

Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro

Milena Donato OLIVA*

Pablo RENTERÍA**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo examinar o atual papel desempenhado pelos princípios da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais, o que é feito a partir da análise de três eixos fundamentais: (i) merecimento de tutela e valoração dos direitos reais; (ii) autonomia privada e conteúdo dos direitos reais; (iii) liberdade contratual e transmissão dos direitos reais.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada; direitos reais; taxatividade; tipicidade; liberdade contratual.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Os princípios da taxatividade e da tipicidade não exaurem o exame de merecimento de tutela dos direitos reais; – 3. Os princípios da taxatividade e da tipicidade não excluem o papel da autonomia privada na conformação do conteúdo dos direitos reais; – 4. Os princípios da taxatividade e da tipicidade não afastam a possibilidade de contratos atípicos configurarem título hábil à transmissão de direitos reais sobre imóveis; – 4.1. Artigo 167 da Lei de Registros Públicos; – 4.2. Necessária diferenciação entre o princípio da legalidade e a tipicidade dos títulos causais; – 5. Conclusão; – 6. Referências.

ENGLISH TITLE: *Private Autonomy and Rights In Rem: Resizing of the Principles of Specificity and Legal Type in Brazilian Law.*

ABSTRACT: *The present article aims to examine the current role played by the principles of specificity and legal type of real rights, what is done from the analysis of three fundamental axes: (i) the protection worthiness and valuation of the real rights; (ii) private autonomy and the content of the real rights; (iii) contractual freedom and transmission of real rights.*

KEYWORDS: *Negotiating autonomy; real rights; specificity; legal type; contractual freedom.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The principles of specificity and legal type do not exhaust the examination of property rights protection worthiness; – 3. The principles of specificity and legal type not exclude the role of private autonomy in shaping the content of the real rights; – 4. The principles of specificity and legal type not rule out the possibility of atypical contracts configure clever title to the transmission of real estate; – 4.1. Article 167 of the Public Records Act; – 4.2. Necessary distinction between the principle of legality and legal type of causal titles; – 5. Conclusion; – 6. References.*

* Professora do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutora e mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

** Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ.

1. Introdução

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o direito civil encontra-se renovado e funcionalizado à tábua axiológica nela consagrada, que informa todos os institutos de direito privado.¹ Nesse contexto, a tradicional classificação das situações jurídicas em reais e pessoais, efetuada a partir da estrutura dos direitos subjetivos, mostra-se redimensionada pela atual contraposição entre situações existenciais e patrimoniais, que tem por base a função desempenhada pelas diversas categorias jurídicas.²

A dignidade humana, alçada a vértice do ordenamento jurídico, demanda hermenêutica que atente para a proteção da pessoa em sua concreta vulnerabilidade,³ o que não pode ser ofuscado pela aplicação de dogmática formalista, descasada com o projeto constitucional. O direito civil, dessa forma, não mais é visto como o estatuto das relações patrimoniais, vez que as situações existenciais ganham posição de proeminência e devem ser prioritariamente tuteladas.⁴ E as situações patrimoniais, a seu turno, afiguram-se intrinsecamente remodeladas e devem observar os ditames da igualdade substancial e da solidariedade social.

Desta feita, revela-se urgente a tarefa de rever velhas ideias que, forjadas em outro contexto histórico e cultural, já não se afinam com o dado normativo vigente. Nessa direção, merecem especial atenção os princípios da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais, que ainda hoje são acriticamente invocados para defender visão ultrapassada acerca do espaço reservado à autonomia privada no direito das coisas.

No presente artigo, procura-se investigar o real significado dos aludidos princípios no ordenamento pátrio a partir de três eixos fundamentais, a seguir desenvolvidos: (i) merecimento de tutela e valoração dos direitos reais; (ii) autonomia privada e conteúdo dos direitos reais; (iii) liberdade contratual e transmissão dos direitos reais.

¹ Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68-74.

² Gustavo Tepedino. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136-137.

³ Gustavo Tepedino. *Do sujeito de direito à pessoa humana*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. v-vi.

⁴ Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33-34.

2. Os princípios da taxatividade e da tipicidade não exaurem o exame de merecimento de tutela dos direitos reais

No ordenamento pátrio, os direitos reais, ao contrário dos pessoais,⁵ são *numerus clausus*, isto é, decorrem diretamente da lei, não sendo possível a criação, pela autonomia privada, de novos vínculos reais. Eis o princípio da taxatividade dos direitos reais, segundo o qual apenas o legislador pode criá-los, ocasião em que lhes atribui conteúdo típico, daí estabelecendo-se como segundo princípio, corolário do primeiro, o da tipicidade dos direitos reais.⁶ A taxatividade concerne à fonte do direito real; a tipicidade, por sua vez, se refere à modalidade de seu exercício, vale dizer, à disciplina jurídica que lhe é aplicável.⁷

A taxatividade e a tipicidade dos direitos reais justificam-se em razão da eficácia absoluta destes, ao passo que os direitos de crédito, por serem relativos, submetem-se ao princípio da liberdade para a sua criação.⁸ Opera-se verdadeira reserva legal em relação aos direitos reais: cuida-se de deixar a cargo da lei a análise dos vínculos que, socialmente úteis, podem aderir aos bens e ser oponíveis a terceiros por força da atribuição do direito de sequela.

Aludida reserva legal, no atual ordenamento, deve ser revisitada à luz da axiologia constitucional, da qual despontam os princípios da função social da propriedade, da isonomia substancial e da solidariedade, que impõem novo controle de legitimidade aos atos de autonomia patrimonial. Revela-se, nessa perspectiva, o verdadeiro significado de que se revestem os princípios da taxatividade e da tipicidade: evitar vínculos (e, de uma maneira geral, formas de aproveitamento das coisas) prejudiciais para a coletividade.⁹

⁵ Sobre a distinção entre direitos reais e pessoais, v. Roberta Mauro Medina Maia. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.

⁶ Gustavo Tepedino. *Multipropriedade Imobiliária*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 82. José de Oliveira Ascensão ensina que “se há um *numerus clausus*, também há, necessariamente, uma tipologia de direitos reais. O *numerus clausus* implica sempre a existência de um catálogo, de uma delimitação de direitos reais existentes. Quer dizer, o *numerus clausus* significa que nem todas as figuras que cabem no conceito de direito real são admitidas, mas tão-somente as que forem previstas como tal” (*A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 104-105).

⁷ Gustavo Tepedino. *Autonomia Privada e Obrigações Reais*, in *Temas de Direito Civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 287.

⁸ Gustavo Tepedino. *Autonomia Privada e Obrigações Reais*, cit., p. 287; Gustavo Tepedino. *Multipropriedade Imobiliária*, cit., p. 84. De acordo com André Pinto da Rocha Osório Gondinho, “a principal razão da exclusão da autonomia privada do rol de fontes criativas de figuras reais decorre da eficácia absoluta dessa espécie de direito, pois não seria lícito à vontade humana criar vínculos jurídicos oponíveis *erga omnes*. Ademais, a autonomia da vontade poderia criar entraves ao tráfego jurídico, sob o ponto de vista econômico-social, dificultando, ainda, o prévio conhecimento de terceiros acerca da existência de figuras reais atípicas onerando a coisa” (*Direitos Reais e Autonomia da Vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*, Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de teses, 2001, p. 153-154).

⁹ Pablo Renteria. *Penhor e autonomia privada*, São Paulo: Atlas, 2016.

Também os direitos pessoais encontram-se remodelados pelos valores constitucionais, o que pode ser ilustrado com o adimplemento substancial, o dever de mitigar os danos, a vedação ao comportamento contraditório, todos decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva, que pode ser reconduzida ao princípio constitucional da solidariedade.¹⁰

Da unidade axiológica do ordenamento jurídico decorre o caráter unitário do processo hermenêutico de valoração do ato de autonomia patrimonial. Por isso que, independentemente da natureza real ou pessoal, qualquer situação jurídica subjetiva é tutelada pelo ordenamento somente se for orientada à realização de interesses que estejam em consonância com os valores inscritos na Constituição da República. Surge, assim, do ponto de vista axiológico, um direito comum das situações patrimoniais.¹¹

Merece destaque, nessa direção, um segundo aspecto dos princípios da taxatividade e da tipicidade: sua mera observância formal não significa que a situação real seja merecedora de tutela. Por outras palavras, o respeito à fonte legal e ao conteúdo típico traduz apenas um parâmetro de valoração do ato de autonomia patrimonial, mas não exaure o controle axiológico, devendo-se qualificar o direito real instituído à luz de todo o ordenamento, com vistas a verificar se merece tutela jurídica.

O controvertido Enunciado n. 308 da Súmula do STJ traduz eloquente exemplo da necessária valoração do merecimento de tutela das situações jurídicas reais. Eis a dicção do preceito: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

O Enunciado n. 308 trata da hipótese em que a unidade autônoma objeto de promessa de compra e venda é dada em garantia hipotecária para o pagamento da dívida que a construtora contraiu perante o agente financeiro para viabilizar a incorporação imobiliária. Em primeiro lugar, afirma que a constituição de hipoteca após a celebração da promessa de compra e venda é ineficaz perante o adquirente do imóvel. Uma vez

¹⁰ V. nesse sentido Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 124; Vera Fradera. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Ano 5, Vol. 19, Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 116; Anderson Schreiber. *Direito civil e constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 141; Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 617; Eduardo Luiz Bussata. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, Coord. Renan Lotufo, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17-18.

¹¹ Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201-202.

que o consumidor possua direito real de aquisição por meio do registro da promessa, tal determinação se encontra em consonância com a preferência temporal do direito real primeiramente constituído.¹²

Entretanto, em numerosos julgados do STJ, a preferência era assegurada ao adquirente mesmo sem o prévio registro da promessa de compra e venda. Ou seja, o promitente comprador não era titular de direito real, de modo que poderia ser questionada a oponibilidade do seu direito, de natureza obrigacional, perante o credor hipotecário. Mas nesse caso também a solução se inclinou em favor do promitente comprador.

Isso porque o credor hipotecário tinha ou ao menos deveria ter conhecimento de que as unidades do empreendimento já haviam sido comercializadas. É de se esperar que, ao aceitar determinada garantia, o credor verifique o estado em que ela se encontra. Diante disso, o credor hipotecário estava de má-fé (no sentido tradicional e técnico do termo), isto é, tinha – ou deveria ter – conhecimento da promessa de compra e venda anterior à hipoteca. Por conta disso o STJ firmou o entendimento de que o direito do promitente comprador, embora de natureza obrigacional, é oponível e prevalece sobre o direito do credor hipotecário.¹³

A segunda parte do Enunciado n. 308 determina a ineficácia, perante o adquirente, da hipoteca celebrada entre a construtora e o agente financeiro, ainda que a promessa de compra e venda tenha sido celebrada posteriormente. É essa parte que mais suscitou perplexidades, pois nega ao credor hipotecário a faculdade de sequela e afasta a incidência da regra da preferência temporal. Some-se a isso que, se a hipoteca já fora constituída, ela constava do registro de imóveis e, por conseguinte, o promitente comprador, ao adquirir a unidade sabedor do ônus que sobre ela pesava, estaria de má-fé ao posteriormente negar a prevalência da hipoteca.

Nada obstante, o STJ entendeu que haveria abusividade no direito real de hipoteca tal como configurado, por imposição de extrema desvantagem ao consumidor. Com efeito, da forma como ajustada, a hipoteca tinha por efeito tornar o promitente comprador

¹² V. Milena Donato Oliva e Pablo Renteria. *Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120-121.

¹³ Sobre o tema, cf. Pablo Renteria. *Penhor e autonomia privada*, cit.

responsável pelo pagamento não apenas da sua dívida, mas também do débito da incorporadora perante o agente financeiro, ao arrepio do art. 51 do CDC.¹⁴

De fato, na hipótese de inadimplemento da incorporadora junto ao agente financeiro, o promitente comprador seria sacrificado, perdendo o seu imóvel em favor da satisfação do crédito da instituição financiadora, ainda que tenha quitado integralmente as prestações assumidas no compromisso de compra e venda.

Ou seja, a parte vulnerável se tornaria responsável pelo pagamento não apenas da sua dívida, mas também do passivo da incorporadora perante o financiador, assumindo inteiramente o risco financeiro do empreendimento. Desse modo, a execução da hipoteca, após a comercialização das unidades autônomas, colocaria o consumidor em posição de desvantagem exagerada perante as outras partes envolvidas – o agente financeiro e a incorporadora promitente vendedora. Daí decorre o caráter manifestamente contrário à boa-fé objetiva da excussão da hipoteca nessas circunstâncias, que, privilegiando excessivamente a posição dos fornecedores, não leva em devida consideração o legítimo interesse do promitente comprador em manter o imóvel pelo qual pagou a integralidade do preço devido.

Como se vê, a Súmula 308 não representa o fim da hipoteca. Ao contrário, garante que a hipoteca, assim como qualquer situação jurídica subjetiva, seja valorada e seu merecimento de tutela, especialmente nas relações de consumo, seja avaliado à luz da concreta operação almejada pelas partes.¹⁵ A Súmula 308, dessa forma, longe de desrespeitar as regras mais comezinhas da hipoteca, significa apenas que todo direito, mesmo um direito real, é relativo, e não absoluto, devendo ser exercido de acordo com as suas finalidades sociais e segundo os ditames da boa-fé objetiva.¹⁶

Portanto, da incidência direta da Constituição nas relações patrimoniais, tem-se que: (i) os princípios da taxatividade e da tipicidade não podem significar o aprisionamento formalista dos direitos reais, já que sua finalidade axiológica limita-se a evitar entraves

¹⁴ Art. 51, do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...) § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

¹⁵ Milena Donato Oliva; Pablo Renteria. *Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 129.

¹⁶ Pablo Renteria. *Penhor e autonomia privada*, cit.

socialmente inúteis ao aproveitamento dos bens; (ii) aludidos princípios não exaurem o controle axiológico dos direitos reais, de sorte que a observância da taxatividade e da tipicidade não assegura que os direitos reais sejam merecedores de tutela, consoante se verificou a exemplo do Enunciado n. 308 da Súmula do STJ; (iii) tampouco a atipicidade contratual (e os direitos pessoais atípicos que porventura dela decorram) pode significar que todos os ajustes formalmente válidos sejam merecedores de tutela, devendo os contratos, típicos e atípicos, realizarem os valores constitucionais.

3. Os princípios da taxatividade e da tipicidade não excluem o papel da autonomia privada na conformação do conteúdo dos direitos reais

A taxatividade e a tipicidade não significam a supressão da liberdade contratual em matéria de direitos reais. Se é verdade que a criação de uma nova figura real depende do legislador, certo é também que a autonomia negocial se manifesta de diversas outras maneiras no âmbito dos tipos de direitos reais admitidos na lei. A doutrina contemporânea, revisitando o discurso jurídico herdado do século XIX, tem ressaltado a necessidade de “redimensionar a discussão quanto ao princípio do *numerus clausus*”, de modo a retratar fidedignamente toda a vitalidade e a flexibilidade que o ordenamento reconhece aos direitos reais.¹⁷

Nessa direção, cumpre diferenciar o *numerus clausus*, que diz respeito à fonte normativa do direito real, do princípio da *tipicidade*, que, por sua vez, se refere ao seu conteúdo. Examina-se usualmente a tipicidade apenas no seu aspecto negativo de limite à liberdade contratual, destacando-se que é por meio da indicação do conteúdo peculiar de cada tipo real que a lei delimita os direitos reais admitidos na ordem jurídica. No entanto, dessa maneira, deixa-se de reconhecer a importante função que aquela desempenha em direção oposta, isto é, na promoção da autonomia negocial.

Com efeito, os tipos reais são *abertos*, coexistindo, no interior de cada tipo, regras essenciais e outras que podem ser livremente modificadas pelas partes.¹⁸ Embora não possam desrespeitar as regras essenciais que são fixadas pela lei, sob pena de subverter

¹⁷ Confira-se a respeito Gustavo Tepedino. *Multipropriedade Imobiliária*, cit., p. 82 e seguintes.

¹⁸ Em lição em tudo aplicável ao direito brasileiro, José de Oliveira Ascensão resalta que “o direito real tem todo um conteúdo acessório, que é vastamente moldável pelas partes, mediante a substituição de disposições supletivas” (José de Oliveira Ascensão. *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., p. 332). E arremata: “a tipologia taxativa dos direitos reais não exclui que estes sejam na ordem jurídica portuguesa tipos abertos” (*Op. Cit.*, p. 332).

o tipo real, admite-se que a autonomia privada possa atuar de sorte a moldar o conteúdo do direito real aos legítimos interesses das partes.¹⁹

No direito vigente, cabe mencionar, entre outros exemplos, a notável versatilidade do direito real de servidão, que, nos termos do art. 1.378 do Código Civil, pode ter por conteúdo qualquer utilidade do prédio serviente.²⁰ Daí a disseminação das mais variadas espécies de servidão, que, acompanhando a evolução das formas de aproveitamento dos imóveis, se amoldam aos concretos interesses dos vizinhos.²¹ Prevalece, assim, a “liberdade de inventar servidões”,²² que “podem variar infinitamente, conforme as necessidades dos prédios e o desenvolvimento das indústrias”.²³

Também se pode ressaltar a liberdade reconhecida às partes para definir o conteúdo do direito real de usufruto, desde que preservada a substância da coisa.²⁴ De acordo com a doutrina, as regras estabelecidas no Código Civil sobre os direitos do usufrutuário têm caráter dispositivo, prevalecendo, no que tange à extensão do uso e do gozo sobre a coisa, o que estipular o título constitutivo.²⁵ Além disso, o art. 1.390²⁶ autoriza expressamente as partes contratantes a definir a abrangência do usufruto, permitindo, assim, a repartição dos frutos e utilidades da coisa entre o nu proprietário e o usufrutuário. Tal característica faz do usufruto figura maleável que poderia ser empregada, inclusive, no contexto empresarial, como técnica de organização da exploração de empreendimentos imobiliários.²⁷

¹⁹ V. Gustavo Tepedino. *Multipropriedade Imobiliária*, cit., p. 83; André Pinto da Rocha Osório Gondinho. *Direitos Reais e Autonomia da Vontade (O Princípio da Tipicidade dos Direitos Reais)*, cit., p. 83.

²⁰ De acordo com o referido dispositivo: “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis”. Preceito semelhante estabelecia o art. 695 do Código Civil de 1916 e a doutrina ressaltava que “as vantagens podem ser de qualquer natureza, os benefícios de qualquer espécie” (J. M. de Carvalho Santos. *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, vol. 9, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 126).

²¹ Confira-se a extensa lista de exemplos de servidão em Arnaldo Rizzardo. *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 922-932.

²² San Tiago Dantas. *Programa de Direito Civil: Direito das Coisas*, vol. III, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984, p. 319.

²³ Clovis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos Comentado*, vol. III, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 202.

²⁴ Sobre o caráter imperativo da *salva rerum substantia* para a caracterização do usufruto, confira-se Gustavo Tepedino. *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 25.

²⁵ J. M. de Carvalho Santos. *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, vol. 9, cit., p. 370; Gustavo Tepedino. *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, cit., p. 39.

²⁶ Art. 1.390, do Código Civil: “O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades”.

²⁷ Pablo Renteria, *Penhor e autonomia privada*, cit.

Na esteira desses exemplos, vale ressaltar, ainda, os novos contornos que o direito real de penhor vem assumindo na prática negocial em virtude da inserção de determinadas cláusulas. Cabe aqui mencionar não apenas os já tradicionais ajustes de venda amigável e de apropriação dos frutos da coisa em pagamento da dívida, mas também o *pacto marciano*²⁸ e o acordo de substituição do bem empenhado.²⁹

Também o direito real de propriedade, na modalidade de condomínio edilício (propriedade horizontal), permite larga modulação pela autonomia privada. Com efeito, nos termos do art. 1.334 do Código Civil, os condôminos têm liberdade para criar na convenção de condomínio as obrigações “que houverem por bem estipular”, obrigações essas que, dado o caráter normativo da convenção de condomínio, vinculam futuros condôminos e se estendem a quem quer que ingresse na comunidade – locatários, comodatários, empregados, visitantes, entregadores de encomendas.³⁰

Com efeito, a prática negocial brasileira tem revelado a notável versatilidade da propriedade horizontal, podendo-se mencionar, a título ilustrativo, o chamado “condohotel”, denominação empregada para designar o edifício hoteleiro cuja construção é financiada por meio da incorporação imobiliária. Os adquirentes, em contrapartida aos valores investidos, fazem jus à remuneração baseada no resultado da exploração do hotel, segundo os termos do contrato celebrado com a administradora hoteleira. Insere-se, na convenção de condomínio, cláusula que obriga todos os condôminos, atuais e futuros, ao cumprimento do negócio de administração, que, desse modo, dota-se da estabilidade necessária à manutenção, ao longo do prazo contratual, de todas as unidades autônomas dentro do empreendimento hoteleiro.³¹

Em suma, tais exemplos, além de outros que poderiam ser acrescentados, expõem os limites da perspectiva tradicional, que, confundindo taxatividade e tipicidade, restringe sua análise aos limites estabelecidos à liberdade contratual, deixando, assim, de apreender o significativo espaço reservado à autonomia negocial no preenchimento do

²⁸ Sobre o *pacto marciano*, cf. Pablo Renteria. *Penhor e autonomia privada*, cit. V. tb. Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra. *Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal*, in *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n.1, 2015.

²⁹ Acerca das cláusulas do contrato de penhor que se desenvolveram nas práticas negociais, v. Mauro Bardawil Pentead. *O Penhor de Ações no Direito Brasil*, São Paulo: Malheiros, 2008, especialmente p. 195-210; e Alexandre Gaetano Nicola Liquidato. *O Contrato de Penhor (Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)*, São Paulo, 2012, especialmente p. 162-182.

³⁰ Caio Mário da Silva Pereira. *Condomínio e Incorporação: Trinta Anos*, in *ADV-COAD*, n. 2, 1995, p. 10. Cf. tb. Silvio Rodrigues. *Direito Civil*, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 215.

³¹ Quanto às características do condohotel, confira-se SECOVI-SP, *Manual de Melhores Práticas para Hotéis de Investidores Imobiliários Pulverizados*, 2012, disponível em <http://www.secovi.com.br/files/Downloads/manual-hotelariapdf.pdf>, último acesso em 7.2.2016.

conteúdo dos tipos reais. Sob tal perspectiva, pode-se dizer que a tipicidade (aberta) exerce no sistema jurídico influência contraposta à da taxatividade, assegurando flexibilidade e inovação onde o *numerus clausus* pecaria por excesso de rigidez.³²

4. Os princípios da taxatividade e da tipicidade não afastam a possibilidade de contratos atípicos configurarem título hábil à transmissão ou constituição de direitos reais sobre imóveis

Os princípios da taxatividade e da tipicidade não incidem nos contratos, mesmo que eles importem transmissão, extinção ou constituição de direitos reais. Tais princípios se aplicam aos direitos reais em virtude da eficácia absoluta destes, a demandar prévia valoração legislativa. Mas a forma (típica ou atípica) de circulação dos direitos reais de maneira nenhuma interfere com os princípios da taxatividade e da tipicidade, vez que o conteúdo dos direitos reais previsto pelo legislador permanece hígido, não sofre qualquer alteração em razão da qualificação do fato que ensejou sua transferência.³³

Por outras palavras, a origem contratual do direito real não afeta a taxatividade ou a tipicidade deste, de maneira que a forma de sua circulação pode ser atípica. A autonomia negocial não pode criar direitos reais fora das hipóteses legalmente previstas ou alterar seu conteúdo típico para além dos limites legais. Por outro lado, os particulares são livres para estipular os ajustes que melhor se adaptarem aos seus interesses no que concerne à constituição, transmissão e extinção dos direitos reais. Os princípios da taxatividade e tipicidade incidentes nos direitos reais não alcançam, portanto, o meio de circulação de tais direitos.

³² Nesse tocante, já se observou que: “(...) a simplicidade da repartição de todos os sistemas por *numerus clausus* e *numerus apertus* é enganadora. A rigidez efectiva de um sistema fechado está em estreita dependência da maleabilidade que por outro lado se outorga aos tipos de direitos reais admitidos: podem ter uma extensão tal que atinjam quase todas as necessidades previsíveis” (José de Oliveira Ascensão. *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., p. 93).

³³ “Começamos por afirmar que a tipologia taxativa dos direitos reais não implica, de qualquer modo, que sejam taxativos os factos que criam, modelam, ou extinguem direitos reais. (...). Assim, de qualquer negócio jurídico, mesmo de um negócio jurídico inominado, pode resultar a transferência ou modificação de um direito já existente, a extinção de uma operação ou qualquer outra vicissitude, independentemente de previsão legal. (...). Estas afirmações fundam-se nas regras gerais sobre liberdade contratual (...)” (José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, cit., p. 162). Ainda na doutrina portuguesa, v. Pedro Pais de Vasconcelos. *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 278; Antonio Menezes Cordeiro. *Direitos Reais*, Lisboa: Lex, 1993, p. 456; e Luís A. Carvalho Fernandes. *Lições de Direitos Reais, Quid Juris*: Lisboa, 1997, p. 112. Na doutrina italiana, manifestam-se nessa mesma direção: Franco Anelli. *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 307; Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXIV, Parte I, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, p. 367; Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 380. No Brasil, seja consentido remeter a Milena Donato Oliva. *Do negócio fiduciário à fidúcia*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 19-25 e Milena Donato Oliva. *Transmissão da propriedade por meio de contratos atípicos*, in *Revista Forense*, vol. 418 (jul./dez. 2013), p. 455-464.

4.1. Artigo 167 da Lei de Registros Públicos

O negócio jurídico, no direito brasileiro, não cria direito real, mas constitui título hábil a tanto. O *modo*³⁴ de constituição dos direitos reais sobre imóveis se dá com o registro do título³⁵ no registro de imóveis. Neste contexto, a Lei nº. 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, regula o *modo* de aquisição da propriedade imobiliária, encontrando-se a disciplina dos títulos hábeis a ensejarem a criação de direitos reais no Código Civil e demais leis aplicáveis.³⁶

Ao enumerar, em seu art. 167, os títulos passíveis de registro, tem a Lei nº. 6.015/1973 o intuito de sistematizar as causas de transferência consagradas. O art. 172 da Lei de Registros Públicos³⁷ elucida o intuito de sistematização do art. 167, que não tem a pretensão de exaurir os títulos sujeitos a registro.³⁸

³⁴ “A transcrição nada mais é, no sistema do nosso Código, do que a tradição solene de imóveis, sendo considerada um modo derivado de adquirir” (J. M. de Carvalho Santos. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 327). “Pelo sistema romano, a propriedade só se adquire por um *modo*. Não basta a existência do *título*, isto é, do ato jurídico pelo qual uma pessoa manifesta validamente a vontade de adquirir um bem. É preciso que esse ato jurídico se complete pela observância de uma forma, a que a lei atribui a virtude de transferir o domínio da coisa. (...). A forma pela qual se transfere é o que constitui, precisamente, o *modus acquisitionis*. (...). O Direito pátrio seguiu o sistema romano. (...). Nas legislações do tipo romano, o *título* é simplesmente a *causa* da aquisição. (...). O modo de adquirir *peculiar* aos imóveis é a transcrição” (Orlando Gomes. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 157-160). V. tb. Clovis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, cit., p. 51; Eduardo Espinola, *Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio*, Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 324; Gustavo Tepedino. *Comentários ao Código Civil*, vol. 14, Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), São Paulo: Saraiva, 2011, p. 350-352.

³⁵ “O título translativo, nos atos *inter vivos*, é, apenas, constitutivo de obrigação entre as partes. É a transcrição dele que opera a translação do domínio” (Clovis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, cit., p. 56).

³⁶ Nesse sentido, cf. art. 1º, da Lei nº. 6.015/1973: “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei”.

³⁷ Art. 172, Lei de Registros Públicos: “No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, ‘inter vivos’ ou ‘mortis causa’ quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

³⁸ “A Lei de Registros Públicos fez uma miscelânea de atos passíveis de inscrição e de averbação (art. 167, I e II), o que mais evidencia se tratar de uma enumeração exemplificativa. (...). Como já vimos, o registro é eminentemente instrumental, tem por finalidade fazer gerar efeitos que a lei de direito substancial prevê. Não pode a lei instrumental conceder mais ou menos direitos que aqueles estabelecidos na norma de direito substantivo” (Henrique Ferraz Corrêa de Mello. *A tipicidade dos direitos reais*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110). E prossegue: “Se os direitos reais são clausulados, por força de um sistema inderrogável pela vontade do particular, o mesmo não ocorre no registro em face dos *títulos* que enumera” (Henrique Ferraz Corrêa de Mello. *A tipicidade dos direitos reais*, cit., p. 114). V. tb. Marcelo Terra. *Permuta de terreno por área construída (art. 39 da Lei 4.591/64)*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n. 27, 1991, p. 81-82 e 84; Luiz Egon Richter. *A problemática conceitual do registro de imóveis – rudimentos de uma teoria crítica da atividade registral*, in *Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva*, Ricardo Dip (coordenador), Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005, p. 170-171; Marcelo Augusto Santana de Melo. *O meio ambiente e o Registro de Imóveis*, in *Registro de Imóveis e Meio Ambiente*, Sérgio Jacomino, Marcelo Augusto Santana de Melo e Francisco de Assis Palacios Criado (coord.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

Dessa forma, a Lei nº. 6.015/1973 disciplina o *modo* de aquisição dos direitos reais sobre imóveis, e o Código Civil e demais leis, conforme o caso, regulam o *título causal*³⁹ apto a possibilitar a aquisição dos direitos reais sobre imóveis. Nesse sentido, a procuração em causa própria, embora não conste na enumeração da Lei nº. 6.015/1973, traduz título hábil à transmissão do domínio.⁴⁰

Depreende-se, assim, que o art. 167 da Lei de Registros Públicos não estipulou, de maneira taxativa, os títulos aptos à transmissão, constituição ou extinção dos direitos reais, tendo aludido preceito apenas objetivado sistematizar os principais títulos.⁴¹

Nessa direção, além do art. 425 do Código Civil,⁴² cumpre mencionar que o art. 1.227 do mesmo diploma, ao disciplinar a constituição e a transmissão de direitos reais sobre os imóveis, não restringe os “atos entre vivos” admitidos para esse fim. Do mesmo modo, o art. 1.245 do Código Civil, que cuida da transferência do domínio, refere-se genericamente ao “título translativo”, isto é, a todo e qualquer título, típico ou atípico, que estabeleça a obrigação de transmitir a propriedade. O art. 108 do Código Civil, ao tratar dos negócios hábeis à constituição, modificação e extinção dos direitos reais também não faz qualquer limitação relativamente aos negócios típicos.

³⁹ De acordo com Afranio de Carvalho, título “no nosso direito, tem tanto o sentido *causal*, de causa ou fundamento do direito (*negotium*), como o sentido *documental*, de escrito ou instrumento probatório do direito (*instrumentum*)” (*Registro de imóveis*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 231).

⁴⁰ “Os atos de registro assim como os títulos a eles sujeitos são previstos na Lei 6.015/73, art. 167, mas aí não está incluído, expressamente, o registro do mandato ou procuração em causa própria no Registro de Imóveis. Todavia, como o Dec. 4.857/39 declarava estarem sujeitos a registro para operarem a transferência do domínio ‘em geral, os demais contratos translativos de imóveis’ (art. 239, IX) entendia-se que aí se encontrava o permissivo do registro da procuração em causa própria. Também a Lei 6.015/73, art. 172, declara que serão registrados os atos translativos de direitos reais, *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para a sua transferência, quer para a sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade. A procuração *in rem propriam*, quando constante de instrumento público, equivale à escritura pública de compra e venda, mas somente transferirá a propriedade, quando registrada no Registro de Imóveis” (João Rabello de Aguiar Vallim. *Direito imobiliário brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 129-130). V. tb. Luiz Carlos Alvarenga. *A representação nos atos notariais celebrados consigo mesmo: análise do art. 117 do novo Código Civil*, in *Direito Notarial Registral: coletânea de artigos*, Belo Horizonte: edição do autor, 2005, p. 21. “A procuração em causa própria, outorgada por Camilo de Sousa Vinhas e sua mulher a Gilson de Oliveira Vinhas, devidamente transcrita, operou a transferência do domínio em favor do último. Extinguiu-se, por esse modo, o mandato (art. 1.316, IV, do Código Civil). Extinto o mandato, não podia ser substabelecido (...)” (STF, RE 67728-MA, 1ª T., Rel. Min. Eloy da Rocha, julg. 29.4.1975). Cf. tb. TJSP, Ap. Cív. 9041109-41.2000.8.26.0000, 5ª CC, Des. Rel. Sebastião Junqueira, julg. 9.4.2003; TJRS, Ap. Cív. 70012308672, 19ª CC, Des. Rel. Guinther Spode, julg. 1.11.2005; TJRS, Ap. Cív. 70008246977, 17ª CC, Des. Rel. Alexandre Mussoi Moreira, julg. 15.2.2005; TJRJ, Ap. Cív. 0006902-64.2000.8.19.0001, 9ª CC, Des. Rel. Roberto de Abreu e Silva, julg. 26.7.2011. No sentido de que o art. 167 da Lei nº. 6.015/1973 é incompleto, cf. tb. Afranio de Carvalho, *Registro de Imóveis*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 481, 1975, p. 19.

⁴¹ Sobre o tema, seja consentido remeter, mais uma vez, a Milena Donato Oliva. *Do negócio fiduciário à fidúcia*, cit., p. 19-25 e Milena Donato Oliva. *Transmissão da propriedade por meio de contratos atípicos*, cit., p. 455-464.

⁴² Art. 425, Código Civil: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

4.2. **Necessária diferenciação entre o princípio da legalidade e a tipicidade dos títulos causais**

O Registro de Imóveis possui importante função na sociedade, haja vista propiciar a necessária segurança no que concerne às situações jurídicas reais. Com efeito, assegura a publicidade, essencial para a oponibilidade *erga omnes*, bem como a continuidade da cadeia registral, de modo a garantir o exercício do direito real pelo efetivo titular. Por exercer função pública, o oficial do registro de imóveis submete-se ao princípio da legalidade, de sorte que apenas pode proceder ao registro dos títulos admitidos em lei,⁴³ daí a atividade de qualificação que lhe é inerente.⁴⁴ O princípio da legalidade, ao qual se cinge o oficial do registro, não se confunde com suposto princípio da tipicidade das causas aptas a serem registradas ou com a alegada exaustividade do elenco do art. 167 da Lei nº. 6.015/1973. O oficial do registro está adstrito à observância da legislação como um todo, em que desponta o princípio da liberdade contratual (arts. 421 e 425 do Código Civil).

Com efeito, o registro de um contrato atípico está em estrita consonância com a lei, pois o Código Civil admite a celebração de contratos atípicos, desde que em conformidade com a disciplina geral dos negócios jurídicos e demais princípios regentes do ordenamento. Neste caso, o registro de um contrato atípico ocorre justamente em respeito ao princípio da legalidade que norteia a atividade do registrador. Recusar o registro de um contrato atípico significa negar aplicação ao Código Civil, em injustificada violação ao princípio da legalidade.

⁴³ “A subordinação do juízo qualificador ao princípio da legalidade não lhe impõe uma redução literalista para a compreensão do sentido normativo da lei, que descarte a estimativa de seu contexto significativo e sistemático, a atenta consideração teleológica e a observação mais ampla dos princípios ético-jurídicos. O que, sim, neste plano, se afasta do âmbito da qualificação é a determinação equitativa do direito, equivale a dizer: a integração registral de lacunas do direito positivo – exatamente porque o juízo qualificador, dirigido à segurança jurídica, não pode encontrá-la fora dos limites do direito normativo posto” (Ricardo Henry Marques Dip. *Sobre a qualificação no registro de imóveis*, in *Títulos judiciais e o registro de imóveis*, Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 359). “Este princípio [princípio da legalidade] impede o ingresso no Cartório de Registro de Imóveis de títulos inválidos ou imperfeitos, contribuindo, desse modo, para a concordância do mundo real com o mundo registral. A verificação da *legalidade* e da validade do título e a efetivação de seu registro, se o mesmo estiver em conformidade com a lei, é uma regra implícita e subentendida no art. 198 da L. n. 6.015. Vale dizer, o exame prévio da *legalidade* dos títulos objetiva estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral de modo que o público possa confiar plenamente no registro” (Álvaro Melo Filho. *Princípio do direito registral imobiliário*, in *Revista Forense*, vol. 291, 1985, p. 73). V. tb. Maria Helena Diniz. *Sistemas de Registros de Imóveis*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64-65.

⁴⁴ “Apresentado o título para registro, o Registrador irá proceder à aplicação dos princípios registrários, surgindo a viabilidade ou não do acesso ao fôlio real. Referida análise é chamada pela doutrina de qualificação. (...) A qualificação registral é a exteriorização do princípio da legalidade, ou seja, sua forma mais contundente, pois, em linhas gerais, deve o Registrador observar na análise dos títulos o ordenamento jurídico em vigor” (Marcelo Augusto Santana de Melo. *A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos*, in *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 68, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64). Cf. tb. Ricardo Henry Marques Dip. *Sobre a qualificação no registro de imóveis*, cit., p. 335.

Note-se que sustentar a atipicidade dos títulos relativos à aquisição de direitos reais sobre imóveis não significa dizer que qualquer ajuste possa ser registrado. O oficial, em sua importante atividade de qualificação, deve verificar a validade do título.⁴⁵ Tal atividade não consiste na mera recondução abstrata e formal a um contrato tipicamente previsto, mas sim à valoração, dentro dos limites próprios da função registrária,⁴⁶ do negócio entabulado.

Portanto, o princípio da legalidade, consistente na observância das disposições legais relativas ao título causal, não se confunde com o princípio da tipicidade do título. No direito brasileiro, vigora o princípio da legalidade, devendo o oficial se pautar nas disposições legais para efetuar o registro, dentre as quais desponta o Código Civil, que consagra, no art. 425, o princípio da atipicidade contratual⁴⁷ e, conseqüentemente, o direito dos particulares de entabularem os ajustes que melhor aprouverem aos seus interesses. Assim, para existir limitação dos títulos hábeis à criação, modificação ou

⁴⁵ “(...) o Direito brasileiro adota o princípio de legalidade ou legitimidade, em virtude do qual a validade da inscrição depende da validade do negócio que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante” (Afranio de Carvalho, *Registro de imóveis*, cit., p. 225). “(...) a inscrição, tanto em relação às partes como em relação a terceiros, não tem a virtude de limpar o título que lhe dá origem, sanando os vícios jurídico-materiais que o inquinam, nem a de suprir a faculdade de disposição. (...) Embora tenha efeito constitutivo, não o tem saneador, precisamente porque ocupa o lugar da tradição em virtude da qual o alienante não transmite senão o direito que lhe assista, pelo que, se nenhum lhe assiste, nenhum transmite. (...) Diante dessa contingência, cumpre interpor entre o título e a inscrição um mecanismo que assegure, tanto quanto possível, a correspondência entre a titularidade presuntiva e a titularidade verdadeira, entre a situação registral e a situação jurídica, a bem da estabilidade dos negócios imobiliários. Esse mecanismo há de funcionar como um filtro que, à entrada do registro, impeça a passagem de títulos que rompem a malha da lei, quer porque o disponente careça da faculdade de dispor, quer porque a disposição esteja carregada de vícios ostensivos. O exame prévio da legalidade dos títulos é que visa a estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral, de modo que o público possa confiar plenamente no registro” (Afranio de Carvalho, *Registro de imóveis*, cit., p. 225-226).

⁴⁶ “(...) os limites da qualificação registrária se mostram de maneira mais vistosa no plano interpretativo, enquanto seus supostos se restringem: 1) ao vínculo levado a registro, 2) ao registro existente e persistente, e 3) à relação entre o título exibido e o registro existente. O recorte negativo pode sintetizar-se nesta redução: *quod non est in tabula et in instrumentum non est in mundo*. A qualificação registrária move-se dentro desses limites, inadmitindo-se sua projeção a diligências exógenas desses supostos epistêmicos objetivos” (Ricardo Henry Marques Dip. *Sobre a qualificação no registro de imóveis*, cit., p. 360-361).

⁴⁷ “No direito moderno, é facultado ao sujeito de direito criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações. As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos na lei. Desfrutam, numa palavra, a *liberdade de contratar ou de obrigar-se*” (Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 119). V. tb. Rodolfo Sacco. *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XX, Milano: Giuffrè, 1966, p. 785-787. “O dispositivo [art. 425 do Código Civil] versa sobre matéria não expressamente contemplada pelo CC1916: os contratos atípicos. Todavia, a admissibilidade dessa categoria de contrato prescindiria, a rigor, da nova disposição, uma vez que deriva do princípio da liberdade contratual (v. art. 421), segundo o qual, em matéria de contratos, vigora o princípio do *numerus apertus*. Definem-se os contratos atípicos por aquilo que eles não são: ou seja, trata-se de contratos que não se enquadram nos modelos predispostos legalmente e que por isso, embora lícitos, não encontram disciplina jurídica no CC ou mesmo em leis especiais. A imaginação humana, aliada imprescindível das necessidades, sempre crescentes e variadas, não estanca pelo fato de o legislador haver cogitado de contratos típicos. (...) A qualificação do negócio permite ao intérprete identificar a presença de uma causa típica (contrato típico) ou atípica (contrato atípico). Nesta última hipótese, a disciplina contratual submete-se à autonomia privada, sendo a atipicidade contratual uma legítima manifestação da liberdade de contratar. Tanto os contratos atípicos como os típicos devem perseguir, na execução do concreto regulamento de interesses, uma função (sua causa jurídica, como acima exposto) condizente com os preceitos do ordenamento, especialmente os princípios constitucionais, para que possam ser merecedores de tutela” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes et al., *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 32-35).

extinção dos direitos reais, deve haver disposição legislativa expressa. Do contrário, há de se assumir a atipicidade de causas aptas a transferirem o domínio, desde que merecedoras de tutela, em estrita consonância com o princípio da legalidade. Em definitivo, o *numerus clausus* dos direitos reais e o princípio da legalidade a que se sujeita o oficial do registro não se opõem a que os particulares, no legítimo exercício da autonomia privada, prevejam em um contrato atípico a constituição ou a transmissão de um direito real (típico).

5. Conclusão

Em razão da unidade axiológica do ordenamento jurídico, centrada no valor da pessoa humana, tem-se o caráter unitário do processo hermenêutico de valoração do ato de autonomia patrimonial. Dessa sorte, independentemente da natureza real ou pessoal, qualquer situação jurídica subjetiva é tutelada pelo ordenamento somente se for orientada à realização de interesses que estejam em consonância com os valores inscritos na Constituição da República.

Daí decorre que a mera observância formal dos princípios da taxatividade e da tipicidade não acarreta o automático merecimento de tutela dos direitos reais. Vale dizer, o respeito à fonte legal e ao conteúdo típico traduz apenas um parâmetro de valoração do ato de autonomia patrimonial, mas não exaure o controle axiológico, devendo-se qualificar o direito real instituído à luz de todo o ordenamento, com vistas a verificar se merece tutela jurídica, a exemplo do quanto se ressaltou acerca do Enunciado n. 308 da Súmula do STJ.

Além disso, em um segundo aspecto ressaltado, a taxatividade e a tipicidade não significam a supressão da liberdade contratual em matéria de direitos reais. Se é verdade que a criação de uma nova figura real depende do legislador, certo é também que a autonomia negocial se manifesta de diversas outras maneiras no âmbito dos tipos de direitos reais admitidos na lei. Com efeito, os tipos reais são abertos, coexistindo, no interior de cada tipo, regras essenciais e outras que podem ser livremente modificadas pelas partes. Embora não possam desrespeitar as regras essenciais que são fixadas pela lei, sob pena de subverter o tipo real, admite-se que a autonomia privada possa atuar de sorte a moldar o conteúdo do direito real aos legítimos interesses das partes. Como exemplos analisados neste artigo, tem-se a servidão, o usufruto, o penhor, o condomínio edilício e o condohotel.

Em terceiro lugar, a taxatividade e a tipicidade dos direitos reais não se aplicam aos contratos que servem de título à constituição, circulação e extinção dos direitos reais. Os referidos princípios vedam a constituição de um direito real atípico, cuja estrutura não corresponda àquela predisposta pelo legislador em algum dos tipos reais, porém não restringem os negócios nos quais um direito real (típico) pode ser estipulado ou transmitido. Não se deve confundir a *causa* (o contrato que serve de título à constituição ou à transmissão do direito real) com o seu *efeito* (o direito real). Se é certo que, em relação aos direitos reais, prevalece a tipicidade, também é certo que o direito brasileiro, à luz dos valores sociais da livre iniciativa, consagra, no art. 425 do Código Civil, a eficácia dos arranjos contratuais atípicos, desde que voltados à realização de interesses merecedores de tutela.

Nessa esteira, o princípio da legalidade a que se sujeita o oficial do registro não importa tipicidade dos títulos causais. A legalidade significa que o oficial apenas pode proceder ao registro dos contratos admitidos pelo ordenamento brasileiro, sendo de se ressaltar que o Código Civil, no seu art. 425, expressamente consagra o princípio da atipicidade contratual.

Da liberdade reconhecida aos particulares para a estipulação de acordos atípicos resulta o caráter meramente exemplificativo da enumeração contida no art. 167 da Lei de Registros Públicos. Com efeito, interpretação diversa se revelaria socialmente indesejável, inibindo o salutar dinamismo das práticas negociais no importante setor imobiliário, como também causaria inadmissível fratura no sistema jurídico brasileiro, introduzindo a rigidez do *numerus clausus* onde o legislador expressamente reconheceu a legitimidade de atuação da autonomia privada.

A natureza atípica do contrato submetido ao registro não altera o escopo da atividade de qualificação desempenhada pelo oficial do registro, uma vez que destinado a verificar, independentemente da natureza do negócio, o cumprimento dos requisitos de validade estabelecidos no Código Civil, a sua aptidão a alcançar o pretendido pelas partes e a tipicidade dos direitos reais ali estipulados.

Importante notar que a tarefa de examinar o merecimento de tutela dos contratos é a mesma sendo o vínculo típico ou atípico. Assim como a taxatividade e a tipicidade não exaurem o controle dos direitos reais, a escolha, pelas partes, de contrato típico também não esgota a qualificação axiológica que deve ser feita. Mesmo contratos típicos podem, em concreto, não merecer proteção jurídica.

6. Referências

- ANELLI, Franco. *L'alienazione in funzione di garanzia*. Milano: Giuffrè, 1996.
- ALVARENGA, Luiz Carlos Alvarenga, A representação nos atos notariais celebrados consigo mesmo: análise do art. 117 do novo Código Civil, In: *Direito Notarial Registral: coletânea de artigos*, Belo Horizonte: edição do autor, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira Ascensão. *A Tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.
- BAREA, Juan B. Jordano. *El negocio fiduciário*. Barcelona: Bosch, 1959.
- BASSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, Coord. Renan Lotufo, São Paulo: Saraiva, 2007.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, v. 3.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARVALHO, Afranio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direitos Reais*. Lisboa: Lex, 1993.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984, v. 3.
- DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIP, Ricardo Henry Marques. São taxativos os atos registráveis? In: *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 47, n. 22, 1999.
- _____. Sobre a qualificação no registro de imóveis, In: *Títulos judiciais e o registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.
- DUFAUX, Jacques. *Les opérations fiduciaires a des fins de libéralité*, in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris: Feduci, 1985.
- ESPINOLA, Eduardo. *Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.
- FERNADES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direitos Reais*. Quid Juris: Lisboa, 1997.
- FILHO, Álvaro Melo. Princípio do direito registral imobiliário, In: *Revista Forense*, vol. 291, 1985.
- FRADERA, Vera. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Ano 5, Vol. 19, Rio de Janeiro: Padma, 2004.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacaofiduciaria-em-garantia-de-bens-imeveis/>>. Acesso em 19.01.2016.
- GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos Reais e Autonomia da Vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar: Biblioteca de teses,

2001.

GRASSETTI, Cesare. Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. XXXIV, Parte I, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936.

KIPER, Claudio M.; e LISOPRAWISKI, Silvio V. *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 2004.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *O Contrato de Penhor*. 217 f., Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. A tipicidade dos direitos reais, In: *Revista de Direito Imobiliário*, n. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. O meio ambiente e o Registro de Imóveis, In: *Registro de Imóveis e Meio Ambiente*. Sérgio Jacomino, Marcelo Augusto Santana de Melo e Francisco de Asís Palacios Criado (coord.), São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos, In: *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 68, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 101. ano 24. p. 103-136. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*, São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Transmissão da propriedade por meio de contratos atípicos. *Revista Forense*. Ano 109, vol. 418 (jul./dez. 2013).

PENTEADO, Mauro Bardawil. *O Penhor de Ações no Direito Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporação: Trinta Anos*, in *ADV-COAD*, n. 2, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RENERÍA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016.

RICHTER, Luiz Egon Richter. A problemática conceitual do registro de imóveis – rudimentos de uma teoria crítica da atividade registral, In: *Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva*, Ricardo Dip (coordenador), Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

SACCO, Rodolfo. Autonomia contrattuale e tipi, In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XX, Milano: Giuffrè, 1966.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro:

Freitas Bastos, 1961, v. 7.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v. 9.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*, São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin et al., *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. 2.

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

_____. *Comentários ao Código Civil*. Antônio Junqueira de Azevedo (coord.), São Paulo: Saraiva, 2011, v. 14.

_____. *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 25.

_____. Autonomia Privada e Obrigações Reais, in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. 2.

_____. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. 2.

_____. *Do sujeito de direito à pessoa humana*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

TERRA, Marcelo. Permuta de terreno por área construída (art. 39 da Lei 4.591/64), In: *Revista de Direito Imobiliário*, n. 27, 1991.

VALLIN, João Rabello de Aguiar. *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 2009.

civilistica.com

Recebido em: 03.03.2016

Aprovado em:

13.03.2016 (1º parecer)

28.12.2016 (2º parecer)

Como citar: OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/autonomia-privada-e-direitos-reais/>>. Data de acesso.