/ha-200-anos-nascia-jose-tomas-nabuco-de-araujo>. Publicado em 14 de agosto de 2013 (Acesso em 31 de março de 2013)

MILLIOT, Louis. **Introduction a L'Étude du Droit Musulman**. Paris/França: Recueil Sirey, 1953.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MOOG, Vianna. **Bandeirantes e pioneiros: paralelo entre duas culturas**. Rio de Janeiro: Graphia, 2000.

MORAES, José Luiz Souza de. **A ordem pública no direito internacional privado da família: parâmetros constitucionais**. Tese de Doutorado no Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Titular Doutor Gustavo Ferraz de Campos Monaco. Ano: 2020.

MORENO, Hector Simón. **El proceso de armonización de los derechos reales em Europa**. Valência/Espanha: Editora Tirant, 2013.

_____. **La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana**. Valência/Espanha: Editora Tirant Lo Blanch, 2018.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos Reais: segundo preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2016.

MOREIRA, Adriano. **Teoria das Relações Internacionais**. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1999.

MORELL, Josep María Fontanellas i. **La professio iuris sucessória**. Madrid/Espanha: Marcial Pons, 2010.

_____. **La Professio Iuris sucesoriaa las puertas de una reglamentación comunitária**. In: **Dereito**, vol. 20, nº 2, 2011, pp. 83-129 (Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7999/04-Fontanellas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 de abril de 2022).

MOSER, Rudolf. **Direito Internacional Privado, unificação do Direito e Comunidade Econômica Europeia**. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 58, 1968, pp. 93-105 (Disponível: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66423>. Acesso em 20 de abril de 2020).

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coord.). **Aspectos da Unificação europeia do direito internacional privado**. São Paulo: Intelecto, 2016.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interacção originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (coord.). **Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado**. São Paulo: Intelecto, 2016, pp. 3-61.

_____. Direito Internacional Privado da Família nos inícios do Século XXI: uma perspectiva europeia. In: OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra/Portugal: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 366-427.

MOYA, Mercedes Soto. Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante. In: **Revista Millenium DIPr**, nº 3, 2016 (Disponível em: <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1537312744.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020).

MOZOS, Patricia Orejudo Prieto de los. Reconocimiento em España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución. In: **Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado**. Valencia/España: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 465-516 (Disponível em: https://eprints.ucm.es/23272/1/reconocimiento_en_espa%C3%B1a.pdf. Acesso em 20 de abril de 2020).

MUÑIZ ESPADA, E.; AZNAR, S. Nasarre; JORDÁN, E. Sánchez. Armonización del mercado hipotecário según el grupo de investigación eurohypotheq: a common mortgage for Europe. In: **BFD**, n. 85, 2009, pp. 639-665.

MUÑOZ, Xavier O'Callaghan. **Código Civil comentado y con jurisprudencia**. Madrid/Espanha: Wolters Kluwers, 2019.

MUSTAPICH, Jose Maria. Concepto del derecho notarial. In: **Anales de la Academia Matritense del Notariado**, Tomo X, 1959, pp. 51-149.

NACATA JUNIOR, Edson Kiyoshi. Tradição romanista e soluções de continuidade no direito obrigacional brasileiro: a eficácia translativa do contrato no Projecto de Joaquim Felício dos Santos. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, ano 2, vol. 5, out./dez. 2015.

NAGAR, Raghav. **What is common law? Does it apply in India?** Disponível em: <https://blog.ipleaders.in/common-law-apply-india/>. Acesso em 24 de março de 2022 (Publicado em 23 de abril de 2015).

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2006.

NAZARÉ, Paulo Emílio Dantas. **O Acesso à Propriedade Imobiliária sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. Dissertação apresentada perante o Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Orientador: Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima. Brasília, 2016

(Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22079/1/2016_PauloEm%C3%ADlioDantasNazar%C3%A9.pdf. Acesso em 30 de dezembro de 2017).

NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. Lisboa/Portugal: Ediforum, 2018.

_____. **Manual da Propriedade Horizontal**. Lisboa/Portugal: Ediforum, 2015.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da taxatividade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 413-436.

NICOLÁS, Ángel Serrano de. Comunidades de Bienes: regulación positiva, situaciones dudosas y pactos convencionales. In: PÉREZ, Manuel Ángel Rueda (coord.). **Instituciones de Derecho Privado**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2017.

NIENCHESKI, Luísa Zuardi. **Concorrência entre normas internacionais ambientais e comerciais: possibilidade de harmonização através do “diálogo das fontes”**.

NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil argentino. In: **Revista do CAAP**, número especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul./dez., 2010, pp. 37-48.

OLCESE, Tomás. **Formação histórica da *real property law* inglesa: *tenures, estates, Equity & trusts***. São Paulo: YK Editora, 2016844.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio Separado – herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundo de investimento imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Parâmetros analíticos do Direito Civil Constitucional: por um ponto de equilíbrio entre os discursos de Direito, Estado, Economia e Sociedade**. Dissertação apresentada perante o Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Orientador: Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima. Brasília, 2016 (Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/23903>. Acesso em 26 de julho de 2017).

_____. **Direito real de laje à luz da Lei 13.465/2017: nova lei, nova hermenêutica**. Brasília: Núcleo de Estudos e

⁸⁴⁴ Essa obra é fruto da dissertação do autor, defendida em 2012 e orientada pelo Professor Bernardo Bissoto Queiroz Moraes, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29082013-140556/publico/Formacao_Historica_da_Real_Property_Law_Inglesa_Versao_Final.pdf. Acesso em 20 de abril de 2020).

Pesquisas/CONLEG/Senado, julho/2017 (Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 de julho de 2017).

_____. **O princípio da proteção simplificada do luxo, o princípio da proteção simplificada do agraciado e a responsabilidade do generoso.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2018 (Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de dezembro de 2018).

_____. **Doação com encargo e a eficácia contra terceiros e o registro de imóveis.** Publicado em 14 de outubro de 2020 (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registras/334813/doacao-com-encargo-e-a-eficacia-contra-terceiros-e-o-registro-de-imoveis>. Acesso em 14 de outubro de 2020).

_____. **Casamento religioso no Brasil: rápido comparativo com experiência da Inglaterra com os casamentos islâmicos.** Publicado em 2018 (Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/608933728/casamento-religioso-no-brasil-artigo-de-carlos-eduardo-elias-de-oliveira>. Acesso em 10 de janeiro de 2021).

_____. **Hipoteca e outras garantias reais no Brasil: Debilidades traiçoeiras diante de credores "privilegiados".** Publicado em 22 de setembro de 2021 (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registras/352019/hipoteca-e-outras-garantias-reais-no-brasil>. Acesso em 22 de setembro de 2021).

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Model Inter-American Law On Secured Transactions.** Ano: 2013 (Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/secured_transactions_book_model_law.pdf. Acesso em 4 de abril de 2022).

OVERHEID. **Wet conflictenrecht goederenrecht.** Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0023583/2009-07-01>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022.

PALAO MORENO, Guillermo. La Importancia de la autonomia de la voluntad conflictual em del derecho internacional privado de la Unión Europea. In: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, volume 102, nº 125-130, jul./dez. 2017, pp. 77-102.

PARANHOS, Adriano Ribeiro. O “Esboço jurídico de José de Alencar”. In: **XV Encontro Regional de História - ANPUH-Rio** **Ofício do Historiador: Ensino e Pesquisa**, São Gonçalo/RJ, 23 a 27 de julho de 2012 (Disponível em: <http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/site/anaiscomplementares>. Acesso em 30 de março de 2022).

PAREDES PÉREZ, José Ignacio. Alcance y contenido de la noción de equivalência em el derecho internacional privado. In: **AEDIPr**, t. XII, 2012, pp. 91-126.

PASQUALIS, Paolo. **The movement of notarial instruments in the European legal area.** Ano da publicação: 2010 (Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_NT\(2010\)425656](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_NT(2010)425656). Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

PASQUALOTTO, Daniel Iachel. **Brasil a caminho do sistema judicial do *common law*?** Publicado em 11 de julho de 2019 (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/306141/brasil-a-caminho-do-sistema-judicial-do-common-law>. Acesso em 26 de março de 2022).

PATRÃO, Afonso. A “adaptação” dos direitos reais no Regulamento Europeu das Sucessões. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 92, 2016.

_____. **Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional:** Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias. Lisboa/Portugal: Livros Horizonte, 2017.

_____. Reflexões sobre o reconhecimento de Trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 87, 2011.

_____. Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa. In: **Cadernos de Direito Privado (CDP)**, nº 62, Cejur abr./jun. 2018, pp. 41-67 (Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84983/1/PATR%C3%83O%2C%20AFO%2C%20Ordem%20p%C3%ABlica%20internacional%20e%20arbitragens%20submetidas%20%C3%A0%20lei%20portuguesa%2C%20CDP%2C%20n62%2C%202018.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020).

_____. Party autonomy: Removing Obstacles to Legal Diversity in the European Market. In: **Market and Competition Law Review**, volume III, nº 1, April 2019, pp. 91-131.

PATTI, Salvatore. Metodo e Tendenze del Diritto Civile in Europa. In: **Europa e diritto privato**, nº 3, 2011, pp. 647-659.

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

PEREIRA, Luiz Cláudio Cadona. Harmonização e unificação internacional do regime do enriquecimento sem causa: uma perspectiva a partir do DCFR. In: **Revista Brasileira de Direito Civil.** Belo Horizonte, v. 29, jul./set. 2021, pp. 123-161.

PÉREZ, Manuel Ángel Rueda. La propiedad urbana. Los modelos urbanísticos. In: PÉREZ, Manuel Ángel Rueda (coord.). **Instituciones de Derecho Privado.** Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2017.

PIMONT, Sébastien. A propos de l'activité doctrinale civiliste. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 4, Octobre/Décembre 2006, pp. 707-719.

PINTO, Rui. **Direitos Reais de Moçambique**: teoria geral dos direitos reais e posse. Coimbra/Portugal: Almedina, 2012.

PLANCKEEL, Frédéric. Le combinaison de l'usufruit et du bail. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 4, Octobre/Décembre 2009, pp. 639-664.

POLO, Marco. **O Livro das Maravilhas**. Porto Alegre: L&M, 2006.

POPOVA, Arina V.; SLOVYEV, Lev S.; ARNAUTOVICH, Andrey A. **UPDATE: A Guide to Legal Research in Russia**. Publicado em março de 2017 (Disponível em: https://www.nyulawglobal.org/globalex/Russia_Legal_Research1.html#:~:text=The%20Russian%20Federation%20is%20a%20civil%20law%20country.,therefore%20no%20religious%20law%20applies. Acesso em 30 de março de 2022).

PORCHERON, Delphine. **La règle de l'accessoire et les conflits de lois em Droit International Privé**. Aix-en-Provence/França: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. Salvador: JusPodivm, 2021.

PORTO RICO. “**Código Civil de Puerto Rico**” de 2020. Disponível em: <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2021-A.

_____. **Constitucion del Estado Libre Asociado de Puerto Rico**. Disponível em: <https://www2.pr.gov/sobrepuertorico/documents/elaconstitucion.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2021-B.

QUINTELLA, Felipe. **Decodificando o Código Civil (5) – A tramitação do Código Civil de 1916 (Parte 1)**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/02/07/decodificando-o-codigo-civil-5-tramitac%CC%A7a%CC%83o-do-codigo-civil-de-1916-parte-1/>. Publicado em 7 de fevereiro de 2017 (Acesso em 30 de março de 2022).

RAINHA, Paula. **UPDATE: Republic of Mozambique – Legal System and Research**. Publicado em abril de 2013 (Disponível em: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Mozambique1.html>. Acesso em 30 de março de 2022).

RAMOS, André de Carvalho.R, Raphael Carvalho de. Nota Introdutória: o Direito Internacional Privado e seus Desafios. In: RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado**: questões controvertidas. Belo Horizonte/Brasil: Arraes Editores, 2016, pp. 1-7.

RAMOS, José Luís Bonifácio. **Manual de Direitos Reais**. Lisboa/Portugal: AAFDL Editora, 2017.

_____. **Direitos Reais – Relatório**. Lisboa/Portugal: AAFDL Editora, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECH, Carolina Magalhães. **As Conferências interamericanas de direito internacional privado**. Disponível em: https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/dir_carolina_magalhaes_rech.pdf. Acesso em 2 de março de 2022.

REID, Kenneth G. C. Conceptualizing the Chinese Trust: Some Thoughts from Europe. In: CHEN, Lei; VAN RHEE, C.H. **Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspective**. Leiden/The Netherlands; Boston/EUA: Publishers and Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 209-234.

REIMANN, Mathias. **Comparative Law and Private International Law**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1934969/mod_resource/content/1/Comparative%20Law%20and%20International%20Private%20Law.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2022.

REVILLARD, Mariel. **Droit international privé et européen: pratique notariale**. Issy-les-Moulineaux/França: Defrénois, 2018.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: algumas notas sobre o problema da interpretação do âmbito objetivo dos regulamentos comunitários. In: **Revista Julgar**, nº 23, maio/agosto 2014, pp. 265-292 (Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/13-Geraldo-Ribeiro.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020).

RICKEN, Guilherme. **O Código Prussiano**. Disponível em: [https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/448-ocodigopruss#:~:text=Promulgado%20no%20ano%20de%201794,C%C3%B3digo%20Napole%C3%B4nico%20\(Code%20Civil\)](https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/448-ocodigopruss#:~:text=Promulgado%20no%20ano%20de%201794,C%C3%B3digo%20Napole%C3%B4nico%20(Code%20Civil)). Acesso em 3 de abril de 2022.

RODAS, João Grandino. **Facilitar o uso de garantias mobiliárias incrementaria a economia**. Publicado em 4 de junho de 2020 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-04/olhar-economico-facilitar-uso-garantias-mobiliarias-incrementaria-economia>. Acesso em 6 de abril de 2022).

RODAS, Sérgio; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Princípios do Código Civil não autorizam o juiz a atropelar a lei**. Publicado em 1º de março de 2015 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-01/entrevista-reinhardt-zimmermann-jan-peter-schmidt-juristas>. Acesso em 20 de abril de 2020).

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **The Law of Obligations, de Reinhard Zimmermann, terá versão em português**. Publicado em 2 de novembro de 2016 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-02/direito-comparado-the-law-of-obligations-ganhara-versoes-portugues>. Acesso em 20 de abril de 2020).

_____. **Ordem constitucional nos Países Baixos completa 200 anos.** Publicado em 9 de abril de 2014 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-16/direito-comparado-200-anos-ordem-constitucional-paises-baixos>. Acesso em 25 de março de 2022-A).

_____. **Ordem constitucional nos Países Baixos completa 200 anos II.** Publicado em 16 de abril de 2014 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-09/direito-comparado-200-anos-ordem-constitucional-reino-paises-baixos>. Acesso em 25 de março de 2022-B).

_____. **Como se produz um jurista? O modelo japonês (parte 55).** Publicado em 15 de fevereiro de 2017 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/direito-comparado-produz-jurista-modelo-japones-parte-55>. Acesso em 25 de março de 2022).

RODRIGUÉZ, José Antonio Moreno. Orden Público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes em Europa y el Mercosur. In: **Lima Arbitration**, nº 2, 2007 (Disponível em: http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf. Acesso em 20 de abril de 2020).

ROMANO, Rogério Tadeu. **O restatement of the law dos norte-americanos.** Publicado em maio de 2017 (Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/57806/o-restatement-of-the-law-dos-norte-americanos>. Acesso em 10 de fevereiro de 2022).

RONCHI, Marina de Campos Sans. **Escolha das leis aplicáveis nos contratos plurilocalizados:** direito brasileiro e fontes internacionais. Dissertação (Mestrado) perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Gustavo Ferraz de Campos Monaco. São Paulo, 2019.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra/Portugal: Almedina, 2009.

ROU, Tong. The General Principles of Civil Law of The PRC: Its birth, characteristics, and role. In: **Law and Contemporary Problems**, vol. 52, nº 2, 1989, pp. 151-175 (Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3995&context=lcp>. Acesso em 30 de março de 2022).

ROUVIÈRE, Frédéric. L'obligation comme garantie. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 1, Janvier/Mars 2011, pp. 1-24.

ROZAS, José Carlos Fernández. **Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe.** Madrid/Espanha: Iprolex, 2015.

_____. “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”. In: **Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado**, nº 25, 2009, pp. 9-44.

ROZAS, José Carlos Fernández; LORENZO, Sixto Sánchez. **Derecho Internacional Privado**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2018.

RUPP, Caroline. The lex rei sitae and Its Neighbours – Debates, Developments, and Delineating Boundaries Between PIL Rules. In: **EPLJ**, 7(3), 2018, pp. 267-291 (Disponível em: <https://doi.org/10.1515/eplj-2018-0013>. Acesso em 26 de janeiro de 2022).

_____. What's New in European Property Law?. In: **EPLJ**, 6(1), 2017, pp. 87-110 (Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1515/eplj-2017-0004>. Acesso em 26 de janeiro de 2022).

RUSE-KHAN, Henning Grosse. The European Draft Common Frame of Reference – a source of Comparative Law; a new option for choosing the applicable law; or a template for a European Civil Code?. In: **International Seminar on Comparative Law, Conference Proceedings**, Kuala Lumpur, November 2008 (Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319247. Acesso em 3 de fevereiro de 2022).

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Tradução: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SALGADO, Karine. O Direito Tardo Medieval: entre o *ius commune* e o *ius proprium*. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n. 56, jan./jun., 2010, pp. 243-264.

SALOMON, Lourdes. The Acquisition of Possession in Legacies *per vindicationem* in Classical Roman Law and its influence in the Modern Civil Codes. In: **Roman Legal Tradition**, n. 3, 2006, pp. 65-78.

SAMPER, Francisco. **Derecho Romano**. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017.

SANTOS, Felipe Rocha dos Santos. **A problemática do conflito móvel no Direito Internacional Privado**. Publicado em 2008 (Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/34129>. Acesso em 4 de abril de 2022).

SANTOS JUSTO, A. **Direitos Reais**. Coimbra/Portugal: Coimbra Editora, 2017.

_____. **Breviário de Direito Privado Romano**. Coimbra/Portugal: Wolters Kluwer, 2010.

SCALETSKY, Fernanda Sirotsky. A internacionalização do direito contratual europeu e a sua influência para o direito internacional privado. In: RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (coord.). **Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado**. São Paulo: Intelecto, 2016, pp. 3-61.

SCHOCH, Magdalene. Règles Générales des conflits de lois, by Hans Lewald. In: **Harvard Law Review**, vol. 56, 1942, pp. 493-496.

SERIO, Mario. La Rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario iglese. In: **Europa e diritto privato**, nº 2, 2013, pp. 647-659.

SEFTON-GREEN, Ruth. Les Codes Manqués. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 3, Juillet/September 2005, pp. 539-552.

SHERMAN, Charles P. The Romanization of English Law. In: **The Yale Law Journal**, vol. 23, n. 23, 1914, pp. 318-329.

SIEHR, Kurt. **Swiss Code of Obligations (OR)**. Publicado em 2012 (Disponível em: [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Swiss_Code_of_Obligations_\(OR\)](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Swiss_Code_of_Obligations_(OR)). Acesso em 2 de abril de 2022).

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. **Garantias das Obrigações: uma análise sistemática doo Direito das Garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma**. São Paulo: Editora Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. In: **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, nº 92, janeiro de 1997.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. **Henri Batiffol**. Disponível em: <https://www.sfdi.org/internationalistes/batiffol/>. Acesso em 4 de abril de 2022.

SOUHAMI, Julie. Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 1, Janvier/Mars 2008, pp. 27-62.

SOLANO, Antonio Manzano; FERNÁNDEZ, M.^a del Mar Manzano. Madrid/Espanha: Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Invalidez e Registro: a proteção do terceiro adquirente de boa fé**. Coimbra/Portugal: Almedina, 2010.

STRUYCKEN, T.H.D. The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property. In: WESTRIK, Roel; VAN DER WEIDE, Jeroen. **Party Autonomy in International Property Law**. Munich/Germany: European Law Publishers, 2011, pp. 59-82.

SUÁREZ, Isabel Rodríguez-Uría. La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (EU) 650/2012. In: **Revista para el análisis del derecho – InDret**, Barcelona, nº 2, abril 2013, pp. 1-58.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza/Brasil: FA7, 2007.

TAYLOR, Richard; TAYLOR, Damian. **Contract Law**. Oxford/Inglaterra: Oxford University Press, 2019.

TAYLOR, Veronica; BRITT, Robert R.; ISHIDA, Kyoko; CHAFFEE, John. Introduction: Nature os the Japanese legal system. In: **Business Law in Japan**, vol. 1

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTIÈRE, Gabriel de Reina. **Derechos reales: principios, elementos y tendencias**. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

_____. **Derecho Registral Inmobiliario**: manual. Buenos Aires/Argentina: Euros Editores S.R.L.; Montevideo/Uruguai: B de F Ltda, 2011.

TCHKHIKVADZÉ, V.M. L'évolution de la science juridique soviétique. In: **Revue internationale de droit comparé**⁸⁴⁵. Vol. 20 N°1, Janvier-mars 1968. pp. 19-34.

TENDANCE DROIT. **EUFides**: um cloud sécurisé notarial européen. Disponível em: <https://www.tendancedroit.fr/eufides-un-cloud-securise-notarial-europeen/>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os commons. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RDCivil**, Belo Horizonte, vol. 15, jan./mar. 2018, pp. 11-14.

TEXAS LAW. **Restatements of the law**. Disponível em: <https://tarlton.law.utexas.edu/restatements#:~:text=What%20are%20Restatements%3F,into%20a%20series%20of%20principles>. Acesso em 19 de abril de 2022.

TIERNEY, Brian. “The Prince is Not Bound by the Laws”. Accursius and the Origins of the Modern State. In: **Comparative Studies in Society and History**, Cambridge University Press, vol. 5, n° 4, jul., 1963, pp. 378-400

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Legado do Código Civil de 1916. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 111, jan./dez. 2016, pp. 85-100.

TRATADO DE LISBOA. Publicação: 17 de dezembro de 2007 (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso em 1 de fevereiro de 2022).

TRÓLEZ, Antonio Huerta. El Derecho Real. El Derecho de Propiedad. Adquisición: el título y el modo. Pérdida de Dominio. In: PÉREZ, Manuel Ángel Rueda (coord.). **Instituciones de Derecho Privado**. Navarra/Espanha: Editorial Aranzadi, 2017.

TSUNO, Marcelo. A Compra e Venda e o Sistema de Aquisição Derivada de Direitos Reais: o negócio jurídico de direito das coisas. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 17, abr./jul. 1997, pp. 97-153.

⁸⁴⁵ Site em que se podem encontrar edições dessa clássica revista: <https://www.persee.fr/collection/ridc>.

TURNER, Ralph V. Roman Law in England Before the Time of Bracton. In: **Journal of British Studies**, vol. 15, nº 1, 1975, pp. 1.-25.

TUSEV. **Turkish Civil Code**. Disponível em: https://www.tusev.org.tr/userfiles/files/Turkish_Civil_Code.pdf. Acesso em 2 de abril de 2022.

UK PARLIAMENT. **How autonomous are the Crown Dependencies?** Publicado em 5 de julho de 2019 (Disponível em: <https://commonslibrary.parliament.uk/how-autonomous-are-the-crown-dependencies/>. Acesso em 26 de março de 2022).

UNAM. **Capítulo 3 – El Derecho de los Países Musulmanes**. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/48.pdf>. Acesso em 2 de abril de 2022.

UNIDROIT. **Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais 2004**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

_____. **Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais 2016**. Ano: 2016 (Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Portuguese-bl.pdf>. Acesso em 2 de abril de 2022).

_____. **Unidroit Model Law on Leasing**. Ano: 2010 (Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/documents/2010/study59a/s-59a-24-e.pdf>. Acesso em 4 de abril de 2022).

_____. **UNIDROIT Convention on International Financial Leasing**. Ano: 1988 (Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention/>. Acesso em 6 de abril de 2022).

UNCITRAL; HCC; UNIDROIT. **UNCITRAL, HCCH and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales**. Ano: 2021 (Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf>. Acesso em 4 de abril de 2022).

UNCITRAL. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985 com as alterações adotadas em 2006**. Ano: 2006 (Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>. Acesso em 4 de abril de 2022).

_____. **UNCITRAL Model Law on Secured Transactions**. Ano: 2019 (Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782_s_ebook_0.pdf. Acesso em 6 de abril de 2022).

UNESCO. **História Geral da África, V: África do século XVI ao XVIII**. Brasília: Unesco, 2010.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Direito Internacional Privado e a Proteção do ser humano: a Falácia da Novidade. In: RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado: questões controvertidas**. Belo Horizonte/Brasil: Arraes Editores, 2016, pp. 270-288.

VALADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1969.

VALDEAVELLANO, Luis Garcia de. Sobre la prenda inmobiliaria em el Derecho Español Medieval. In: **Anales de la Academia Matritense del Notariado**, Tomo X, 1959, pp. 355-385.

VAN DER WEIDE, Jeeroen. Party Autonomy in Dutch International Property Law. In: WESTRIK, Roel; VAN DER WEIDE, Jeroen. **Party Autonomy in International Property Law**. Munich/Germany: European Law Publishers, 2011, pp. 42-58.

VAN ERP, Sjef⁸⁴⁶. **A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of future European property law?**. Publicado em 1 de Agosto de 2015. (Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/273256208/A-Numerus-Quasi-clausus-of-Property-Rights-as-a-Constitutive-Elements-of-Future-European-Property-Law>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

_____. Can European Law be codified? Towards the development of property notions. In: CHEN, Lei; VAN RHEE, C.H. **Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspective**. Leiden/The Netherlands; Boston/EUA: Publishers and Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 153-154.

VANZELLA, Rafael. O Contrato, de Enzo a Vincenzo. In: **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, jun./dez. 2005, pp. 221-228.

VEDOVATO, Luís Renato. A Nacionalidade no Direito Internacional Privado Brasileiro: elemento de conexão. In: RAMOS, André de Carvalho. **Direito Internacional Privado: questões controvertidas**. Belo Horizonte/Brasil: Arraes Editores, 2016, pp. 176-186.

VEGAS, Fernando Azofra. **La Hipoteca Flotante**. Madrid/Espanha: Editorial Dykinson, 2015.

VICENTE, Luiz Rafael Xavier. As relações político-religiosas entre o Império Mongol e a Europa Ocidental em meados do século XIII: missionários franciscanos no oriente. In: **Revista Vernáculo**, nº 11-12-13, 2004, pp. 8-19 (Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/vernaculo/article/view/17745/11567>. Acesso em 17 de março de 2022).

VIDAL, Nuria Bouza. **Problemas de Adaptacion em Derecho Internacional Privado e Interregional**. Madrid/Espanha: Editorial Tecnos, 1977.

⁸⁴⁶ Um histórico das publicações de Sjef Van Erp podem ser vistas neste link: <https://nilg.nl/wp-content/uploads/2014/08/Biography-Van-Erp.pdf>.

VIEIRA, José Alberto. **A posse: estudo sobre o seu objeto e extensão. Perspectiva histórica e de Direito Português.** Coimbra/Portugal: Almedina, 2018.

_____. **Direitos Reais.** Coimbra/Portugal: Almedina, 2018.

VIGIL NETO, Luis Inácio. De Legibus Et De Consuetudinibus /Estudos Sobre A História Do Direito Na Inglaterra / Studies On The History Of Law In England. In: **Revista Jurídica – Unicuitiba**, v. 23, n. 7, 2009 (Disponível em: <http://revista.unicuitiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/88/64>. Acesso em 26 de março de 2022).

VILLA, Iñigo Mateo y. **Derecho Inmobiliario registral suizo.** Madrid: Centros de Estudios do Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2014.

VILLELA, Anna Maria. A Unificação do Direito na América Latina: direito uniforme e direito internacional privado. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 27, ano 8, jan./mar. 1984, pp. 53-70.

VON HEIN, Jan. Party Autonomy in International Property Law: a German Perspective. In: WESTRIK, Roel; VAN DER WEIDE, Jeroen. **Party Autonomy in International Property Law.** Munich/Germany: European Law Publishers, 2011, pp. 103-118.

VUCINICH, Alexander. The Kolkhoz: its social structure and development. In: **The American Slavic and East European Review**, vol. 8, nº 1, Feb. 1949, pp. 10-24.

WAAL, M. J. de. **Numerus clausus and the development of new real rights in South Africa Law.** Publicado em 21 e 22 de junho de 1999 (Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/453461443/Dominium>. Acesso em 3 de janeiro de 2022).

WALDRON, Jeremy. **The Right to Private Property.** Oxford/Inglaterra: Oxford University Press, 1998.

WALLIS, Diana; ALLANSON, Sara. **European Property Rights & Wrongs.** Lahti/Finlândia: Markprint, 2011.

WATT, Gary. The Eurohypothec and the English Mortgage. In: **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, volume 13, nº 2, 2006.

WEINTRAUB, Russel J. The Conflict os Laws Rejoins the Mainstream of Legal Reasoning. In: **Texas Law Review**, vol. 65, n. 1, November 1986, pp. 215-236.

WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz; EICKMANN, Dieter. **Derechos Reales, Volumen I.** Tradução por Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia e Bruno Rodríguez-Rosado. Madrid/Espanha: Fundación Cultural del Notariado, 1998-A.

WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz; EICKMANN, Dieter. **Derechos Reales, Volumen II.** Tradução por Ana Cañizares

Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia e Bruno Rodríguez-Rosado. Madrid/Espanha: Fundación Cultural del Notariado, 1998-B.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa/Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

WILSON, Steve; RUTHERFORD, Helen; STOREY, Tony; WORTLEY, Natalie. **English Legal System**. Oxford/Inglaterra: Oxford University Press, 2019.

YASUAKI, Onuma. **A Transcivilizational Perspective on International Law**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

ZAMPIER, Bruno Torquato. **Bens Digitais**. Indaiatuba/São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2017.

ZENATI-CASTAING, Frédéric. La propriété, mécanisme fondamental du droit. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 3, Juillet/Septembre 2006, pp. 445-466.

_____. La proposition de refonte du livre II du code civil. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 2, 2009, pp. 445-466.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Derecho privado europeo**. Buenos Aires/Argentina: Editora Astrea, 2017-A.

_____. O Código Civil Alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha (Tradução: Arthur Maximus Monteiro; Revisão: João Carlos Mettlach; Revisão final e notas: Otávio Luiz Rodrigues Junior e Jan Peter Schmidt). In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, ano 4, vol. 12, jul./set. 2017-B, pp. 317-358.

_____. Direito Romano e cultura europeia (Tradução e Notas: Otávio Luiz Rodrigues Junior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira). In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, ano 3, vol. 7, abr./jun. 2016, pp. 243-278.

_____. Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv)**, Paris/França, Éditions Dalloz, nº 3, Juillet/Septembre 2007, pp. 451-484.

_____. **Mensagem de Reinhard Zimmermann sobre a tradução de *The Law of Obligations***. Publicado em 9 de novembro de 2016 (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-09/direito-comparado-mensagem-reinhard-zimmermann-traducao-the-law-of-obligations#:~:text=A%20África%20do%20Sul%2C%20portanto,ainda%20era%20uma%20matéria%20obrigatória>. Acesso em 25 de março de 2022).

_____. Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe. In: HARTKAMP, Arthur S.; HESSELINK, Martijn W.; HONDIUS, Ewoud H.; MAK, Chantal; PERRON, C. Edgar du. **Towards a European Civil Code**. The

Netherlands: Kluwer Law International BV. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2011, pp. 27-54.

_____. Civil Code or Civil Law? – Towards a New European Private Law. In: **Syracuse J. Int'l L. & Com.**, vol. 20:217, 1994, pp. 217-226.

_____. The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany. In: **Oxford U Comparative L Forum**, 2006 (Disponível em: <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-german-civil-code-and-the-development-of-private-law-in-germany/>. Acesso em 2 de fevereiro de 2022).

ZOLTVANY, Yves F. Esquisse de la Coutume de Paris. In: **Revue d'histoire de l'Amérique française**, volume 25, numéro 3, décembre 1971, pp. 365-384.