IRIB

REVISTA DE

DIREITO IMOBILIÁRIO

Nº 50 ANO 24 JANEIRO-JUNHO DE 2001

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

IRIB

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

50

Ano 24 • janeiro-junho de 2001

Publicação oficial do
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

IRIB Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Semestral • Ano 24 • n. 50 • janeiro-junho de 2001

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores

© *Edição e distribuição da*

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678
Tel. (11) 3613-8400 • Fax (11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica e revisão: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda. - CNPJ 03.391.911/0001-85

Impressão: IBS - Indústria Brasileira de Software e Informática Ltda. - CNPJ 57.502.395/0006-52

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

COLABORADORES 7

APRESENTAÇÃO 9

1. 2.º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

1.1 A segurança jurídica: um problema real num mundo virtual? – JOÃO CAUPERS 11

1.2 O papel está morto – PAULO ROBERTO G. FERREIRA 21

1.3 Requisitos jurídicos generales de un sistema eficaz de registro de la propiedad – LUIS M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA 51

2. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO URBANÍSTICO E REGISTRAL

2.1 Urbanismo y registro – RAFAEL ARNAIZ EGUREN 71

3. DIREITO CIVIL, NOTARIAL E REGISTRAL IMOBILIÁRIO

3.1 Sobre autenticação de documentos – OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA 87

3.2 O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor – MELHIM NAMEM CHALHUB 92

3.3 União estável no Brasil. Alguns dos aspectos principais – HÉLIO BORGHI 136

3.4 Juízo possessório e juízo dominial – FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO 207

3.5 Do regime de comunhão parcial de bens – CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE 229

3.6 Natureza das relações jurídicas envolvendo o meio ambiente. Observações quanto à expressão "bem de uso comum do povo", do art. 225 da Constituição Federal – CYRILO LUCIANO GOMES JUNIOR 246

4. DOUTRINA INTERNACIONAL

4.1 Convênio técnico e científico celebrado entre Irib, Anoreg-BR e Colégio de Registradores da Propriedade e Mercantis da Espanha

4.1.1 Sobre a publicidade imobiliária na Grécia clássica segundo Teofrasto – LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO 261

4.1.2 A publicidade imobiliária no direito mesopotâmico antigo – LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO 278

5. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização: SÉRGIO JACOMINO

5.1 Superior Tribunal de Justiça

5.1.1 Crime contra o parcelamento do solo urbano. Ação penal. Falta de justa causa. Atipicidade. *Habeas corpus*. Impossibilidade – Min. HAMILTON CARVALHIDO 315

5.1.2 Servidão de passagem. Imóveis pertencentes a uma mesma proprietária. Não configuração do ônus. CC, art. 695. Mera tolerância da titular dos imóveis. Recurso especial. Prova. Reexame. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial, não configurado – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR 317

5.1.3 Parcelamento de solo. Regularização pelo Município. Poder-dever. Lei 6.766/79, art. 40. Legitimidade passiva do Município em ação civil pública – Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS 322

5.1.4 Mulher casada. Meação. Defesa – Min. EDUARDO RIBEIRO 325

5.1.5 Hipoteca. Penhora. Indivisibilidade da garantia real – Min. WALDEMAR ZVEITER 327

5.1.6 Retificação de registro. Acréscimo de área. Arts. 860 do CC e 213 da Lei de Registros Públicos – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO 332

5.1.7 Herança jacente. Usucapião – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 334

5.1.8 Fraude à execução. Não ocorrência – Min. ARI PARGENDLER 338

5.1.9 Penhora. Imóvel. Art. 669, par. ún., do CPC. Regime de bens. Separação total. Necessidade da intimação do cônjuge – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA 339

5.1.10 Responsabilidade estatal. Reparação de danos. Serviço cartorário. Falsidade da procuração utilizada no ato de compra e venda de imóvel. Constituição Federal de 67 e EC 1/69. Exigência da qualidade de funcionário para deflagração da responsabilidade objetiva e legitimação passiva do Estado – Ministra NANCY ANDRIGHI 342

6. JURISPRUDÊNCIA NOTARIAL E REGISTRAL

Seleção e organização: ADEMAR FIORANELLI

6.1 Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

6.1.1 Contrato particular de venda e compra e de mútuo hipotecário. Interpretação do art. 38 da Lei 9.514/97 – Corregedor LUÍS DE MACEDO 345

6.1.2 Fideicomisso. Formal de partilha. Apresentação por cópia. Inaptidão do título – Corregedor LUÍS DE MACEDO 346

6.1.3 Compra e venda. Certidões negativas de débitos do INSS e da Receita Federal. Interpretação do art. 47, I, *b*, da Lei 8.212/91 – Corregedor LUÍS DE MACEDO 348

6.2 Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo

6.2.1 Contrato de concessão de uso. Vias públicas. Rol taxativo do art. 167, I e II, da Lei 6.015/73 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria EDUARDO MORETZSOHN DE CASTRO 351

6.2.2 Loteamento. Proibição de vendas em razão de determinação judicial resultante de ação ordinária. Alcance da determinação que deve ser discutida na via jurisdicional – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria MARIO ANTONIO SILVEIRA 354

6.3 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo – Capital

6.3.1 Registro de imóveis. Mandado judicial. Cancelamento de registro. Ineficácia – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 356

6.3.2 Registro de imóveis. Princípio da unitariedade matricial. Descrição – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 358

6.3.2.1 Termo de dúvida. Suscitante: 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital 359

6.3.2.2 Parecer do Ministério Público 360

6.3.2.3 Sentença 363

6.3.3 Registro de imóveis. Doação modal. Compra e venda acoplada com doação do numerário para a aquisição e imposição de cláusulas restritivas do domínio. Divergência na doutrina e jurisprudência – Juiz OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 364

6.3.3.1 Suscitação de dúvida. Suscitante: 5.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital 365

6.3.3.2 Sentença 373

6.4 2.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo – Capital

6.4.1 Notarias. Retificação de escritura pública – Juiz MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO 375

6.4.2 Registro civil. Escritura pública de adoção entre avó e neto. Averbação no assentamento civil – Juiz MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO 377

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 380

COLABORADORES

ADEMAR FIORANELLI

7.º Registrador de São Paulo. Diretor de Registro de Imóveis da ANOREG-SP.

CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE

Professor Titular de Filosofia do Direito da Universidade Estadual Paulista. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CYRILO LUCIANO GOMES JUNIOR

Promotor de Justiça.

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

Juiz de Direito.

HÉLIO BORGHI

Professor Titular de Direito Civil da Universidade Estadual Paulista. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

JOÃO CAUPERS

Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

Registrador da Propriedade e Mercantil.

LUIS M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

Registrador da Propriedade e Mercantil.

MELHIM NAMEM CHALHUB

Advogado no Rio de Janeiro.

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor nos cursos de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

PAULO ROBERTO G. FERREIRA

26.º Tabelião de São Paulo.

RAFAEL ARNAIZ EGUREN

Registrador da Propriedade e Secretário Geral do Cinder – Centro Internacional de Direito Registral.

SÉRGIO JACOMINO

Registrador. Professor de Direito Civil.

APRESENTAÇÃO

Chegamos a mais uma edição da nossa *Revista de Direito Imobiliário*.

Neste número, o leitor encontrará o resultado dos últimos encontros internacionais – seminários e congressos que reuniram registradores, notários e demais profissionais que atuam na área dos registros públicos e notarias brasileiros.

A temática dos documentos eletrônicos e firmas digitais se impõe pela importância e atualidade. Os notários e registradores hoje se vêem às voltas com os problemas que surgem em decorrência das profundas transformações sociais e tecnológicas. Há uma mudança substancial nos meios de suporte da informação – e, via de conseqüência, transformações profundas nas atividades notariais e registrais.

Mas as novas tecnologias colhem uma larga tradição multissecular desses serviços. Para dilargar a perspectiva, publicamos os estudos sobre a publicidade imobiliária nas antigas sociedades da Grécia e da Mesopotâmia. O contraponto que se manifesta com a confrontação de textos que tratam de novos suportes da informação e de rudimentares tecnologias de publicidade imobiliária visa a pôr de manifesto que os serviços registrais e notariais atravessaram a noite dos tempos como uma das mais nítidas expressões das necessidades sociais. E mais: as transformações tecnológicas experimentadas ao longo dos séculos serviram à sociedade humana – e, é claro, serviram para aperfeiçoar continuamente os sistemas de publicidade registral.

Visto em perspectiva histórica – desde os *kudurrus* sumerianos aos *orói* áticos – a necessidade da publicidade imobiliária sempre se fez presente nas sociedades, chegando hoje a seu ponto zenital, com as complexas demandas das sociedades contemporâneas, dependentes, como se sabe, de informação rápida e precisa. Nunca foi tão necessário um rápido e eficiente sistema de publicidade imobiliária.

Os textos que compõem esta coletânea abarcam ainda outros temas de interesse atual. Assim, consumidores, meio-ambiente, urbanismo, união estável, mesclam-se a assuntos clássicos para os registradores e notários, como é o caso do regime de bens no casamento, autenticação de documentos, além da jurisprudência selecionada – agora sob a coordenação do registrador paulistano Ademar Fioranelli.

Como coordenador editorial desta Revista, sinto-me gratificado em apresentar à nossa comunidade de estudiosos do direito registral temas que despertam o interesse e que estimulam a reflexão e o aprofundamento dos estudos.

São Paulo, inverno de 2001.

SÉRGIO JACOMINO,
Registrador imobiliário

1. 2.º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL: FIRMAS DIGITAIS – DOCUMENTOS ELETRÔNICOS – CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA*

1.1

A SEGURANÇA JURÍDICA: UM PROBLEMA REAL NUM MUNDO VIRTUAL?

JOÃO CAUPERS

SUMÁRIO: I. Um mundo composto de mudança – II. As respostas do direito e do Estado.

I. Um mundo composto de mudança

1. Há uns anos atrás convidaram-me para proferir uma conferência em Franca, aqui no interior do vosso Estado de São Paulo. Enquanto aguardava o dia da conferência, aceitei também dirigir um conjunto de palestras sobre a temática do procedimento administrativo, no âmbito do curso de doutoramento da Unesp.

Na primeira palestra, a que assistiam cerca de trinta licenciados que preparavam os seus doutoramentos, comecei por fazer uma pequena introdução ao procedimento administrativo. Passados uns minutos, porém, tive a estranha e desagradável sensação de que a assistência não compreendia nada do que eu dizia. Podem V. Exas. imaginar a minha perturbação crescente perante ouvintes que pareciam surdos... ou bacharéis em química. Até que percebi o que se passava: os assistentes, simplesmente, não compreendiam o meu português.

Uma alma caridosa explicou-me então que deveria falar devagar, enfatizando a acentuação e abrindo as vogais. Depois, já em Lisboa, um colega mais experiente disse-me que, para falar a brasileiros, havia um truque simples para os portugueses: pronunciar as palavras portuguesas como se estivesse a falar italiano. Experimentei e resultou. Vamos a ver se ainda sou capaz.

(*) Casa Grande Hotel – Guarujá – São Paulo, de 29 de novembro a 1.º de dezembro de 2000.

No caso de a tentativa fracassar e de V. Exas. não compreenderem o que eu digo, peço-lhes que me façam um qualquer sinal, de modo a eu saber que não estou a atingir os meus ouvintes.

2. É a quarta vez que tenho a oportunidade de me dirigir a uma assistência brasileira. É, porém, a primeira vez que o faço fora do ambiente académico, visto que nas vezes anteriores falei em universidades, para estudantes ou para colegas professores. Espero que V. Exas. tenham um nível de tolerância pelo menos semelhante, já que vão ouvir, não um especialista, mas um leigo – se bem que um leigo interessado nestas questões do notariado e do registro da propriedade.

3. Gostaria de começar a minha intervenção com versos de um poeta português recente, que me parecem apropriados ao contexto em que decorre este Congresso:

"E se todo o mundo
é composto de mudança
Troquemos-lhe as voltas
Qu' ainda o dia é uma criança."

Na verdade, o mundo tem mudado muito. E cada vez mais depressa. Um dos aspectos em que essa mudança tem sido mais radical respeita àquilo que poderíamos designar por *despersonalização das relações humanas*.

O tempo em que as decisões – nomeadamente as decisões de natureza económica – eram tomadas com os interessados sentados à mesa de um café, de um restaurante ou de uma sala de reuniões parece aproximar-se inexoravelmente do seu fim.

Outrora, a cara do vendedor tinha importância. Os norte-americanos dizem ainda hoje, quando pretendem acentuar que alguém tem aspecto de quem não é merecedor de confiança, que "não lhe comprariam um automóvel em segunda mão". Ora, o aspecto é hoje tão pouco importante que não há-de vir longe o tempo em que nem a cara do nosso advogado – ou mesmo do nosso médico – veremos.

A época em que os fornecedores eram para toda a vida – como os casamentos –, em que se mandavam fazer as camisas no alfaiate, que era também o do pai e já fora o do avô, em que se comprava um "carocha" porque era tradição da família, já ficou lá para trás. É cada vez mais raro selar um negócio com um aperto de mão ou um cálice de Porto.

A maioria dos bens e dos serviços são-nos hoje prestados por pessoas que nem sequer conhecemos – na verdade, nem sequer temos a certeza de que existam verdadeiramente! Nos dias de hoje é mais provável que a palavra "Eva" corresponda à sigla identificadora de um *site* ("estabelecimentos virtuais associados", por exemplo) do que ao nome de uma mulher.

O caixeiro viajante, o *salesman* de Tennessee Williams, jaz morto e arrefece, como o menino de sua mãe do poema de Fernando Pessoa. Já não toca as portas com a sua mala repleta de amostras de tecidos, adereços femininos, romances baratos, baterias eléctricas etc. Foi substituído por catálogos coloridos, catálogos

que, num número crescente de casos, nos aparecem saídos das entranhas de um computador. Não vemos os objectos, não lhes tomamos o peso e a textura, não apreendemos as suas formas: confiamos numa descrição, supostamente objectiva, das suas qualidades e funcionalidades.

Também a circulação e a distribuição de bens sofreram uma significativa alteração: se a substituição do artesão pela cadeia de montagem – tão bem ilustrada no filme de Chaplin *Tempos modernos* – implicou o anonimato da produção, hoje são a circulação e a distribuição dos bens que perdem, não só a identidade, como a própria referência espacial.

Já não é só o capital que não tem pátria, como escreveu Marx: a loja e o armazém – por vezes a própria fábrica – perdem crescentemente a sua existência física, diluindo-se num oceano digital. O mercado torna-se, no sentido verdadeiro do paradigma dos economistas, o local exclusivamente ideal de encontro da oferta e da procura.

O trabalho vai deixando de ser uma actividade desenvolvida num local físico especificamente concebido para várias pessoas executarem tarefas em conjunto. Mesmo quem desempenha funções que exigem especialização e divisão de trabalho, já não necessita de as executar sempre num mesmo local: é possível a um grupo de pessoas produzir um bem ou prestar um serviço, em conjunto, sem se encontrarem, mesmo sem se conhecerem pessoalmente. Foi o que ocorreu com uma cadeira em fibra sintética concebida, através da internet, por um grupo de estudantes de engenharia – parte de uma universidade portuguesa, parte de uma universidade norte-americana – que se encontrava exposta no pavilhão de Portugal na Expo 2000 de Hannover.

4. A acompanhar a despersonalização das relações humanas, progride aceleradamente a *desmaterialização da riqueza*.

Não há muito tempo, numa conversa com estudantes, pediram-me que indicasse um momento da década de 90 que eu considerasse especialmente significativo do que poderia vir a ser o futuro. Elegi, com surpresa generalizada dos meus interlocutores, o momento em que a revista *Fortune* apontou, pela primeira vez, Bill Gates como o homem mais rico do mundo.

Perguntaram-me qual a razão de tal escolha. Não tive dificuldade em responder. Até esse momento e durante toda a história, os homens mais ricos do mundo tinham sido sempre proprietários/produtores de bens – terra cultivada, gado, edifícios, poços de petróleo, fábricas de automóveis, minas de ouro ou diamantes etc. Pela primeira vez, o homem mais rico do mundo era, no essencial, um produtor e um explorador de idéias.

E esta mudança não fora resultado de um simples acidente: tratou-se, sim, de um sintoma de uma modificação estrutural da riqueza, consubstanciada na sua crescente desmaterialização.

Tradicionalmente, a riqueza era basicamente fundiária, sólida, visível, imóvel, sujeita a registo. Os credores conheciam-na, sabiam onde se encontrava e os tribunais decidiam sobre ela com facilidade. Foi-se tornando móvel, primeiro,

volátil e imaterial, depois. Nos nossos dias, um devedor rico pode ter apenas títulos, depósitos numerados em bancos suíços, *warrants*, direitos autorais etc. É uma riqueza instável, difícil de identificar, que escapa entre os dedos dos credores – e dos juízes!

5. O terceiro aspecto das mudanças que gostaria de sublinhar respeita àquilo a que chamei *a* "colectivização" *da vida e dos saberes.*

Um dos aspectos mais preocupantes desta "colectivização" é a crescente perda de privacidade e de reserva da vida particular de cada cidadão. Num livro famoso, que imaginou, a partir da paranóia estalinista, um futuro negro para a humanidade – o célebre *1984*, de George Orwell –, antecipava-se uma espécie de televisão interactiva, que possibilitava o diálogo entre o espectador e o emissor. O mais terrível é que os receptores de televisão não podiam ser desligados, expondo assim, inevitável e ilimitadamente, a vida de cada cidadão aos olhos do poder, personificado no *Big Brother.*

Ora, forçoso é reconhecer que se encontram reunidas já as condições que permitirão converter tal fantasia numa real e ameaçadora possibilidade.

Desde logo, a televisão interactiva já é, como se sabe, uma realidade, se bem que experimental.

Em segundo lugar, já é possível acompanhar o percurso de um ser humano pelo nosso planeta apenas rastreando os registos das suas compras pagas com cartão de crédito. Conhecem-se mesmo experiências para o perseguir com maior precisão, através da introdução de um *chip* de localização por satélite integrado no seu telefone celular.

Depois, o cruzamento dos bancos de dados pessoais – que as leis, em regra, proíbem – possibilita, apesar disso, a generalização da publicidade orientada e selectiva, voltada especificamente para os gostos e hábitos de vida de cada cidadão.

Por último, a apetência crescente e patética dos cidadãos pela exposição mediática conduz a que todo e qualquer aspecto da vida privada de cada um, incluindo mesmo os seus problemas de saúde, as suas práticas sexuais e os seus hábitos de higiene, sejam considerados possível objecto de espectáculo televisivo.

Mas não é apenas a vida que vem sendo submetida a este processo de "colectivização": o mesmo ocorre com os saberes.

Não está longe – muito embora me pareça ter sido já na pré-história – a época em que o progresso de uma investigação científica, podendo representar uma preciosa vantagem individual, sobretudo nos meios académicos, era ciosamente preservado de olhares supostamente invejosos em cadernos e fichas de cartão escondidos em gavetas.

Hoje, um investigador, mesmo que empenhado num trabalho isolado, não só tem acesso fácil à informação global sobre o progresso científico – que saiu da penumbra para a luz do sol, estando agora amplamente disponível, sobretudo em computadores (que um feliz e sugestivo baptismo fez designar pela palavra "servidores") –, como pode trocar idéias e confrontar experiências com investigado-

res de todo o mundo. Pode, talvez, dizer-se que a inteligência humana deriva assim da inteligência do homem para uma verdadeira inteligência da humanidade.

Este fenómeno coloca problemas muito interessantes. Referirei sucintamente dois, que se encontram interligados.

A "colectivização" dos saberes faz avolumar a tentação de desrespeitar a autoria de uma obra intelectual, usando-a sem citar o autor e adulterando-a mesmo, numa lastimável demonstração de como a tecnologia, desacompanhada de uma rigorosa vigilância ética, pode facilitar o desenvolvimento das piores fraquezas humanas.

Num tal contexto, vai-se perdendo a noção de que o progresso do conhecimento está largamente vinculado ao reconhecimento e à protecção da propriedade intelectual e dos direitos autorais. A generalização da prática das fotocópias de obras científicas já tinha consubstanciado uma primeira ameaça aos direitos inerentes à autoria da obra intelectual. O generoso e incontrolado acesso às obras via *internet* induz a idéia de que as obras intelectuais são de todos, por todos podendo ser usadas, indiscriminadamente e sem custos.

O meu receio é que, se um dia elas vierem a ser realmente de todos, se os seus autores deixarem de ver assegurados quaisquer benefícios inerentes à autoria, então deixará de haver motivação para as produzir. Ganhará a espécie humana alguma coisa com tal evolução?

II. As respostas do direito e do Estado

6. Passarei a referir aquelas que se me afiguram ser as cinco respostas mais relevantes que o direito e o Estado vêm dando – ou tentando dar – aos problemas que enunciei na primeira parte da minha intervenção. São elas:

1.ª Democratizar o acesso à informação e aos diferentes saberes – a *sociedade da informação*;

2.ª Desenvolver as transacções à distância (comércio electrónico) e o teletrabalho;

3.ª Defender a segurança jurídica e a privacidade dos dados pessoais, aumentando a base de confiança dos cidadãos e das empresas (os documentos electrónicos e a assinatura digital);

4.ª Proteger a propriedade intelectual e os direitos autorais, designadamente na perspectiva da defesa de uma cultura européia, lusófona e portuguesa.

5.ª Simplificar a vida dos cidadãos e das empresas e melhorar a eficiência da gestão pública.

Começarei por vos dar conta daquilo que de mais significativo se tem feito no quadro da União Européia, primeiro, e no quadro português, depois, no âmbito destas respostas. Privilegiarei, para não vos maçar demasiado, aquilo que mais de perto contende com os vossos interesses e as vossas preocupações – muito embora me não limite a isso.

7. Na actividade desenvolvida no quadro da União Européia, sublinharia duas preocupações:

– a garantia da autenticidade da comunicação electrónica;

– a temática dos efeitos da intensificação do comércio electrónico sobre o mercado interno da União.

A primeira preocupação tem conduzido a União a ocupar-se dos problemas colocados pela chamada "assinatura electrónica" ou "assinatura digital". A Posição Comum (CE) 28/1999 adoptada pelo Conselho em 28.06.1999,[1] aprovou uma directiva nesta matéria, por considerar que: "o objectivo da criação de um quadro legal harmonizado para a oferta de assinaturas electrónicas e serviços conexos [...] pode ser melhor alcançado pela Comunidade".

Destacaria, de todo o texto da directiva, o art. 5.º, que se ocupa de um aspecto verdadeiramente fundamental: os efeitos legais das assinaturas electrónicas. Estabelece este preceito, nomeadamente, que as assinaturas electrónicas *são admissíveis como meio de prova para efeitos processuais.*

Merece também uma referência especial o segundo parágrafo do art. 1.º, que contém uma disposição que revela a preocupação dos autores do texto relativamente a aspectos que muito importam aos notários. Aí se dispõe que a directiva "não cobre aspectos relacionados com a celebração e a validade de contratos ou a constituição de outras obrigações legais para os quais a legislação nacional ou comunitária preveja determinados requisitos em matéria de forma, nem afecta as normas e restrições constantes da legislação, nacional ou comunitária, que regem a utilização de documentos".

Como facilmente se compreende, foi objectivo da disposição legal salvaguardar aspectos como a exigência de instrumento notarial como condição da validade, da eficácia ou da prova de determinados actos ou contratos.

A segunda preocupação reflectiu-se na publicação, em 17.07.2000, da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho[2] *relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.*

Poupando V. Exas. a pormenores e tecnicalidades excessivas, sublinharia apenas um aspecto da regulamentação comunitária que vos interessará especialmente.

O art. 8.º da Directiva trata daquelas a que chama *profissões regulamentadas*, entre as quais se encontram, naturalmente, os notários e os registradores.

Na Disposição do n. 1 estabelece-se que: "os Estados-Membros assegurarão que a utilização de comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade de informação prestado por um oficial de uma profissão regulamentada seja autorizada mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de independência, dignidade e honra da profissão, bem

(1) *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, C243/33, de 27.07.1999.

(2) *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, L178, de 17.07.2000.

como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão".

Complementarmente, ao tratar da importante matéria da celebração de contratos por meios electrónicos, o art. 9.º da Directiva dispõe, no seu n. 1, que os Estados-Membros da União Européia "assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos e que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos".

Note-se que o n. 2 do mesmo artigo admite que os Estados-Membros estabeleçam algumas excepções, entre as quais avultam a relativa a contratos sobre imóveis (com exclusão do arrendamento) e uma outra, redigida a pensar claramente nos notários: "os contratos que exijam por lei a intervenção [...] de entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos".

Uma derradeira observação nesta matéria: a Conferência dos Notários da União Européia, reunida em 30.10.1999, pronunciou-se favoravelmente à proposta que esteve na origem da Directiva 2000/31/CE, designadamente quanto à possibilidade de celebração de contratos electrónicos (não obstante as reservas dos representantes dos notariados francês, luxemburguês e grego). No entanto, recomendou que fosse deixada aos Estados-Membros a decisão quanto à elaboração de documentos autênticos por via electrónica.

Parece legítimo concluir que a regulamentação da União Européia em matéria de contratação electrónica tem revelado preocupações com a salvaguarda da segurança jurídica das transacções, reflectidas no tratamento cuidadoso dado às intervenções notariais e registrais, quando legalmente exigidas.

8. Podemos agora apreciar a evolução que estas matérias conheceram em Portugal e as perspectivas futuras.

Suponho que se pode apontar o ano de 1997 como o marco decisivo nesta matéria. Foi então aprovado o *Livro verde para a sociedade da informação em Portugal*. Partindo do princípio de que *a sociedade da informação tem de ser uma sociedade para todos*, nele destacaríamos, entre as implicações jurídicas apontadas:

a) A necessidade de *criar meios visando a segurança da informação, e a garantia da privacidade*, ameaçadas pela desejável, mas perigosa, *interligação dos diversos órgãos da Administração Pública através de uma rede electrónica que assegure uma partilha da informação entre a administração, as empresas e os cidadãos*;

b) A resolução dos problemas levantados pela substituição do papel como suporte de transmissão e arquivo de dados, nomeadamente os relativos aos aspectos jurídico-formais, como *o valor probatório, a legitimidade representativa, a conservação de documentos e a responsabilidade jurídica* (aqui se incluem os problemas da assinatura digital e da certificação electrónica);

c) A protecção da propriedade intelectual e dos direitos autorais.

Para além das mencionadas implicações jurídicas, começou a gizar-se o objectivo da chamada "administração pública electrónica" (*e-government*), acentuando a necessidade de melhorar os níveis de eficiência da administração, nomeadamente através de medidas como o "*guichet* único" e a constituição de *intranets*.

O primeiro passo no sentido da concretização do *Livro Verde* foi dado pela Resolução do Conselho de Ministros 94/99, de 29 de julho,[3] que aprovou o *Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico*.

Este documento encontra-se estruturado em princípios e medidas, que se agrupam em áreas. Entre os primeiros, sublinharíamos:

– a criação de um quadro regulamentar e jurídico favorável ao comércio electrónico, dando-se prioridade à preparação de legislação relativa, designadamente, *ao reconhecimento dos contratos efectuados por via electrónica, ao valor probatório dos documentos electrónicos, ao reconhecimento jurídico da factura electrónica, à garantia dos direitos de propriedade intelectual na utilização do comércio electrónico* e *à segurança e confidencialidade dos dados que circulem nas redes de telecomunicações*;

– a *não discriminação fiscal das transacções efectuadas por via electrónica*;

– a garantia *do livre acesso e circulação de técnicas de cifragem*;

– a criação de *um ambiente comercial favorável ao comércio electrónico*, determinado-se, neste domínio, que a Administração Pública deveria dar o exemplo.

As medidas anunciadas distribuem-se por diversas áreas, entre as quais destacaremos a *criação de um quadro regulamentar favorável ao desenvolvimento do comércio electrónico* (Área 2), a *definição de uma política de segurança para as transacções electrónicas* (Área 3) e a utilização da Administração Pública como instrumento privilegiado de incremento do comércio electrónico (Área 5), uma vez que esta *representa, por si só, um mercado de dimensão suficiente para assegurar a massa crítica necessária* ao sucesso do comércio electrónico.

A execução legislativa das medidas previstas no *Livro Verde* continuou com o Dec.-Lei 290-D/99, publicado a 2 de agosto, que aprovou o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital. Salientaremos neste regime:

– as definições legais de assinatura electrónica e de documento electrónico (art. 2.º);

– a determinação de que o *documento electrónico satisfaz o requisito da forma legal escrita;* quando lhe seja aposta *uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada* tem a força probatória de *documento particular assinado* (art. 3.º);

(3) *Diário da República*, I Série B, de 25.08.1999.

– a estatuição de que *a comunicação do documento electrónico, assinado de acordo com os requisitos do presente diploma, por meio de telecomunicações que assegure a efectiva recepção equivale à remessa por via postal registada*; no caso de a recepção ser comprovada *por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário com assinatura digital e recebida pelo remetente, equivale à remessa por via postal registada com aviso de recepção* (art. 6.º);

– a atribuição à aposição de uma assinatura digital num documento electrónico do valor de assinatura autógrafa em documento com forma escrita sobre suporte de papel, dispondo-se ainda que *a aposição de assinatura digital substitui, para todos os efeitos legais, a aposição de selos, carimbos, marcas ou outros sinais identificadores do seu titular* (art. 7.º).

Já no ano 2000, em 27 de julho, o Conselho de Ministros aprovou nova Resolução, com o 110/2000,[4] através da qual lançou a *iniciativa internet*, enquadrada pelo respectivo documento orientador. Acentuaremos neste documento dois objectivos.

O primeiro consiste em *multiplicar por 100 o volume do comércio electrónico das empresas portuguesas nos próximos três anos*; para o atingir, determinam-se duas medidas essenciais, complementares entre si: *desenvolver sistemas de compras públicas pela internet* e reformar a Central de Compras do Estado, com vista à *dinamização da aquisição de bens e serviços por via electrónica*.

O segundo objectivo tem a ver com o desenvolvimento acelerado na *internet* de conteúdos portugueses ou em língua portuguesa, prevendo-se *a digitalização e disponibilização livre e sistemática dos conteúdos de bibliotecas, museus e arquivos* e o *estímulo à produção de conteúdos de interesse público*.

Em 25 de setembro deste mesmo ano 2000, o Governo fez publicar o Dec.-lei 234/2000, instituindo como entidade credenciadora competente para a credenciação e fiscalização das entidades certificadoras da assinatura digital o recém reorganizado Instituto das Tecnologias da Informática na Justiça. Deu-se assim mais um passo indispensável no percurso em direcção à generalização do comércio electrónico.

Dois dias depois, era publicada nova Resolução do Conselho de Ministros (que havia sido aprovada a 8 do mesmo mês), com o 143/2000. Desta feita, designavam-se três membros do Governo – os Ministros do Equipamento Social, das Finanças, da Ciência e da Tecnologia e da Reforma do Estado e da Administração Pública para, sob coordenação do penúltimo e no ambicioso prazo de três meses, prepararem *formas e meios de actuação tendentes à generalização das práticas de comércio electrónico na Administração Pública*, incluindo os instrumentos legislativos necessários.

(4) *Diário da República*, I Série B, de 22.08.2000.

Minhas senhoras e meus senhores:

Como V. Exas. vêem, a marcha da Administração Pública portuguesa em direcção a um futuro virtual, embora iniciada tardiamente, em comparação com a de outros países, faz-se a um ritmo apreciável. Infelizmente, o mesmo não se pode dizer naquilo que respeita, especificamente, ao notariado e ao registo predial. Neste âmbito, na verdade, tudo está ainda muito atrasado.

Abandonada que foi a projectada reforma liberalizadora do notariado português, o Governo ocupa-se da modernização administrativa do notariado e do registo predial, não sendo patentes, por enquanto, quaisquer preocupações, nomeadamente com os efeitos da desmaterialização crescente das transacções.

Uma coisa se me afigura certa: um mundo virtual não pode ser um mundo mais inseguro. Bem pelo contrário: na justa medida em que a realidade virtual é uma realidade mais fluida, menos perceptível pelos sentidos, sobre o direito e o Estado recai a obrigação de procurar novas formas e novos mecanismos de garantir que tal fluidez não se transforme num factor de instabilidade insuportável da vida humana.

Muito obrigado pela vossa atenção e pela vossa paciência.

1. 2.º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

1.2

O PAPEL ESTÁ MORTO

PAULO ROBERTO G. FERREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve história – 3. Nossa realidade – 4. A internet – 5. A assinatura – 6. A assinatura eletrônica ou digital – 7. Criptografia: a matemática a serviço da literatura – 8. Como se assina uma mensagem – 9. Como se lê e verifica uma assinatura digital – 10. A assinatura digital tem os atributos necessários? – 11. Os certificados de chave pública – 12. Documento eletrônico – 13. A escritura pública eletrônica frente aos requisitos da lei – 14. A Lei Orgânica Notarial – 15. Duas instituições a serviço da paz jurídica e social – 16. A globalização e um conflito de sistemas jurídicos – 17. Os projetos de lei – 18. O documento eletrônico no direito positivo – 19. O documento eletrônico na Administração Pública – 20. A atividade notarial a serviço da segurança e da agilidade dos negócios – 21. Registros públicos – 22. Conclusões – Endereços eletrônicos úteis – Bibliografia – Glossário.

1. Introdução

O papel está morto. Longa vida ao bit!

Quando eu comecei no cartório de protestos há 21 anos atrás, já não havia mais livros de papel.

No Tabelionato de Notas, a realidade não teria permitido isto. Até hoje, ou bem recentemente, as escrituras são assinadas pelas partes e isto não pode ser feito sem a utilização de técnicas de criptografia que somente agora são acessíveis de todos e, sobretudo, ganham a confiança irrestrita de todos que conhecem suas vantagens.

Neste trabalho eu quero mostrar que é possível começar imediatamente a oferecer serviços eletrônicos para a sociedade, quero demonstrar que é possível fazer uma escritura eletrônica sem a necessidade de qualquer alteração legislativa.

Para que não creditem esta tese a um "fanatismo informático", procurarei fundamentar cada sugestão com as normas legais em vigor. Nada do que eu disser aqui deixará de ter fundamentação legal.

Quero fazer os créditos indispensáveis quanto às fontes e ao auxílio obtido para este trabalho. Na área da informática, fiei-me nos artigos e nas orientações

do Professor Pedro Antônio Dourado de Rezende. Na área jurídica, o trabalho denominado "O documento eletrônico como meio de prova", do Professor e Advogado Augusto Tavares Rosa Marcacini,* é um dos pilares fundamentais para todos os juristas que querem conhecer este tema. Outra fonte de inestimável ajuda foi o Professor e Filósofo Carlos Roberto Cirne Lima que, em conversas amigas, me ajuda a entender o mundo, o direito, minha profissão e a veloz realidade que vivemos.

Para auxiliar aqueles que estão tendo o primeiro contato com o assunto, fiz um glossário e um índice de fontes de referência.

2. Breve história

Há milhares de anos atrás, os primeiros hominídeos deixaram os registros de sua existência. A primeira forma de escrita utilizava figuras de pessoas, animais e objetos do dia-a-dia para transmitir as mensagens. Estes pictogramas feitos nas cavernas onde habitavam, mostram cenas de caça e como viviam nossos antepassados. A mídia é a pedra: operá-la requer técnica e paciência, pois o suporte é resistente; sua conservação e perenidade é ótima, sua portabilidade nula.

Depois, o homem passou a utilizar tabuinhas de argila como suporte, o primeiro material de escrita utilizado pelo homem. Enquanto o barro se mantinha úmido, o redator gravava os sinais de escrita com osso, madeira ou metal ou uma espécie de buril de junco. As tabuinhas eram secas ao sol ou cozidas num forno. Os livros mais antigos que se conhecem são tabuinhas de barro que datam do IV milênio a.C. Usavam a escrita cuneiforme – em forma de cunha – sistema inventado pelos sumérios. O suporte é resistente e ganha-se com a facilidade de operação e portabilidade

Por volta de 3.000 a.C., os egípcios criaram o papiro. Encerrava-se a tradição de conservação oral de nossa civilização. Os registros dos atos públicos e privados mais importantes passaram a ser feitos com tinta neste novo suporte: a operação requer técnica apurada. É tarefa para os iniciados que conhecem o novo código, a escrita de hieróglifos. O suporte não é resistente ou tão perene como a pedra ou tábuas, mas o ganho com a facilidade e agilidade na operação, além da portabilidade do novo meio, introduzem um novo código de conservação: a escrita.

Por volta do ano 200 a.C. surgiu um material de custo mais elevado, mas de maior durabilidade e resistência: o pergaminho, que seria a mídia de suporte ao código escrito até a Idade Média.

A partir do séc. XV começa a generalizar-se o uso do papel, suporte inventado pelos chineses. Com grande facilidade de operação, com grande portabilidade, o papel é até hoje o suporte da língua escrita.

(*) Vide *RDI* 47/70.

Outra revolução ocorreria com a substituição da escrita manual para a impressão em série, por máquinas. Durante muito tempo a única maneira de produzir livros era escrevê-los a mão. Este processo era lento, custoso e não permitia produzir muitos livros.

A impressão foi inventada há mais de mil anos, na China ou na Coréia, mas levou muito tempo até ser utilizada no Ocidente. Só no séc. XV, Johannes Gutemberg inventou um processo novo de impressão pelo método dos tipos móveis. O tipo móvel correspondia a uma única letra num bloco, a qual servia para montar palavras, linhas e páginas e podia ser usada muitas vezes. Com a imprensa, o código escrito veio a se difundir, desembocando na evolução científica que nos trouxe o computador e seu novo código, o digital.

A evolução provocada por cada uma destas criações, implicava radical mudança dos hábitos da população, em especial daqueles que operavam com estes meios. Elas ocorreriam, contudo, no decorrer de tempo de uma ou duas gerações.

A revolução digital está ocorrendo em poucos anos. A sensação é de que nunca nada pára, de que a comunicação requer especialização, de que novos programas e novidades vão surgir indefinidamente.

3. Nossa realidade

O computador e a "Revolução digital" completaram 50 anos. Com a popularização do computador pessoal e a criação da internet há cerca de 15 anos, a sociedade vem enfrentando radicais mudanças que transcendem o conhecimento. O comportamento, as relações pessoais, a comunicação, o comércio, os serviços, tudo mudou em tão curto tempo.

Os números da internet são superlativos:

– Hoje são remetidas 10 bilhões de mensagens eletrônicas por dia;[1]

– A previsão para o ano 2005 é de 35 bilhões de mensagens por dia, ou seja, 6 por cada habitante do planeta;

– Até o final de 2000, o total de contas de e-mail será 452 milhões no mundo todo;

– No ano 2005, prevê-se um bilhão de contas;

– 124 milhões de norte-americanos e canadenses declaram utilizar a internet para os negócios;

– Em 2000, as vendas *on-line* ao consumidor final atingiram 56 bilhões de dólares, um crescimento de 103% em relação ao ano anterior;[2]

(1) http://cf.bol.com.br/ofcn.htm?url=http://idgnow.uol.com.br/webworld/namidia/2000/11/0087.

(2) http://idgnow.uol.com.br/idgnow/ecommerce/2000/11/0022.

– No Brasil já somos 14 milhões de internautas e 1,4 milhão deles realizaram compras *on-line* nos últimos 6 meses;[3]

– 1,1 milhão de clientes do Banco do Brasil acessam o *site* do banco para alguma operação.

Números tão impressionantes, em pouco tempo, demonstram a aceitação da comunicação e do relacionamento virtual. Esta aculturação provoca mudanças de hábitos, altera a forma como nos relacionamos, altera até o afeto. Ocorre também uma desestruturação dos costumes, das rotinas diárias, do conhecimento profissional, dando-nos a impressão de que tudo é incerto e relativo.

Vocês me perdoem se exagero na filosofia, mas eu considero muito importante compreender o tempo em que vivemos para que possamos, como profissionais e instituição, atender ao que de nós esperam e engajarmos nossos conhecimentos e habilidades para o progresso.

São características deste tempo:

1. A informação é o bem mais valioso. Detê-la em quantidade e, sobretudo, em qualidade, é o recurso fundamental para a geração de riquezas;

2. A pesquisa científica incessante obriga à troca de paradigmas e renova o conhecimento humano em todas as áreas sem que haja tempo para assimilação e crítica das mudanças ocorridas;

3. O pensamento cultural, artístico e literário se expande, sem fronteiras éticas, morais ou geográficas;

4. As trocas ocorrem de forma muito mais rápida: afeto, relações, produtos e serviços;

5. A rápida troca de informação condiciona todos a esperar e querer o melhor: é a busca da qualidade;

6. Caem as barreiras comerciais;

7. A globalização é inevitável;

8. Em contrapartida, os povos desconfiam dos líderes e, amedrontados com os efeitos desta união inevitável, ignoram ou se opõem à formação de blocos fomentados por tratados; a internet, por outro lado, une pessoas no mundo inteiro;

9. Uma câmera em cada canto da terra, conectada a servidores e disponível a quem se interessar, leva ao repúdio de qualquer forma de violência como forma de solução dos conflitos;

10. Há dificuldade para a codificação jurídica, pois os conceitos e influências são múltiplos, a evolução é veloz; os distintos sistemas jurídicos, o da *common law* e o romano-germânico se chocam, mas começam a se integrar.

(3) *Revista Veja*, 25.10.2000, p. 136.

A vida e a sociedade estão cada vez mais céleres. O Direito parece assistir imóvel às mudanças. Juristas e demais agentes do Direito, entre eles notários e registradores, tornam-se marginais do progresso.

A internet está aí, com sua evolução alucinante e seus números fantásticos. À primeira vista, ignorou olimpicamente a necessidade da intervenção notarial. Um olhar mais cuidadoso, contudo, demonstra que a natural informalidade esconde notários improvisados.

Como veremos adiante, a criação da assinatura eletrônica é fruto da necessidade da rede de conhecer e de se assegurar sobre a identidade das pessoas e a autoria de documentos. Na internet, somos todos anônimos. A solução técnica de computação foi a criptografia; a solução técnica de segurança jurídica e social é a de sempre, a notarial.

É inevitável que uma revolução técnica e cultural tão profunda provoque também drásticas mudanças nos sistemas legais de todos os países do mundo. As oportunidades comerciais que decorrem do mundo virtual vão pressionar os governos e legisladores a fazer as alterações para que suas economias nacionais possam competir em vantagem ou igualdade de condições com as demais.

A União Européia aprovou em 2000 sua Diretiva a respeito de assinaturas digitais e negócios eletrônicos, que começa a vigorar em julho de 2001. A Itália já tem lei em vigor e nos Estados Unidos a lei já aprovada vigora a partir de julho de 2001.

Os notários, diante deste desenvolvimento e da crescente presença de empresas digitais atuando nas áreas de sua atribuição, não têm alternativa, senão usarem a sua *expertise*, a sua tradição, o seu conceito de segurança, a sua instituição capilarizada e presente em cada um dos 5.548 municípios brasileiros, para, ainda sem quaisquer mudanças legislativas, adotarem as novas tecnologias e ocuparem o seu espaço. O ambiente de grande insegurança e risco para negócios é o cenário perfeito para que a instituição notarial saia desta marginalidade do progresso.

Este papel cabe não apenas aos notários brasileiros. A integração de profissionais de todo o mundo, que se iniciava com as iniciativas da União Internacional do Notariado Latino, é agora urgente.

A internet é global. Vamos aproveitar que somos também uma instituição presente em quase todo o globo e postar-nos para servir à sociedade.

4. A internet

A internet significa comunicação e informação ilimitada. Eu posso remeter mensagens para milhares de pessoas em todo o mundo. Basta escrevê-la e associá-la a um programa que executará a rotina.

A troca de mensagens via *e-mail* é uma das grandes facilidades da internet. Eu disse e repito: são 10 bilhões de mensagens todos os dias. A informação guardada em bits pode viajar em *velocidade próxima à da luz*, pode ser *duplicada sem*

limite e o *custo*, da criação ao armazenamento, passando pela transmissão, *é insignificante*.

A autoria destes documentos é indicada pelos próprios programas.

Esta indicação, contudo, não permite a mínima segurança. Há técnicas para alterar a indicação do remetente. Existe, também, um site especializado em indicar qualquer endereço de remetente com o nome sugestivo de *fakemail*, ou seja, mensagem falsa.[4]

Além disso, durante o tráfego, a mensagem circula por servidores diversos, podendo ser fraudulentamente alterada.

Na internet também abrimos *sites*, ou seja, páginas com endereços de pessoas e empresas de todo o planeta. É possível abrir janelas, com uma empresa de cada continente do planeta, visualizá-las ao mesmo tempo, comunicar e interagir com as propostas de negócio de cada um dos *sites*.

O problema é que não se conhece as pessoas que criaram e orientam estes negócios. Aquele endereço *www.algumacoisa* pode ser a fachada de um bandido.

A internet nasceu e pode ser, em suma, um ambiente de total insegurança. Para resolver este problema, foram criadas e são criadas técnicas e programas que permitem soluções de segurança plena. Uma delas é a assinatura digital.

5. A assinatura

Assinatura é um estilo, marca ou sinal que permite identificar a autoria de algo *(Novo Dicionário Aurélio)*. A assinatura manuscrita é própria e única; a grafologia nos ensina que o escrever responde aos exclusivos impulsos cerebrais de cada pessoa. Por isso, ainda que haja falsificações bem apuradas, é impossível reproduzir a assinatura manuscrita de alguém.

A assinatura tem os seguintes propósitos:

1. *Prova*: a assinatura relaciona e identifica a autoria de um documento com aquele que o assina. Quando o sinal específico do autor é colocado no documento, a assinatura lhe atribui a autoria.

2. *Cerimonial*: o ato de assinar um documento exige a atenção do assinante para o significado legal do ato, prevenindo a alegação de que agiu impensadamente.

3. *Aprovação*: quando a lei ou o negócio assim exige, a assinatura expressa a aprovação ou autorização do assinante para o ato.

4. *Eficiência e logística*: a assinatura, na forma prevista nos arts. 134 e 135 do CC, faz prova do conteúdo dos atos, permitindo a ação executiva (art. 585, II,

(4) www.virtualdrawing.com/fakemail.

do CPC). Nos títulos de crédito, a assinatura opera o endosso, permitindo a circulação do documento com facilidade, rapidez e mínima formalidade.

Por esta segurança, a vida e o direito valorizaram tanto, até hoje, a forma escrita, com subscrição da assinatura daquele que manifestou a vontade. É a soberana prova, o que dá segurança às relações jurídicas.

Assinar de próprio punho uma mensagem virtual, com o auxílio de um *pad-mouse* que transformaria a assinatura em imagem, é possível, mas inseguro, pois outras pessoas poderiam copiá-la e anexar às suas mensagens.

6. A assinatura eletrônica ou digital

É preciso reconhecer: nos países com avançado desenvolvimento, há anos os editores de textos eletrônicos substituíram os escritos em papel. Os documentos são levados ao papel somente quando necessitam da formal assinatura.

Com a comunicação eletrônica, o desafio dos cientistas e dos agentes econômicos é desenvolver técnicas, costumes e regras que tenham ou melhorem os efeitos a que estamos acostumados com as formas escritas em suporte de papel.

A assinatura eletrônica, para tanto, deve ter os seguintes atributos:

1. *Autenticação*: a assinatura deve indicar com certeza a identidade de quem produziu o documento, mensagem ou arquivo digital;

2. *Exclusividade*: decorrente de uma combinação de técnicas que impedem terceiros de reproduzi-la, falsificá-la ou utilizá-la sem autorização.

3. *Autenticação do documento*: a assinatura identifica o que se assina, fazendo impossível a falsificação ou alteração do documento, mensagem ou arquivo digital sem a devida autorização.

4. *Ato positivo*: a assinatura afirma a manifestação da vontade, tendo o sentido cerimonial da assinatura tradicional com seus reflexos de imposição legal.

5. *Eficiência*: o método de criação e verificação da assinatura deve garantir a autenticidade de quem a apôs e do documento com o mínimo custo.

7. Criptografia: a matemática a serviço da literatura

As assinaturas digitais são criadas através da criptografia, uma técnica matemática que se preocupa em transformar símbolos conhecidos em mensagens ininteligíveis e vice-versa. Para as assinaturas, criou-se uma tecnologia chamada "criptografia de chave pública", que utiliza um algoritmo com duas chaves matematicamente relacionadas: a primeira cria uma assinatura digital ou transforma texto legível em uma mensagem sem sentido; a outra chave serve para verificar a identidade da assinatura e para dar sentido ao texto criado pela primeira, retornando-o para seu conteúdo original. Esta tecnologia é chamada de criptografia

assimétrica, pois as duas chaves são fórmulas matemáticas distintas que não podem ser deduzidas uma a partir da outra e que se reconhecem.

Neste sistema de chaves, a primeira é denominada *chave privada ou particular*. Esta é fornecida à pessoa que pretende utilizar a assinatura digital, não devendo ser revelada para ninguém, ou tampouco ser deixada com fácil acesso na memória do computador ou em disquete.

A segunda é denominada *chave pública*, e deve ser vista em analogia com um número de telefone: estará disponível para todo mundo que quiser fazer contato com o assinante, seja em um *site*, seja num diretório acessível a todos, tipo lista telefônica. Com ela, quem receber um documento assinado pela chave privada poderá decodificar a mensagem contida e verificar a autenticidade da assinatura.

O suporte deste processo é a *hash function*, literalmente, a "função-embrulho". Este algoritmo cria um valor único para um resumo da mensagem. Uma vírgula, um espaço, a mínima alteração na mensagem original e o "embrulho" expelirá um texto ininteligível, pois o número cujo resultado advém da função é diferente do original. Por conseqüência, esta técnica utiliza-se de uma pequena quantidade de dados, produzindo uma certeza plena sobre a correlação do conteúdo original da mensagem assinada.

8. Como se assina uma mensagem

Para assinar digitalmente uma mensagem, deve-se delimitar o conteúdo de texto do que se vai assinar. Clicando no ícone da assinatura, o programa operará a função *hash*, ou "embrulho", produzindo o resultado matemático único que se associa ao documento e também à própria chave privada utilizada na operação.

A mensagem poderá ser enviada. Haverá duas possibilidades: primeira, a assinatura digital gerada é enviada junto com a mensagem ou, segunda, é remetida separadamente para que depois o destinatário integre as duas. Ambas são completamente inúteis se não forem integradas.

9. Como se lê e verifica uma assinatura digital

Recebida a mensagem com a assinatura digital, o destinatário obtém, se ainda não tiver, a chave pública do remetente na lista correspondente (que pode também ser enviada por e-mail). Aplicando-a sobre a mensagem recebida, o resultado da função *hash* permitirá verificar: a) se a assinatura foi gerada a partir da chave privada correspondente, e b) se os resultados *hash* das duas operações forem compatíveis, o programa indicará que a assinatura confere. A autenticação estará feita.

Ademais, como disse, este resultado indica também que a mensagem não foi alterada após a assinatura.

10. A assinatura digital tem os atributos necessários?

Vejamos agora se a assinatura digital tem os requisitos formais necessários à validade e eficácia dos atos jurídicos.

1. *Autenticação*: se as chaves pública e privada estão associadas a uma pessoa que possui o par de chaves, a assinatura digital atribui a mensagem a esta pessoa. A assinatura digital não pode ser falsificada, a menos que o detentor do par de chaves perca o controle do segredo por sua divulgação a estranhos ou haja algum problema com o equipamento ou mídia em que armazenou a chave privada.

2. *Exclusividade*: a criptografia assimétrica constitui uma técnica que impede terceiros de reproduzir, falsificar ou utilizar a assinatura sem autorização.

3. *Autenticação do documento*: a assinatura autentica o conteúdo do documento, garantindo que não houve alteração *com muito maior certeza que os documentos em papel*.

4. *Ato positivo*: o uso tem o caráter formal e positivo de que o assinante está ciente de que seu ato tem efeitos jurídicos, com seus reflexos de imposição legal.

5. *Eficiência*: assinar digitalmente um documento eletrônico garante a autenticidade e integridade do documento com o mínimo custo. O processo é todo feito por programas que agem automaticamente. A verificação de assinaturas pelos métodos tradicionais envolve especialização, concentração contínua da pessoa verificadora e pode ser custosa, quando necessitar do envolvimento de um perito grafotécnico. O único problema da verificação através da criptografia assimétrica talvez seja seu grande atributo: se houver uma tentativa de falsidade a função *hash* simplesmente não validará o documento, impedindo a possibilidade de se verificar como, onde e o quê intentava o invasor.

Preenchidos os requisitos formais, persiste a pergunta: a assinatura digital é segura?

Devemos verificar a resposta sob dois aspectos: a segurança jurídica e a segurança tecnológica.

Quanto à segurança jurídica, esta pode decorrer do texto de lei específica que poderemos ter, ou se não a tivermos, da fundamentação legal que referirei adiante.

Quanto à segurança tecnológica, espero convencê-los da forma como fui assegurado.

Em conversa com um técnico pós-graduado em segurança de redes, disse a ele que uso dois bancos eletrônicos na internet. Um deles, usa a criptografia de

40 bits e o outro, usa a de 128 bits. A primeira é de fraca segurança; a segunda é forte. Perguntei a ele: – mas, afinal, o que significa ser forte ou fraco, neste aspecto?

Ele me respondeu que a chave de 40 bits, a fraca, pode ser quebrada por um *hacker* iniciante, munido de um computador de três mil reais em menos de 30 minutos.

A forte, de 128 bits, continuou, para ser quebrada, necessitaria de um computador que tivesse um chip com a capacidade de processamento de todo o silício do planeta terra, uma equipe bem treinada de *hackers* e o prazo para terminar o serviço seria de 15 bilhões de anos, ou seja, a idade da Terra.

O argumento contra esta evidência parte daqueles que imaginam ser possível um matemático criar um algoritmo ou fórmula que faça a desencriptação de dados de forma simples, tornando obsoleta a tecnologia. Sob este argumento, deveríamos também considerar inseguras as assinaturas de próprio punho já que um computador poderia com grande facilidade imitar fielmente os traços de uma assinatura escrita!

11. Os certificados de chave pública

A verificação da compatibilidade operada pela criptografia assimétrica garante que ambas as chaves pertencem ao detentor da chave privada. Contudo, uma chave pública ou privada não tem qualquer ligação intrínseca com qualquer pessoa. É necessário, então, utilizar alguma forma de associação.

Como a internet é um mundo virtual, onde uma variedade de relações necessariamente ocorre entre estranhos que nunca tiveram qualquer contato ou relação anterior, o problema é de se fazer esta conexão, de forma a garantir que a chave é de quem diz possuí-la.

A solução encontrada para este impasse foi atribuir a um terceiro confiável esta atividade. Os norte-americanos têm chamado este terceiro de *trusted third part.* Nos países de tradição romano-germânica este profissional é tradicionalmente conhecido como tabelião.

O tabelião, ou terceira parte confiável, é denominado *certification authority*, autoridade certificadora, pois expede certidões de forma eletrônica, assegurando que o detentor de um par de chaves é aquele que assinou um documento determinado. A função principal do certificado, então, é associar um par de chaves com a pessoa de seu detentor. Além disso, poderá conter informações adicionais de interesse da sociedade, como a idade do assinante, a profissão, o estado civil, em suma, a qualificação completa.

O tabelião, ou autoridade certificadora, como preferirem, terá um arquivo de chaves públicas, como hoje detém um arquivo de fichas de assinaturas.

Este certificado, emitido pelo tabelião, também é digitalmente assinado, de modo que se o destinatário ainda não estiver satisfeito com o certificado

poderá verificar a idoneidade da autoridade certificadora junto a uma *superior certificate authority* (autoridade certificadora superior), que não é mais do que a entidade que reconhece a assinatura digital do tabelião. Esta outra certificadora poderá também estar no mesmo nível, ou seja, ser um outro tabelião que reconhece a autenticidade da assinatura do primeiro certificador.

E todas estas operações poderão ser feitas de modo automático até que as verificações cheguem em uma autoridade certificadora que também seja de confiança do destinatário, aumentando a eficiência das relações e dos negócios.

Para melhor operacionalização do sistema, as chaves públicas são colocadas em arquivos de assinaturas públicos (denominados pelos norte-americanos "repositórios"). O acesso a estes arquivos é livre, ou seja, qualquer chave pública pode ser consultada a qualquer tempo para verificação da compatibilidade com a chave privada. Outra utilidade é possibilitar que alguém remeta uma mensagem codificada ao detentor, através do uso da chave pública respectiva.

O uso das assinaturas digitais está sujeito a alguns problemas:

Primeiro: falsidade da identificação física da pessoa: se a autoridade certificadora descobrir que foi enganada a respeito da identidade da pessoa (falsidade da carteira de identidade, *e.g.*);

Segundo: o detentor perde o controle sobre a chave privada: seu computador quebrou, alguém tem a posse do disquete com a chave, alguém furtou a chave etc.

Nestes casos a solução é a revogação do certificado e a notificação de todas as pessoas que sabidamente fizeram verificação da chave pública.

Contudo, sabemos, o melhor remédio é a prevenção do problema. É possível, com um baixo custo, agregar avanços tecnológicos que evitam a utilização indevida da chave privada por terceiros. A utilização da chave poderá estar ligada a caracteres biológicos do emissor, exigindo a impressão digital, a íris, a voz, a palma da mão, o ritmo personalíssimo do teclar... Estes caracteres físicos já podem ser agregados às assinaturas digitais, o que me parece ocorrerá no futuro como regra. Isso já é possível hoje, com os *smart cards*, cartões inteligentes, que podem abrir o *software* de utilização da chave privada com a identificação da impressão digital e calor corporal do detentor da assinatura. O preço, de aproximadamente 150 dólares norte-americanos, deve cair com a popularização destes cartões.

12. Documento eletrônico

A palavra documento é oriunda do latim *docere*, que significa ensinar, mostrar. Documento é, hoje, qualquer base de conhecimento fixada mate-

rialmente e disposta de maneira que se possa utilizar para consulta, estudo, prova.[5]

A doutrina jurídica costuma associar documento com a materialidade, dizendo-o *coisa* ou escrito. Para Carnelutti, "o documento não é somente uma coisa, mas uma coisa representativa, ou seja, capaz de representar um fato".[6] Para Chiovenda, documento é qualquer representação material destinada e idônea a reproduzir uma dada manifestação de pensamento (minha tradução).[7]

Jorge Americano dizia que documento é "em sentido restrito, qualquer escrito utilizável como prova do ato ou fato jurídico".[8]

Hoje, um conceito de documento, conhecidas as formas de manifestação do pensamento via eletrônica ou por ondas, como o rádio, a TV e a internet, deve destacar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa ou o escrito.

Nesse sentido, Augusto Marcacini define documento como o registro de um fato, o que nos permitiria, à vista das características tecnológicas atuais, definir documento eletrônico como a representação de um fato concretizado por meio de um computador e armazenado em programa específico capaz de traduzir uma seqüência da unidade internacional conhecida como bit.

Neste momento, importa relacionar documento com a segurança jurídica que ele proporciona.

Vamos rememorar o arcabouço legal brasileiro.

Na CF, o art. 5.º, II, contém um dos princípios basilares dos Estados democráticos: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O art. 82 do CC exige para a validade do ato jurídico: agente capaz, objeto lícito e forma prevista ou não proibida por lei.

O art. 129: A validade das declarações de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei *expressamente* exige.

Porque ressaltei a palavra *expressamente*? Porque o texto diria a mesma coisa sem ela. Portanto, a palavra está lá para enfatizar mesmo o conteúdo da norma.

No art. 131, finalmente, lemos que as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Sendo a forma assim tão livre, como provar os atos quando for necessário?

(5) Novo Aurélio, *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999.

(6) Davi Monteiro Diniz, *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais*, p. 13.

(7) Idem, ibidem, p. 15.

(8) Augusto Tavares Rosa Marcacini, em estudo denominado "O documento eletrônico como meio de prova" (*RDI* 47/70, N.E.).

Também quanto à prova, temos a mais ampla liberdade. Todos os meios legais ou moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, diz o art. 332 do CPC.

Pelo art. 364, do CPC, o documento público faz prova de sua formação e também dos fatos que o tabelião ou registrador declarar que ocorreram em sua presença. O art. 369 define o documento autêntico, dizendo que é aquele cuja firma o tabelião declara que foi aposta em sua presença. Finalmente, o art. 365, III, define as reproduções de documentos públicos que fazem a mesma prova que os originais, requerendo a autenticação do oficial público após a conferência com o documento.

Como os princípios gerais contidos nos arts. 129 do CC e 332 do CPC são o da ampla liberdade de manifestação da vontade (conteúdo) e prova (forma), temos que, hoje, integrar as disposições específicas destas normas com a existência da firma digital e do documento eletrônico. É vedado ao notário ou registrador, pelo princípio geral do art. 5.º, II, da CF, exigir dos particulares que usem a assinatura de próprio punho ou que não formalizem seus atos por meios eletrônicos.

Por isso, fundado nestas duas liberdades, a de forma dos atos e manifestações de vontade e a ampla liberdade de prova, concluo que o documento eletrônico é aceito no ordenamento jurídico brasileiro.

Não precisamos, portanto, de lei que o preveja ou regule.

13. A escritura pública eletrônica frente aos requisitos da lei

Podem o notário e o registrador brasileiro começar a trabalhar agregando assinaturas digitais e documentos eletrônicos?

Penso que sim. A leitura integrada dos arts. 4.º, 6.º, II, 28, 30, I, II, III e V, 41 e 42 da Lei 8.935/94, a lei orgânica notarial e registral, me convence mais, de que o notário e o registrador têm o dever de fazê-lo.

O princípio da independência no exercício profissional está consagrado no art. 28. Por ele, estes profissionais poderão decidir da conveniência e forma com que se desincumbirão do que lhes for solicitado pelos clientes. Nos arts. 41 e 42, estão previstas a utilização de técnicas de trabalho e conservação que, independente de autorização, podem ser utilizadas. A discriminação delas, no art. 41, não é meramente elencativa. A lei faculta a utilização de quaisquer *outros meios de reprodução*.

Aos notários compete intervir nos negócios e atos jurídicos que as partes queiram formalizar ou autenticar, autorizando ou redigindo os *instrumentos adequados e eficientes*.

O art. 30, que trata dos deveres, prescreve, entre outros, o de atender às partes com eficiência, segurança e presteza. Pergunto: que eficiência prestará o notário àquele cidadão que lhe solicitar uma autenticação de documento eletrônico? Como

vimos, os valores e volume de negócios realizados pela internet já atingem somas expressivas, ainda que reduzidas em relação ao total. Mas, é dever do notário atender a todo mundo de modo eficiente e adequado.

Outro dever previsto no art. 30 é o de atender prioritariamente às autoridades de direito público. Como sabemos, a Declaração de Operações Imobiliárias (DOI) devida à Secretaria da Receita Federal, a relação de nascimentos e óbitos, devida ao IBGE, as certidões do INSS e da Receita, são todos documentos que o poder público estimula, quando não impõe, que sejam feitos por meio eletrônico. Porque o cidadão não pode ter o mesmo atendimento?

Entendo que não só pode, como tem o direito de exigir.

Diz o art. 134 do CC que a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. Adotadas as novas tecnologias de firmas digitais e documentos eletrônicos, temos que verificar se as condições previstas pelo Código Civil em 1916 podem ser adequadas à mídia e operação em meio eletrônico.

O § 1.º enumera os requisitos da escritura pública. Vou descrevê-los, comentando-os face à possibilidade de sua lavratura de forma eletrônica. São eles:

a) *a data e lugar de sua realização*: o momento da lavratura será o do recebimento da última assinatura necessária à perfectibilização do ato. A escritura é expedida com a assinatura digital do tabelião ou escrevente para as partes assinarem. Estas, tendo recebido, devem apor suas assinaturas digitais e retornar o documento ao tabelião no mesmo dia constante do ato. Se todas as assinaturas forem apostas, o ato se perfectibiliza. Se faltar uma delas, o tabelião deverá certificar a falta e declarar o ato sem efeito, como hoje se faz.

O local da realização é o da sede da notaria. Ainda que as partes estejam em locais diversos, podem optar pela escolha do tabelião de sua confiança. O centro de operação, o local onde o documento é lavrado, é aquele onde estiver sediado o tabelião, com os programas adequados, inclusive o de identificação das assinaturas digitais.

b) *reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato*: a identidade das partes é condição prévia para o início da prestação do serviço notarial.

O reconhecimento da capacidade das partes e de eventuais intervenientes deverá ser feito por ocasião da atribuição da chave pública ou também por certificação eletrônica de outro tabelião.

O comparecimento ao ato é remoto, vez que é da natureza do atendimento eletrônico esta característica.

Ressalto aqui uma possibilidade: o serviço notarial poderá valer-se de uma conexão com a Vara de Interdições da residência das partes para verificação de eventual perda da capacidade.

c) *nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação*: estes requisitos todos poderão estar contidos no certificado de atribuição da chave pública. Aqueles dados que não constarem do certificado poderão ser declarados e comprovados por ocasião da escritura: o registrador civil poderá expedir diretamente ao tabelião, certidão eletrônica com os dados previstos, sem que a parte tenha que se preocupar em prová-los. Como este contato será feito diretamente pelo notário ao registrador, elimina-se a possibilidade de falsidades materiais contidas em documentos de papel. Se, eventualmente, o registrador não dispuser de seu banco de dados em forma eletrônica, a parte poderá ainda apresentar ao tabelião os documentos em papel para arquivamento e posterior referência autenticada em outros atos. Se a parte for de outro município, poderá ainda levar os documentos em papel ao tabelião do local onde estiver, que levando-os para o meio eletrônico, certificará sua conformidade com o original em papel, transmitindo a imagem digitalizada e autenticada para arquivamento no tabelião que lavra o instrumento.

d) *manifestação da vontade das partes e dos intervenientes*: como prevê o art. 129 do CC, as declarações de vontade não dependem de forma especial, senão quando a lei exige. Nada impede que a manifestação de vontade prevista aqui seja feita de forma escrita, via eletrônica, ou por programa eletrônico de viva-voz.

e) *declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram*: o atual estágio da tecnologia permite que as escrituras sejam lidas às partes por programas de transmissão de voz em tempo real. Já é possível, inclusive, a transmissão de voz e imagem em tempo real, mas atualmente a banda de transmissão de dados não permite boa qualidade de recepção. Não há dúvida de que esta é uma limitação passageira. Em poucos anos, a transmissão de voz e imagem se operará na internet, em via dupla, como são hoje as transmissões de televisão.

É possível, contudo, recepcionar a declaração de que todos leram a escritura remetida e assinada digitalmente pelo notário. Aquele que desejar, poderá adotar sistema em que a parte só poderá assinar o documento após ter necessariamente visualizado o texto, fazendo, então, a declaração da leitura.

f) *assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato*: todo o processo de manifestação da vontade, quando se trata de documento eletrônico, envolve as assinaturas digitais de todos quando operem no ato. As partes, conformes com o texto lavrado, assinam digitalmente e remetem ao tabelião. Este, fazendo a verificação das assinaturas – que nada mais é do que integrá-las todas –, aporá também ele sua assinatura digital.

O § 2.º do art. 134 perde o sentido frente à nova tecnologia. O analfabeto pode assinar digitalmente, bastando que obtenha seu par de chaves.

Os §§ 3.º e 4.º do art. 134 merecem comentário. Um dos efeitos naturais da "sociedade da informação" é a globalização. Será crescente o número de atos e relações que se estabelecerão entre pessoas e entidades de países e línguas diversas.

A obrigatoriedade da lavratura em língua nacional, o português, segue intocável. A intervenção de tradutor público para servir de intérprete, ou de pessoa que, a juízo do tabelião tenha idoneidade e conhecimentos para servir de intérprete ou traduzir os documentos, poderá ser feita com grande facilidade, também a distância.

O tabelião, se não confiar em um dos programas tradutores existentes atualmente, poderá valer-se de tradutores públicos que seriam acessados via eletrônica, fazendo as traduções ou versões em tempo real.

Outros textos legais devem ser observados, como previsão do próprio art. 134, § 1.º, em comento. As leis especiais referidas são hoje a Lei 7.433/85, regulamentada pelo Dec. 93.240/86, que dispõem sobre a lavratura de escrituras públicas, e a Lei 8.935/94, a lei orgânica notarial e registral.

A apresentação dos documentos previstos na Lei 7.433/85 fica facilitada com a tecnologia do documento eletrônico.

Os documentos de identidade poderão estar arquivados em meio eletrônico no tabelionato, bastando a parte solicitar o serviço por meio de sua chave pública. Se não estiverem, os próprios certificados de validade da assinatura devem ser entendidos como prova da identidade civil da parte.

A guia comprovatória do Imposto de Transmissão poderá ser apresentada fisicamente ou através de remessa eletrônica, certificada por tabelião a conformidade com o original em papel.

O melhor e mais seguro, contudo, é a possibilidade de o tabelião obter esta prova através do acesso direto ao banco de dados da entidade estatal competente ou do banco arrecadador. Obtida a prova eletrônica do pagamento, esta seria arquivada em banco de dados digital, com remissão ao ato lavrado.

Também quanto às demais certidões previstas, a rotina poderá ser a mesma, salientando que já seria, hoje, desnecessário o arquivamento em papel de todas certidões e documentos que, expedidas em papel, podem ser arquivadas com maior segurança, economia e facilidade de arquivamento e buscas em meio eletrônico.

As certidões de responsabilidade do Registro de Imóveis competente também podem ser imediatamente recepcionadas em meio eletrônico, com grande facilidade e economia para os dois profissionais. É necessário que tabeliães e notários comecem a operar em redes seguras. Através dessa integração, se poderia obter ganho de produtividade – especialmente em grandes centros onde deslocar-se de um bairro a outro exige o tempo de um turno – e segurança, já que o

próprio emitente do documento a entrega ao destinatário, sem o risco de intervenções fraudulentas de terceiros.

Também quanto ao documentos oriundos do Poder Judiciário, como alvarás, autorizações, mandados e ofícios, grande ganho, especialmente a respeito da certeza de autenticidade, poderia decorrer do trabalho em redes seguras.

14. A Lei Orgânica Notarial

A Lei 8.935/94 regulamentou o art. 236 da CF. É uma lei moderna que dignifica o notariado e os serviços registrais, ao mesmo tempo em que lhes impõe grande responsabilidade.

Vou me situar apenas no objeto deste estudo, destacando as normas que adquirem relevância frente ao advento da assinatura digital e do documento eletrônico.

Já de imediato, o art. 1.º define serviços notariais e registrais como organizações técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Este conceito define a competência dos profissionais de direito a quem se delega a atividade. Sem que cumpram o destino previsto na lei não preenchem sua finalidade.

Os arts. 41 e 42 são os de maior relevância para este estudo:

"Art. 41. Incumbe aos notários e aos oficiais de registro praticar, independentemente de autorização, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços, podendo, ainda, adotar sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução.

Art. 42. Os papéis referentes aos serviços dos notários e dos oficiais de registro serão arquivados mediante utilização de processos que facilitem as buscas."

A intenção do legislador foi, sem dúvida, exigir que notários e registradores mantenham uma estrutura de prestação de serviços ágil e moderna, adequada aos avanços tecnológicos.

Eu ouso deduzir, inclusive, que o legislador, como o povo, cansou daqueles cartórios escuros, bolorentos, com funcionários e máquinas de escrever desleixados (desculpem a descrição crua e frente a muitos, injusta, mas eu a tirei de um dos maiores jornais do país).

Certa ou errada, justa ou injusta a descrição, parece-me que notários e registradores têm, hoje, o dever e desafio de manterem-se atualizados tecnologicamente, frente às citadas normas.

A assinatura digital e o documento eletrônico são novas tecnologias que atendem aos princípios tautológicos dos serviços notariais e registrais: são seguros, eficazes, garantem a autenticidade e permitem a publicidade dos atos e registros efetuados.

15. Duas instituições a serviço da paz jurídica e social

Hoje, as normas de serviço expedidas pelos diversos juízos competentes, no âmbito de suas atribuições legais, constituem-se óbice à atuação notarial e registral em meio eletrônico.

Ocorre que estas normas são, por natureza, mais detalhistas, já que visam suprir lacunas e harmonizar as leis e sua interpretação na atuação notarial e registral. Se este papel é o seu grande mérito, por outro lado, frente a uma revolução tão profunda na forma como pode se dar o serviço notarial ou registral, necessitam elas ser revistas, sob pena de manterem os profissionais que prestam este serviço público em descompasso com o que deles espera a sociedade.

O Poder Judiciário e os serviços notariais e registrais são duas instituições independentes, a serviço do povo. Aquele tem a indeclinável e constitucional competência de fiscalizar estes. Notários e registradores são profissionais do direito subordinados às normas expedidas pelo juízo competente.

Décio Antônio Erpen, ao tempo em que era Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fez publicar na revista *Ajuris*, estudo denominado "A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica" onde sustenta, *in litteris*, que: "Em época de multiplicação constante das relações negociais, em razão da própria dinâmica da vida em sociedade, cada vez mais efervescente e em modificação e evolução, imprescindível a segurança das relações, obtida pela atuação dos serviços notariais e registrais, que, sem dúvida, desempenham importante papel preventivo quanto a conflitos de diversas ordens. E a independência no desempenho das tarefas próprias serve exatamente para assegurar à comunidade a boa prestação, isenta, desvinculada da atividade do governo e de qualquer Poder".[9]

Toca, portanto, aos profissionais da área e suas associações, a responsabilidade de propor ao poder fiscalizante a necessária modernização.

Em São Paulo, as normas quando tratam genericamente da obrigação do delegado em prestar um serviço público adequado e eficiente, obrigam-no a manter instalações, equipamentos, meios e procedimentos de trabalho dimensionados ao bom atendimento. As normas exigem, ainda, a adequação e segurança de *softwares* e procedimentos de trabalho adotados, sendo fixado, se necessário, prazo para a regularização ou implantação.

É indubitável o espírito das normas no sentido de aceitar a modernização, as novas tecnologias, sempre no sentido de facilitar a atuação de notários, garantindo os fins legais previstos de eficácia e segurança dos atos dos cidadãos.

(9) Décio Antônio Erpen. "A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica". *Revista da Ajuris* 63, mar. 1995.

16. A globalização e um conflito de sistemas jurídicos

Quando o Império Romano se expandiu criou um sistema jurídico que serve de base a quase todo o mundo ocidental.

Após sua queda, alguns países desenvolveram um sistema jurídico com características distintas, com supremacia da oralidade e da vinculação dos casos julgados. Este sistema foi o adotado pelos países de colonização anglo-saxônica e é conhecido como *common law*. Existe nos EUA, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia e África do Sul.

Os demais países ocidentais, desenvolveram o sistema de Roma que atualmente é conhecido como sistema romano-germânico de direito.

O sistema da *common law* é voltado para o burgo, é fechado, não tem preocupação com o intercâmbio de idéias e valores. Um documento oriundo deste sistema não circula nos países de direito romano-germânico e, tampouco, nos próprios países da *common law*!

O direito romano-germânico foi criado pela expansão do Império Romano. Desde seu fundamento, preocupou-se em aceitar as diferenças regionais e integrá-las. O sistema tem, pois, mecanismos que permitem a circulação de documentos privados de modo relativamente simples.

A instituição notarial serve com tamanha adequação para fazer frente aos problemas de segurança, que mesmo países cujo direito é da *common law*, tem procurado criar organismos notariais para atuar na documentação eletrônica. É o caso dos EUA (alguns Estados) e Canadá.

Nos EUA, a American Bar Association (ABA, a Ordem dos Advogados local) criou o "CyberNotary Committee" (www.abanet.org/scitech/notary/home.html). Os advogados norte-americanos desejam criar notários com formação jurídica, a exemplo dos existentes no Brasil e em mais de 70 países do mundo. O primeiro resultado deste trabalho já surgiu, na Flórida, onde já há advogados especialistas em direito notarial, além da Louisiana, Estado que sempre manteve o tabelião como temos no Brasil.

No Canadá, também, a Ordem dos Advogados local está estudando a figura do Cybernotário, pretendendo fazê-lo pan-canadense e não só do Estado do Quebec.

Nos demais países do mundo, onde há o notário com atribuições idênticas ao brasileiro, sua participação na certificação digital tem sido cogitada para assegurar a eficácia jurídica dos documentos eletrônicos.

17. Os projetos de lei

Seguindo uma tendência mundial, o Congresso brasileiro estuda, desde 1996, diversos projetos de lei regulamentando a internet, a assinatura digital, o documento e o comércio eletrônico.

Dois destes projetos merecem destaque pela situação que se encontram no processo legislativo.

No Senado, tramita o Projeto 672/99, que dispõe sobre comércio eletrônico, de autoria do Senador Lúcio Alcântara (PSDB-CE) e cujo relator, o Senador José Fogaça (PMDB-RS), já apresentou seu parecer favorável à aprovação. A matéria aguarda, agora, a votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.

Este projeto é a materialização no Brasil de uma norma-padrão criada e sugerida pela Uncitral (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial e Internacional sobre Comércio Eletrônico). Em seus 26 artigos, o projeto utiliza a redação própria das leis oriundas dos países da *common law*, sendo vago a respeito dos requisitos de autenticidade dos documentos eletrônicos e da assinatura digital.

Para a assinatura, o projeto exige que se utilize algum método confiável e apropriado para identificar a pessoa e indicar sua aprovação.

Quanto aos documentos eletrônicos, serão reconhecidos os efeitos jurídicos, validade ou eficácia (*sic*) da mensagem eletrônica.

Nada fala o projeto sobre a necessidade de intervenção notarial para reconhecer assinaturas, como previsto pelo art. 7.°, IV, da Lei 8.935/94.

O outro Projeto de lei tem o n. 1.589/99 e tramita na Câmara dos Deputados, apresentado pelo Deputado Luciano Pizzatto e relatado pelo Deputado Júlio Semeghini (PSDB-SP) em comissão mista da Câmara e do Senado, o que deve acelerar o processo legislativo. Este projeto tem por base a sugestão encaminhada pela seção local da OAB e dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital.

Sob o ponto de vista jurídico e técnico, é um projeto excelente, prevendo e regulando a assinatura digital que seriam feitas por notários e por empresas privadas, no âmbito da liberdade de forma prevista pelo art. 129 e da autonomia privada, consagrada no art. 135, ambos do CC.

É necessário destacar, porém, que o monopólio legal a respeito da autenticação de assinaturas, deferido aos notários, cai por terra.

Finalmente, em janeiro de 2001, a Casa Civil da Presidência fez consulta pública sobre um anteprojeto oriundo do Executivo federal. A iniciativa faz prever que o Presidente talvez decida impulsionar um projeto de lei novo.

18. O documento eletrônico no direito positivo

Além da comentada Lei 8.935, de 1994, que admite a utilização de novas tecnologias, como sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução, outras leis têm previsto o advento de novas formas de documentos.

A título de exemplo, cito duas, pela relevância dos temas. O Dec. 1.800/96, do governo federal, prevê, no art. 90, que os atos das empresas mercantis, após preservada a sua imagem através de microfilmagem, ou *por meios tecnológicos mais avançados,* poderão ser devolvidos pelas Juntas Comerciais.

O art. 325 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) permite que os documentos relativos à habilitação de condutores sejam microfilmados ou armazenados em meio ótico ou magnético para todos os efeitos legais.

19. O documento eletrônico na Administração Pública

É inegável o interesse e a política de estímulo do governo ao uso dos documentos eletrônicos na relação entre o cidadão e o Poder Executivo. A julgar pelos números, esta é uma decisão acertada, que conta com o apoio da sociedade.

Em 1997 a Receita Federal admitiu a recepção da declaração anual de renda pela internet. A evolução foi a seguinte:

1997 – 700.000 pessoas

1998 – 4,5 milhões de pessoas

1999 – 11 milhões de pessoas (62% do total).[10]

Recentemente, o Dec. 3.587, de 05.09.2000, regulamentou o uso do documento eletrônico e da assinatura digital no âmbito da administração pública federal.[11]

Foi criado o ICP-Gov como Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal, com poderes para utilizar a criptografia assimétrica.

No âmbito do Ministério da Fazenda, encontra-se já em vigor desde 27.12.1999 a Instrução Normativa SRF 156, de 22.12.1999, que instituiu o certificado eletrônico da Secretaria da Receita Federal, a ser usado por pessoas físicas e jurídicas no relacionamento com aquele órgão, por meio eletrônico.

Este mês, o governo anunciou dois novos projetos. A partir do ano que vem será possível, além de enviar a declaração de renda, quitar o imposto a pagar de modo eletrônico. Os testes já estão sendo feito com as instituições bancárias.

Outro projeto denomina-se "Governo Eletrônico": é para a popularização da internet. Até o final de 2002, o governo pretende instalar 300.000 quiosques de atendimento aos seus serviços através da internet.[12]

(10) *Revista Veja*, Edição especial *Veja Digital*, 12/1999, "Brasil em dois tempos".

(11) João Figueiredo Ferreira, Presidente do Colégio Notarial do Brasil, Conselho Federal, em conferência proferida em Caxias do Sul em 25.11.2000.

(12) http://idgnow.uol.com.br/idgnow/internet/2000/11/0080.

Esta política e todas estas ações concretas demonstram que o Poder Executivo vê no documento eletrônico as caraterísticas de segurança tecnológica e procura regulamentar sua validade jurídica no âmbito da administração pública.

20. A atividade notarial a serviço da segurança e da agilidade dos negócios

O papel está morto. Viva o bit!

E os profissionais que trabalham com os papéis? O notário, o registrador, que lançam suas notas ou registros no papel, estes vão morrer?

Seria o caso também de perguntar: vão morrer os escritores? É também o fim dos poetas?

Creio que apesar de não gozarem do glamour de escritores e poetas, notários e registradores seguirão vivos e atuantes.

É bom lembrar que a etimologia da palavra tabelião deriva do latim *tabullarius*, a tábua coberta de cera em que se escreviam os contratos e testamentos.

Notários já lavraram seus atos em tábuas, papiros, pergaminhos... Hoje, lavram em papel. Já não escrevem a mão como há décadas atrás; usam o editor de textos e imprimem os atos. A troca do suporte do ato não é realmente grande novidade.

A revolução é, certamente, a assinatura eletrônica. Aceitar e confiar que uma expressão matemática que nem o subscritor nem o notário reconhecem e que este sinal é prova da autoria da manifestação da vontade. Quando isto estiver aceito, o papel restará para o futuro em museus, ao lado do pergaminho.

Neste instante, começamos a vivenciar a fase de transição. Bilhões de mensagens eletrônicas são trocadas e milhões de negócios eletrônicos são feitos diariamente. O meio eletrônico é mais rápido, mais barato, não se desgasta ou perde a qualidade com o tempo, a capacidade de armazenamento é excepcionalmente grande em pequenos espaços de disco ou qualquer outro suporte eletrônico e a busca e recuperação dos dados é muito mais fácil do que com o papel. O documento eletrônico é, em suma, mais eficiente.

Não é preciso ser futurólogo para prever o fim do papel. É a lógica do darwinismo tecnológico.

Neste período de transição, a sociedade espera que o notário preste serviços de transição dos dois suportes, bem como inicie a lavrar seus atos no suporte eletrônico.

O objetivo primordial nesta fase será garantir a autenticidade de documentos eletrônicos impressos em papel e de documentos em papel digitalizados e levados ao meio eletrônico.

Com base legal nos arts. 41 e 42 da Lei 8.935/94 e nos que adiante indico, os seguintes serviços podem e devem começar a ser oferecidos:

1 – Digitalização dos documentos em papel, lavratura de ata notarial certificando o fato, armazenamento das cópias digitalizadas e a conseqüente e oportuna expedição de cópias autenticadas, quando o cliente necessitar.

Base legal:

– CPC, art. 365, II;

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 4.º, 6.º, III, 7.º, V.

2 – Lavratura de atas notariais certificando a existência de documentos eletrônicos, em especial páginas ou *sites* presentes na internet. Por cautela, o tabelião deverá arquivar os arquivos eletrônicos para referência futura.

Base legal:

– CPC, art. 384;

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 6.º, III, 7.º, III.

3 – Expedição de cópias de documentos da internet. Por força do art. 365, II, do CPC, o tabelião deverá arquivar os arquivos eletrônicos.

Base legal:

– CPC, arts. 365, II, e 384;

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 6.º, III, 7.º, V.

4 – Atendimento através de sítio na internet. A sociedade quer ter o mundo em seu computador. A informação necessita estar disponível via eletrônica. O *site* ou página na internet permite que o cliente obtenha informações sobre o serviço e o atendimento (de modo instantâneo, a custo mínimo, sem necessidade de mobilizar o tempo do tabelião ou funcionário). Além disso, consulta à base de dados de documentos públicos desburocratizam o serviço. Certidões podem começar a ser fornecidas via internet, ressalvada a necessidade de sua conferência no endereço eletrônico apropriado.

O atendimento poderá ser feito durante 24 horas ininterruptas;

Base legal:

– CPC, art. 365, II;

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 4.º.

Outras atividades devem começar a ser oferecidas, assim que o notário se habitue com o uso da internet e sejam implementadas as condições de segurança adequadas:

5 – Abertura de um arquivo eletrônico para depósito de chaves públicas com acesso via internet para autenticação.

Base legal:

– Lei 8.935/94, arts. 7.º, IV, e 6.º, III.

6 – O chamado DTS, Digital Time Stamping, ou seja, a comprovação de que um documento foi transmitido em determinada data em consonância com o certificado eletrônico emitido. Base legal:

– CPC, art. 370, IV;

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 6.º, III, 7.º, III.

7 – Estas transmissões também poderão ser remetidas sem a aposição da assinatura do tabelião, hipótese em que poderá ser lavrada ata notarial ou feito o registro em livro especial para tal.

Base legal:

– CPC, arts. 365, II, e 384;

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 6.º, III, 7.º, V.

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 4.º, parte final.

8 – A conveniência de que um contrato à distância entre pessoas de países diferentes tenha a participação notarial, para o exame da legalidade frente às normas de cada um dos respectivos países.[13]

Base legal:

– Lei 8.935/94, arts. 1.º, 6.º, II e III.

Finalmente, em futuro próximo, todas as atividades notariais feitas atualmente podem e devem ser realizadas em meio eletrônico, adotadas as técnicas e rotinas de segurança existentes. São elas:

1 – Autenticação de assinaturas apostas em documentos eletrônicos;

2 – Lavratura de atos e negócios jurídicos a que as partes queiram ou devam dar forma legal ou autenticidade;

3 – Em especial, escrituras, procurações, atas;

4 – Testamentos, obedecidas as exigências dos arts. 1.632 e seguintes, CC.

21. Registros públicos

Os registradores brasileiros devem disponibilizar seu banco de dados para consulta *on-line* por parte do público. As certidões devem ser oferecidas via eletrônica, seja apenas para o pedido da certidão impressa ou para a certidão eletrônica propriamente dita.

Àqueles mais conservadores que pensam ser difícil operacionalizar este serviço, informo que, neste aspecto, já estamos atrasados em relação à vizinha Argentina. Somente a título de exemplo, desde 1998, os registros imobiliários da Província de Santa Fé, na Argentina, estão totalmente informatizados. O usuário, seja um notário que tenha contato diuturno ou um cidadão interessado em uma consulta eventual, pode consultar diretamente a matrícula do imóvel via internet.

(13) Os dois últimos tópicos são sugestões de João Figueiredo Ferreira, Presidente do Colégio Notarial do Brasil, Conselho Federal, em conferência proferida em Caxias do Sul em 25.11.2000.

O serviço está disponível 24 horas.[14] Na Espanha e Alemanha, o acesso é restrito aos notários.

A formação de uma rede eletrônica que envolva os serviços notariais e registrais pode ser implementada com brevidade e baixo custo. O retorno para os profissionais envolvidos é inegável.

Os notários poderiam ter acesso à situação do imóvel, podendo agilizar a formalização do ato e requerendo tudo o que necessitar *on-line*. As certidões seriam, a princípio, remetidas impressas em papel para o arquivamento previsto nas normas. Após certo período de experiência, provada a segurança da informação, se poderia dispensar a certidão em papel, arquivando em meio magnético a certidão eletrônica expedida pelo registrador.

Em contrapartida, os serviços de registro poderão receber também os títulos em meio eletrônico. A princípio, seguiriam com os traslados e documentos em papel. Posteriormente, à vista do arquivamento e da regularidade do título e dos documentos, estes ficariam arquivados na notaria, com remessa de arquivo eletrônico com todos os documentos para o registrador.

22. Conclusões

Diante do exposto, concluo:

São características objetivas do documento eletrônico:

1 – O documento eletrônico tem as mesmas características do documento tradicional, sendo, portanto, um meio de prova confiável já que:

– contém uma mensagem em texto alfanumérico, um desenho gráfico ou imagem e som codificados digitalmente;

– esta codificação obedece um padrão convencional acessível a todos com acesso aos programas próprios;

– está gravado em um suporte (coisa);

– é permanente no tempo e inalterável.

São características subjetivas do documento eletrônico:

1 – O documento eletrônico com declaração de origem, enquanto não contestado por qualquer das pessoas, é válido e eficaz como forma de relação pessoal preparatória de atos jurídicos ou mesmo como forma de contratação;

2 – A assinatura é um signo escolhido pela pessoa para creditar suas manifestações de vontade como originais e autênticas, não havendo, em nosso ordenamento jurídico, vedação a que alguém escolha uma assinatura digital para este fim;

(14) "Registros imobiliários da Província de Santa Fé", *Revista Internacional do Notariado* 95, 1998.

E ainda:

1 – O documento eletrônico digitalmente assinado com técnicas de criptografia assimétrica é válido e eficaz como forma de contratação, fazendo prova *juris tantum* de sua autoria;

2 – O princípio da liberdade da forma contido no art. 129 do CC abriga o suporte dos dados eletrônicos como meio de manifestação da vontade;

3 – Por conseqüência, todo o arcabouço legal que regula os documentos em papel é aplicável ao documento eletrônico;

4 – A criptografia que permite a assinatura digital é um meio, uma técnica semelhante à caneta utilizada para assinar em papel. Somente o notário, como previsto no art. 7.º da Lei 8.935/94, é o profissional com condições de comprovar perante terceiros a autenticidade das declarações de vontade na contratação por meio eletrônico;

5 – A legislação atualmente existente é suficiente para abrigar o surgimento da assinatura digital e dos documentos, atos e contratos eletrônicos; no entanto, para evitar que lacunas interpretativas provoquem insegurança na sociedade e nos agentes econômicos, é conveniente a aprovação de uma lei específica, que reafirmaria o compromisso do Direito com a segurança das relações jurídicas e com o progresso tecnológico;

6 – Os projetos-de-lei atualmente em estudo no Congresso Nacional representam ameaça ao monopólio previsto na lei a respeito da competência dos notários para autenticar fatos com eficácia relativa *erga omnes*;

7 – A quebra deste monopólio representa um perigo para a segurança das relações jurídicas;

8 – Os notários brasileiros necessitam iniciar a prestar os serviços em meio eletrônico de que já necessita uma parcela expressiva da sociedade;

9 – É recomendável, para que haja uma uniformização de padrões, rotinas e procedimentos que o Colégio Notarial do Brasil e a Anoreg – Brasil, em conjunto com as autoridades fiscalizadoras do Poder Judiciário, expeçam diretivas e normas para que se obtenha a segurança e eficácia dos atos lavrados.

Endereços eletrônicos úteis

http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=502: Artigo: "As possíveis leis de assinatura digital no Brasil" – Parte I. Prof. Pedro Antonio Dourado de Resende.

http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=503: Artigo: "As possíveis leis de assinatura digital no Brasil" – Parte II. Prof. Pedro Antonio Dourado de Resende.

http://marcacini.cjb.net: Artigos: "O documento eletrônico como meio de prova" e "CrookSign Certification Authorityless", do advogado Augusto Marcacini.

http://www.notariato.it/forum/zagami.htm: Artigo: "Firme digitali, crittografia e validità del documento eletrônico".

http://www.abanet.org/scitech/ec/isc/dsg-tutorial.html: guia dos advogados norte-americanos a respeito da assinatura digital.

http://www.brisa.org.br/download/grupos/Projeto_OAB_SP.doc: Projeto de lei: Deputado Luciano Pizzato.

http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/Decreto/D3587.htm: Decreto da Presidência que estabelece normas para a infraestrutura de chaves públicas do Poder Executivo Federal – ICP – gov.

http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/Consulta_Publica/consultadocelet.htm: Projeto de lei oriundo da Presidência que dispõe sobre a autenticidade e o valor jurídico e probatório de documentos produzidos, emitidos ou recebidos por órgãos públicos federais, estaduais e municipais, por meio eletrônico.

http://www.mbc.com/ecommerce/international.asp: contém um panorama da legislação digital no mundo todo.

Bibliografia

DANTAS, Ivo. *Os princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 1995.

DEVOTO, Mauricio e LYNCH, Horacio M. "Contratación Electrónica, Reflexiones sobre la seguridad en la contratación electrónica". Tese apresentada no III Congresso Notarial do Mercosul, 1997.

DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais*. São Paulo : LTR, 1999.

ERPEN, Décio Antônio. "A atividade notarial e registral: uma organização social préjurídica". *Revista da Ajuris* 63, mar. 1995.

GATTARI, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial. Buenos Aires : Depalma ediciones, 1988.

GRANJA, Maria del Pilar e RESTAHINOCH, Rossana. "Contratación Electrónica". Tese apresentada no III Congresso Notarial do Mercosul, 1997.

JACOMINO, Sergio. *A microfilmagem, a informática e os serviços notariais e registrais brasileiros*. São Paulo : ANOREG-SP, 1996.

KEMPER, Ana María. "Contratación electrónica". Tese apresentada no III Congresso Notarial do Mercosul, 1997.

LAMBERT, Jean. "Le secret profesionnel et communications elétroniques: Prendez Garde!", *Revista Notarius International*. Dordrecht, Holanda : Ed. Kluver Law International, 1997. vol. 2, n. 4.

NERI, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. 1. ed., Buenos Aires : Depalma, 1980. vol. 3.

PEÑAVERA, Gabriela Rua. "Contratación electrónica". Tese apresentada no III Congresso Notarial do Mercosul, 1997.

ROHMANN, Chris. *O livro das idéias*. Rio de Janeiro : Campus, 2000.

ZINNY, Mario Antonio. *El acto notarial*. Buenos Aires : Depalma, 2000.

Periódicos

Revista de Direito Imobiliário 47/70. São Paulo : RT.

Revista Internacional do Notariado. "Registros Imobiliários da Província de Santa Fé". n. 95, 1998.

Revista Notarius International. Electronic Legal Transactions and Digital Signatures in Germany – Current Developments and Outlook for the Future from the Notarial Point of View. Dordrecht, Holanda : Kluver Law International, vol. 3, n. 1, 1998, p. 47-48.

Revista Veja. A Radiografia da Internet Brasileira. César Nogueira e Nilson Vargas. Ed. Abril, 25.10.2000, p. 136-141.

Serviços Notariais e de Registro – Teses apresentadas no 1 Simpósio Nacional de Serviços Notariais e Registrais – São Paulo : Edição da Anoreg – SP, 1996.

Ata da Sessão de Conclusões do III Congresso Notarial do Mercosul, 1997.

Glossário

Assinatura digital – Documento eletrônico

Algorítmo – Processo de cálculo, ou de resolução de um grupo de problemas semelhantes, em que se estipulam, com generalidade e sem restrições, regras formais para a obtenção do resultado, ou da solução do problema (*Dic. Aurélio*).

Assinar – Firmar com seu nome ou sinal (carta, documento, obra etc.), (...), escrever em documento próprio sinal ou nome (*Dic. Aurélio*).

Assinatura – Estilo, marca ou sinal que permite identificar a autoria de algo (*Dic. Aurélio*).

Assinatura digital – (1) Qualquer técnica de identificação ou autenticação eletrônica anexada ou logicamente associada pelo emissor ao documento eletrônico emitido, que permita determinar a veracidade da identidade do emissor, bem como a condição de que o conteúdo do documento inicial não tenha sido modificado após a sua expedição; (2) Transformação matemática de uma mensagem por meio da utilização de uma função matemática e da criptografia assimétrica e do resultado desta com a chave privada da pessoa assinante.

Autenticação – Processo utilizado para confirmar a identidade de uma pessoa ou entidade, ou para garantir a origem de uma mensagem.

Autoridade certificadora (AC) – Pessoa ou entidade que emite certificados de autenticação conforme a sua declaração de regras operacionais.

Autoridade certificadora superior (ACS) – Autoridade responsável pela operação e controle de diversas infra-estruturas de chaves públicas.

Autoridade registradora (AR) – Pessoa ou entidade que registra as operações da AC. Pode ser parte integrante da própria AC ou autônoma.

Backdoor (Porta dos fundos) – Programa que permite operar um computador ligado em rede de forma remota. Útil para tele-suporte ou tele-atendimento, pode ser utilizado para invasão e controle malicioso do computador. Com ele, o invasor pode eliminar, copiar e criar arquivos, tendo acesso à informações sigilosas.

Cavalos de Tróia – Programas espiões que são inseridos sorrateiramente, via mensagem eletrônica, no computador. Com eles, um arquivo aparentemente inofensivo (uma imagem, por exemplo) pode instalar um executável com uma finalidade maliciosa (aguardar que a vítima digite sua senha para expedir mensagem revelando-a para o introdutor do cavalo de Tróia, por exemplo).

Certificado digital – Certidão fornecida pela Autoridade Certificadora com os atributos da autenticação. Deve conter, no mínimo: o nome distinto do emissor e assinante da mensagem, o nome distinto da pessoa a quem a mensagem foi remetida, a chave públi-

ca do emissor e assinante, o período de validade do certificado, um número de série único, a assinatura digital da AC certificando todas as informações acima.

Certification Authority – Veja Autoridade certificadora.

Certification Revocation List (CRL) – Veja Lista de Certificados Revogados.

Chave privada (ou secreta) – Uma das chaves do par de chaves usada para criar assinaturas que vão cifrar as mensagens de seu titular. A decodificação será feita com o outro par, a chave pública.

Chave pública – Uma das chaves do para de chaves usada para assinar digitalmente. A chave pública é aplicada pelo recebedor da mensagem para decodificar uma mensagem recebida. Ela é pública, pois pode ser obtida no *site* do remetente, num repositório público (tipo lista telefônica) ou até via e-mail simples também remetido pelo titular da chave.

Criptografia – Técnica que trata dos princípios, meios e métodos para transformação de dados de forma a proteger a informação contra acesso não autorizado ao seu conteúdo.

Criptografia simétrica – Meio de codificação que utiliza uma só chave para encriptar e decodificar a mensagem. É necessário que as pessoas que a utilizam tenham pré-definida a chave antes da comunicação. Método clássico de criptografia simétrica é aquele usado por Júlio César e que consistia em escrever as mensagens utilizando-se das três letras sucessivas e posteriores do alfabeto (A = D; B = E etc.).

Criptografia assimétrica – Meio de codificação que usa um par de chaves com um algorítmo ou série de algorítmos para cifrar e decodificar mensagens. Os números de uma chave pública e de uma chave privada são relacionados entre si de tal forma que uma chave desfaz o que a outra faz. Assim, encriptando uma mensagem com a chave pública, somente com uma única chave privada poderemos decifrá-la. A recíproca é verdadeira: o que for encriptado com uma chave privada somente poderá ser decriptado com uma única chave pública.

Cybernotary – Cibernotário. O termo surgiu do *Cybernotary Project*, comissão especial criada pela *American Bar Association* para introduzir o notário como existe nos países de tradição romano-germânica no sistema legal da *common law*. Segundo este projeto, o cibernotário seria um terceiro confiável e com conhecimentos jurídicos para conferir segurança aos negócios realizados em meio eletrônico.

Declaração de regras operacionais – Informações ao público sobre as práticas de autenticação e certificação de uma AC, Autoridade Certificadora. Inclui dados técnicos, preço do serviço, responsabilidade etc.

Digital signature – Veja Assinatura digital.

Digital Time Stamping (DTS) – É o serviço de certificação da hora e dia quando foi assinado um documento eletrônico, com identidade do autor.

Documento eletrônico – É a representação eletrônica (ou digital) de atos, fatos ou dados juridicamente relevantes (Decreto italiano 513/97).

Domínio – O endereço da pessoa na internet: www.domínio.com.br, por exemplo. O domínio é concedido, no Brasil, pela Fapesp, fundação pública que administra a infra-estrutura da internet no país. O domínio estará associado a um servidor que o hospeda, podendo, portanto, ser identificada a origem do proprietário.

E-mail – Veja endereço eletrônico.

Endereço eletrônico – Identificação de uma recurso físico ou lógico para o fim de receber e registrar documentos eletrônicos (*e.g., eu@domínio.com.br*).

Firma digital – Veja assinatura digital.

Identificação biométrica – Sistema de identificação que codifica digitalmente dados biológicos particulares e únicos da pessoa (*e.g.*, olhos, impressão digital, voz, DNA).

Infra-estrutura de chaves públicas – O conjunto de arquitetura, organização, técnicas, práticas e procedimentos para implementar e operar um serviço de autenticação e expedição de certificados baseado na criptografia assimétrica ou de chaves públicas.

Lista de Certificados Revogados (LCR) – Lista pública que contém o número dos certificados revogados, a data da revogação e os motivos.

Par de chaves – Chaves privada e pública que, relacionadas, formam o sistema de criptografia assimétrico. A chave privada e a chave pública estão matematicamente relacionadas. A chave privada encripta a mensagem. A chave pública é o único meio de desemcriptar. Ou, vice-versa, se a mensagem for cifrada com a chave pública, a chave privada é a única que poderá decifrá-la. É impossível a dedução da chave privada a partir da chave pública.

Private Key – Veja Chave privada.

Public Key – Veja Chave pública.

Registration Authority (RA) – Veja Autoridade registradora.

Revogação do Certificado – Findo o prazo para o qual foi contratado ou havendo algum problema com o par de chaves (como perda da chave privada, comprometimento de sua segurança ou privacidade), o certificado que permite a utilização é revogado.

Segurança – As condições de segurança do documento eletrônico são: I – disponibilidade, que assegura que um documento eletrônico estará disponível para acesso sempre que a lei o exigir ou das partes necessitar; II – integridade, assegura que o conteúdo do documento eletrônico não foi alterado; III – controle de acesso, assegura que o acesso ao conteúdo do documento eletrônico somente será permitido às pessoas desejadas pelo autor; IV – autenticidade de origem, assegura a identidade e autoria da pessoa que envia o documento eletrônico; V – não repúdio, assegura que qualquer das partes não possa negar que enviou ou recebeu o documento eletrônico; VI – privacidade, assegura que somente as partes da relação terão acesso ao documento eletrônico.

Trusted Third Party – Literalmente, "Terceira parte confiável", isto é, uma pessoa de confiança que intervém nos negócios eletrônicos para conferir certeza e segurança sobre a autoria e integridade dos documentos eletrônicos intercambiados.

1. 2.º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

1.3

REQUISITOS JURÍDICOS GENERALES DE UN SISTEMA EFICAZ DE REGISTRO DE LA PROPIEDAD*

LUIS M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Requisitos generales: 2.1 Título inscribible; 2.2 Determinación del objeto; 2.3 Información previa; 2.4 Calificación y asesoramiento; 2.5 Inscripción; 2.6 Publicidad registral – 3. Efectos: 3.1 Legalidad; 3.2 Oponibilidad; 3.3 Fe pública; 3.4 Publicidad; 3.5 Protección judicial; 3.6 Permanencia del derecho – 4. Conclusiones.

Resumen: 1. La protección jurídica del derecho de propiedad –derechos reales– es una necesidad humana, social y económica. La libertad del hombre viene mediatizada por el libre acceso a la propiedad de los bienes, como medio de subsistencia y medio de desarrollo y civilización – 2. La Declaración Universal de Derechos del Hombre proclama el derecho de propiedad como uno de los derechos fundamentales – 3. Los mecanismos jurídicos de protección del derecho de propiedad son diversos, siguiendo la tradición y la cultura de cada pueblo, pero comprar y vender bienes inmuebles comporta una relación jurídica substancialmente idéntica en cualquier lugar del Mundo: un acuerdo de voluntades y la entrega del bien. Es lo que se denomina, a veces, contrato obligacional y contrato real – 4. Esa relación jurídica básica comporta el establecimiento de dos medios de protección: uno judicial y otro extrajudicial. Cuando se compra un inmueble, no se adquiere un pleito. Por ello, los sistemas jurídicos o son represivos –judiciales–, para el restablecimiento del orden infringido, o preventivos –extrajudiciales– – 5. La riqueza y desarrollo de los pueblos pueden medirse por el número de transacciones, y éstas dependen de la existencia de medios jurídicos eficaces, que combinen rapidez y seguridad. De su funcionamiento, depende el acceso al crédito – 6. La realidad muestra que el aumento del volumen de transacciones depende de la existencia de medios extrajudiciales eficientes que aseguren el derecho de propiedad y de un sistema judicial, ágil y profesionalizado, independiente, que produzca sentencias previsibles. Ambos aspectos están correlacionados. Si el medio de protección extraju-

(*) Un resumen del texto de esta ponencia –sin las distintas adiciones, complementos y modificaciones ahora introducidas– fue expuesto en las jornadas celebradas por la Organización de Naciones Unidas, Grupo Técnico Mundial de Administración de la Tierra, ONU, WPLA, sobre "Safety Mechanics in the creation of immovable, Property Markets: Protecting Rights" (Madrid, España, 28.09.2000).

dicial es un medio público, los jueces apoyan en su régimen los pronunciamientos o resoluciones, con rapidez y previsibilidad. Si el medio de protección es privado – seguro–, los jueces tienen que partir de cero en sus decisiones. – 7. Los medios privados de aseguramiento sólo dan lugar a una indemnización, pero no garantizan la titularidad jurídica sobre el inmueble adquirido. Es decir, no protegen el derecho de propiedad, sino el precio o valor en cambio del inmueble. Son, además, sistemas judicializados o represivos – 8. Los medios públicos de aseguramiento, basados en la fe pública extrajudicial y extra-administrativa, garantizan o protegen la propiedad adquirida, evitan o eliminan pleitos y proporcionan a los jueces los datos básicos para una justicia ágil y previsible. Son, pues, sistemas preventivos, pues previenen o evitan pleitos futuros – 9. El uso de uno u otro sistema produce un efecto directo en el "mercado". Afecta a los costes de transacción y a la conflictividad social, así como al volumen de transacciones – 10. En el mercado, los costes directos e indirectos disminuyen si existe certeza en la atribución de los derechos objetos de transacción. Esto es, si el mercado es transparente y quienes realizan intercambios de bienes y servicios tienen una información cierta y homogénea – 11. En un principio, los medios privados de protección parecen más ágiles, pues no se computan los plazos previos que se emplean en realizar la operación y los riesgos que se asumen – con la pendencia de un pleito, si se cuestiona la propiedad y con la investigación de ésta por un tercero – 12. El análisis comparativo obliga a medir costes, seguridad y rapidez. Si los sistemas preventivos ofrecen mayores garantías a la contratación privada, frente a los judiciales, los públicos son los únicos que dan certeza al derecho y firmeza a la adquisición. En los privados, todo se basa en una concatenación de actuaciones por parte de los contratantes, con la ayuda de expertos más o menos cualificados, y de aseguramientos o fianzas. Se basa en la buena fe, no en el conocimiento de quién es propietario y en si tiene facultades para transmitir. El inconveniente más grave, unido a la falta de certeza sobre quién es el propietario conforme a la ley, se encuentra en que no se conocen las cargas o derechos de terceros sobre el mismo inmueble. Limita la financiación, niega el crédito territorial y dificulta el acceso a la propiedad. Además, la investigación de ésta y el seguro consecuente suponen un incremento de los costes de transacción – 13. En los sistemas preventivos públicos, la fe pública extrajudicial garantiza todos los extremos necesarios para adquirir bienes o derechos reales con seguridad y rapidez. La fe pública notarial da certeza al contrato y la válida prestación del consentimiento –asesor jurídico independiente–, y la fe pública registral da certeza al derecho –publica propiedad y cargas–, garantiza su permanencia y controla el ajuste a las normas jurídicas de los contratos –calificación–. Es decir, antes de la transacción, el comprador puede informarse sobre la situación física y jurídica del inmueble –titularidad y cargas–, luego firma el contrato autorizado por el notario e inscribe su derecho, previa calificación del registrador, lo que le asegura la atribución legal del derecho adquirido y su protección registral permanente, gozando de acciones judiciales para su defensa (basadas en los pronunciamientos del Registro) – 14. La agilidad en las transacciones también se logra con la incorporación a los sistemas públicos preventivos de la tecnología de las comunicaciones: publicidad registral, documento público electrónico, asientos registrales –públicos– magnéticos, certificaciones registrales electrónicas, relación y transmisión telemática de documentos... La firma electrónica crea un soporte adecuado para la utilización de medios informáticos, redes de comunicación y documentos públicos electrónicos. De tal suerte que la equiparación de la firma electrónica con la manuscrita implica la equiparación del documento público en papel con el documento público electrónico. Sólo varía el soporte. La firma del notario o del registrador hace público el documento electrónico.

1. Introducción

La exposición que voy a hacerles, "sobre los requisitos generales de un sistema eficaz de Registro de la Propiedad", parte de un problema básico, centro del desarrollo social y económico de los pueblos: la transmisión de la propiedad de un inmueble a título compraventa. En todos los ordenamientos, ello supone siempre un acuerdo de voluntades (un contrato bilateral: acuerdo obligacional) y la entrega del bien (posesión o acuerdo real). Un requisito previo: que el vendedor pruebe su derecho de propiedad no litigioso. Un requisito simultáneo: la validez de los acuerdos, obligacional y real, sobre el inmueble. Y un requisito posterior: la garantía de que el comprador es el nuevo propietario no litigioso. Es decir, que la transmisión se ha producido realmente y es inatacable frente a cualquier sujeto, público o privado. En otro caso, los riesgos que rodean la compraventa del inmueble disparan el precio final, por la necesidad de aseguramiento de la transmisión frente a aquéllos,[1] y disminuye el flujo de riqueza: las transacciones disminuyen (la amenaza de un pleito judicial hipotético excluye o debilita el crédito inmobiliario y el comprador aplaza el precio, o se cubre con un tejido de múltiples indemnizaciones o garantías colaterales).

Los medios de prueba del derecho preexistente, que el vendedor declara, la inexistencia de cargas, la validez del contrato y la protección del derecho adquirido, pueden ser de diversos órdenes: judiciales o extrajudiciales. O un juez declara que el comprador es propietario frente al vendedor y sus herederos o causahabientes, o éste debe gozar de otro instrumento (privado –garantías colaterales, que no aseguran la propiedad de ese bien, sino la posible indemnización, declarada por un juez en un pleito subsiguiente– o público –la fe pública extrajudicial, la declaración y publicidad de la validez del contrato y de la atribución del derecho al comprador–).

• Derecho de propiedad: derecho fundamental de los ciudadanos

Hoy día nadie discute la necesidad de su reconocimiento y la premura de su protección, impulso necesario de la "economía de mercado", substrato de la libertad del hombre.

• Derecho histórico

– dominio absoluto romano (sólo el ciudadano).

– comunitarismo germánico (tártaros, godos, francos: guerreros transhumantes, ganaderos).

– dominio limitado (heredades), compartido con derechos comunales (derrota de mieses, aprovechamiento de los montes, caza y pesca): dominio medieval, dominio de la Edad Moderna (vinculaciones perpetuas, familiares y religiosas).

(1) De forma artificial, ya que el incremento del precio no deriva de la ley de la oferta y de la demanda, sino de la inseguridad jurídica que rodea el tráfico jurídico.

• Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Revolución francesa, interdicción de la arbitrariedad o singularidad (privilegio, incautación, vinculación).

• Constitucionalismo: Constitución española de 1812, art. 4, primer título y capítulo, De la Nación española, de ambos hemisferios: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".[2]

– Libertad civil: libre circulación de bienes.

• Mercado: libre concurrencia de empresarios y profesionales y libre elección del consumidor. La competencia abarata el precio y eleva la calidad de bienes y servicios. Con las mismas reglas del juego para todos, gana el mejor. Aumenta la calidad y bajan los precios.

• Liberalismo económico (siglo XIX), heredero de la Ilustración: fin de las vinculaciones familiares, de la propiedad municipal y eclesiástica, y del colectivismo agrario. La denominada, en España, desamortización (Godoy – que introdujo en su gabinete a Jovellanos y a Menéndez Valdés–, Mendizábal, Madoz).

• Redefinición dogmática y jurídica del derecho de propiedad y de los derechos reales, con una vuelta decidida al dominio pleno romano, con las limitaciones establecidas en las leyes por razones de interés público. Sólo se puede limitar por ley. Nace el concepto de expropiación forzada, previa indemnización. Al tiempo que se admite el cerramiento general de las fincas (se necesitaba hasta entonces privilegio real), desaparece una parte de los derechos comunales que se basaba en la derrota de mieses (aprovechamiento común de los pastos, de los montes, de las aguas, de la caza y de la pesca). Una profunda transformación social, que no dejó de ser problemática en su ejecución acelerada, proletarizando grandes masas de población campesina.

– Análisis económico del Derecho: Douglas North (siglo XX, Premio Nóbel de Economía).

• Derecho de propiedad, eje del análisis económico del Derecho; North – análisis histórico-económico del derecho de la propiedad– prosperidad y riqueza

(2) La primera Constitución política de la Monarquía española (Cádiz, 19.02.1808), el capítulo I, De la Nación española, Título I, después de establecer la soberanía nacional, en el art. 4 señala: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas *la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*". La ruptura, pues, con el Antiguo Régimen, con la Monarquía absoluta, eleva la protección de la libertad civil y de la propiedad a un primer plano, al capítulo que define la Nación. El resto de la Constitución, por lo que ahora nos interesa, se ocupa de forma singular de la organización de la justicia: *la unidad de la jurisdicción.* No hay derecho sin acción, recuerda el aforismo latino.

de los Estados, número de transacciones y de la protección del derecho de propiedad.[3]

• Número de transacciones: depende de los costes de información y costes de transacción, coste de la protección permanente del derecho (mantenimiento definitivo del derecho adquirido, salvo disposición voluntaria o forzosa de su titular).

– Protección del derecho y protección del crédito:

• Riqueza, respeto al titular del derecho, tranquilidad social (paz civil).

• Fomento de la inversión y de la libre circulación de bienes.

• Derecho de propiedad público (conocido) por medio:

– judicial.

– extrajudicial.

• Derecho de crédito público (cargas).

– Derecho de propiedad objeto de tráfico jurídico inmobiliario:

• Derecho "público" –conocido o respetado: absoluto (frente a todos, incluido el Estado o Administraciones Públicas y los Tribunales) e inmediato (posesión del bien). Medios:

• Judicial: el comprador demanda al vendedor para que reconozca su mejor derecho –contencioso– y contra todos (acción de jactancia), para que nadie pueda negarlo (teóricamente), pero carece de efecto de cosa juzgada y admite pleitos posteriores sobre la propiedad del bien (la notificación genérica –que supone ese pleito, real o fingido– es contraria al derecho de tutela judicial efectiva y estaría plagada de excepciones).

• Extrajudicial: comprador – otro medio no judicial:

– Investigación de la propiedad (coste de información)

– Garantía de que el vendedor es el propietario (coste de protección)

– indemnización.

– mantenimiento de la propiedad del inmueble.

• Acreedor –financia– inversión inmobiliaria y no inversión mercantil

– investigación de la propiedad

– permanencia de la garantía (costes de información y protección)

(3) North recupera el concepto de *coste de transacción* empleado en 1938 por Ronald Coase, como coste que incrementa el precio sin aportar valor añadido a la adquisición –por ejemplo, un impuesto– y que, en consecuencia, se volatiliza una vez producida dicha transacción. A este concepto, añadimos el de *coste de información*, que puede integrarse en aquél, y el de *coste de protección*, como coste subyacente. Si el bien adquirido permanece en el tiempo –mueble o inmueble–, al comprador le interesa, sobre todo, que su derecho sea inatacable –incuestionable o judicialmente protegido.

– Transmisión del derecho de propiedad sobre un inmueble requiere:

• Determinación del objeto: valor, precio.

• Investigación de la propiedad (titularidad).

• Posibilidad efectiva de ocupación o posesión.

• Investigación de las cargas existentes que no se antepongan a la propiedad adquirida.

• Cargas públicas (conocidas, absolutividad), inexistencia de cargas ocultas (si se admiten, no se pueden investigar, sería una investigación general o universal; materialmente imposible).

• Contrato de transmisión.

– Protección del derecho de propiedad adquirido – medios:

• Judicial: el Juez debe declarar que el vendedor es propietario y que no pesan cargas sobre el inmueble (el Juez hace pública la propiedad frente al vendedor, previa investigación, pero no es propio de su función el declararlo frente a quienes no intervienen en el procedimiento –contencioso– y si lo hace, no puede impedir un juicio declarativo posterior sobre la propiedad alegada por un tercero o por un acreedor: las sentencias producen efectos "ínter partes" –la contienda se libra entre dos partes, demandante y demandado, comprador y vendedor–, no *erga omnes*).

• Extrajudicial: existencia de un contrato (privado o público), establecimiento de una garantía ante la resolución del contrato, según el medio de prueba y el derecho del demandante (prueba judicial, contrato privado o público), pero no acredita, en este supuesto, que el transmitente es propietario.

– ¿Cuándo se entiende y respeta que el comprador es propietario? Requisitos:

1.º) Que el vendedor sea propietario y lo pueda acreditar.

2.º) Que se transfiera la propiedad y se entregue el bien al comprador (título, acuerdo de voluntades, contrato; modo, entrega física o ficticia del bien).

3.º) Que el Estado y la sociedad le reconozcan como propietario (frente a todos, incluso el Estado y los jueces: *erga omnes*), porque se puede transferir el derecho de otro y entregar la posesión de un inmueble que no le pertenece al vendedor.

4.º) Para evitar esa posibilidad, el modo o entrega de la posesión debe ser un modo público y que esa publicidad del derecho adquirido proteja al comprador frente a todos.

– ¿Cómo acreditar que se es propietario público –o frente a todos– del inmueble? (Prueba)

• Vendedor: medio judicial o extrajudicial.

• Comprador: medio judicial o extrajudicial.

– ¿Cómo conseguir que esa prueba vincule a todos, Administraciones Públicas y Jueces, sin necesidad de la acción judicial?

• Que el contrato sea válido: certeza de su existencia, fecha y de que la declaración o acuerdo de voluntades se ha producido.

• Que el vendedor sea propietario legítimo.

• Que las cargas del inmueble sean las declaradas o acreditadas.

• Que la protección del derecho adquirido sea perpetua (no temporal o transitoria).

• Que la publicidad de que el comprador es nuevo propietario sea permanente: acceso al mercado de inmuebles, acceso al mercado del crédito.

– La riqueza y desarrollo social de los Estados depende de:

• Número de transacciones de bienes y servicios (libre circulación).

• Costes de información (rapidez y seguridad para conocer al propietario público del bien).

• Costes de transacción:

– investigación de la propiedad (coste de información).

– precio, impuestos.

• Costes de protección del derecho adquirido.

– (+) transacciones, (+) riqueza y desarrollo, dependen de:

(-) coste de transacción, que deriva del coste de información y del de protección del derecho adquirido.

(+) inversión de capitales (crédito inmobiliario)

(+) seguridad del derecho = (+) crédito

(+) protección o mejor protección del crédito = (-) tipo de interés, (+) plazo para la devolución del capital, (+) ciudadanos pueden acceder a la propiedad.

Para que haya (+) rapidez:

• Información inmediata (disponible, nuevas tecnologías), reduce los costes de información.

• Protección inmediata (publicidad del derecho, reduce los costes de transacción y protección: nuevas tecnologías).

Medios: Si utilizamos un medio

• Judicial: información no disponible, (+) coste, (+) plazo para su obtención.

• Extrajudicial: información disponible, protección inmediata. Ámbito: frente al vendedor, frente al acreedor del vendedor, frente a cualesquiera personas, físicas o jurídicas, que reclamen la propiedad u otro derecho sobre el inmueble.

• Medio extrajudicial *ad hoc*: fe pública (ejercicio profesional de una función pública).[4]

(4) En España, se denominan profesionales oficiales (notarios y registradores) o profesionales que ejercen una función pública (por ejemplo, en la Ley Hipoteca-

– *Fe pública extrajudicial*

• *Fe pública notarial:* autenticidad del contrato de transmisión y entrega ficticia o instrumental del inmueble (además de otros elementos de su intervención, como el asesoramiento jurídico, la redacción del contrato o el juicio de capacidad de los contratantes).

• *Fe pública registral:* certeza del derecho objeto de transacción –(-) coste de información–, protección inmediata del derecho adquirido –(-) coste de transacción– y la protección permanente.

La fe pública extrajudicial elimina el coste de transacción jurídico (coste necesario para obtener determinados efectos o garantías, que se volatiza o desaparece con la propia transacción. Por ejemplo: investigación de la propiedad, impuestos, intermediarios...) y los convierte en un *coste con valor añadido* (mejora el derecho del adquirente), pues supone la protección permanente del derecho adquirido, que queda dotado de dos acciones judiciales: ofensiva –para su reconocimiento– y defensiva –frente a una intromisión–.

[Doctrina del título y del modo público: título (acuerdo de voluntades de transferir la propiedad) y modo (acuerdo real de entrega de la posesión del bien) público (protección frente al vendedor y frente a cualquier otro tercero que alegue un derecho sobre el inmueble, una vez transmitido éste). Derecho histórico, publicidad: D. romano, *in iure cessio* –pleito fingido contra el vendedor–, D. común, agnición de buena fe –pleito fingido–, D. germánico, la publicidad a concejo abierto, D. castellano –Fuero Viejo de Castilla–, la venta a pie de heredad –no en lugar cerrado, ni de noche–, y los cartularios monacales, becerros de capellanías, registros reales, eclesiásticos, con fe pública...]

(+) transacciones, (-) coste de información, (-) coste de transacción, (-) coste de protección del derecho adquirido, (+) rapidez, (+) seguridad jurídica (protección de que el inmueble es del comprador, no de la posible indemnización que, a cargo del vendedor, declare un juez, mediante pleito, y con la amenaza de insolvencia sobrevenida, que impide la garantía de la subsistencia del derecho de crédito asegurado realmente por el derecho real de hipoteca, convirtiéndolo en crédito personal o casi personal).

– *Fe pública registral:* protección del derecho frente a todos (*erga omnes*) = titularidad inatacable.

Requisitos:

• Validez del contrato (calificación jurídica: sólo atribuye la ley esta función a quien examina la validez jurídica de un documento ajeno, es decir, redactado y firmado o autorizado por un tercero; no es una autoevaluación de actuar conforme a Derecho, que en todo caso se supone al jurista –o no-jurista– redactor o a las partes).

ria), tal y como los define la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre comercio electrónico.

• Información previa de la titularidad dominical y cargas del inmueble (información disponible, inmediata: calificación del Archivo).

• Verificación de que el vendedor es propietario registral del inmueble (calificación).

• Vinculación de los jueces al contenido de los asientos registrales (calificación de la validez y de su adecuación al contenido que el asiento publica).

Presupuesto: calificación jurídica de la validez y eficacia del contrato, susceptible de transmitir el derecho documentado, y del derecho del vendedor, con base en el contenido de los asientos registrales y fe pública de lo actuado o decidido, bajo su responsabilidad directa.

Instrumento: Registrador de la Propiedad.

• Inscripción de las transacciones (dominio y cargas).

• Publicidad de los derechos inscritos (calificación bajo su responsabilidad de los asientos, información inmediata y previa a la transmisión).

[Número de transacciones = riqueza de un Estado]

Función del registrador:

• Seguridad: jurista dotado de fe pública (calificación de la validez y vinculación al Juez).

• Rapidez: sistema de incentivos profesionales. Incorporación de nuevas tecnologías, firma electrónica.

• Independencia: no actuar por la presión del mercado (mercado imperfecto, mercado profesional o empresarial –constructores, bancos– y un mercado privado: cada ciudadano, el consumidor o el adquirente, sólo compra una vivienda durante toda su vida, mercado ocasional; no resulta de mejor calidad el producto profesional de quien más trabaja, ni se elegiría al más preparado y organizado, sino al revés, al que es negligente en el cumplimiento de los requisitos legales, quien no califica –que es su función– obtiene mayores rendimientos);[5] vinculación

(5) "El notariado –y los registradores, con carácter general, asimismo, podemos añadir– tienen una naturaleza híbrida, que se sitúa a medio camino entre los tipos ideales de *organización* (en este caso, la Administración Pública) y de *mercado*. La incomprensión de este carácter híbrido puede conducir a una *aplicación torpe de políticas* cuya inspiración puede provenir tanto de las pautas organizativas que son propias de la Administración como de las que son características del libre mercado" (funcionarización o libre competencia).

"En los últimos años, ha aumentado de forma considerable la aceptación de la competencia y, en general, de las pautas propias del mercado como solución óptima de los problemas económicos. El utillaje intelectual que sirve como respaldo es, a menudo, bastante simple: conocimientos de microeconomía clásica y de diversas experiencias (en general, percibidas como desafortunadas) de la intervención en la actuación libre del mercado. Estos elementos son inadecuados, en cambio, para entender... *problemas*

y protección judicial de los asientos; profesional oficial (información jurídico-registral, publicidad registral, dictámenes...).

• Autofinanciación (garantía de la independencia y fundamento de la responsabilidad profesional). En términos económicos, es un servicio externalizado. Orientación política de un Estado eficiente y actuación empresarial en la organización de sus propios recursos.

• Inamovilidad en el cargo, salvo causas legalmente tipificadas.

• Control de la independencia: profesional y público.

• Responsabilidad: civil (patrimonial), administrativa (inspección), penal (personal).

• Protección del derecho: jurídica, permanente, acción judicial directa, protección judicial del derecho, bajo su responsabilidad. Un sistema abierto a nuevos derechos con eficacia real, según las necesidades de la sociedad (jurista).

que no se refieren a un mercado, sino a una organización, y son también insuficientes para dirigir y reformar estructuras de carácter mixto...

"Sin embargo, de forma recurrente, se piensa desde la Administración en la posibilidad de mejorar su eficiencia (entendida como relación entre los recursos consumidos y los fines logrados) y, en concreto, se juega con la idea de liberalizar sus precios, hoy recogidos en un Arancel cuya aplicación es obligada... La presente nota tiene por objeto alertar contra los riesgos que puede entrañar una reforma de este tipo, debido esencialmente a su carácter fragmentario.

"El sistema... se asienta sobre... una compleja estructura de incentivos... la liberalización trastocaría de forma radical los incentivos... y es, por ello, desaconsejable... no está justificada la pretensión de que la liberalización permitiría mantener la actual estructura organizativa.

"... los precios fijos... –garantizan y aseguran– ... la prestación de... los servicios... a un coste razonable...".

(Prof. Arruñada, Catedrático de Organización de Empresas)

"... la mayoría de los asistentes al Seminario y de los Expertos consultados... preferible que sea el Estado quien fije los honorarios...". Entre ellos, el economista Prof. Arruñada. Algunos expertos económicos admiten cierto grado de flexibilización: "...En este sentido, y en línea argumental similar a la utilizada por el Parlamento Europeo, se considera no sólo indeseable sino inviable la introducción de libertad plena de precios, al desdibujarse con ello el carácter de función pública de la actuación del fedatario, y distorsionante la elección del mismo con base en criterios ajenos a su cualificación profesional. Sin embargo, sí sería posible –para los Notarios– ... un coste mínimo por documento... y una cierta competencia en función de la cuantía. Asimismo, para algunas operaciones podría estimarse un sistema de bandas" (Real Decreto-Ley de 2000).

["Conclusiones. Seminario Fe pública y vida económica." J. J. Toharia, B. Arruñada, C. Paz-Ares. Instituto de Estudios Económicos, 1997].

2. Requisitos generales

2.1 Título inscribible

– Contrato privado, plantea su validez y la efectiva prestación del consentimiento (reconocimiento ulterior: notarial, judicial...).

– Escritura pública (redacción profesional, asesoramiento jurídico, fe pública del hecho del otorgamiento, eficacia "ínter partes", la fecha...).

2.2 Determinación del objeto

– Contratantes (interesados en su delimitación).

– Plano técnico.

– Plano catastral.

2.3 Información previa

– Publicidad registral disponible e inmediata, bajo responsabilidad del Registrador, que califica sus archivos. El Notario la pide o puede pedir antes de autorizar la escritura y la remite al Registrador para su presentación, por medios telemáticos o telecopia.

– Propiedad y cargas. Certeza del derecho objeto del tráfico jurídico.

2.4 Calificación y asesoramiento

– Calificación jurídica de la validez del contrato y de la efectiva constitución o transmisión del derecho.

– Vinculación de los jueces, con base en la calificación, independencia y responsabilidad del Registrador (fe pública extrajudicial).

– Asesoramiento jurídico-registral sobre los medios de subsanación o sobre los medios requeridos para producir el efecto registral que se pretende.

– Dictámenes sobre la situación jurídico-registral de la finca.

2.5 Inscripción

– Sistema de folio real. El Registro, los libros, se llevan por fincas, donde consta todo el historial jurídico de ellas (tracto sucesivo). Sólo se inscribe, si el transmitente está legitimado por el contenido del asiento anterior, previa calificación por el Registrador de su contenido.

2.6 Publicidad registral

– Sistema permanente de protección de los derechos inscritos (eficacia *erga omnes*) y de información sobre la titularidad y cargas de los inmuebles. Publicidad profesional, bajo responsabilidad del Registrador, previa calificación del contenido de los asientos (interés conocido, protección de datos, información sobre los extremos que interesen al solicitante). No es necesario acudir luego a otra persona, profesional del Derecho o no, entidad u organismo para conocer con exactitud y veracidad quién es propietario y qué cargas pesan sobre la finca, cuál es la situación física, catastral o urbanística. Caso contrario, se incrementarían los costes de información, con la elevación de los costes de transacción, sin incorporar valor añadido alguno a la información obtenida.

3. Efectos

3.1 Legalidad

– Titulación pública (judicial, administrativa, notarial).[6]

– Calificación jurídica sobre la validez del contrato y de la naturaleza del derecho transmitido o constituido.

3.2 Oponibilidad

– Lo no inscrito no perjudica a tercero. Lo inscrito se publica frente a todos.

(6) La actuación extrajudicial de Notarios y Registradores se produce en dos esferas distintas, complementarias entre sí, cuando recaen sobre un mismo objeto (derecho inscribible), estableciendo dos niveles de protección distintos y sucesivos o simultáneos, sin solución de continuidad, que facilita la recíproca sinergia de ambas funciones. El valor añadido de ambas se multiplica produciendo una disminución de los costes totales de la transacción.

(En nuestro derecho histórico, cuando el registro era de cargas, los compradores debían investigar la propiedad, pues el registrador sólo les garantizaba la libertad de gravámenes del inmueble, y, como existían cargas ocultas u oponibles judicialmente, requerían al vendedor para que le entregase los títulos físicos de todos los anteriores propietarios –casi desde su integración en el tráfico privado– para afrontar los posibles pleitos que podían producirse. Lógicamente no existía, entonces, un mercado de inmuebles, ni acceso al crédito en condiciones eficientes. Era antes de la Desamortización y del fin de las vinculaciones, antes de la Ley Hipotecaria de 1861).

3.3 Fe pública

– *Legitimación:* El propietario o titular registral es reconocido por tal frente a todos (*erga omnes*) e instrumenta su derecho con la publicidad registral. Derecho protegido por los Tribunales (decaen las acciones dirigida contra anteriores titulares registrales, ejercita la acción real registral frente a quien cuestiona su derecho).

– *Fe pública registral:* El propietario que adquiere del titular registral es mantenido en su adquisición, aunque se resuelva por nulidad u otras causas el derecho del vendedor. Antes de la venta o transmisión, debió ejercitar su derecho el tercero y publicarlo registralmente, para que el comprador lo conociese a tiempo de realizar o no el contrato. El juez queda vinculado por el asiento registral, al ser el encargado de su protección, y la publicidad material opera como una "sentencia" arbitral o extrajudicial anticipada.

3.4 Publicidad

– Protección permanente del derecho inscrito y disponibilidad inmediata de la información registral.

3.5 Protección judicial

– Cualquier actuación judicial se debe entender con el titular registral (derecho constitucional a la tutela judicial efectiva), y su decisión se fundamenta en el contenido del asiento registral, que se presume exacto, válido y completo.

3.6 Permanencia del derecho

– Exclusión de costes ulteriores para asegurar la permanente atribución del derecho inscrito al titular registral. Certeza y veracidad del derecho inscrito.

No se trata de la prima de un seguro, que se paga anualmente.

4. Conclusiones

Rapidez y seguridad jurídica son requisitos mutuamente condicionados. Un sistema muy rápido, pero poco seguro, es ineficiente, pues traduce en costes de transacción el riesgo del comprador o del financiador, que está sujeto a cualquier acción judicial (se adquiere un pleito futuro). Un sistema muy seguro, pero muy lento, encarece las transacciones porque disminuye el flujo de éstas, la consumación del contrato, y establece la necesidad de asumir riesgos en el plazo intermedio. En uno y otro caso el sistema es ineficiente.

Un sistema rápido puede combinarse con la debida seguridad jurídica, disminuyendo los costes de información, de transacción (que se volatilizan cuando esta se consuma) y de protección (que garantizan la permanencia del derecho y su protección *erga omnes*).[7]

En los sistemas inseguros,[8] la rapidez se computa a partir del pago del precio y la entrega del bien, pero es sólo una realidad aparente, pues debe computarse, asimismo, el tiempo que media entre la oferta y la aceptación, que pasa necesariamente por la investigación de la propiedad (actividad privada) y su aseguramiento por un tercero (por si el transmitente no es propietario o existen cargas ocultas o desconocidas).

Un sistema seguro –de seguridad jurídica– debe garantizar el derecho adquirido, protegerlo *erga omnes*, y para ello es necesario la calificación jurídica de la validez del contrato y de la atribución pública del derecho objeto del mismo al transmitente. La actuación profesional pública es un "producto" de valor añadido: incorpora al derecho su realidad física y jurídica, y su protección *erga omnes*; no es, pues, un coste de transacción en sentido económico.

Un sistema eficiente debe, además, ser un sistema abierto a la constitución de nuevos derechos con eficacia real, conforme a las necesidades o requerimientos de los ciudadanos, en una economía expansiva. Es más importante que el sistema sea abierto de que sea obligatorio o constitutivo, pues la verdad formal no sustituye a la realidad jurídica, y crea espacios intermedios de inseguridad o riesgos que se adaptan mal al desarrollo económico y social. Si es voluntario y eficaz, se impone, pues el ciudadano y el mercado marcan el grado de seguridad que quieren obtener.

Sólo un sistema de publicidad de derechos evita la investigación de la propiedad, dota al tráfico jurídico de información veraz, responsable, e inmediata,

(7) En el análisis comparativo de costes publicado por el Instituto de Estudios Económicos ("Fe pública y vida económica", 1997), debido al profesor Arruñada, para un inmueble valorado en diez millones de pesetas o setenta y cinco mil dólares, se evidencia que los costes jurídicos de las transacciones en España son los más bajos (un 0,62%), frente a Estados Unidos (2,12%), Gran Bretaña (1,51% y 3,06%), Francia (1,40%) y Alemania (4,34%).

Entre 1999-2000, los costes registrales han bajado un 30% más y los notariales un 25%, con una posibilidad de descuento del 10% en las escalas ordinarias (en la actualidad, pues, un 0,40%).

La investigación de la propiedad, previa a la adquisición, supone en Estados Unidos un 1,33%, en Inglaterra y Gales un 1,31% y en Escocia un 2,52% (sistemas anglosajones), en Alemania se incluye en el 4% y en Francia en el 1,30%. Sin embargo, en España, con base en la nota simple informativa, se cifra en un 0,005%, y con base en la certificación en un 0,04%. El medio ordinario es la nota y su garantía evidente, pues se contrata sobre ella. Los costes de escrituración pública y de inscripción, con mayor garantía jurídica, son los más reducidos.

(8) Que paradójicamente se basan en un sistema privado de seguros (sistema de riesgos).

previa a la adquisición y posterior a la misma, reduciendo los costes de transacción y manteniendo la propiedad en el adquirente *erga omnes*.

Es el grado superior de seguridad jurídica. Hasta aquí, las escalas de seguridad admiten toda una multiplicidad de matices: desde el archivo[9] o la publicidad de los contratos y su oponibilidad hasta la publicidad de los derechos y su fe pública, partiendo de la inexistencia del Registro y acabando con la inscripción constitutiva del derecho.

En nuestro Derecho histórico, por ejemplo y a título indicativo, la *in iure cessio* mallorquina, la agnición de buena fe en Castilla y León, la publicidad a concejo abierto en los Campos Góticos, los tumbos y cartularios monacales y episcopales –por parroquias–, los becerros de capellanías, los registros reales y de datas, planteó la publicidad libraria con fe pública. En 1528, la necesidad de manifestar las cargas (Registro de Censos, de Sevilla, sede de la Casa de Contratación de Indias). En 1539, el Registro de Censos, a cargo de un registrador dotado de fe pública, que debe manifestar o publicar los derechos inscritos (interés legítimo) e inscribir los derechos constituidos (como el registrador era escribano –de registro o de censos–, resultaba incompatible para el ejercicio de ambas funciones; independencia: dos funciones distintas).[10] La inscripción es constitutiva, lo no inscrito no existe, no produce efectos frente a terceros. Plazo, 6 días desde la celebración del contrato (escritura pública). En 1713, los Oficios de Hipotecas. En 1768, la nueva instrucción. La inscripción del dominio (Audiencia

(9) El mero archivo de los contratos y su publicidad incrementa los costes de transacción, al disminuir la protección jurídica de los derechos reales y aumentar el riesgo, manteniendo la investigación privada de la propiedad. Su tráfico jurídico es Derecho privado y se rige por sus principios –libertad civil–, si la actuación se sujeta al Derecho público (silencio administrativo, acto administrativo...), la inadecuación del tratamiento de la publicidad provoca la existencia de un mero archivo público (se suele denominar archivo o registro administrativo), que no aporta valor añadido a la transacción y todo el sistema reside en la actuación de los jueces (efectos "ínter partes"), careciendo de la protección frente a todos (*erga omnes*) y de información registral adecuada y disponible, propia de los Registros jurídicos, a cargo de un profesional del Derecho en ejercicio –también profesional y bajo su responsabilidad directa– de una función pública (fe pública registral).

(10) V. mi libro *Reales disposiciones sobre Registradores de la Propiedad, siglos XIII-XIX* (Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores, Madrid, 1998), en especial la Real Cédula de 08.08.1590 por la que se nombra Registrador de Ecija a Luis de Berrio, donde se establece el Estatuto Profesional del Registrador. Por otro lado, en 1543 se creó el Registro de San Cristóbal de la Laguna.

En las Partidas, de Alfonso X, el Sabio, se define al registrador como escribano de la Casa del Rey que asienta las cartas en libros que tienen el nombre de "registro" (siglo XIII) [ver "Aportación a la Conferencia Internacional sobre Derechos de Propiedad y Sistemas Registrales", Ministerio de Justicia del Reino de España, Viena, 1998, organizada por el Banco Mundial].

de Cataluña, 1769; en 1816, la Orden de inscripción del dominio y cargas). El problema, la vinculación de los jueces. En la Constitución de 1812, se organiza la justicia, con jueces letrados, y se reducen a tres las instancias (instrucción, audiencia, tribunal supremo). Sin una justicia profesional, no puede funcionar la economía. La lentitud y la multiplicidad de jurisdicciones y excepciones procesales, la competencia de los alcaldes –juez, en árabe–, elegidos anualmente..., complicaban de tal suerte las reclamaciones, que los pleitos eran eternos. Se destaca, también, la necesidad de la existencia de jueces árbitros, a quienes se dedica un apartado.

La liberalización económica, en la época en que se planteaba la Codificación, producida la Desamortización, con la creación de un mercado, se inició con la Ley Hipotecaria en 1861 (nace la inversión, la financiación y la protección inmobiliaria de una forma general y completa), se creó el cuerpo de Registradores, y en 1862, el cuerpo de Notarios. Con un sistema de inscripción voluntaria – libertad civil– y abierto a la configuración de nuevos derechos con eficacia real, se ha llegado a la práctica registración de todos los inmuebles con valor económico (urbanos, solares y viviendas rústicas, con valor patrimonial).

Resultado estadístico: 80% de los españoles son propietarios de su vivienda, 40 billones de pesetas en saldo vivo de créditos con garantía hipotecaria, 1-2 billones anuales en venta a plazo y arrendamiento financiero (*leasing*, *renting*...), 1-2 billones anuales en garantías colaterales que prestan las entidades financieras para obtener dinero metálico en las subastas del Banco Europeo –sustituto de los Bancos Nacionales en la zona euro-... (1 billón de pesetas = 1 millón de millones de pesetas).

Por otro lado, un buen funcionamiento del mercado inmobiliario requiere, además, procedimientos ejecutivos rápidos y eficaces, que también son un elemento disuasorio para el cumplimiento voluntario de los contratos. En España, esa gran reforma se ha abordado con la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que produce un mejoramiento de las garantías y un aumento de la solvencia, en tanto la eficaz ejecución hace que el bien valga lo que vale en el mercado (subastas profesionales) y que aumente la voluntad de pago, ante el riesgo de pérdida inmediata del bien, lo que reduce los tipos de interés, que computan el riesgo de insolvencia o impago, incrementan los plazos, y abren la posibilidad a la financiación del 100% de su valor o precio.[11]

La ecuación del desarrollo (Banco Mundial, Informe para el Desarrollo, 1997) se asienta en la necesidad del establecimiento de una estructura del Estado

(11) El Instituto de Estudios Económicos, por su parte, ha publicado en 1997 una importante monografía sobre "Factores productivos y competitividad en España". Por sólo destacar un aspecto de sus interesantes artículos, se entresacan estas palabras del profesor Cabrillo:

"A menudo se olvidan los efectos que en nuestro sistema productivo puede tener la reforma de leyes aparentemente tan poco 'económicas' como las procesales. Sin em-

eficaz.[12] Los resultados económicos positivos, el crecimiento, dependen del volumen de contratación. Para el desarrollo de la contratación es necesario reducir los costes de transacción. Ello se logra mediante una adecuada estructura de incentivos (incluidos los derechos de propiedad), que incorpore la tecnología más avanzada y en función del comportamiento de los organismos estatales. Y, finalmente, esa estructura de incentivos nace de la estructura institucional del Estado, donde las reglas y normas oficiosas, impuestas por la cultura y la historia de cada pueblo, se deben coordinar plenamente con la normativa oficial, asentada sobre la plena división constitucional de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial). En resumen, el crecimiento –podemos decir– se basa en la confianza en las instituciones y en la eficacia de las normas (certeza de los derechos, protección jurídica –judicial y extrajudicial–, costes de transacción reducidos).

El Informe para el Desarrollo (Banco Mundial, 1997)[13] destaca, por otro lado, los siguientes puntos esenciales:

– División de poderes;

– Independencia del Poder Judicial;

– Eficaz ejecución de sentencias;

– Sentencias previsibles y estabilidad normativa;

– Eficacia de la organización judicial para evitar retrasos excesivos;

– Protección del derecho de propiedad.

La existencia de una serie de normas adecuadas y de una estructura institucional eficaz alienta e impone el cumplimiento voluntario de los contratos, donde

bargo, una modificación, por ejemplo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que cambie las condiciones o características de los juicios ejecutivos puede afectar sustancialmente a gran parte de las operaciones de crédito que se realizan en España.

"Debido a normas defectuosas o a su ineficiente organización, la administración de justicia está imponiendo en nuestro país unos costes muy elevados a las empresas. En este campo la teoría de los costes de transacción puede ayudar tanto a identificar las causas de la mala gestión como a subrayar la relevancia de determinadas instituciones jurídicas tradicionales en el tráfico mercantil. Las reformas legales deben ser aquí especialmente prudentes, ya que unos de los problemas básicos que se platean al legislador son los efectos no buscados de las normas e instituciones jurídicas, que pueden afectar en buena medida a los costes de transacción de las operaciones de mercado, sin que sea posible percibir sus consecuencias negativas –a– corto plazo."

(12) Ni grande, ni pequeño, un Estado eficaz.

(13) V. mi estudio "Justicia y libre mercado en la Unión Europea", Universidad Carlos III, Instituto Universitario de Derecho y Economía (20.05.1998), en *Boletín del Ministerio de Justicia*, junio de 1998, y mi conferencia sobre "Aspectos registrales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" (Las Palmas de Gran Canaria, 16.11.2000).

la intervención represiva de la autoridad judicial restituye de inmediato el ilícito civil producido (el acreedor no computa en el precio exorbitantes riesgos por el impago, y el deudor sabe que la demora o el incumplimiento del contrato le desprovee, de inmediato, de las garantías prestadas).

En el Informe para el desarrollo (En el umbral del siglo XXI), correspondiente a este año 2000, el Banco Mundial pone el ejemplo de Yakarta, donde la propiedad no registrada se deprecia en torno al 50% de su valor de mercado. "En una ciudad en desarrollo, dinámica, los derechos de propiedad no reconocidos oficialmente fomentan los desequilibrios espaciales y obstaculizan la rehabilitación urbana" (p. 147). Es decir, hacen crecer la ciudad incrementando la deficiente urbanización –suburbios en zonas no registradas–. En los países occidentales, por otra parte, la propiedad no inscrita niega el acceso al crédito y el acceso al crédito es el medio de pago habitual –al contado–; el acceso a la vivienda, en suma. En España, el fuerte incremento del desarrollo económico, con notable subida del PIB, la bajada de los tipos de interés y el control de la inflación, han fomentado, de forma notable, la construcción de viviendas, gracias a la existencia de un sistema jurídico de seguridad extrajudicial, ágil y eficiente, que ha contribuido a acelerar la inversión y la puesta a disposición de las nuevas viviendas en el mercado inmobiliario.

La ONU, por su parte, lo expresa en los siguientes términos, en cuanto al sistema extrajudicial de protección del derecho de propiedad:

"Todo buen sistema de registro de bienes inmuebles deberá autofinanciarse. Los gastos de inversión y de funcionamiento del sistema y la prestación de servicios deberán ser íntegramente cubiertos por los honorarios satisfechos por aquellos que usan del servicio...[14] *Los títulos inscritos en el registro inmobiliario representan los activos realizables del país.* Progresivamente, ellos atraen los inversores y contribuyen a instaurar entre todas las empresas y los particulares un clima de confianza que les incita a participar en el desarrollo y en la actividad económica de un país."

En definitiva, por todo ello, no es extraño que, en 1998, la visita al Ministerio de Justicia realizada por la American Bar, la asociación de grandes bufetes de abogados de EE.UU., tuviese un único objetivo: conocer en una sesión de trabajo el sistema registral español y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Torres Simón, vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, ya había hecho público en una conferencia (Colegio Notarial de Madrid, 1995) el problema que planteaba para

(14) "One aim of any functioning land registration system is that it should be self-financing. The continuing investment and running costs of maintaining the land registration system and providing services should be wholly covered by fees paid by those who use those services. This cannot always be realistically achieved in the early years of development of a new system."

[United Nations. Economic Commission for Europe. "Social and Economic Benefits of Good Land Administration", septiembre, 1998.]

la Administración federal de EE.UU. el seguro de título y la multiplicidad de pleitos a que conducía la investigación privada de la propiedad.

La incorporación de las nuevas tecnologías, en España y en la Unión Europea, se lleva a cabo a través del principio de equivalencia funcional entre la firma manuscrita y la firma electrónica avanzada –o segura: claves asimétricas por entidad reconocida–, que supone la encriptación de todo el documento, individualizándolo y dándole existencia física. Es un "auténtico" documento, un documento igual en validez y eficacia a un documento escrito en o sobre papel. Ello supone la creación jurídica de una importante consecuencia: si el documento electrónico está firmado o autorizado por notario o registrador, él es un documento electrónico público; si está firmado por personas, físicas o jurídicas, privadas, carentes, pues, de fe pública, es un documento electrónico privado. No es ni público ni fehaciente; tampoco "auténtico" en sentido registral. La misma regla o principio se aplica a los documentos judiciales y administrativos (documentos electrónicos públicos). Equivalencia general, tanto desde el punto de vista procesal como extrajudicial. Su regulación se contiene en el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre), y en la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado, así lo declara en Resolución a una consulta vinculante (12.11.1999), en relación con la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

La Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre comercio electrónico, prevé la actuación de notarios y registradores en el ámbito de la "sociedad de la información", mediante, podemos concluir, la aplicación del principio de equivalencia funcional a sus normas reguladoras.

2. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO URBANÍSTICO E REGISTRAL

Promoção: IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil.
CAOHURB – Centro de Apoio Operacional
das Promotorias de Justiça da Habitação
e Urbanismo do Ministério Público de São Paulo.
EPM – Escola Paulista da Magistratura de São Paulo.

São Paulo, 29 de fevereiro de 2000

2.1

URBANISMO Y REGISTRO*

RAFAEL ARNAIZ EGUREN

Señores componentes de la Mesa, queridos compañeros registradores de la propiedad y notarios, señoras y señores:

Resulta para mí extraordinariamente satisfactorio poder hablar de urbanismo y registro, que son, por así decir, mis dos carreras, en una ciudad como São Paulo, que es un ejemplo de problemas urbanísticos conocido a nivel mundial, y en un país como Brasil, que ofrece unas posibilidades de estudio verdaderamente ilusionantes para un especialista.

Y dicho esto, puesto que el tiempo es escaso y la materia densa, vamos a entrar directamente en el tema. Para ello comenzaré por exponer una serie de ideas generales en lo que se refiere, según mi punto de vista, a los aspectos más esenciales y más profundos del urbanismo y del registro de la propiedad como institución jurídica, todo ello sobre la base de que el urbanismo y el derecho urbanístico se mueven generalmente dentro del campo de lo que todos conocemos como derecho público, tan contrapuesto a veces en los países de la órbita latina al derecho privado. Así, se produce la paradoja de que los mecanismos propios de este último campo del derecho y especialmente de la publicidad registral, aunque no son desconocidos para los especialistas de derecho público, sí resultan un tanto ajenos para los operadores jurídicos vinculados al proceso de transformación del suelo y, normalmente, esos mismos procesos que normalmente se generan en el campo del derecho público, no son desconocidos indudablemente por los

(*) Texto redactado a partir de la transcripción escrita de la grabación de la exposición oral, por Sérgio Jacomino, Registrador; revista e corrigida pelo autor (N.E.).

privatistas, pero sí se encuentran bastante alejados de la práctica diaria de las disciplinas que manejan.

Por ello, la pregunta más interesante, que puede dar lugar a un cambio de actitud entre unos y otros operadores del derecho, es la de si existe efectivamente una relación íntima entre los procesos de transformación de los usos del suelo y el registro de la propiedad, o, dicho de otra manera, si una institución de derecho privado como la publicidad registral es un elemento básico para la eficacia jurídica del proceso urbanístico.

Pues bien, la contestación a esta pregunta debe ser evidentemente positiva, al menos si se tienen en cuenta las características sociales y económicas de los países de nuestro entorno cultural y las líneas principales de nuestros respectivos ordenamientos jurídicos. Ahora bien, para llegar a esta conclusión es necesario que nos detengamos previamente en una idea que resulta fundamental y que afecta a la unidad de cuenta de los sistemas de folio real, es decir, a la finca como base del propio sistema. En efecto, en lo que se refiere al concepto del objeto del derecho real inmobiliario, es decir, la finca, ya desde la época romana se entiende ésta como un polígono de la superficie terrestre, edificado o no, cuya caracterización como objeto independiente nace de la atribución de su propiedad a una persona o a una comunidad de personas. En tal sentido, al viejo y tradicional *ius civile*, lo que le preocupa es la organización de un sistema de transmisión fiable y conocido que no genere dudas sobre la titularidad dominical o de otros derechos reales menores, lo que afecta directamente a los medios válidos de enajenación, la delimitación exacta de la extensión física de la propia finca.

Ello hace referencia a toda la técnica convencional o contenciosa del deslinde, y a las relaciones entre predios colindantes que se vierten en las distintas figuras de servidumbre. Esta situación, que se mantiene prácticamente hasta el siglo pasado, se altera y condiciona un tanto con la aparición del registro, que instaura un nuevo tipo de finca, la registral, es decir, la realidad objetiva susceptible de matrícula registral, generalmente coincidente con la finca civil o extrarregistral, pero no necesariamente identificable con ésta, puesto que puede darse la circunstancia de que varias fincas registrales pendientes de agrupación formen en realidad una sola finca civil, o viceversa. Incluso puede darse el supuesto de que determinadas situaciones jurídicas, que no constituyen una finca en sentido físico, puedan ser susceptibles de apertura de matrícula, como ocurre en algunos ordenamientos con la figura de la concesión administrativa u otras similares. El problema que suscita este doble concepto de finca se centra en el interés individual, pero también colectivo, en que la descripción registral se ajuste perfectamente a la realidad, para lo cual resulta básica la colaboración de la institución del Catastro.

Ahora bien, en la segunda mitad de este siglo, se ha producido un fenómeno especial que se puede explicar, entre otros procedimientos, en relación con el concepto de "parcela" o "lote". Este término, que sólo utiliza excepcionalmente

el derecho civil y cuyo origen es característicamente catastral, da lugar a un doble concepto jurídico. De una parte, la "parcela" viene a identificarse con la propia finca en sentido civil, y a este criterio responde la tradición francesa o española sobre catastro. De otra, y esto resulta mucho más interesante, el término viene a utilizarse en el texto de los instrumentos legales o de los actos de las administraciones relacionados con la ordenación del territorio en función de una idea distinta que no responde al interés colectivo de determinar con exactitud "cómo es" la unidad fundiaria, sino al criterio público de "cómo debe ser", lo que implica la apertura de procesos de todo tipo, que tratan de alterar la configuración dominical del territorio de acuerdo con el principio básico de que la explotación privada de los inmuebles ha de ajustarse al "fin social de propiedad", o dicho de otra forma, a la doble idea de que los inmuebles son bienes escasos, desde el punto de vista económico, y que su explotación privada debe someterse al prioritario interés colectivo.

En el sentido expuesto, el Plan de Ordenación o Plan Urbanístico, lo que hace en el fondo es determinar como "deben ser" las parcelas, tanto las de posible explotación privada como las destinadas a equipamientos públicos, así como los usos a que pueden o deben ser destinadas y el nivel de intensidad de tales usos. Ahora bien, el Plan de Ordenación tiene, con carácter universal, las características de una norma jurídica o de un acto administrativo de aplicación general, pero debe ir seguido de un proceso de ejecución, más o menos complejo según los casos, que vierta a la realidad física y jurídica las determinaciones del planeamiento. En esta segunda fase, generalmente conocida como de ejecución o de gestión urbanística, es necesaria la implantación del equipo urbano, de la dotación necesaria del núcleo de población, con la calidad suficiente para que el propio núcleo "funcione", en la terminología tan cara a los arquitectos y diseñadores técnicos, y que, a su vez, sea suficiente para atender a los requerimientos, cada vez más exigentes, de nuestras sociedades. Además, es también necesario llevar a efecto todo un proceso jurídico de transformación de las fincas preexistentes a la aprobación del Plan de Ordenación, para adaptar dichas fincas y el régimen de sus titularidades a la *desiderata* planteada por el propio Plan de Ordenación.

Hay que advertir, como idea previa a lo que luego expondremos, que este proceso de transformación de la realidad física y jurídica es proporcionalmente más complejo y difícil, en función del grado de transformación que pretenda el plan. Por poner un ejemplo, en el propio Brasil, tenemos una situación concreta, la de su capital, Brasilia, en la que se planifica con todo detalle, se obtiene el suelo por iniciativa pública, se dota al futuro núcleo de una infraestructura que constituye ejemplo en el mundo entero y, por fin, se concluye con la obra de edificación propiamente dicha. Se trata de un proceso de iniciativa pública que se desarrolla en una actuación sumamente compleja en la que la transformación de los usos del suelo, tanto desde el punto de vista físico como jurídico, es absoluta. Sin embargo, a partir de ese momento, el crecimiento de Brasilia, mejor dicho, la calidad del resultado de ese crecimiento se descompasa respecto del núcleo inicial, y probablemente la razón ha de buscarse en un menor grado de intervención de la

iniciativa pública, de tal forma que la calidad de la nueva ciudad se asemeja a la del resto del país.

En el sentido expuesto, no cabe duda de que la intervención de la iniciativa privada en el proceso de transformación de los usos del suelo tiende a mantener el esquema fundiario anterior, de tal forma que sólo con procedimientos legales complejos puede compelerse al propietario o al conjunto de propietarios a dotar suficientemente al núcleo futuro del equipamiento necesario y a transformar sus antiguas fincas en nuevas parcelas con dimensiones y forma adecuadas para su explotación urbanística idónea.

Pues bien, podría adelantarse que, si estas tres fases del proceso, es decir, planificación, gestión o ejecución y edificación, dan lugar a una transformación del objeto inmobiliario, a la aparición de un nuevo titular, es decir, la administración, y a fórmulas de garantía real que aseguren la creación suficiente del equipo urbano y que, además, permitan con facilidad la financiación hipotecaria del propio proceso, es indudable que las actuaciones urbanísticas están afectando directamente el contenido esencial del registro de la propiedad, en cuanto inciden en el objeto inmobiliario, en el sujeto del derecho de propiedad o de otros derechos reales menores y en la creación de nuevas garantías inmobiliarias. Dicho de otra forma, la transformación del suelo incide directamente sobre el conjunto de relaciones jurídicas inscritas y sobre su objeto.

En esta fase de la conferencia conviene hacer un paréntesis referido al contenido del derecho inscrito. En términos civiles clásicos, la estructura del derecho subjetivo en general, y naturalmente la del derecho de propiedad inmobiliaria, se diversifica en tres elementos distintos. Por una parte, el sujeto, es decir, la persona a la que la norma atribuye el ejercicio del contenido de la relación jurídica. Por otra, el objeto, que en la formulación tradicional del concepto de los derechos reales se centra en la cosa, y en el terreno que tratamos el bien inmueble. Por último, el contenido, o dicho de otra forma, el conjunto de facultades que puede ejercitar el sujeto. Pues bien, con relación a este último elemento, es decir, el contenido, cabe distinguir en los últimos tiempos una doble versión, según que en dicho contenido se haga referencia a "quien puede" y "a que se puede". Parece a primera vista que se vuelve a repetir la diferenciación entre sujeto y contenido a que hacíamos referencia antes, pero la realidad no es esta.

En efecto, la diferenciación de facultades se suele explicar, y así se ha hecho durante siglos, en función de las posibilidades de ejercicio de poder sobre la cosa, pero en realidad, en el derecho civil clásico, tal diferenciación es eminentemente subjetiva, de tal forma que es posible definir un derecho real como independiente del dominio en tanto en cuanto exista un titular distinto del dominical, a quien se atribuye esa facultad o derecho específico. En tal sentido, el usufructo, por poner un ejemplo, es el mismo con independencia de que la finca o inmueble sobre el que recae tenga un aprovechamiento urbanístico muy favorable para las expectativas de edificación y, por tanto, de valoración económica de la finca, u otro. En definitiva, aunque en la definición de los derechos reales se hable de posibilidades

de ejercicio de determinadas situaciones de poder, lo que determina el nacimiento y subsistencia del derecho es su titularidad independiente, o dicho de otra forma, "quién puede", con independencia de "qué se puede". En cambio, cuando hablamos de urbanismo, o de cualquier otra modalidad de ordenación del territorio, lo trascendental no es la titularidad de la tierra, sino su posibilidad de explotación, el "qué se puede", independientemente de "quién puede". En definitiva, lo que importa es la delimitación legal de la propiedad de acuerdo con su función social. Pues bien, lo que interesa y ha interesado desde siempre al Registro es el primero de los aspectos que se han citado, es decir, el de la titularidad, tanto considerada en si misma, como en cuánto refleja, por razón de su propia independización, un determinado contenido del derecho.

Pues bien, si volvemos al hilo del discurso, resulta que el proceso urbanístico supone desde el punto de vista jurídico, por una parte, un conjunto de actos de trámite administrativo más o menos complejo y una suma de decisiones públicas, cuya competencia se discute a veces, según se atribuya al ámbito de los gobiernos centrales en los sistemas federales, de las autonomías en los sistemas autonómicos o de los municipios, tema siempre complicado. Por otra, ese conjunto de decisiones públicas afecta a una serie de aspectos que se sitúan con toda claridad en el ámbito del derecho privado. Como decíamos antes de forma más sucinta, afecta, en primer lugar, a la titularidad inmobiliaria, en la medida en que del proceso de transformación surgirá inevitablemente un nuevo titular, la propia administración, que necesariamente adquirirá una parte de los terrenos objeto del proceso, ya sea con destino a equipamiento primario, como viales o zonas de protección de los mismos, espacios verdes, o a otros destinos, que no forman parte de las superficies de uso público, pero sí del equipamiento básico, como hospitales, iglesias, o, en general, todo el equipo urbanístico indispensable para el funcionamiento del núcleo de población. En segundo término, el proceso afectará al propio objeto de la relación jurídica inmobiliaria, puesto que las fincas, los predios o fundos se modifican necesariamente, tanto más cuanto más ambiciosas sean las determinaciones del Plan de Ordenación. Realmente puede decirse hoy día que el parecido físico de los terrenos antes y después de realizarse el proceso de transformación urbanística no existe. Las fincas cambian de tamaño, se relotean, se reparcelan, se crean nuevos objetos de derecho con destino a usos antes inexistentes etc. Por último, al menos en algunos países, la decisión pública de transformación del suelo afecta al propio contenido de la relación dominical, y no solo en sus aspectos económicos o de posibilidad de explotación, en los términos que antes veíamos, sino de su propio contenido en el sentido jurídico privado. Así ocurre cuando la propia administración se convierte en titular de un derecho específico de realización de valor, de carácter hipotecario, al afectarse la finca resultante del proceso, con eficacia frente a terceros, al pago de los gastos de urbanización y los demás que surjan de la transformación de usos. Se ha hecho alusión a un derecho de naturaleza hipotecaria porque tal afección suele responder a las características de los derechos de realización de valor, que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, pueden dar lugar al ejercicio del *ius*

distrahendi, criterio que se sigue, por ejemplo, en España y parcialmente en Suiza y Francia.

Pues bien, si nos fijamos en que lo modificado por el proceso urbanístico es la titularidad precedente, porque surge una nueva, el objeto del derecho, en la medida en que el mapa fundiario anterior va a ser sustituido por fincas identificadas con las "parcelas", concebidas como *desiderata* del planeamiento, es decir, como uno de sus estándares o determinaciones, de tal forma que la finca sea lo que la administración quiere y no lo que es antes del actuar público; y, además, en que cabe la posibilidad de modificar el propio contenido del derecho de propiedad, sujetándolo a un nuevo derecho real limitativo, del tipo de los de realización de valor, entonces, ¿a qué está afectando directamente el urbanismo y el proceso de transformación del suelo? Si se plantea la cuestión en otros términos, ¿cuál es el mecanismo jurídico que puede sustentar la eficacia del propio proceso de transformación? Evidentemente, si se está tocando la titularidad, el objeto del derecho real inmobiliario y el contenido jurídico de ese mismo derecho, lo que estamos afectando es la propia esencia del registro inmobiliario. Resulta por tanto inevitable, además de muy conveniente, que el propio registro se convierta en elemento de apoyo de todo el proceso. En este sentido, si existe un registro desarrollado técnicamente y una actividad urbanística ambiciosa, situación a la que llegarán inevitablemente todos los países, especialmente en el campo del urbanismo, pues en materia registral la evolución es mucho más pausada, el olvido de las posibilidades de garantía que puede proporcionar el sistema de publicidad inmobiliaria constituye un desperdicio de energías; y hoy día no se perdonan esos errores, si se quiere que un país determinado se sitúe en la cabeza.

Aclaremos un tanto lo dicho. Desde el punto de vista de la gestión urbanística, especialmente en el ámbito de la creación o instalación del equipamiento, cabe adoptar diferentes criterios, según cuál sea el tipo de organización administrativa de cada país y según de qué medios disponga tal administración. En este sentido hay que distinguir aquellos sistemas en los que la administración se convierte en protagonista absoluto de la implantación del equipo urbanístico y en definitiva de la transformación del suelo, de aquellos otros en los que el proceso se produce mediante una colaboración institucionalizada de las administraciones con la iniciativa particular. En el primer caso, cabe a su vez distinguir entre aquellos supuestos en los que la organización política impide la propiedad privada o la limita a la vivienda o al pequeño comercio, como ha ocurrido en los llamados países del socialismo real, cuyo producto urbanístico es en general de muy baja calidad, y aquellos otros en los que en el propio actuar administrativo se vuelca la capacidad económica del propio país. Dicho de una forma coloquial, en algo se tiene que notar que los Estados Unidos, Suiza o Alemania, por poner tres ejemplos, gozan de un producto interior bruto repartible muy superior al existente en cualquiera de los países de la órbita latina, e incluyo en este ámbito a toda la América del Sur.

La administración norteamericana puede expropiar sin ninguna dificultad, de tal forma que la expropiación suponga simplemente una compra obligada y no

un supuesto de expropiación confiscación. Se paga el verdadero precio de los terrenos en los que se quiere actuar, de tal forma que primero se urbaniza y después se devuelve el suelo urbanizado a la iniciativa privada para que lleve a cabo el proceso de edificación. Naturalmente, este proceso, seguido con frecuencia en Alemania o en Estado Unidos, se facilita mucho en este último país, puesto que la morfología de sus propios núcleos de población es mucho más sencilla que la europea, como ocurre en general en toda América.

Ahora bien, en los países que antes situábamos en la órbita latina, con Administraciones Públicas muchas veces infradotadas, el urbanismo no puede desarrollarse íntegramente a través de la iniciativa pública salvo cuando se trate de salvar determinadas situaciones de necesidad coyuntural o puntual, como la sustitución de núcleos muy deteriorados del tipo de la "favela" o para cuidar de capas de población muy desfavorecidas desde el punto de vista económico. Sin embargo, el resto de la actuación urbanística descansa en el mercado libre, en primer lugar por la razón aludida de la escasa capacidad económica de los entes públicos, pero también porque la actitud de la propia administración no responde a la conveniencia de intervenir y dirigir exclusivamente el proceso. Por ello, cuando se dan estas circunstancias, características de los países del sur de Europa y de una serie de naciones latinoamericanas, el fenómeno que se produce es el de la necesidad inevitable de montar un sistema de colaboración entre la iniciativa pública y la privada. Si ese sistema de equilibrio de intereses entre lo público y lo privado o la norma en que se apoya no se organizan en la forma debida, se producirá un doble fenómeno. O bien la administración se ve impotente para controlar el proceso, o bien desarrolla actuaciones exageradas e injustas, dejando el resto de la actividad en manos exclusivamente de la iniciativa privada; y esta, como es lógico, a lo que tiende es a ganar dinero.

Esta idea no quiere decir que en todo caso la iniciativa privada descontrolada sea incapaz de crear núcleos de población de excelente calidad, pero ello no será debido a una previa idea política sobre la conveniencia de que la población alcance un alto nivel de satisfacción de los ciudadanos, sino a que la propia calidad urbanística del producto puede originar una mejor venta del mismo. En este sentido, puedo citar como ejemplo de mi país. En los años sesenta existían en España más de diez mil núcleos urbanos y legales o alegales, es decir, generados en contra de la norma urbanística o con absoluto olvido de la misma, fundamentalmente como consecuencia de la presión turística que se había generado en la década anterior. Pues bien, en algunos de esos núcleos, su calidad era tal que podría considerarse como ejemplar, y en este sentido, yo conocí personalmente una urbanización, núcleo de segunda residencia o "country club" situado en el Pirineo, en la localidad de Puigcerdá, destinado a la práctica del golf y que podía afirmarse que se encontraba entre los mejores de España. Hoy, naturalmente está absolutamente legalizado, pero en la época de su creación, aunque permanecía alejado de la norma urbanística vigente, se vendió a precios millonarios, puesto que, por razones comerciales, el promotor había llevado a cabo una actuación ejemplar en función de la morfología de edificación de los usos y del mantenimiento

del entorno paisajístico. Sin embargo, este ejemplo y algunos otros son meras excepciones al criterio general de que la ilegalidad generalmente provoca una falta de calidad, cuyo nivel resulta muchas veces contradictorio con el lucro inmediato; tendencia humana, lógica y explicable. No hay porqué rasgarse las vestiduras.

Si ahora contemplamos estos dos aspectos o formas de contemplar el proceso urbanístico en función de la intervención unilateral de intervención o de su actuación concorde con la iniciativa privada, podemos afirmar que en el segundo supuesto es necesario que se pongan en juego todas las posibilidades de solución jurídica de los problemas que se planteen y entre estas posibilidades se encuentra indudablemente el régimen de la publicidad registral, o dicho de otra forma, la institución del registro inmobiliario. Se trata de afirmar de entrada que el mecanismo jurídico privado del registro colabora en la eficacia del propio proceso de transformación de suelo en dos aspectos distintos. En cuanto al primero, ya hemos aludido antes al mismo al tratar de las modificaciones que en la relación jurídica inscrita introduce el propio proceso de transformación urbanística, y en este ámbito podríamos decir que la utilización de la técnica registral resulta inevitable. Sin embargo, lo mas importante es determinar si, además de inevitable, es conveniente.

Para ello hay que tener en cuenta que el proceso urbanístico no solo debe contemplarse desde el punto de vista de su resultado jurídico privado, es decir, el nacimiento de nuevas titularidades o la modificación de las fincas preexistentes. Además, hay que tener en cuenta una idea básica. La construcción de unidades urbanas y de su propio equipamiento se somete en régimen de mayor exigencia en tanto en cuanto sea mayor la ambición del propio plan y en tanto en cuanto esa exigencia nazca directamente del propio grupo social, hasta el punto de que por debajo de una determinada calidad de edificación o de urbanización el producto urbano no puede acceder al mercado. En este sentido, podríamos poner el ejemplo de que un automóvil magnífico para el nivel de exigencia de 1960 hoy seria una máquina anticuada, lenta y de imposible venta. Lo mismo pasa con la vivienda y con el resto de las unidades urbanas. Pues bien, si se pretende una alta calidad de la edificación de la urbanización, la transformación del suelo y la realización del producto urbano exige dinero y, cuando se trata de la actuación de la iniciativa privada, esa financiación económica puede surgir, o bien del préstamo personal con intereses altos, o bien de la financiación pública, muchas veces imposible, o bien del régimen de hipotecas. En efecto, si la hipoteca es barata, por razón de la garantía que genera para el acreedor, y desde el punto de vista jurídico funciona con facilidad, el proceso urbanístico mejora extraordinariamente porque el dinero fluye a ese campo de transformación con posibilidades evidentes de recuperación del capital y de creación de todo un negocio financiero distinto del urbanismo, pero que se apoya directamente en él. Así, el Registro de la Propiedad recupera la virtualidad que tuvo como herramienta jurídica en el siglo XIX, en cuanto responde a la necesidad de dotar a la nación de un procedimiento de garantía de las obligaciones pecuniarias que no esté sometido a régimen de privilegios o a un

defectuoso funcionamiento del principio de prioridad. Lo que ocurre es que este sistema de hipotecas no funciona ya para la satisfacción de intereses particulares de la explotación agraria, sino para poner el propio Registro al servicio de una contratación masiva que cubra las necesidades del proceso de gestión en el nacimiento del núcleo de población.

Así resulta que las nuevas titularidades o las nuevas fincas resultantes del proceso urbanístico, si no llegan al registro, no llegan tampoco en debidas condiciones al mercado, en la medida en que este exige un conocimiento de la titularidad previa que facilite la hipoteca y un sistema de publicidad registral que garantice con seguridad el cobro de lo prestado. Evidentemente esta no es una regla general aplicable en todos los casos, puesto que determinadas sociedades pueden llegar a un procedimiento de protección de la titularidad y de basamento jurídico del régimen de las hipotecas distinto de la técnica registral, y cuya apoyatura no sea esencialmente jurídica, sino económica. Pasa lo mismo con otras instituciones. Por citar un ejemplo, no cabe duda de que la edificación en altura se favorece mucho con una buena norma sobre propiedad horizontal o condominio indivisible que organice el régimen del edificio y, en este sentido, prácticamente la totalidad de los ordenamientos tienden a la creación de normas dirigidas a este fin. Pero esto no es una verdad absoluta. Puedo contar la anécdota de que en el centro de Manhattan, hace ya muchos años, un compañero mío también registrador de la propiedad me llegó a decir, paseando por la calle 42: "Convéncete, Rafael. Sin una ley de propiedad horizontal, que no reúna las condiciones adecuadas, no se puede construir en altura", y yo le contesté: "Hombre, que me lo digas en cualquier otro sitio puedo admitirlo. Pero en Nueva York, en donde estamos rodeados de rascacielos por todas partes y no hay ley de propiedad horizontal, existen razones para poner en duda tu afirmación". ¿Qué ocurre? Pues que en Estados Unidos, cuya capacidad económica muy superior a cualquiera de las nuestras, en un país de una extremada seriedad en el cumplimiento de las obligaciones y donde las compañías de seguros funcionan, aunque no exista registro ni publicidad registral con eficacia jurídica, el sistema no da malos resultados, aunque el costo de las operaciones de transacción o incluso de organización jurídica de las organizaciones alcance hasta un 6% del valor del propio inmueble. Es seguro que este costo lo pueden pagar los estadounidenses y, a lo mejor, podrían pagarlo los españoles, los brasileños o los portugueses. Pero en otros países es imposible; incluso en los citados siempre resulta mas barato suplir la garantía económica por mecanismos jurídicos que regulen la confluencia de intereses del mercado inmobiliario y surtan al tráfico jurídico de soluciones de derecho preventivo que eviten contiendas judiciales.

Por tanto, la inevitabilidad de la utilización de la técnica registral en materia urbanística se origina porque todo el proceso de transformación de fincas y de los derechos reales inmobiliarios ha de culminar necesariamente en el acceso al Registro de esa realidad nueva que surge de la actuación urbanística, con el fin no solo de garantizar las nuevas titularidades, sino también de facilitar la realización adecuada del propio proceso. Ahora bien, esta situación de

inevitabilidad da otra idea, que ya apuntábamos antes. Si la inscripción registral es inevitable, ¿por qué no procuramos que además sea conveniente en aquello en que el registro pueda ayudar al proceso de transformación urbanística? En este punto creo que con la siguiente exposición de ideas que reflejan básicamente el sistemas español, que es el que mejor conozco, pero que también pueden traducirse a ideas generales, cabe estructurar los aspectos que ahora se van a contemplar en función de un criterio concreto. Responde este criterio a la delimitación de los actos que implica el proceso de transformación del suelo, es decir, el Plan de Ordenación, los sistemas de gestión y las posibilidades de edificación en los que el registro pueda ayudar, no solo al conocimiento general, sino también a la eficacia jurídica del propio acto administrativo. Pero, además, a toda esa actuación administrativa que antes hemos especificado hay que añadir una idea nueva, y es la de que tanto la administración como los administrados tienen que someterse a un régimen de licitud o de legalidad urbanística. La persecución del ilícito, si este se produce, depende del criterio político de la propia administración, pero, al menos en un esquema utópico, lo natural es que se persiga siempre el ilícito y se repongan los bienes a la situación de licitud que tenían antes de generarse la ilegalidad perseguida.

La cuestión consiste en delimitar qué juego tiene el registro en cada una de estas distintas fases de transformación, complementadas con la necesidad de mantenimiento del régimen de legalidad urbanística. Para ello conviene distinguir aquellos actos administrativos que pueden y deben inscribirse directamente en el registro, de aquellos otros que tienen la naturaleza de actos o negocios civiles que normalmente se inscriben en el registro, por ejemplo, una segregación, pero a los que es conveniente añadirles determinados requisitos para que, además de válidos desde el punto de vista civil, sean lícitos desde el punto de vista urbanístico; y, por último, en qué ámbito registral puede situarse la colaboración con el mantenimiento del sistema de legalidad.

Dentro del primer grupo de actos urbanísticos puros, a efectos de su inscripción o matricula registral, parece conveniente excluir de entrada los de planeamiento. La primera idea que se nos ocurre, o se nos ha ocurrido a todos, incluido el que os habla cuando era joven, es la siguiente: si tenemos un sistema de planeamiento que señala con qué criterio deben modificarse las fincas actuales y disponemos de un folio, una ficha, un libro registral que publica la titularidad y las demás circunstancias jurídicas a que se someten los derechos que recaen sobre la finca, parece obvio que en esa misma institución se haga constar la existencia de las previsiones de la administración sobre la propia finca y su sujeción a un proceso concreto de transformación. Este sistema se ha puesto en práctica únicamente en México, DF, y con un resultado insatisfactorio. El problema es por qué no ha dado resultado en la ciudad citada y por qué se ha prescindido del sistema en el resto de los ordenamiento jurídicos. A mi juicio existen dos razones de carácter técnico. La primera es la de que el plan, en principio, no debe tener en cuenta como razón de ser de sus determinaciones la titularidad anterior. El plan debe considerar el suelo en función

de su capacidad de acogida de usos urbanos, sea cual sea el dueño o dueños de las fincas que integran el propio sector ordenado, con independencia de que, a efectos de gestión, sí se considere el régimen de titularidades anteriores. En segundo término, porque el plan no contempla la finca como unidad de cuenta y, además, no la vincula por razón de un sistema de publicidad, sino de un procedimiento de publicación, como ocurre con las normas jurídicas, de forma que obliga a todos sin que nadie pueda excusar su cumplimiento como consecuencia de la ignorancia de sus previsiones. En este sentido podría decirse que el plan tiene el carácter de norma jurídica, no de acto sometido a formalidades publicitarias características de los actos administrativos concretos o de los negocios jurídicos civiles.

La situación es completamente distinta en lo que se refiere a la gestión urbanística, o segunda fase del proceso, en los términos que antes relacionábamos. En efecto, como antes señalábamos, en la medida en que el proceso de gestión afecta a elementos característicos del registro, la inscripción está sujeta al régimen de inevitabilidad a que antes se hacía referencia. Ahora bien, la delimitación de los actos que han de llevarse al registro varia según cuál sea la organización de la gestión urbanística en cada ordenamiento nacional, aunque evidentemente existen ideas generales extrapolables a todos los países. Por ejemplo, los actos de expropiación forzosa, es decir, de adquisición por parte de la administración de los terrenos sobre los que se lleva a cabo la ejecución, con la finalidad de devolverlos al mercado una vez urbanizados, tienen que llegar necesariamente al registro. Esta idea nació directamente de la aplicación de la expropiación al ámbito urbanístico, puesto que fuera de este propio ámbito, lo normal es que el destino de los bienes expropiados haya sido el de la realización de grandes obras públicas de dominio y uso público, como una carretera o un embalse, en los que normalmente es innecesaria la publicidad registral, puesto que la publicidad posesoria que nace del uso general es muy superior a la que proporciona el propio registro. Hasta tal extremo ello es así, que en determinados países, como ocurre en Suiza, todavía están excluidos de inscripción los actos expropiatorios. Si se sigue este criterio negativo, la posterior enajenación de bienes por parte de la administración expropiante, sin una base registral previa, dificulta evidentemente la hipoteca con las consecuencias que antes teníamos en cuenta.

Además de la expropiación forzosa, será necesario llevar hasta el registro y provocar la inscripción o matrícula de todos los actos que integran el conjunto de procesos que impliquen loteamientos o parcelaciones de suelo. Esta exigencia será mayor en la medida en que tales parcelaciones supongan la necesidad de ceder a la administración dos tipos de terrenos diferentes. Por una parte, de suelo de equipamiento primario. Por otra, con una solución que ya se utiliza en muchos países, de suelo lucrativo, sobre la base de que la administración no solamente tiene derecho a que se lo ceda el suelo necesario para las calles, viales, jardines, u otras dotaciones de este tipo, o para elementos de equipamiento público, sino que además se plantea la exigencia de que el dueño de los terrenos antecedentes ceda la proporción de suelo de resultado necesario para que pueda materializarse una

parte del aprovechamiento. De esta forma, la administración se convierte en socio de la iniciativa privada con suelo edificable de titularidad pública que luego se utilizará en la construcción de unidades urbanas de tipo social o en la intervención en el mercado del suelo con la finalidad de abaratarlo.

En tercer término, será necesario llevar también al registro otros actos aislados, como las cesiones a favor de la administración o los convenios urbanísticos entre la administración y los particulares, que supongan también transformaciones del suelo u otros que no obedezcan a un sistema previo de organización. Evidentemente, tales actos llegan inevitablemente a ser inscritos en el registro, bien por mecanismos directos o indirectos. Pues bien, cuanto más deprisa se inscriba y con cuanta mayor rapidez responda la legislación a estas necesidades, mejor será para el nivel de eficiencia del propio registro, mejor será para el proceso de urbanización del suelo y, en definitiva, yo diría que mejor será para el país, en la medida que ese proceso de urbanización es un elemento básico de desarrollo, lo mismo que un buen sistema de seguridad jurídica. En tal sentido, el trabajo conjunto de las instituciones jurídicas implica un beneficio extraordinario para la economía de la nación en general. No digamos en el caso de que existan grandes migraciones turísticas en las que el extranjero que invierte se encuentre con un proceso urbanístico bien acabado y bien defendido desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Ello anima extraordinariamente la propia inversión extranjera, fenómeno que ha podido observase en España con toda claridad, en la medida en que el sistema registral, decimonónico pero muy adaptable, ha dado lugar a un aumento exponencial de la inversión extranjera. También desde el punto de vista contrario puede citarse el caso de otros países, como los del norte de África, en los que la carencia de este tipo de soluciones jurídicas, unida evidentemente a otras circunstancias, origina que no se produzca una inversión de carácter tan rápido.

Por tanto, las exigencias normativas pueden ser muy variables y obedecen a un abanico muy amplio, de tal forma que, a medida que ese abanico se extiende, la necesidad y la conveniencia de la publicidad registral es cada vez mayor. Sin embargo, llegados a este punto, hay que tener en cuenta que el registro de la propiedad nació como una necesidad pública de establecimiento de un sistema de control y de seguridad del tráfico privado. Por ello, se incardina bien dentro del ámbito del derecho y de la iniciativa privada y es evidente que así es como mejor funciona. Probablemente si se funcionarizara plenamente en vez de gestionarse por un sistema de administración franquiciada, perdería eficiencia. A esta idea hay que añadir otra, también fundamental. El hecho de que la administración franquiciada del registro resulte ser la más eficiente no puede hacer olvidar que nos encontramos ante una institución pública cuya organización y control debe atribuirse al Estado o a las organizaciones territoriales de cada país, bien sean federalistas o autonómicos.

Situados en ese terreno, hay tener en cuenta, además, que el régimen de la publicidad registral, pensado originariamente para que los particulares puedan utilizar un procedimiento que permite la creación de presunciones jurídicas que

eviten la contienda judicial sobre la titularidad adquirida y, además, disminuyan los costos de información sobre el derecho que se pretende adquirir, puede ser utilizado negativa o positivamente por la propia administración. Negativamente con relación a aquellos actos civiles que normalmente accederían al registro sin problemas, pero cuyo contenido puede afectar directamente al desarrollo adecuado del núcleo urbano, como ocurre fundamentalmente con los actos de edificación y de parcelación. En ambos casos, la actuación pura de la iniciativa privada respaldada por la publicidad registral puede dar lugar a una apariencia de legalidad que resulte contradictoria con el régimen de licitud del propio proceso de urbanización y de edificación. En tal sentido, lo lógico es que tales actos, civilmente válidos, deban reunir determinados requisitos de legalidad urbanística para acceder al registro, de forma que la carencia de estos requisitos impida la inscripción y, por tanto, se produzca una plena coordinación entre la licitud o legalidad urbanística y la protección registral de los derechos implicados en el proceso. En definitiva, se trata de un tema complejo, en el que el registro puede servir como elemento de control auxiliar de la labor de policía de la propia administración.

En otro orden de ideas, y desde el punto de vista positivo, existe la posibilidad de utilización del registro y la publicidad registral como herramienta para prevenir la ruptura de la legalidad urbanística o para restaurar la legalidad urbanística infringida. En afecto, en todos los ordenamientos registrales, con unos nombres o con otros, puesto que la terminología es muy variada, existen asientos especiales en los folios registrales que advierten de situaciones civiles de duda sobre la titularidad dominical o de otros derechos sobre los bienes inmuebles. Puede tratarse de situaciones civiles de sujeción a una obligación o de pretensiones jurídicas de naturaleza judicial, en las que se pone en duda la titularidad registral por alguien que pretende ostentar un mejor derecho que el que resulta del asiento. Normalmente, estas situaciones originan asientos de carácter provisional, que concluyen con el ejercicio del derecho a enajenar la finca por parte del acreedor en el primer supuesto, o con la decisión judicial que ampara la situación registral o la extrarregistral que con ella se confronta, naturalmente en los casos en que esta misma situación registral no aparezca protegida por una presunción inatacable.

Pues bien, esa técnica del asiento provisional, que, como digo, ofrece múltiplas variantes según los sistemas registrales, puede ayudar al mantenimiento y restauración de la legalidad urbanística infringida. Así, cuando se advierte una situación de ilicitud en un inmueble determinado, bien sea una parcela ilegalmente creada o un edificio construido en régimen de ilegalidad, tal situación podría hacerse constar en la propia ficha o en el propio libro donde consta inscrito o inmatriculado el inmueble, de forma que todo aquel que pretenda contratar sobre ese mismo objeto inmobiliario conozca que está sujeto a un proceso administrativo concreto. La pregunta más importante consiste en determinar qué ocurriría si admitida esta posibilidad de publicidad registral de las situaciones de ilicitud y la administración no la utiliza.

Ante esta cuestión es evidente que no puede pretenderse que la situación de ilicitud desaparezca porque no conste en el registro, puesto que supondría una exageración normativa de los efectos de la publicidad registral. Lo que sí parece conveniente, en este caso, es admitir que el registro está produciendo un tipo de efectos diferente del tradicional. En este sentido, del asiento que anuncia la situación de ilicitud, no podría predicarse ningún tipo de presunciones de validez y existencia del derecho o la propia adquisición de este cuando se sigue, como en Brasil, el sistema de inscripción constitutiva, o la inatacabilidad del titular inscrito en determinadas condiciones; o cuando se admite el principio de fe pública registral, como ocurre en España. Lo lógico es entender que en este caso nos encontramos ante un sistema de publicidad noticia pura, es decir, del carácter divulgador del registro cuyo valor equivale al que tenga el propio documento urbanístico que genera el asiento. En España se ha admitido este tipo de publicidad, de forma que podría decirse que el registro actúa como un altavoz de la actuación administrativa. Así, cuando accede a la publicidad registral este tipo de expedientes, no se produce el efecto de que el pronunciamiento tabular prevalezca, nunca frente a la situación jurídica extrarregistral, sino que avisa a quien consulta el contenido de los asientos referidos a la finca de la situación posible de ilicitud. Naturalmente, puesto en marcha el proceso de rectificación de la situación de ilegalidad, es perfectamente posible que la conclusión del expediente administrativo de disciplina urbanística acceda al registro con efectos normales, especialmente en el supuesto de que el expediente concluya con una mutación real concreta, como puede ocurrir cuando impone una cesión de terrenos, la anulación de un proceso de parcelación o el derribo de una edificación.

En todos estos campos del proceso de transformación del suelo los ordenamientos jurídicos pueden plantearse el funcionamiento de la institución registral de forma independiente del fenómeno urbanístico. Resulta más cómodo para los urbanistas, porque no tienen que conocer a fondo la técnica registral, y es muchísimo mas cómodo para los registradores porque su aislamiento les permite vivir en su mundo propio en los que se sienten especialistas, y en el que no tienen necesidad de aprender técnicas nuevas. Se puede funcionar así, pero el problema es otro: ¿este aislamiento técnico es conveniente para el país? En los ordenamientos jurídicos en los que se ha previsto la adaptación entre la técnica registral y la técnica urbanística, los resultados han sido buenos, porque al final de lo que se trata es de gastar dinero con eficiencia y en beneficio común, no tanto el mantenimiento de los conceptos jurídicos tradicionales, si estos no sirven para mejorar el medio social.

Por todo ello vengo diciendo hace muchos años que la colaboración institucional es buena. En mi propio país, en la medida de mis escasas fuerzas y de las de otros que opinan lo mismo, se ha procurado que estos criterios se recojan en la legislación y que vayan surgiendo soluciones que den lugar a la solución de problemas concretos. Este criterio puede no seguirse y ello no supone necesariamente que el país no mejore. Lo que ocurre es que su nivel de desarrollo será lógicamente menor, si bien los profesionales del derecho viviremos con menor tensión y más

cómodos. Sin embargo, no estamos en un momento como para vivir cómodos. Por el contrario, vivimos en la situación que define muy bien el lenguaje popular español y cuya traducción al portugués ignoro, por lo que le pido perdón a la traducción simultanea. La frase es la de que "camarón que no se mueve, la corriente se lo lleva". Hay que moverse, hay que imaginar soluciones desde los despachos, desde las escribanías notariales y registrales y desde la Administración Pública. Lo que ocurre es que los sistemas no son trasportables automáticamente de un país a otro, puesto que sus realidades sociales y jurídicas no son nunca las mismas. Por eso yo he intentado extrapolar de un conocimiento profundo de la realidad española y de unas nociones mucho más superficiales de otros ordenamientos, lo que me parece más destacable. A eso he venido y no sé si con eso he cumplido lo que queríais de mí. Muchas gracias.

3. DIREITO CIVIL, NOTARIAL E REGISTRAL IMOBILIÁRIO

3.1

SOBRE AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados aprovou, em 12.12.2000, um projeto de lei alterando a redação do art. 365 do CPC e revogando os arts. 1.289 do CC, e o § 1.º do art. 13 e art. 158 da Lei 6.015/73, bem como o art. 369 do CPC.

A alteração introduzida no art. 365 diz respeito a seu inc. III, que passará a ter esta redação:

"Ficam abolidas as autenticações de cópias de reproduções de documentos públicos e particulares, a menos que haja fundada suspeita de fraude ou falsificação, sendo que a parte interessada deverá argüí-la nos termos do art. 390".

A redação dessa norma contém, no entanto, erros notórios e de extrema gravidade. Em primeiro lugar, não é próprio de um código de processo dispor a respeito de "abolição" de atos jurídicos ou de suas formas. O direito processual civil, quando disciplina o direito probatório, limita-se a dispor sobre as provas que serão aceitas pelo processo, ou sobre o ônus da prova, ou ainda sobre a forma que haverá de seguir cada procedimento probatório.

Não é da competência de um Código de Processo Civil "abolir" determinada prova ou dispor sobre a forma dos atos jurídicos em geral. Se a intenção do projeto fosse suprimir o inc. III do art. 365, bastaria fazer com ele o que fez com os demais preceitos que seu art. 4.º declarou revogados.

Em segundo lugar, é imprecisa a locução "cópias de reproduções" de documentos, pois é sabido que o traslado de uma escritura não deixa de ser também uma "cópia" do respectivo instrumento público. E o traslado contém uma autenticação, enquanto expressão da *fé pública*. Além disso, refere-se o projeto a "cópias de reproduções" – no plural –, fórmula que, a nosso ver, amplia as ambigüidades que, em razão de outros equívocos, contamina sua redação.

Pelo projeto, se as autenticações fossem feitas sobre "reproduções" de documentos públicos ou particulares, presumivelmente seriam não apenas válidas, mas eficazes. O que ele veda é a autenticação das "cópias de reproduções", não as autenticações das simples "cópias".

Depois de "abolir" as autenticações de "cópias de reproduções", o projeto revoga o art. 369 do CPC, de modo que, na intenção de seu autor, não mais se

deve reputar autêntica a firma como tal reconhecida por tabelião. As autenticações de firmas passarão a ser objeto de um "incidente de falsidade" nos casos em que a "parte" demonstre fundada suspeita de fraude ou falsificação.

Transforma-se portanto esse incidente processual em expediente de autenticação de documentos, a ser feita, ao que se presume, "junto" às Delegacias de Polícia, ou "junto" às Defensorias Públicas, ou "junto" aos escritórios de assistência judiciária ou órgãos de defesa do consumidor.

Esta exegese, embora aberrante dos mais elementares princípios de direito, poderá encontrar apoio na circunstância de haver o projeto revogado o art. 369 do CPC, em virtude do qual se considera autêntico o documento quando o tabelião reconhecer a firma de seus subscritores.

Teríamos, então, segundo a exegese sugerida pelo projeto, de dizer que as autenticações que venham a ser feitas pelos tabeliães serão *nulas*. Todavia, por que razão elas não seriam *válidas*, sabido como é que o plano da validade nada tem a ver com o plano da *eficácia*? O que o autor do projeto pretendeu dizer, mas não disse, é que as autenticações feitas por tabeliães serão ineficazes, tornando-se, ao contrário, eficazes as feitas pelos Delegados de Polícia ou por outras pessoas que exerçam funções "junto" aos demais órgãos relacionados em seu art. 2.º.

Em terceiro lugar, não se imagina como poderá o juiz da causa presidir o incidente processual de "autenticação" do documento, segundo o art. 390 do CPC que o projeto manda observar, mantendo-se fiel às demais normas que disciplinam o "incidente de falsidade documental", especialmente o par. ún. do art. 392 do CPC, a não ser tomando compromisso como perito de algum Delegado de Polícia ou de alguma das outras pessoas indicadas pelo art. 2.º do Projeto, sendo o respectivo incidente promovido, sob a presidência do juiz, "junto" à Delegacia de Polícia ou outro órgão indicado por seu art. 2.º.

Em quarto lugar, indaga-se: o projeto pretendeu "abolir" as autenticações de "cópias de reproduções" ou sua intenção foi ampliar o número de pessoas habilitadas a realizá-las? Que as autenticações não resultam abolidas, é a conclusão que se extrai de seu art. 2.º, cuja redação é a seguinte:

"Para todos os efeitos legais, são consideradas válidas as autenticações gratuitas de cópias de documentos realizadas junto às delegacias de polícia, defensorias públicas, escritórios de assistência judiciária gratuita e órgão de defesa do consumidor."

Não se fica sabendo se as autenticações *gratuitas* porventura feitas pelos notários terão *fé pública*, como se supõe que as terão as autenticadas pelos delegados ou por outros agentes que exerçam função "junto" às Delegacias de Polícia ou "junto" aos outros órgãos indicados pelo art. 2.º do projeto.

É claro que a esta conclusão seria possível objetar que o projeto pretende justamente eliminar o instituto da *fé pública*, de modo que não caberia a indagação a respeito da eficácia que ela poderia continuar a ter nas autenticações feitas pelos tabeliães. Porém, o art. 2.º, dizendo *válidas* as autenticações feitas pelos

Delegados de Polícia, está a sugerir que esta formalidade daria ao documento a mesma *fé pública* de que não mais gozariam as realizadas pelos agentes notariais. Ou esta exegese é correta ou então o projeto pretendeu transformar os Delegados de Polícia em peritos grafoscópicos. Fica evidente que seu autor não tem a menor noção do que seja o instituto da *fé pública* que o sistema confere aos atos notariais.

Por outro lado, dizendo esse dispositivo que, nos casos de suspeita de fraude ou falsificação, as autenticações "são consideradas válidas", acaba cometendo o quinto erro grosseiro, pois não se está a tratar de nulidade ou validade de ato ou negócio jurídico, e sim de sua eventual *eficácia/ineficácia* (a respeito deste tema, recomenda-se a leitura do ensaio de Eduardo Couture intitulado "El concepto de fe pública", *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires : Depalma, 1978. vol. II, n. 47 a 62).

Dizer, como diz o projeto, que as autenticações, sempre que houver suspeita de fraude ou falsificação, serão válidas, é simplesmente nada dizer a respeito da atribuição ou não de *fé pública* ao ato que autenticar o documento. A circunstância de não ser nula a autenticação não tem qualquer relação com o plano de *sua eficácia*... Certamente, é pressuposto para que a autenticação *seja eficaz* que ela não seja nula, mas o ser válida – que dizer, o não ser nula – não esclarece se a autenticação aumentará ou, como diz Couture, acrescentará a eficácia que a *fé pública* empresta ao documento ou ao instrumento públicos.

O projeto não toma posição explícita a respeito da função de *autoridade* que aos atos notariais empresta a *fé pública,* mas se levarmos às últimas conseqüências os princípios que o informam, seria fácil propor a supressão da *escritura pública* como solenidade substancial nas hipóteses mencionadas pelo art. 134 do CC. Seria perfeitamente compatível com seus princípios dizer que os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis valem e são eficazes quando consubstanciados em escritos particulares, sem reconhecimento de firmas. E por que não revogar também o inc. I do art. 1.629 do CC e as demais disposições que regulam o testamento público, reduzindo o ato de última vontade apenas à forma do testamento hológrafo, investigando-lhe a autenticidade somente nos casos em que haja suspeita de fraude ou falsificação? A solução manter-se-ia fiel aos mesmos princípios que inspiraram o autor do projeto.

Se houver suspeita de fraude ou falsificação, então haverá de convocar-se um Delegado de Polícia, encomendando-lhe um *exame pericial,* através da instauração de procedimento – "junto" à Delegacia de Polícia? – para que nele se proceda ao "incidente de argüição de falsidade documental", transformando a fé pública em resultante pericial, o que nada tem a ver com a função notarial.

Como se vê, além dos insuperáveis erros técnicos, o projeto não tem uma compreensão adequada ao instituto *da fé pública,* pretendendo que as pessoas indicadas em seu art. 2.º poderiam – servindo de peritos – emprestar ao documento autenticado a eficácia que a instituição notarial lhe poderá dar.

Tais e tão graves são os erros contidos no projeto que não temos dúvida em considerá-lo inviável. Trata-se de uma teratologia jurídica que, com certeza, não passará pelo teste da experiência.

SUBSTITUTIVO AOS PROJETOS DE LEI 2.805, DE 1997, 476, DE 1999, e 3.186, DE 2000

Dá nova redação ao inc. III do art. 365 do CPC, Lei 5.869, de 11.01.1973; prevê novos locais onde se poderão efetuar as autenticações de documentos e revoga o § 3.º do art. 1.289 do CC, Lei 3.071, de 1.º.01.1916; o § 1.º do art. 13 e o art. 158, ambos da Lei 6.015, de 31.12.1973; e o art. 369 do CPC, Lei 5.869, de 11.01.1973.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º O art. 365 do CPC, Lei 5.869, de 11.01.1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 365. (...)

(...)

III – Ficam abolidas as autenticações de cópias de reproduções de documentos públicos e particulares, a menos que haja fundada suspeita de fraude ou falsificação, sendo que a parte interessada deverá argüí-la, nos termos do art. 390."

Art. 2.º Para todos os efeitos legais, são consideradas válidas as autenticações gratuitas de cópias de documentos realizadas junto às delegacias de polícia, defensorias públicas, escritórios de assistência judiciária gratuita e órgãos de defesa do consumidor.

Art. 3.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4.º Ficam revogados o § 3.º do art. 1.289 do CC, Lei 3.071, de 1.º.01.1916; o § 1.º do art. 13 e o art. 158, ambos da Lei 6.015, de 31.12.1973; e o art. 369 do CPC, Lei 5.869, de 11.01.1973.

Sala da Comissão, em 12 de dezembro de 2000.

Deputado José Roberto Batochio,

Relator

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO

Projeto de Lei 2.805, de 1997 (apensos ao Projetos de n. 2.999 e 4.017, ambos de 1997, 476, de 1999, e 3.186, de 2000).

Estabelece novas formas sobre o reconhecimento de firmas e autenticação de documentos, alterando dispositivos da Lei 3.701, de 1.º.01.1916 – CC, da Lei

5.869, de 11.01.1973 – CPC, da Lei 6.015 de 31.12.1973 – LRP e Lei 8.213, de 24.07.1991 – Plano de Benefícios da Previdência Social.

Autores:

Deputado JOSÉ GENUINO e ALOYSIO NUNES FERREIRA

PARECER VENCEDOR

Quando as matérias em epígrafe entraram em discussão nesta Comissão, manifestei meu posicionamento no sentido de que deveria ser totalmente extirpado, do nosso ordenamento jurídico, o reconhecimento de firmas, porquanto a sua prática somente beneficia os cartórios, em detrimento da população e da nova tendência desburocratizante bem expressa, aliás, no novo Código Civil que estamos para aprovar na Casa. Além do que, o instituto do reconhecimento de firma não pode, definitivamente, ser soerguido à condição de pressuposto de validade de um ato jurídico.

Neste mesmo sentido, houve por bem a Comissão acompanhar o meu posicionamento, razão pela qual fui designado para elaborar parecer vencedor, que basicamente mantém a conclusão do parecer do Deputado Marcos Rolim, mas formaliza um novo substitutivo, que busca extinguir o instituto do reconhecimento de firmas.

Isto posto, meu voto é pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa dos Projetos de Lei de n. 2.805/97, 476/99 e 3.186/2000.

No mérito, voto pela sua aprovação, nos termos do substitutivo adiante formalizado. Os Projetos de Lei de n. 2.999/97 e 4.107/97 são injurídicos e devem ser reprovados, além disso, no seu mérito.

Sala de Comissão, em ..... de ..... de 2000.

Deputado JOSÉ ROBERTO BATOCHIO,

Relator

3. DIREITO CIVIL, NOTARIAL E REGISTRAL IMOBILIÁRIO

3.2

O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MELHIM NAMEM CHALHUB

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A noção clássica do contrato e sua metamorfose: 2.1 A autonomia da vontade; 2.2. A relativização da força obrigatória do contrato; 2.3 Os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato; 2.4 As cláusulas gerais; 2.5 Conclusão – 3. O contrato de incorporação imobiliária: 3.1 Caracterização geral; 3.2 Partes; 3.3 Outras figuras que interferem na execução do contrato; 3.4 Legitimidade; 3.5 Forma – 4. O sistema de proteção do adquirente de imóvel no regime das incorporações imobiliárias: 4.1 Nota introdutória; 4.2 O sistema do Registro de Imóveis; 4.3 As normas de proteção prescritas pela Lei 4.591, de 1964; 4.4 O contrato de incorporação sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor: 4.4.1 Nota introdutória; 4.4.2 Pressupostos e princípios do Código de Defesa do Consumidor; 4.4.3 O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor; 4.4.4 O contrato de incorporação imobiliária no contexto das cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor; 4.4.5 Particularidades do contrato de incorporação – 5. Conclusão.

1. Introdução

O contrato de incorporação imobiliária é tipificado pela Lei 4.591, de 1964.

Trata-se de contrato complexo, formado pela conjunção de dois ou mais atos, que se unem para cumprimento da função social e econômica da incorporação imobiliária; tem como objeto a venda de unidades imobiliárias em construção, que comporão edificações coletivas, bem como a entrega dessas unidades aos adquirentes, com o registro da propriedade em nome destes, no Registro de Imóveis.

A Lei 4.591/64 fixa o contorno do contrato de incorporação de acordo com a atual teoria do contrato: dita os parâmetros do conteúdo do negócio jurídico, fixa balizamentos e limitações para evitar práticas abusivas, estabelece deveres de conduta que corporificam o princípio da boa-fé objetiva e atendam à exigência do equilíbrio das relações obrigacionais, tudo visando o cumprimento da finalidade econômica e social do contrato e a compensação da vulnerabilidade do contratante mais fraco.

A despeito da existência de mecanismos adequados à modalidade especial do contrato de incorporação, o Código de Defesa do Consumidor, de forma indireta, equipara essa modalidade de contrato ao contrato de consumo, ao classificar o *bem imóvel* como *produto* para efeito das relações jurídicas de consumo e, além disso, considerar a *construção* e a *comercialização de imóveis* como atividades caracterizadoras da figura de *fornecedor*.

Essa equiparação, entretanto, não implica derrogação do regime jurídico especial do contrato de incorporação, que coexiste com o sistema de proteção estruturado pelo Código de Defesa do Consumidor. Isso não obstante, o contrato de incorporação deve ser apreciado de acordo com sua tipificação, à luz dos princípios da boa-fé e do equilíbrio do contrato, inclusive aquelas enunciadas no Código de Defesa do Consumidor, sob forma de cláusulas gerais, que operam como "faróis errantes, alimentadas por luzes que podem penetrar em qualquer lei privada",[1] na medida em que são comuns a todas as espécies de contrato.

O presente trabalho é um convite à reflexão sobre o sistema de proteção do adquirente, contido na Lei 4.591/64, à luz do estágio atual da teoria do contrato e sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor.

2. A noção clássica do contrato e sua metamorfose

O contrato é a "veste jurídico-formal das operações econômicas",[2] daí porque, sempre que necessário, adapta-se às sucessivas transformações sociais e econômicas, de acordo com as idéias dominantes em cada momento histórico. No século passado esse processo atingiu mais significativamente os conceitos fundamentais do contrato, dadas as substanciais reformulações na estrutura da produção e da circulação de bens e riquezas.

Essa transformação é célere e conturbada, como registra a Exposição de Motivos do Código Civil português:

"O contrato em muitos aspectos já não é o que era, encarnou nele um novo espírito, e essa metamorfose apresenta-se tão complexa, tão rica de cambiantes, com movimentos desencontrados de avanço e recuo, que o observador sente embaraço em a definir bem e diagnosticar as suas tendências por vezes contraditórias. A evolução moderna dos contratos é como caudaloso mar que invade a terra e progride sempre, no seu jogo perpétuo de fluxo e refluxo."[3]

No contexto dessa nova realidade, a liberdade de contratar deve ser exercida coerentemente com a função social do contrato, de forma que se viabilize a re-

(1) John Dawson. *The general clauses, viewed from a distance*, apud Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1. ed., São Paulo : RT, 2000. p. 292.

(2) Enzo Roppo. *Contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1998. p. 45.

(3) Apud Luiz Roldão de Freitas Gomes. *Contrato*, cit., p. 34.

alização da operação econômica no interesse das partes contratantes, mas em harmonia com o interesse social. Não mais se vê o contrato como instrumento de concorrência de interesses, mas como instrumento de convergência ou uma relação de parceria entre os contratantes; privilegia-se a boa-fé objetiva como "um elo de colaboração em face do fim objetivo (da obrigação) que visam as partes",[4] uma "bitola geral de comportamento" no tráfego jurídico, perquirindo-se, na interpretação dos contratos, se "as cláusulas ajustadas correspondem, ou não, ao modo de se comportar das pessoas de bem, segundo o juízo crítico da sociedade".[5]

As transformações verificadas nesses conceitos provieram, num primeiro momento, da intervenção do Estado e, num segundo momento, da necessidade de racionalização das contratações, tendo em vista que as características modernas da produção e da distribuição de bens e serviços reclamam celeridade e padronização dos contratos.

De fato, a necessidade de aquisição de bens e de utilização de serviços em larga escala tornou-se imperiosa e não tinha como ser atendida pelo contrato tradicional, formulado e celebrado individualmente; diferentemente, essa necessidade de consumo reclama uma dinâmica de contratação compatível com as características da sociedade industrial, mediante utilização de contratos com cláusulas previamente elaboradas pelo fornecedor dos bens ou serviços e oferecidas ao mercado em termos padronizados, fazendo-se a contratação por simples adesão dos interessados, como observa Arruda Alvim: "isso fez nascer a imperativa necessidade de uma maior simplicidade e celeridade nas contratações (...) o que acabou levando a uma redução do campo de utilização da figura do contrato tradicional, clássico ou individualista – pois revelou-se manifestamente inviável pretender-se pudesse ser essa figura útil e funcional, como *instituto principal*, para uma economia de massa".[6]

Disso decorre o delineamento de profundas diferenças entre a figura clássica do contrato e essa nova figura de contrato destinada a atender as necessidades de consumo de massa, em que a declaração de vontade se faz por adesão. Nessa nova conjuntura, o campo da realização dos contratos se expande incontrolavelmente, mas estreita-se a autonomia das partes no discutir o conteúdo do contrato, num processo em que, como sintetiza Galvão Telles, a autonomia da vontade vai aumentando em extensão mas vai diminuindo em intensidade e "é hoje mais débil, mais frouxa do que outrora".[7]

(4) Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como processo*, São Paulo : José Bushatsky, 1976. p. 30.

(5) Humberto Theodoro Júnior. *Direitos do consumidor*, 1. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 11.

(6) "Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro", *Revista de Direito do Consumidor* 20/26.

(7) *Manual dos contratos*, p. 60, apud Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato*, cit., p. 29.

2.1 A autonomia da vontade

No modelo atual, em que o contrato tem uma concepção social, é natural que os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória do contrato venham a ser relativizados.

Cláudia Lima Marques delineia com clareza esse novo contorno do contrato: "Segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra sua função social".[8]

É na linha desses conceitos que o direito interfere na definição do conteúdo dos contratos, relativizando a autonomia da vontade com vistas ao equilíbrio da relação contratual, interferência essa que decorre não só de texto legal específico, mas, também, da atuação do sistema judicial, com a utilização de cláusulas gerais. O pressuposto dessa intervenção é que a igualdade das partes é apenas uma presunção e a liberdade contratual é apenas formal, justificando a presença do Estado para substituir a igualdade formal por uma igualdade substancial das partes, "reduzindo a vontade do forte e abrindo espaço aos interesses do fraco", como assinala Arruda Alvim, que chama a atenção para o fato de que essa intervenção se manifesta desde logo nos "setores críticos do direito", notadamente o trabalhista, previdenciário, de locação, da comercialização de imóveis loteados e se fez para assegurar que o contrato viesse a "representar aquilo que as partes efetivamente poderiam querer, mas que, diante da liberdade contratual, o forte lograva obter o que o fraco não queria, nem desejava, mas o que acabava 'aceitando' pois era importante ou vital mesmo realizar o contrato".[9]

A atual realidade contratual submete a liberdade a critérios restritivos, estando positivada em importantes diplomas legais, como são os casos das leis sobre o compromisso de compra e venda, o parcelamento do solo urbano e as incorporações imobiliárias. O Projeto do Código Civil, ao estabelecer as disposições gerais sobre os contratos, preconiza a subordinação da liberdade de contratar à função social do contrato, bem como à observância dos princípios da probidade e da boa-fé, tratando da interpretação mais favorável ao aderente, quanto às cláusulas ambíguas ou contraditórias dos contratos celebrados por adesão.[10]

(8) *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., RT, 1999. p. 118.

(9) "Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro", *Revista de Direito do Consumidor* 20/37.

(10) São os arts. 420 a 423 do Projeto de Código Civil aprovado pelo Senado Federal em 1997, do seguinte teor: "Art. 420. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos

2.2 A relativização da força obrigatória do contrato

Da mesma forma que o conceito da autonomia da vontade veio assumindo novos contornos, também o princípio da força obrigatória do contrato vem sendo relativizado, em razão da necessidade de adaptação do vínculo obrigacional a cada nova circunstância. Os dois princípios estão estreitamente ligados e, em razão dessa interligação, as mutações a que um está sujeito influenciam o outro, seja de forma direta ou indireta.

Com efeito, em certas circunstâncias, admite-se seja excepcionado o princípio segundo o qual o contrato faz lei entre as partes. É o caso de, após a celebração do contrato, sobrevirem acontecimentos extraordinários, que não poderiam ser previstos pelas partes quando da celebração e que causem a uma das partes onerosidade excessiva, extrapolando o risco normal do negócio. A excessiva onerosidade poderia implicar, em certas circunstâncias, o afrouxamento do vínculo contratual e admitir a revisão do contrato ou sua resolução.

Esse afrouxamento do vínculo contratual, entretanto, deve ser visto com a cautela que orienta a atual política legislativa brasileira, que, na formulação das normas de defesa do consumidor, optou pela continuidade do contrato (art. 6.º, V, e do art. 51, § 2.º, do CDC), admitindo a revisão do contrato (e não sua resolução), em razão de fatos supervenientes que o torne excessivamente oneroso, e, de outra parte, prescrevendo que a nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o contrato. Na linha dessas disposições, a revisão deve ser considerada em presença daquilo que o Código de Defesa do Consumidor chama de "desvantagem exagerada" (art. 51, IV), ou seja, valorizando a comutatividade das prestações contratuais, mas sempre tendo em vista a manutenção do contrato. O Projeto do Código Civil, nos termos em que foi aprovado pelo Senado Federal em 1997, embora admita a resolução do contrato, em razão de onerosidade excessiva para

limites da função social do contrato. Art. 421. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Art. 422. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 423. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Quanto à boa-fé, uma parte da doutrina considera insuficiente a proposição, pois limita-se ao período que vai da conclusão do contrato até sua execução, omitindo-se quanto à fase da formação do contrato, em que a exigência de boa-fé se faz igualmente presente. É como sustenta Antonio Junqueira de Azevedo: "Uma das possíveis aplicações da boa-fé é aquela que se faz na fase pré-contratual; nessa fase temos as negociações preliminares, as tratativas. É um campo propício para a regra do comportamento da boa-fé, eis que, aí, ainda não há contrato e, apesar disso, já são exigidos aqueles deveres específicos que uma pessoa precisa ter como correção de comportamento em relação a outra" ("Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos", *Revista Trimestral de Direito Civil*, Padma, vol. 1, p. 4).

uma das partes, com extrema vantagem para a outra, "em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis", assegura a manutenção do contrato, ao conferir ao réu a faculdade de evitar a resolução, mediante modificação equitativa das condições do contrato.[11]

Trata-se do "controle da funcionalidade do contrato", que, no dizer de Enzo Roppo, deve ser visto de acordo com as "regras de bom funcionamento do mercado", considerando que o "controle de funcionalidade persegue, em linha de princípio, a tutela do interesse privado de um contraente contra o interesse do outro contraente, inspirando-se na exigência de não alterar o originário equilíbrio econômico" e orientando-se pelo "princípio de que um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica".[12] É na linha desses princípios que Luiz Roldão de Freitas Gomes se manifesta: "... o encadeamento do processo produtivo de bens e serviços, complexo, de veloz circulação, não deve ser prejudicado por decorrência da possibilidade de ruptura do vínculo ou do desestímulo a contratar (...). A ninguém interessa que o sangue que circula na economia e no veio da vida social se esvaia (...) até para prevenir aquele desestímulo e a possibilidade de extinção do contrato, deve-se ensejar ao juiz readaptar o equilíbrio rompido entre as obrigações".[13]

A cautela recomendada pelo autor, quanto ao arrefecimento do *pacta sunt servanda*, encontra fundamento no relevante interesse coletivo de segurança jurídica e de estabilidade das relações econômicas e sociais, importando indagar se a liberação ou redução do vínculo *pode acarretar a descrença no efeito vinculante do acordo e seu afrouxamento*, sempre tendo em vista que o interesse comum é a harmonia e o equilíbrio do mercado, que recomenda o fortalecimento do consumidor mas não o enfraquecimento ou o desestímulo das atividades produtivas.[14]

(11) "Art. 477. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. (...) Art. 478. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. Art. 479. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade."

(12) Enzo Roppo, op. cit., p. 222-224.

(13) *Contrato*, cit., p. 42.

(14) Nesse sentido, observe-se que um dos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo é *a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico* (CDC, art. 4.°, III), que reclama a permanente ponderação entre os valores constitucionais em questão, a saber, o da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, não se admitindo interpretação pela qual se possa "arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional" (Luís Roberto Barroso. *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro : Renovar, 2001, 1. ed., p. 68).

Além disso, a prevalência da boa-fé e do equilíbrio visa atribuir maior credibilidade e mais força ao contrato como instrumento essencial da vida contemporânea, nada justificando lhe seja dada interpretação distorcida que leve ao enfraquecimento da figura do contrato ou à eliminação da presença da vontade individual na sua formação, pois, no processo de relativização desses princípios, o que se fez foi agregar ao princípio da autonomia da vontade "uma responsabilidade social traduzida no princípio da boa-fé objetiva".[15]

2.3 Os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato

A boa-fé, que na concepção clássica se apresentava sob uma perspectiva subjetivista, refletindo o estado psicológico do contratante, hoje leva em consideração "os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo".[16]

Anota Humberto Theodoro Júnior que a boa-fé objetiva se coloca *no plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações*, e invoca os estudos de direito comparado para registrar sua importância como fator essencial no cumprimento da finalidade econômica e social do contrato; citando Judith Martins-Costa, salienta: "Afere-se o comportamento contratual a partir da boa-fé e diligência requeridas pela natureza da atividade exercitada, de tal sorte que as prestações da parte devem corresponder a 'uma atividade quantitativa e qualitativamente normal'. Na Corte de Cassação italiana a aplicação da boa-fé objetiva tem se dado justamente pelo direcionamento à 'conexão conceitual entre esta e a economia do contrato'. Quando, pois, se fala em boa-fé objetiva tem-se em mira o aspecto negativo, qual seja o de reprimir 'o emprego de uma conduta não coerente com o escopo do contrato'". [17]

Cuida-se, então, de que, ao cumprir suas obrigações contratuais, cada uma das partes tenha sempre em mira o escopo do contrato e cumpra suas obrigações em termos que permitam a consecução desse escopo, de tal modo que "se a finalidade contratual ou a economia do contrato sofre lesão, pode-se assegurar que violados foram os deveres de diligência e boa-fé".[18] Nesse sentido, assim se pronuncia Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "o dever de cooperação está a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue (...); internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e plena satisfação dos participantes do negócio".[19]

(15) Humberto Theodoro Júnior, op. cit., p. 10.
(16) Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*, cit, p. 411.
(17) Op. cit., p. 21.
(18) Humberto Theodoro Junior, op. cit., p. 22.
(19) *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo : RT, vol. 14, p. 22.

Considere-se, por exemplo, o contrato de compra e venda. Na fase da formação do contrato, o vendedor deve exibir o bem que pretende vender, proporcionando plena visibilidade de todas as suas características; deve o vendedor, ainda em razão do princípio da boa-fé, mostrar as condições do negócio com clareza e, bem assim, deve formular a proposta e as cláusulas do contrato em termos inteligíveis, de modo que o pretendente tenha plena consciência das características do bem e das condições estabelecidas para a contratação; celebrado o contrato, o vendedor deve entregar o bem no termo e nas condições pactuadas e, de outra parte, o comprador deve pagar o preço nos termos convencionados; se pactuado o parcelamento do pagamento, o comprador deve pagar pontualmente o valor das parcelas, pois a programação da operação econômica, vista sob a perspectiva do vendedor, é concebida no sentido de lhe proporcionar receita nas datas programadas para atendimento de outros compromissos que tenha assumido perante terceiros em datas compatíveis com aqueles vencimentos, sendo necessário, portanto, o cumprimento da programação estabelecida no contrato. Deve haver, em suma, lealdade tanto na formação como na execução do contrato, de parte a parte, observando-se que, nas hipóteses em que se verifique desigualdade econômica ou técnica entre as partes, são vedadas as práticas em que o mais forte se aproveite da vulnerabilidade da parte mais fraca.

Boa-fé e equilíbrio são conceitos que operam de maneira articulada visando o sinalagma contratual, observado, obviamente, o princípio da segurança jurídica, como condição da estabilidade das relações sociais, sempre buscando conciliar "utilidade com justiça, lucro com eqüidade, por meio de uma contratação equilibrada, onde os valores em intercâmbio, de bens ou serviços, guardem relação razoável".[20]

Com base no princípio da boa-fé, a atual teoria do contrato visa possibilitar o aperfeiçoamento do negócio jurídico, *revendo suas bases para torná-lo eqüitativo, seja por reequacionamento das prestações, seja por eliminação das cláusulas abusivas*.[21]

2.4 As cláusulas gerais

Nesse "complexo processo de alteração da cultura jurídica", verifica-se profunda alteração da técnica legislativa, notadamente a partir da metade do século passado, surgindo uma nova modalidade de normas, distinta daquele padrão tradicional, pelo qual se definia de maneira completa as hipóteses e a "correlata indicação punctual e pormenorizada de suas conseqüências", como observa Judith Martins-Costa: "Essas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente impreci-

(20) Jorge Mosset Iturraspe. *Contratos conexos*, Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 14, apud Humberto Theodoro Júnior, op. cit., p. 10.

(21) Humberto Theodoro Júnior, op. cit., p. 26.

sos e abertos, os chamados conceitos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*".[22]

A cláusula geral se opõe à idéia da completude do direito positivado, caracterizando-se pela generalidade e pela flexibilidade e, não raras vezes, encerrando princípios jurídicos, como são os da boa-fé, dos bons costumes, da vedação ao uso abusivo do direito, "que passam a funcionar como pontos de partida para a formação concreta das normas jurídicas" ou, como anota André Osório Gondinho, citando Claus Wilhelm Canaris, "não é meramente direito material, mas pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto".[23]

Assim é porque as normas rígidas, que buscam esgotar as soluções, mostram-se incapazes de atender as demandas decorrentes da grande mobilidade da vida social e econômica, que provoca o surgimento quase que incessante de novas situações negociais, criando novas e variadas situações jurídicas.

As cláusulas gerais que exprimem os basilares princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato estão há muito presentes no ordenamento, "como, por exemplo, são os casos dos arts. 1.º e 5.º da Constituição, do art. 5.º da LICC e do art. 159 do CC".[24] Atuam as cláusulas gerais como referência para a concretização da função social do contrato, incidindo em todo o campo do direito contratual.

O projeto do Código Civil segue essa tendência, adotando o uso das cláusulas gerais, e essa nova orientação ensejará extraordinário aumento do poder discricionário do juiz, na medida em que, ao invés de simplesmente aplicar a regra típica de conduta, já enunciada no direito positivado, estará o julgador autorizado a "estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada no caso" em julgamento, e isso de acordo com o princípio emanado da cláusula geral.[25]

(22) Judith Martins-Costa, op. cit., p. 286. Alguns autores admitem a possibilidade de equiparação entre as cláusulas gerais e os princípios (Ruy Rosado de Aguiar Júnior. "Interpretação", *Revista Ajuris* 45/19).

(23) "Codificação e cláusulas gerais", *Revista Trimestral de Direito Civil* 2/5, abr.-jun. 2000, nota 3.

(24) Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Revista Ajuris* 45/19.

(25) Ruy Rosado de Aguiar Júnior observa que o Projeto do Código Civil adotou a concepção das cláusulas gerais, e assim justifica: "Convencido o legislador de que, com a sua razão, não pode organizar o mundo de acordo com a sua vontade – como aconteceu logo depois da Revolução Francesa; convencido de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça, o legislador admitiu, como instrumento de regulação social, a norma legal que permite a solução do caso concreto de acordo com as suas circunstâncias, ainda que isso possa significar uma multiplicidade de soluções para

A aplicação das cláusulas gerais atribui ao juiz a valoração dos interesses envolvidos no caso concreto em cotejo com a norma de conduta ditada pela lei, mas isso não o autoriza a interferir no conteúdo dos contratos em espécie, pois estes devem continuar exercendo suas funções de acordo com sua estrutura e sua finalidade social e econômica; mesmo que a boa-fé dê origem a deveres não enunciados explicitamente no corpo do instrumento contratual, ainda assim esses deveres serão necessariamente coerentes com a funcionalidade econômica e social do contrato, pois "são eles fundados na sua função"[26] e devem ser exercidos exatamente com vistas ao cumprimento dessa função. Por isso mesmo, essa tarefa do juiz deve ser executada "nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, tal como se depreende da apreciação de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, citado por Sérgio Cavalieri Filho: "A cláusula geral contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendem. Em síntese, na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso (...). Essa atividade criadora do juiz permitida pela cláusula geral não pode ser arbitrária, mas contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema".[27]

2.5 Conclusão

No atual estágio do processo evolutivo da teoria contratual a presença do Direito como instrumento de garantia do equilíbrio das relações contratuais mostra-se cada vez mais intensa, seja (a) na fixação do balizamento fundamental das relações obrigacionais em geral, mediante cláusulas gerais, "que se caracterizam pela ampla extensão do seu campo semântico",[28] seja (b) mediante intervenção legislativa em determinadas espécies de contrato, que, pela sua densidade social, requerem a atuação da norma jurídica para compensar eventual situação de desvantagem contratual e para garantir a segurança jurídica em favor do contratante mais fraco, impondo, para tal, regime jurídico próprio para determinadas atividades, entre as

uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõem solução apropriada, embora diferente da outra" ("As obrigações e os contratos", *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal* 9/31-39, set.-dez. 1999.

(26) Judith Martins-Costa, op. cit., p. 342.

(27) Op. cit., p. 128.

(28) Judith Martins-Costa, tese citada.

quais nos referimos às relações locatícias, às relações oriundas do parcelamento do solo urbano, entre outras, e, ainda, mais recentemente, (c) mediante regulamentação específica dos contratos pertinentes às relações de consumo.

É fundamentalmente nesses três planos – contratos em geral, negócios jurídicos especiais que mereçam intervenção da norma jurídica e, especificamente, relações de consumo – que o Direito funciona como instrumento de garantia do equilíbrio das relações contratuais e da realização da função econômica e social do contrato.

Nesse movimento de transformação do contrato, importa ter sempre em mira o justo equilíbrio entre o ideal de justiça e de segurança que o direito visa garantir, atento para que a necessidade de relativização de conceitos deve operar na busca desse ideal, como bem sintetiza Arnoldo Wald: "Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, num mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios da geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética mas sem desconhecer a economia".[29]

O contrato de incorporação imobiliária, tal como tipificado pela Lei 4.591/64, atende a essa nova concepção, submetendo a controle a manifestação de vontade para ajustá-la às atuais exigências sociais e econômicas e, assim, assegurar o cumprimento da função social do contrato.

3. O contrato de incorporação imobiliária

3.1 Caracterização geral

Considera-se incorporação imobiliária o negócio jurídico pelo qual o incorporador se obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade e a posse dessas unidades aos respectivos adquirentes; em contrapartida, obrigam-se os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir. Formaliza-se esse negócio jurídico mediante celebração de diferentes contratos (como, por exemplo, o contrato de promessa de compra e venda, o contrato de construção, entre outros), os quais, embora tenham autonomia, guardam estreita correlação uns com outros, exercendo suas funções de maneira articulada para consecução da finalidade última da incorporação.

(29) Arnoldo Wald, op. cit., p. 198.

O negócio jurídico da incorporação tem como causa a produção de um bem imóvel e a constituição de um direito de propriedade, promovendo a mutação do direito de propriedade incidente sobre o terreno num outro direito de propriedade, que terá como objeto unidades autônomas assentadas em planos horizontais sobre esse terreno, fragmentando a propriedade do terreno em frações ideais, que passarão a incidir também sobre as partes da edificação que têm vocação para a propriedade em comum. Essa é a causa do negócio jurídico da incorporação: a constituição de direito de propriedade sobre a edificação, em frações ideais, e sobre as unidades imobiliárias integrantes dessa edificação, atribuindo o direito sobre essas unidades àqueles que, nos termos dos respectivos títulos, vierem a se tornar titulares de direito de propriedade sobre elas.

Ao arquivar o memorial de incorporação no Registro de Imóveis, o incorporador estabelece os referenciais que nortearão a criação de novas unidades imobiliárias, sendo certo que, ressalvada a hipótese de denúncia prevista no art. 34 da Lei 4.591/64,[30] a manifestação de vontade do incorporador estabelecerá, definitivamente, uma vinculação entre o terreno para o qual está projetado o edifício e as futuras unidades imobiliárias que nele serão erigidas.

Dada essa estruturação, sobressai com nitidez o conjunto de obrigações a que está vinculado o incorporador, nos termos da Lei, que o responsabiliza não somente pela promoção da construção, por si ou por terceiros, e pela outorga dos contratos aos adquirentes, mas também pela constituição da propriedade sob o regime condominial especial, com a individualização das unidades imobiliárias autônomas e constituição do condomínio, como observa Pontes de Miranda: "Às vezes o negócio jurídico constitutivo entre vivos, que faz o estatuto real do edifício de apartamentos, tem três períodos distintos: o do pré-contrato, *v.g.*, promessa de compra-venda de cada apartamento; o da divisão e transferência 'pro-indiviso' do terreno e partes comuns do edifício e 'pro diviso' dos apartamentos; o da eficácia real daquela divisão e daquela transferência".[31]

Articulam-se nesse negócio, assim, obrigações de dar e de fazer, que operam seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão do edifício e a transferência definitiva das unidades autônomas aos respectivos adquirentes e, bem assim, a constituição do condomínio sobre as áreas de utilização comum aos condôminos, com a conseqüente averbação da construção no Registro de Imóveis.

Caio Mário da Silva Pereira identifica as funções e a causa desse novo tipo contratual em dois aspectos fundamentais: *primeiro*, no que tange à constituição de uma nova modalidade de propriedade, que resultará do registro do memorial de incorporação, esclarecido que, após o decurso do prazo de carência, *fica estabelecido* ius in re *oponível* erga omnes *como todo direito real* e, *segundo*, no que

(30) A partir daqui, sempre que mencionarmos dispositivo legal sem indicação do respectivo diploma estaremos nos referindo à Lei 4.591, de 1964.

(31) *Tratado de direito predial*, vol. II, § 33.

diz respeito ao delineamento das obrigações das partes contratantes, atendendo as peculiaridades do negócio.[32]

Aspecto de extraordinária relevância nesse contrato é o interesse coletivo, que constitui traço marcante de sua função social e que, em conseqüência, define seu escopo e condiciona sua funcionalidade econômica.

O contrato de incorporação celebrado entre o incorporador e o adquirente exprime, efetivamente, uma relação jurídica individual, mas o escopo do contrato extravasa o limite da individualidade de cada contratante; é que a função do negócio da incorporação é comum a todos os adquirentes e tem como objeto a totalidade da edificação, e não apenas as unidades imobiliárias que constituem o objeto de cada contrato, considerado isoladamente, daí resultando que a função do contrato de incorporação é incindível; em conseqüência, a comunidade que os adquirentes e o incorporador formam para implementar a função do contrato atribui a esse conjunto de pessoas uma feição unitária, ligando-as por um vínculo semelhante à *affectio societatis*. Afinal, os contratos coligados que são reunidos para formar o contrato de incorporação (contrato de compra e venda, contrato de construção etc.) têm o fim comum de fazer nascer uma nova propriedade imobiliária e nesse fim comum encontram seu ponto de conjunção.

Dada essa característica peculiar, o contrato de incorporação deve ser sempre considerado sob a perspectiva do interesse coletivo do conjunto de adquirentes de unidades, com atenção para o fato de que o interesse da totalidade dos adquirentes é que determina o escopo do contrato, sua funcionalidade econômica e social, e não o interesse de cada adquirente, isoladamente.

É exatamente em razão dessa feição coletiva que a Lei 4.591/64 criou órgãos de representação da comunidade dos adquirentes perante o incorporador, o construtor ou terceiros, atribuindo-lhes funções essenciais na execução do contrato de incorporação (arts. 49 e 50), tais como a fiscalização do andamento da obra, o exame das contas do incorporador, a substituição do incorporador, a cobrança de quotas em atraso, o leilão da unidade do condômino inadimplente etc.

3.2 Partes

A incorporação imobiliária tem como sujeitos, em regra, o incorporador e os adquirentes, podendo envolver outras figuras, conforme vier a ser configurado o negócio em cada caso específico, como, por exemplo, o proprietário do terreno (se for pessoa distinta do incorporador ou se o negócio do terreno se fizer mediante permuta), o construtor (se o incorporador entender de atribuir a outrem a construção), o financiador da obra, entre outros.

(32) "A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro", *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*, São Paulo : Saraiva, 1982. p. 138.

A identificação dos sujeitos do negócio há de decorrer da característica de cada operação, considerada com suas peculiaridades. Veja-se, apenas a título de ilustração, algumas situações, das quais surgirão as diversas relações jurídicas e seus respectivos sujeitos:

a) o incorporador torna-se proprietário pleno do terreno e, além disso, assume ele mesmo a construção e não tomará financiamento para a construção; nesse caso, o incorporador usualmente celebra contrato de promessa de venda com o adquirente e, assim, os sujeitos do negócio serão apenas esses: o incorporador e os adquirentes;

b) o incorporador torna-se titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno mediante promessa de compra e venda, com pagamento parcelado, incumbindo-se ele mesmo da construção, sem depender de financiamento para construir; nesse caso, serão sujeitos do negócio jurídico o proprietário do terreno (que, no caso, é quem está legitimado a transmitir ao adquirente o domínio sobre a fração ideal do terreno), o incorporador (na qualidade de incorporador e, também, na qualidade de cedente dos direitos aquisitivos sobre a fração ideal do terreno) e o adquirente;

c) em qualquer das hipóteses anteriores (a e b), pode ocorrer que o incorporador não seja construtor e, portanto, venha a contratar a construção com terceiro; nesse caso, passará a figurar, também, como sujeito do negócio, o construtor.

A identificação dos sujeitos da incorporação dependerá, assim, das peculiaridades de cada situação.

3.3 Outras figuras que interferem na execução do contrato

Independentemente das partes que figurem nos contratos relativos à incorporação, há outras figuras que, embora não integrantes dos contratos, podem vir a atuar no negócio da incorporação, como é o caso da Comissão de Representantes. Trata-se de um colegiado formado por, pelo menos, 3 condôminos, eleitos em assembléia geral ou nomeados no contrato de construção, conforme o caso, ao qual a lei atribui o encargo de fiscalizar o empreendimento em todos os seus termos, acompanhar a obra e representar os condôminos perante o incorporador ou o construtor (arts. 50 e 61). A Comissão de Representantes tem mandato até a conclusão da obra. Entre seus poderes, ressaltam aqueles estabelecidos no art. 63, § 5.°, a serem utilizados em caso de atraso de pagamento das contribuições de condôminos.

3.4 Legitimidade

Quanto à legitimidade, a lei a reservou para determinadas figuras, a saber:

a) o proprietário do terreno onde será realizada a incorporação, o promissário comprador, o cessionário deste ou o promissário cessionário, desde que do título

conste cláusula de imissão de posse, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, título esse que deve estar registrado no Registro de Imóveis;

b) o construtor, desde que investido, pelo proprietário do terreno, pelo promissário comprador e cessionário deste ou pelo promissário cessionário, de mandato por instrumento público, para o fim específico de promover os atos relativos à incorporação, devendo o mandato explicitar o direito do subscritor de fração ideal de averbar o documento de ajuste preliminar (§ 4.º do art. 35);

c) o corretor de imóveis, desde que, igualmente, investido dos poderes referidos na alínea anterior.

3.5 Forma

Quanto à forma, consideradas todas as modalidades de contrato utilizáveis, o negócio jurídico da incorporação será sempre formalizado por escrito, exigindo-se o registro, no Registro de Imóveis competente, para os atos que digam respeito à organização da incorporação e à transmissão da propriedade imobiliária ou de direitos a ela relativos, bem como para os atos relativos à constituição de direitos reais sobre o imóvel objeto da incorporação.

O arquivamento do memorial de incorporação no Registro de Imóveis é básico para todos e quaisquer assentamentos relativos à aquisição de direitos reais sobre frações ideais de terreno e acessões. É exigência legal (art. 32) e é no memorial que estão as características das unidades imobiliárias que constituirão a edificação, suas frações ideais do terreno e das demais coisas comuns, suas áreas de construção, a identificação das vagas de garagem ou do direito de guarda de veículos etc.; sem essas características não é possível enunciar, no contrato, a identificação do objeto do negócio, que será a fração ideal e as respectivas acessões que haverão de vincular-se à fração e com ela constituirão a unidade imobiliária.

O contrato, qualquer que seja ele (até mesmo o ajuste preliminar – art. 35, § 4.º), é registrável no Registro de Imóveis e seu registro é indispensável, pois na sua falta o direito de aquisição ou o direito de garantia não terá eficácia frente a terceiros.

Uma vez firmado com o pretendente um simples documento preliminar, contendo os elementos essenciais do negócio específico (identificação completa do adquirente e da unidade imobiliária, indicação do preço etc.), o memorial agrega-se a ele como expressão da manifestação de vontade do incorporador. De acordo com o § 4.º do art. 35, um simples instrumento de ajuste preliminar pode ser *averbado no registro de imóveis, averbação essa que conferirá direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente*. Vê-se, portanto, que, a despeito da solenidade exigida por lei para os contratos que visem constituir ou transmitir direito real, a Lei das Incorporações mitiga essa exigência, em benefício do adquirente, ao tornar completo o contrato de compromisso de venda mediante simples adesão do adquiren-

te a um ajuste preliminar, que, para esse fim, se agrega ao memorial de incorporação, com ele formando o contrato.

O memorial enuncia a identificação daquilo que haverá de ser o objeto de cada contrato de venda, isto é, a fração ideal do terreno e a descrição da unidade autônoma que a ela se vinculará, bem como o conteúdo das obrigações essenciais do incorporador nesse contrato, notadamente o projeto que deverá ser executado, a especificação dos materiais que deverão ser aplicados na obra e o valor da obra expresso em orçamento, tudo isso integrando o memorial.

Dispondo sobre todos esses elementos, o memorial integra-se como parte inseparável do negócio jurídico da incorporação.

Tratando-se de negócio imobiliário, a publicidade é complemento indispensável do contrato; é requisito que se cumpre mediante registro no Registro de Imóveis da situação do imóvel. É requisito de segurança do negócio, indispensável no negócio imobiliário, pois é pelo assentamento no Registro de Imóveis, e só por esse assentamento, que se constitui ou se transmite a propriedade imobiliária, bem como quaisquer direitos reais a ela relativos.

Outro importante aspecto formal do contrato de incorporação é a averbação da construção, para que possam ser individualizadas e discriminadas as unidades autônomas no Registro de Imóveis. Ainda que esteja materialmente concluída a construção, a unidade imobiliária não terá existência legal se sua construção não for averbada e se sua individualização não for assentada no Registro de Imóveis. É esse assentamento que faz nascer a unidade imobiliária com identidade própria, integrante de um conjunto de unidades autônomas.

4. O sistema de proteção do adquirente de imóvel no regime das incorporações imobiliárias

4.1 Nota introdutória

O sistema de proteção dos adquirentes de unidades imobiliárias no regime das incorporações sustenta-se nos mesmos princípios do sistema de proteção do consumidor, e ambos encontram fundamento, basicamente, nos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e da garantia da propriedade privada, observada sua função social, os quais, por sua vez, inspiram-se nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV), fundados no desenvolvimento humano e na dignidade da pessoa humana (arts. 5.º, XXII e XXIII, e 170).[33]

(33) Os princípios podem, eventualmente, mostrar-se contraditórios e, "quando surgem efetivamente situações de conflito (...) cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma 'ponderação de valores' (...). Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um

O princípio da isonomia inspira diretrizes materiais visando garantir a igualdade substancial entre o incorporador e o adquirente, mediante tratamento diferenciado que neutralize desníveis eventualmente existentes entre ambos e compense a potencial vulnerabilidade deste último.

Os princípios que garantem a livre iniciativa e a propriedade privada orientam o sentido do desenvolvimento harmonioso do mercado, visando atender os interesses do adquirente e do incorporador, assim como do consumidor e do fornecedor.

A garantia do devido processo legal assegura o mais amplo direito de defesa dos adquirentes, mediante utilização de todos os meios previstos no direito processual, mesmo em face de procedimentos extrajudiciais previstos na legislação especial.

Esses princípios fundamentais condicionam normas infraconstitucionais e estão nelas inseridos, compondo, sob forma de leis gerais ou especiais, um conjunto de normas visando a proteção do adquirente.

Há normas aplicáveis aos contratos em geral, notadamente as cláusulas gerais de proteção da boa-fé objetiva e de garantia do equilíbrio das relações obrigacionais, algumas das quais encontram-se reproduzidas no Código de Defesa do Consumidor.

Protegem o adquirente, também, os princípios que garantem a propriedade e as regras que, pelo regime da Lei 4.591/64, disciplinam a constituição e a proteção dessa propriedade especial, visando, sobretudo, assegurar o cumprimento de sua função social.

Há, ainda, no plano das regras gerais, o sistema do Registro de Imóveis, relativo à segurança jurídica dos atos dos quais resultem a constituição e a transmissão de direitos reais sobre imóveis. A proteção do adquirente decorre da adequada implementação do sistema registral, pela qual se pode alcançar a regularidade dos títulos aquisitivos.

Já no plano das leis especiais, o direito positivo criou um regime jurídico peculiar para o contrato de incorporação imobiliária, que reúne mecanismos específicos, compatíveis com essa atividade e com a posição jurídica e econômica em que se coloca o adquirente.

A disciplina das incorporações imobiliárias, como se sabe, contempla o controle da atividade empresarial pertinente à produção e à comercialização de unidades imobiliárias em edificações coletivas, mediante exaustiva regulamentação das relações entre o incorporador e os adquirentes.

De uma parte, a lei fixa o balizamento dentro do qual deverá desenvolver-se a atividade contratual, tratando de todos os seus aspectos, e, de outra parte, dita o conteúdo do contrato. É o caso, por exemplo, do dever de informação, que, em

dos princípios ou direitos fundamentais em oposição" (Luís Roberto Barroso. *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 68).

relação aos dados da futura incorporação, deve ser colocada à disposição do público com antecedência a qualquer contratação, mediante arquivamento, no Registro de Imóveis, de dossiê completo sobre as características da incorporação (a documentação relativa à propriedade, o projeto aprovado, a especificação dos materiais etc.). Além disso, depois de celebrados os contratos relativos à comercialização das unidades, o incorporador deve manter permanente sistema de informação ao longo da execução do contrato, mediante apresentação periódica, aos adquirentes, de relatórios demonstrando a evolução da obra, em correspondência com a programação do contrato.

Ressalta, por fim, o Código de Defesa do Consumidor, que veio sistematizar as idéias caracterizadoras do atual estágio da evolução da teoria contratual, realçando a função social do contrato e privilegiando a boa-fé objetiva e o equilíbrio do contrato. O Código de Defesa do Consumidor equipara o contrato de incorporação ao contrato de consumo, suprindo eventuais lacunas do sistema de proteção estruturado pela Lei das Incorporações, notadamente no que tange às cláusulas gerais enunciadas no capítulo sobre a proteção contratual.

4.2 O sistema do Registro de Imóveis

Na apreciação do sistema de proteção do adquirente de imóvel em incorporações imobiliárias não se pode desprezar o Registro de Imóveis. É verdade que o sistema do Registro não opera no âmbito das relações obrigacionais, mas é o Registro de Imóveis que encerra os mecanismos relativos à validade e eficácia dos atos constitutivos e translativos de direitos reais sobre imóveis, em geral. Portanto, a proteção do adquirente, no que tange a esses aspectos, está também ligada às funções do Registro de Imóveis.

Como se sabe, a constituição e a transmissão da propriedade imobiliária e de quaisquer outros direitos reais relativos a imóveis se faz mediante registro no Registro de Imóveis.

É o sistema do Registro de Imóveis que confere direito real a quem quer que tenha contratado a aquisição de determinado imóvel, ou a quem quer que tenha recebido uma garantia cujo objeto seja um imóvel, entre outros atos que visem produzir efeitos reais, e só depois que tais atos estiverem registrados no Registro de Imóveis é que produzem efeitos perante terceiros.

O Registro de Imóveis, assim, opera como um sistema que tem como propósito a segurança das operações imobiliárias em geral e no caso das incorporações cumpre funções ainda mais importantes. É que as incorporações encerram grande densidade social e têm como traço marcante a oferta pública de imóveis, daí porque o legislador cuidou de construir normas de proteção, peculiares, ajustadas à especificidade dessas situações, atento sobretudo aos riscos a que possam sujeitar-se os adquirentes.

A incorporação imobiliária está vinculada a esse sistema, pois, tendo como causa a constituição de direito de propriedade sobre determinada edificação e

suas unidades imobiliárias, resulta claro que é para o Registro de Imóveis que haverão de convergir todos os contratos e demais atos relativos à incorporação que digam respeito à especialização do imóvel, com a constituição da nova modalidade de propriedade gerada pela incorporação, bem como os atos que digam respeito à atribuição dessa propriedade ao adquirente da unidade imobiliária assim gerada.

Com efeito, todos os atos relativos a direitos reais imobiliários, decorrentes da incorporação, têm que ser registrados ou averbados no Registro de Imóveis, a saber: averba-se a demolição do imóvel que eventualmente estiver construído no terreno sobre o qual será erigido o edifício; registra-se o memorial de incorporação; averba-se o instrumento particular de ajuste firmado pelo incorporador e pelo pretendente à aquisição; registra-se a hipoteca ou a propriedade fiduciária constituída para garantia de eventual financiamento da construção; registram-se as promessas de compra e venda de unidades; averba-se a construção da nova edificação; registram-se a individualização e discriminação das unidades, inclusive a instituição do condomínio especial e, enfim, assentam-se todos os demais atos que digam respeito à constituição desses direitos reais relativos à edificação e às suas unidades, bem como as mutações que sofrerem esses direitos.

A lei assegura a qualquer pessoa o acesso ao Registro de Imóveis, para examinar os atos constantes de qualquer matrícula, conferindo, portanto, plena visibilidade a todos os direitos reais incidentes sobre os imóveis.

Para proteção do adquirente, portanto, é essencial sejam examinadas as peças do Memorial de Incorporação, para que se certifique da regularidade da titulação relativa ao imóvel, entre outros aspectos de natureza jurídica, técnica e econômica, e, uma vez formalizado o contrato, é indispensável que o adquirente registre seu contrato, para que seu direito real seja constituído, e tenha eficácia perante terceiros.

4.3 As normas de proteção prescritas pela Lei 4.591, de 1964

A par dos mecanismos presentes no sistema do Registro de Imóveis, que, uma vez adequadamente implementados, contribuem para a segurança das partes envolvidas nas operações imobiliárias, o contrato de incorporação, nos termos em que está disciplinado na Lei 4.591/64, também contempla mecanismos especiais de proteção do adquirente, apropriados à natureza e às peculiariedades desse negócio típico.

O regime jurídico das incorporações estabelece o controle da atividade empresarial do incorporador e determina o conteúdo do contrato, fixando diretrizes materiais e normas de conduta específicas, de acordo com os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das relações contratuais. Visa a lei assegurar a realização da finalidade social e econômica do contrato, mediante completa construção da edificação e entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, nas condições pactuadas.

Nesse sentido, a Lei 4.591/64 contém normas cogentes que determinam o conteúdo do contrato de incorporação, estabelecendo requisitos mínimos e regulamentando toda a evolução do processo contratual, desde a fase pré-contratual, na qual está presente a obrigatoriedade de organização e exibição de dossiê sobre o negócio (memorial de incorporação), passando por todo o curso da execução do contrato e até extrapolando a fase da extinção do contrato, quando trata da responsabilidade civil do incorporador.

No contrato de incorporação, o dever de informação, que constitui elemento da boa-fé objetiva, está presente na fase da formação do contrato mediante arquivamento dos documentos que compõem o memorial de incorporação, pois estes contêm os dados necessários para conhecimento do objeto da contratação, que há de ser a unidade a ser construída, e para avaliação do grau de segurança do negócio a realizar.

Outro aspecto relevante do contrato de incorporação, já na fase da execução do contrato, é o dever do incorporador de informar periodicamente sobre o andamento da obra. Há, também, na extinção do contrato por desistência da incorporação, a obrigação do incorporador de restituir as quantias que tiver recebido dos candidatos, com reajuste monetário e juros, conforme o caso.

Essas e outras normas traduzem a noção contemporânea do contrato, já positivada pela lei especial que tipifica o negócio jurídico da incorporação. Observe-se, por exemplo, que a exibição, no Registro de Imóveis, das condições básicas da incorporação, assim como a informação periódica sobre a obra, correspondem aos deveres de lealdade, de confiança e de informação que corporificam o princípio da boa-fé; além disso, a restituição das quantias ao adquirente, no caso de desistência do incorporador, é fator de equilíbrio da relação jurídica no momento da extinção do contrato; de outra parte, o poder que é conferido aos adquirentes, de destituição do incorporador, no caso de atraso injustificado da obra ou de insolvência, é mecanismo de segurança cujo propósito é a realização da função econômica e social do contrato, pois destina-se a assegurar a investidura dos adquirentes na administração da incorporação para prosseguimento da obra.

No regime das incorporações, outro aspecto de extraordinária relevância é o fato de que a lei especial que disciplina essa atividade não se contenta com a simples alusão a princípios gerais, mas cuida objetivamente de estabelecer regras e diretrizes materiais, explicitando em termos claros como se opera a boa-fé e o equilíbrio contratual em situações concretas e específicas,como, por exemplo, no que toca ao modo de cumprimento dos deveres de informação, no que diz respeito à substituição de incorporados ou à obrigação de restituir as quantias recebidas, em caso de denúncia da incorporação (arts. 32, 36 e 43). Por esse meio, a Lei das Incorporações estabelece em termos cogentes as limitações a que deve se submeter a autonomia do incorporador em todo o ciclo do contrato, desde a fase pré-contratual até a extinção do contrato, ditando os termos e a periodicidade em que o incorporador tem que cumprir o dever de informação, definindo os critérios e os índices de reajuste monetário, quando aplicável etc.

Em termos concretos, é útil voltar a atenção para alguns dos aspectos mais importantes da regulamentação do contrato de incorporação, como os que são destacados a seguir:

a) o incorporador só pode colocar à venda as frações ideais e acessões depois de ter promovido o registro do memorial de incorporação no Registro de Imóveis, no qual o pretendente à aquisição tem à sua disposição, para avaliar o grau de segurança jurídico-patrimonial do negócio que pretende celebrar, as informações sobre toda a história do imóvel, constantes de sua matrícula no Registro de Imóveis, como, também, a situação jurídica e patrimonial do incorporador, as condições peculiares pelas quais o incorporador negociou o terreno (se pagou à vista, se parceladamente, se obteve a titularidade por permuta, quais as condições da permuta, se for o caso etc.), a situação jurídica do incorporador (se é mesmo o titular da incorporação ou se é procurador do incorporador), os ônus fiscais e os ônus reais que pesam sobre o terreno, a cópia do projeto de construção aprovado pelas autoridades competentes, a licença de obra, o orçamento da obra, a específica situação do incorporador perante a Previdência Social, a discriminação das frações ideais em que ficará dividido o terreno, em razão da incorporação etc.

b) são estabelecidas sanções civis e penais contra o incorporador que, por ação ou omissão, frustrar a segurança jurídica propiciada pelo sistema do Registro de Imóveis, estando tipificados como *crimes contra a economia popular* a promoção de incorporação em que se fizer afirmação falsa quanto à constituição do condomínio, à alienação das frações ideais ou à construção do edifício e, ainda, como *contravenções penais* os seguintes fatos (1) negociar frações ideais sem prévio registro do memorial no Registro de Imóveis competente; (2) omitir a existência de algum ônus real sobre o terreno; (3) deixar de outorgar o contrato de aquisição aos adquirentes; (4) deixar de mencionar no contrato o orçamento da obra; (5) paralisar a obra por mais de 30 dias ou retardar seu andamento sem justa causa (art. 65 da Lei 4.591/64);

c) mesmo que o incorporador se recuse a outorgar o contrato ao adquirente, ou interponha obstáculos a essa outorga, a lei assegura ao adquirente o direito de registrar o contrato preliminar de aquisição da unidade ou, se não houver contrato, autoriza-o a registrar qualquer documento que o incorporador lhe tenha outorgado, até mesmo um instrumento de ajuste preliminar, registro esse que confere ao adquirente *direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente* (art. 35, § 4.º);

d) se o incorporador, sem justa causa, paralisar a obra por mais de 30 dias ou retardar seu andamento, poderá ser notificado para que a reinicie ou a recoloque em andamento normal, sendo certo que, não atendida a notificação em 30 dias, os adquirentes poderão substituir o incorporador e assumir a administração da obra (art. 43, VI);

e) em caso de falência do incorporador, e tendo sido outorgadas por ele promessas de venda aos adquirentes, *aplicar-se-á a legislação respectiva* (art. 43,

VI, do Dec.-lei 7.661, de 1945 – Lei de Falências); a *legislação respectiva,* no caso das promessas registradas no Registro de Imóveis competente, são o Dec.-lei 58, de 1937 (art. 22 – promessas em geral), a Lei 6.766, de 1979 (promessas de lotes de terreno) e a Lei 4.591, de 1964 (art. 35, § 4.º – promessa ou instrumento preliminar de ajuste nas incorporações), todas elas dispondo que a promessa registrada no Registro de Imóveis competente confere ao promissário comprador direito real, oponível a terceiros, com direito a adjudicação compulsória.[34]

No contexto desse conjunto de medidas, o legislador dispensou atenção especial à segurança do adquirente na contratação da aquisição da unidade, cuidando de dar atributo de direito real não só à promessa de compra e venda, mas, também, ao instrumento de ajuste preliminar que tenha sido outorgado pelo incorporador.

Com efeito, ao registrar seu contrato de promessa de compra ou, mesmo, o ajuste preliminar, que tenha firmado por instrumento particular, o adquirente tornar-se-á titular de direito real sobre a fração ideal e acessões, direito esse que será válido e eficaz contra terceiros (art. 35, § 4.º).

Quanto às promessas de compra e venda em geral, importa notar que, já em 1937, o art. 22 do Dec.-lei 58, assegurava direito real ao adquirente, desde que registrado o contrato.[35]

(34) Independente dessas normas, há em tramitação na Câmara Federal o Projeto de Lei 2.109/99, pelo qual se caracteriza cada incorporação como um patrimônio de afetação, "destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes". Segundo essa proposição, o acervo relativo à incorporação (terreno e acessões, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados) será destacado do patrimônio geral do incorporador, passando a constituir um patrimônio especial, com destinação específica de satisfazer exclusivamente os direitos dos adquirentes e dos credores específicos da obra, ficando, assim, cada conjunto de adquirentes imune aos efeitos de eventuais desequilíbrios gerados por outros negócios do incorporador. A afetação cumpre função dúplice de proteção do adquirente e de viabilização econômico-financeira da incorporação; quanto ao primeiro aspecto, põe nas mãos dos adquirentes o controle do equilíbrio contratual, ao lhes conferir poderes para fiscalizar e controlar toda a atividade do incorporador e, até, promover sua substituição em caso de atraso injustificado da obra ou insolvência do incorporador; de outra parte, a afetação propicia melhor organização da incorporação e, quanto ao realismo de sua viabilização econômica, dá meios aos adquirentes de prosseguir a obra sem sofrer os efeitos dos desequilíbrios do incorporador. Com essa mesma concepção, foram posteriormente apresentados duas outras proposições, que foram anexadas ao PL 2.109/99 (Projetos de Lei 3.455/2000 e 3.751/2000).

(35) Dec.-lei 58, de 1937: "Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direito de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do CPC".

Interessa anotar, também, que esse mesmo Dec.-lei 58, de 1937, criou um sistema de proteção aos pretendentes à aquisição, ou seja, o registro do memorial do loteamento como requisito para oferta pública dos lotes,[36] que veio a ser reproduzido, *mutatis mutandis*, na Lei de Incorporações (art. 32).

É relevante o fato de que a eventualidade de falência do incorporador não altera a natureza do direito do adquirente, que, titular de direito real, oponível contra todos, tem assegurada a obtenção da adjudicação compulsória, desde que complementado o pagamento do preço; uma vez quitada a promessa, tem o promissário direito à obtenção da adjudicação contra a massa, assegurada que está, nos termos do art. 43, VI, da Lei de Falências (Dec.-lei 7.661, de 1945), a prevalência das regras da legislação específica relativas a essa modalidade de contrato quanto aos negócios celebrados pelo falido.

Especialmente relevante, como instrumento de proteção do adquirente, é a afetação do acervo das incorporações imobiliárias, com a específica destinação de consecução da incorporação e entrega das unidades aos adquirentes.

O Projeto de Lei 2.109/99, se convertido em lei, colocará a incorporação imobiliária em sintonia com o conceito contemporâneo do direito de propriedade, enfatizando a relativização desse direito. A afetação não desqualifica o direito subjetivo do proprietário-incorporador, mas define para ele uma função social, ao vincular o acervo da incorporação à sua destinação peculiar, que é a construção da edificação e a constituição de direito de propriedade em nome de cada um dos adquirentes de unidades autônomas. Em busca da realização dessa função social, a afetação constitui meio adequado para atribuir ao direito de propriedade do incorporador um poder-dever, pelo qual o incorporador tem que conjugar seu interesse de proprietário com o interesse social dos adquirentes de unidades.

Trata-se de configuração que visa a segurança jurídica e econômica do empreendimento imobiliário, constituindo mecanismo de proteção da mais ampla eficácia, na medida em que atribui aos adquirentes poderes que incidem diretamente sobre a propriedade do incorporador, para viabilizar a consecução prática da incorporação, mas ressalvando sempre os direitos do incorporador sobre o acervo da incorporação.[37]

(36) Dec.-lei 58, de 1937: "Art. 1.º Os proprietários ou co-proprietários de terras rurais ou terrenos urbanos, que pretendam vendê-los, divididos em lotes e por oferta pública, mediante pagamento do preço a prazo em prestações sucessivas e periódicas, são obrigados, antes de anunciar a venda, a depositar no cartório de registro de imóveis da circunscrição respectiva:
I – um memorial (...), contendo:
(...)".
"Art. 10. Nos anúncios e outras publicações de propaganda de venda de lotes a prestações, sempre se mencionará o número e data da inscrição do memorial e dos documentos do registro imobiliário."

(37) Tratamos da matéria em nosso *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*, Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

4.4 O contrato de incorporação sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor

4.4.1 Nota introdutória

A par dos princípios e normas gerais que visam assegurar a realização da função social do contrato, dos requisitos de segurança presentes no sistema de Registro de Imóveis e, bem assim, do regime jurídico específico que tipifica o contrato de incorporação e, obviamente, o submete à atual teoria contratual, importa considerar, ainda, o sistema geral de defesa do consumidor instituído pela Lei 8.078, de 11.09.1990.

4.4.2 Pressupostos e princípios do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi formulado em atendimento ao comando do art. 48 do ADCT[38] e inspira-se no art. 5.º, XXXII, e no art. 170, V, da Constituição.

Esse Código tem como pressuposto a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo e, para compensá-la, estabelece diretrizes materiais relativas à boa-fé objetiva e, bem assim, amolda os efeitos da relação obrigacional à concepção social do contrato, sempre com o propósito de assegurar o equilíbrio da relação contratual, *voltado menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que estes contratos de consumo criam na sociedade atual*.[39] Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor enuncia as bases fundamentais da defesa do consumidor, entre as quais vale destacar, além do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, tudo isso sustentado nos princípios da boa-fé e do equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

As idéias que orientam a formulação do Código de Defesa do Consumidor não são novas, mas, ao contrário, como registra Cláudia Lima Marques, traduzem

(38) Art. 48 do ADCT: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor."

(39) Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 279. A compensação da situação de desvantagem econômica e técnica em que se encontra o consumidor, em face do fornecedor, inspira-se, fundamentalmente, no princípio da isonomia, em vista de uma dimensão substancial, e não apenas formal, da igualdade, em busca de equiparação entre os integrantes das relações de consumo, pelo qual se justifica, dentro de limites de razoabilidade, dar tratamento mais favorecido aos consumidores, visando alcançar o equilíbrio contratual.

"as teorias que representam o melhor da evolução do pensamento jurídico e da ação criadora da jurisprudência nos últimos dois séculos".[40]

Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor transpôs para o direito positivo, de forma concentrada, os princípios fundamentais da moderna teoria contratual, traduzida no enunciado do seu Capítulo VI – Da Proteção Contratual, privilegiando a função social do contrato mediante estabelecimento de diretrizes materiais compatíveis com a concepção da boa-fé objetiva e com os mecanismos que asseguram o equilíbrio do contrato, como é o caso do princípio geral enunciado no art. 53, referente ao enriquecimento sem causa, que reproduz a idéia contida no art. 924 do CC.

Na linha desses conceitos, os princípios sobre os quais assenta a estrutura do sistema de proteção contratual do consumidor são os da boa-fé e do equilíbrio[41] nas relações contratuais, que, independentemente de estarem presentes nas relações de consumo, já há muito orientam a teoria contratual.

O princípio da boa-fé está consagrado no inc. III do art. 4.°, e no inc. IV do art. 51 do CDC.

Como já visto, a boa-fé implica conduta de respeito da parte aos legítimos interesses do parceiro contratual, "suas expectativas razoáveis, seus direitos, cada qual agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações".[42] Essa conduta deve ser observada tanto na formação como na execução do contrato, mediante plena exibição dos dados e das informações, bem como mediante elaboração do instrumento contratual em termos claros e facilmente inteligíveis.

Salienta Ruy Rosado de Aguiar Júnior que o conceito de boa-fé ultrapassa o plano ético e diz respeito também à "funcionalidade econômica do contrato e a

(40) Op. cit., p. 644.

(41) Cláudia Lima Marques, assim como outros autores dedicados ao Código de Defesa do Consumidor, entende que o art. 4.° do CDC qualifica a *transparência* como um "princípio de direito", ao lado da *boa-fé,* da *eqüidade* e do *equilíbrio do contrato*, vendo também a *proteção da confiança* como um "princípio de direito" do consumidor no contrato ou no produto ou no serviço (op. cit., p. 286, 342, 390, 573 e 642). O art. 4.° do CDC fala em *transparência* como um dos *objetivos* da Política Nacional de Relações de Consumo, e não como *princípio* ("Art. 4.° A Política Nacional de Relações de Consumo tem como objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores (...), bem como a transparência e harmonia das relações de consumo..."). Diz Cláudia Lima Marques que *transparência das relações de consumo* significa "informação e lealdade na fase pré-contratual (...) uma relação contratual mais sincera e menos danosa (...) transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual" (p. 286). Não seriam a *informação,* a *clareza* e a *lealdade* atributos de conduta que exprimem um único e mesmo princípio, o da boa-fé, não seriam apenas *condutas* compreendidas no princípio da boa-fé, ou teria a lei, mesmo, pretendido criar novos princípios e elevar a idéia de *transparência* ao nível de *princípio de direito*?

(42) Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 107.

serviço da funcionalidade econômico-social que o contrato persegue",[43] implicando uma exigência de conduta das partes coerente com a finalidade do contrato, para que este cumpra sua função social e econômica.

O princípio do equilíbrio está também consagrado no art. 4.°, III, do CDC. A compensação das desigualdades entre o fornecedor e o consumidor decorrerá da incidência de vários dispositivos, como, por exemplo, os que se referem a eventual vantagem exagerada, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, admitindo-se a inversão do ônus da prova, quando for verossímil sua alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, entre outros.

Pelo princípio do equilíbrio contratual, visa o Código de Defesa do Consumidor assegurar que o fornecedor não imporá ao consumidor cláusulas abusivas e, nesse sentido, contém dispositivos que asseguram controle substancial do contrato, sempre visando restabelecer o equilíbrio da relação contratual.

A partir desses pilares de sustentação – a boa-fé objetiva e o equilíbrio do contrato –, e dada a densidade social de que se reveste a relação de consumo na sociedade contemporânea, o Código de Defesa do Consumidor pôs a serviço da função social do contrato de consumo mecanismos de compensação de eventuais desequilíbrios em situações de desvantagem do consumidor em face do fornecedor.

No Código de Defesa do Consumidor está presente a idéia da relativização da autonomia da vontade, prestigiando "cada vez mais a declaração da vontade, antes do que a pura intenção que a anima",[44] consideradas as partes menos em sua feição individual e mais como membros do conjunto social que é juridicamente tutelado. Nesse contexto, o equilíbrio interno do contrato resulta da adequada ponderação entre as estipulações contratuais e as regras supletivas do ordenamento, as quais, segundo Humberto Theodoro Júnior, "servem de parâmetro para aferir o modelo de equilíbrio desejado", podendo-se aferir o equilíbrio do contrato mediante "cotejo do tipo de contrato corrente com a teleologia do negócio praticado". A função social do contrato, assim, ganha certa autonomia em relação à "esfera psicológica e subjetiva das partes, para assumir uma sensibilidade maior ao ambiente social, nas condições objetivas de mercado".[45]

Está presente no Código de Defesa do Consumidor, também, a idéia da relativização do *pacta sunt servanda*, nos casos previstos nos arts. 6.°, V, e 51, § 2.°, que admitem a revisão do contrato em presença de cláusula abusiva ou em razão de fatos supervenientes que o tornem excessivamente oneroso. O arrefecimento da força obrigatória do contrato opera em campo restrito, nos limi-

(43) Palestra proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, apud Sérgio Cavalieri Filho. "O direito do consumidor no limiar do século XXI", *Revista Trimestral de Direito Civil* 2/131, Padma, 2000.

(44) Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato*, p. 39.

(45) Op. cit., p. 20 e 53.

tes traçados pelo Código de Defesa do Consumidor, sem que isso enfraqueça a figura do contrato, até porque seu papel é cada vez mais relevante na sociedade contemporânea, acentuando-se sua função econômica e social, como instrumento de circulação de bens e serviços, daí porque jamais se pode imaginar que as transformações do contrato possam resultar em seu enfraquecimento, mas, ao contrário, sempre visam assegurar o fortalecimento do vínculo, em busca da estabilidade das relações jurídicas e, por via de conseqüência, a paz social, como observa Enzo Roppo: "as transformações verificadas na teoria contratual visam garantir ao máximo a estabilidade e a continuidade das relações contratuais e, portanto, das relações econômicas e, por essa via, de assegurar-lhes aquele dinamismo que é postulado pelos modos de funcionamento das modernas economias de massa".[46]

Bem ponderados esses princípios, o Código de Defesa do Consumidor determina a nulidade de cláusulas que exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios do produto, subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos no Código de Defesa do Consumidor, transfiram responsabilidades a terceiros, estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade, permitam ao fornecedor variar o preço, entre outras enunciadas no art. 51.

Embora consagrados há muito no direito positivo, sob a forma de cláusulas gerais, como salientado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, esses princípios ganharam especial projeção com o Código de Defesa do Consumidor, que os dispôs em termos de normas cogentes, justificando-se plenamente essa especial relevância porque o traço marcante das relações de consumo é a contratação em massa, por adesão a cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor, situação propícia à prática de abusos, por causa do desnível técnico e econômico entre os contratantes. É nessas relações que as pessoas de nível médio, necessitando contratar, mas sem possibilidade de discutir individualmente o contrato ou sem qualificação técnica para tal, contratam por adesão a cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor, e, nesse processo, encontram-se em situação vulnerável, daí porque precisam de específica proteção, seja por via da intervenção legislativa ou judicial.

O Código de Defesa do Consumidor, efetivamente, veio preencher importante lacuna do direito brasileiro, dotando o direito positivo de instrumentos e mecanismos indispensáveis para compensar a vulnerabilidade do consumidor, coibir práticas abusivas e assegurar o ressarcimento de prejuízos, merecendo ser ressaltados os procedimentos específicos na esfera administrativa, os meios mais efetivos de defesa do consumidor em juízo, inclusive mediante ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos, o sistema nacional de defesa do consumidor, implementado nos planos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, a convenção coletiva de consumo, visando regular condições relativas

(46) Op. cit., p. 309.

ao contrato de consumo, inclusive os meios de composição de conflito, e as sanções de natureza penal.

4.4.3 O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor

O contrato de incorporação imobiliária não está arrolado em termos explícitos entre os atos que configuram relações de consumo, mas está inserido entre eles de forma indireta, seja porque o Código de Defesa do Consumidor classifica o bem imóvel como *produto* para efeito das relações jurídicas de consumo, seja porque esse Código inclui a *construção* e a *comercialização de produtos* entre as atividades que caracterizam a figura do *fornecedor*.

Com efeito, ao caracterizar a figura do *fornecedor*, o CDC assim dispõe no § 2.º do art. 3.º: "§ 2.º Fornecedor é toda pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, *construção*, transformação, importação, exportação, distribuição ou *comercialização de produtos* ou prestação de serviços" (grifamos).

De outra parte, *consumidor* é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Além disso, o § 1.º do mesmo art. 3.º define *produto* como "qualquer bem móvel ou *imóvel*, material ou imaterial" (grifamos).

A partir desses conceitos, o Código de Defesa do Consumidor equipara a incorporação imobiliária às *relações de consumo* em geral, nas hipóteses em que o adquirente seja o destinatário final do imóvel e esteja em posição vulnerável em face do incorporador.[47]

De fato, no rol de atividades que configuram o *fornecedor* estão a atividade de *construção* e de *comercialização de produtos*. É verdade que o incorporador não exerce, necessariamente, a atividade de construção, mas, não obstante, é ele quem faz construir e coordena o negócio da incorporação, sendo, por isso, responsável pela construção, solidariamente com o construtor; está, assim, de maneira indireta, equiparado ao fornecedor, mas, ainda que não o fosse não em razão da atividade de construção e de coordenação do negócio, o incorporador haveria de ser equiparado ao fornecedor em razão da atividade de comercialização

(47) No 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado (RS), em março de 1998, foi aprovada uma Conclusão no Painel II (Serviços imobiliários, educacionais, de transporte e turismo, item 2.2 – Incorporações Imobiliárias), do seguinte teor: "O contrato de incorporação, embora regido pelas normas e princípios que lhe são próprios (Lei 4.591/64), fica também subordinado à disciplina do CDC sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao usuário final" (Jacira Xavier de Sá. "A cláusula de decaimento e o Código de Defesa do Consumidor", *Revista de Direito do Consumidor* 31/56, jul.-set. 1999).

dos imóveis integrantes da incorporação, na medida em que o Código de Defesa do Consumidor qualifica o *imóvel* como *produto* e inclui a comercialização de produtos entre as atividades que caracterizam a figura do fornecedor.

Com efeito, sob a perspectiva do *objeto* da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor fala em *produto* e entre esses relaciona os bens imóveis, deixando claro que a fração ideal de um terreno objeto de incorporação imobiliária, bem como as acessões que a ela se agregarão para constituir a respectiva unidade autônoma, são consideradas *produto* para os efeitos de incidência das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à figura do consumidor, o adquirente de imóvel pelo regime das incorporações estará assim caracterizado na medida em que esteja na posição de destinatário final do imóvel e se mostre vulnerável em face do incorporador. Não será equiparado ao consumidor aquele que adquire imóvel em razão de sua atividade econômica, assim como aquele que adquire para revender, e não para utilizar como destinatário final. Para caracterização da figura do consumidor, é indispensável que esteja configurada a vulnerabilidade do adquirente, como observa Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, pois o art. 4.º do CDC "também traça elementos caracterizadores do conceito de consumidor e ali ressalta que devem ser observados alguns princípios, tais como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".[48]

A equiparação do contrato de incorporação ao contrato de consumo é opção de política legislativa que estimula a reflexão, a partir de alguns aspectos relevantes, que serão apreciados mais adiante, considerando que essas modalidades de contrato – contrato de incorporação e contrato de consumo – são distintas em sua substância, cada uma delas com estrutura peculiar e conteúdo próprio. Dessa questão fundamental decorre outro aspecto instigante, que é o fato de já existir, no ordenamento, um sistema de proteção adequado ao conteúdo do contrato de incorporação e à posição jurídica específica do adquirente, que está alicerçado rigorosamente nos mesmos princípios da boa-fé e da eqüidade que orientam o Código de Defesa do Consumidor; esse regime jurídico especial, pelo menos em princípio, dispensaria o empréstimo de normas relativas a aspectos nele já regulamentados. De outra parte, importa considerar também que eventuais lacunas da Lei das Incorporações são preenchidas pela aplicação de cláusulas gerais, cuja incidência no contrato de incorporação se faz naturalmente, independentemente do Código de Defesa do Consumidor e já se fazia efetivamente antes mesmo da vigência desse Código. Prova disso é que a prestação jurisdicional sempre se mostrou presente na defesa do adquirente, merecendo ressalva, apenas, os problemas decorrentes da insolvência do incorporador, em que a vulnerabilidade da posição do adquirente atinge grau máximo; essa lacuna, real-

(48) "A proteção contratual do adquirente de imóvel em construção", dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Profa. Maria Helena Diniz, 2000.

mente relevante, não foi nem de longe considerada pelo Código de Defesa do Consumidor, até porque a natureza do problema reclama solução específica, mediante afetação patrimonial.

Mas, a despeito de qualquer controvérsia que se possa suscitar, a verdade é que o Código de Defesa do Consumidor reuniu cláusulas gerais relativas aos princípios da boa-fé e do equilíbrio do contrato e as condensou no seu Capítulo VI, intitulado "Da Proteção Contratual", e essas cláusulas são comuns à generalidade dos contratos, sobretudo em situação de desnível entre os contratantes, circunstância que, segundo Sérgio Cavalieri Filho, alarga o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, tornando-o abrangente e fazendo-o penetrar em todas as áreas do direito.[49]

4.4.4 O contrato de incorporação imobiliária no contexto das cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor

Houvesse ou não o Código de Defesa do Consumidor equiparado a relação jurídica da incorporação imobiliária à relação de consumo, o contrato de incorporação, obviamente, haveria de se submeter às cláusulas gerais que traduzem os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das relações obrigacionais, que são comuns a todas as espécies de contrato e estão traduzidos no referido Capítulo VI do CDC. Os princípios expressos por essas cláusulas gerais devem, efetivamente, ser considerados na interpretação do contrato de incorporação, junto às normas especiais do regime jurídico próprio desse contrato, e, como observa Cláudia Lima Marques, já repercutiam nele e em outros contratos antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor,[50] ressalvadas, obviamente, as peculiaridades que envolvem cada modalidade de contrato.

Com efeito, ao dispor sobre a proteção contratual, no Capítulo VI, o CDC estruturou um regulamento de cláusulas gerais, fundado nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato, de aplicação generalizada a todas as espécies de contrato em que se verifique o pressuposto da vulnerabilidade, quando haja desnível entre os contratantes, de modo que aquelas cláusulas gerais, por consubstanciar os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato, aplicam-se mesmo aos contratos regulados por leis especiais.[51] Exemplo disso é o

(49) "O direito do consumidor no limiar do século XXI", cit.

(50) "... as cláusulas gerais podem repercutir – como já ocorre – no ordenamento jurídico brasileiro como um todo" (op. cit., p. 281).

(51) Questões como "enriquecimento sem causa", "obrigações incompatíveis com a boa-fé", "'cancelamento' unilateral do contrato", entre outras, contempladas nos arts. 51 e 53 do CDC, dizem respeito a princípios aplicáveis a toda espécie de contrato, e não somente aos contratos de consumo. A propósito, observe-se que o direito positivo português sistematiza o tratamento das cláusulas gerais num único diploma legal, o Dec.-lei 446, de 1985, nele contemplando as cláusulas gerais no mais amplo sentido,

que sucede com o contrato de transporte aéreo, como anota Cláudia Lima Marques: "o espírito protetor do CDC exige que suas normas sobre cláusulas abusivas sejam aplicadas para anular cláusula presente em contrato de transporte aéreo, que exclui o direito de indenização do consumidor por vícios ou fato do serviço, mesmo que a cláusula fosse permitida pela lei específica".[52]

A materialização do *espírito protetor* do Código de Defesa do Consumidor, assim, suprindo eventuais lacunas da Lei das Incorporações, haveria de efetivar-se pela atuação das cláusulas gerais, sejam aquelas enunciadas no Código de Defesa do Consumidor ou as cláusulas gerais já positivadas no direito comum, ressalvado que sua eventual aplicação a situações específicas, como a do contrato de incorporação, opera-se independentemente de eventual equiparação do adquirente de imóvel ao consumidor, até porque o conceito objetivo de destinatário, de que trata o art. 2.º do CDC, já está superado por um conceito mais amplo, que é o da vulnerabilidade, como observa Silvio Capanema de Souza: "Os princípios que sustentam o CDC, notadamente os da boa-fé objetiva e da eqüidade, acabam se expandindo para os contratos em geral sempre que se verificar a vulnerabilidade do contratante mais fraco. O contrato tem que estar impregnado da boa-fé: a redação do contrato tem que ser mais acessível ao homem médio; nos contratos por adesão, o contratante tem que ser informado antecipadamente de todas as características do negócio, não se admitindo informação posterior à celebração do contrato; qualquer contratante tem direito à segurança e se o produto apresenta algum risco, o contratante tem que ser informado desse risco; enfim, a presença do princípio da boa-fé objetiva opera um resgate ético para o Direito, é uma janela que se abre para uma nova dimensão ética do Direito".[53]

Refere-se o professor à exigência da conduta de boa-fé objetiva em todos os seus aspectos, sejam aqueles explicitamente referidos pela legislação especial, sejam outras condutas nela não referidas, mas que integrem o ordenamento ou que exprimam princípios gerais de direito, em atenção à atual realidade contratual. Observe-se, por exemplo, que a Lei das Incorporações impõe, explicitamente, o dever de informar (art. 32) e estabelece o conteúdo do contrato (arts. 48 e 51, entre outros), nada falando dos termos em que o contrato deverá ser redigido, mas, não obstante, não há dúvida de que é indispensável que a redação do contrato seja clara, com emprego de vocábulos facilmente compreensíveis; além disso,

em que dispõe sobre aquelas que são comuns aos contratos em geral e destaca aquelas aplicáveis somente aos contratos de consumo. Esse tratamento sistemático talvez contribua para melhor interpretação e aplicação da norma, mas, obviamente, tratando-se de opção de política legislativa, não comporta discussão no presente trabalho.

(52) Op. cit., p. 243.

(53) Palestra proferida no VII ENAI – Encontro dos Advogados do Mercado Imobiliário, promovido pela Abami – Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário de 25 a 27.10.2000 na Escola de Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

dada a especificidade e complexidade da legislação relativa aos aspectos financeiros do contrato, o texto deve ser desenvolvido em termos didáticos, para facilitar a compreensão sobre questão de máxima importância, como é, por exemplo, o reajuste do preço; devem ser redigidas em termos igualmente didáticos as cláusulas relativas à comprovação da mora e à resolução do contrato, bem como aquelas relativas ao leilão da unidade imobiliária; o contrato deve conter explicitação minudente sobre todos os aspectos do negócio, mesmo que o instrumento contratual fique muito extenso.

Esses e outros aspectos, embora não estejam enunciados em termos explícitos na legislação especial sobre incorporações, dizem respeito à cláusula geral da boa-fé objetiva e, por isso mesmo, devem ser observados na elaboração do contrato de incorporação.

Além desses cuidados na formulação dos contratos, o dever de lealdade na fase da execução exige, por exemplo, que, em caso de mora do adquirente, o incorporador apresente com exatidão os cálculos para purgação da mora, promovendo a cientificação do adquirente com rigorosa observância dos requisitos legais, do mesmo modo que o dever de cooperação exige do adquirente o pagamento pontual das parcelas do preço, não só para evitar prejuízos aos demais participantes do negócio mas, sobretudo, para assegurar a *funcionalidade econômica do contrato*, mediante conclusão da obra no prazo programado e com as especificações estabelecidas.

São aspectos como esses que, como observa Sérgio Cavalieri Filho, alargam o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, tornando-o *abrangente, difuso, que permeia todas as áreas do direito*,[54] por causa do seu caráter de cláusula geral, e, em atenção à necessidade de observância desses princípios, já se observa mudança de comportamento dos incorporadores, sobretudo mediante adaptação dos seus contratos à atual teoria contratual. Em termos concretos, merecem especial referência os "termos de compromisso de ajuste de conduta" que a Ademi – Associação dos Dirigentes do Mercado Imobiliário de Brasília, DF[55] e o Secovi – Sindicato das Empresas de Construção, Compra e Venda e Administração de Imóveis de São Paulo, SP[56] firmaram com o Ministério Público, visando adequar os contratos de compra e venda de imóveis sob o regime de incorporação às cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor, contemplando limitações nas estipulações de cláusulas penais, obrigatoriedade de fornecimento de manuais de conservação e utilização dos imóveis, observância rigoro-

(54) "O direito do consumidor no limiar do século XXI", *Revista Trimestral de Direito Civil* 2/125.

(55) Termo de Compromisso 142/97, firmado com o Ministério Público da União – Distrito Federal e Territórios, em 11.09.1997.

(56) Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta 36/00, firmado com o Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Consumidor, em 24.08.2000.

sa da obrigação de arquivamento do memorial de incorporação, entre outras, destacando as seguintes estipulações:

• Os agentes de venda não poderão cobrar taxas pela elaboração de cadastros ou contratos, mas poderão cobrar por assessoria jurídica, técnica ou imobiliária, por serviços de obtenção de financiamento, por negociação para constituição de novas garantias, aditamentos contratuais, retificação e ratificação contratual e renegociação de dívidas;

• as multas pelo atraso de pagamento não poderão ser superiores a 2% do valor da parcela atrasada, salvo alteração da legislação em vigor;

• não haverá cláusula que restrinja ou impossibilite a antecipação de pagamento de parcelas;

• a incorporadora não iniciará negociação das unidades antes de ultimado o registro do Memorial de Incorporação;

• em caso de rescisão contratual, antes da entrega da unidade imobiliária, não haverá cláusula penal em limite superior a 15% do valor do contrato;

• não haverá cláusula restritiva da responsabilidade civil por eventuais vícios da construção;

• deverá haver cláusula que informe expressamente o valor total que o adquirente pagará, a prazo, incluindo os juros;

• deverão ser impressas de forma destacada as cláusulas restritivas dos direitos dos adquirentes, para que sejam facilmente visualizadas pelos interessados;

• deverá haver cláusula que informe a possibilidade de vir a ser contratado qualquer tipo de financiamento para a construção, que exijam garantias, tais como caução de créditos e hipoteca da unidade objeto da promessa de venda;

• a incorporadora deverá enviar aos adquirentes relatórios sobre o andamento da obra com intervalo máximo de 180 dias, até a entrega das chaves;

• a incorporadora deverá entregar ao adquirente um "manual de proprietário", contendo normas de utilização e conservação das áreas privativa e comuns da edificação;

• deverá ser fornecido ao adquirente memorial descritivo das especificações, além dos prazos e critérios de garantia dos materiais, serviços e equipamentos.

Do que precede, é possível concluir que, apesar de a Lei das Incorporações contemplar um sistema de proteção do adquirente adequado às características próprias do contrato de incorporação, esse contrato submete-se, ainda, às disposições condensadas no Capítulo VI do CDC, por se referirem a cláusulas gerais comuns a toda espécie de contrato.

4.4.5 Particularidades do contrato de incorporação

A inclusão do contrato de incorporação no campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor não implica derrogação do regime jurídico próprio

desse contrato, contido na Lei das Incorporações, até porque o Código de Defesa do Consumidor não rompeu com os princípios, conceitos ou institutos jurídicos consagrados no direito privado, significando, apenas, que esse diploma legal veio conferir prioridade especial à defesa do consumidor.[57]

A despeito da equiparação entre as relações jurídicas decorrentes do contrato de incorporação e do contrato de consumo, há relevantes razões de ordem material e jurídica que justificam seja dada especial atenção aos traços que as caracterizam e as distinguem. Cada uma dessas espécies de relação jurídica tem estrutura e conteúdo próprios, a reclamar, obviamente, tratamento correspondente a essas peculiaridades e, por isso mesmo, a eventual aplicação de princípios e normas contidas no Código de Defesa do Consumidor não deve ser feita de modo indiscriminado, devendo, antes, ser verificada a adequação da norma à realidade fática e à tipicidade do contrato em questão, pois, na verdade, normas relativas às relações de consumo não são dotadas de fungibilidade que as tornem suscetíveis de aplicação sem ressalvas aos contratos de incorporação, salvo quanto às cláusulas gerais comuns a todas as modalidades de contrato.

A aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, sem considerar as características que conferem identidade própria a cada uma dessas relações jurídicas, e que as distinguem, poderá dar causa a graves anomalias funcionais, podendo até provocar a difunção do contrato.

Exemplo típico é o direito de arrependimento, cuja inadequada aplicação pode frustrar o contrato de incorporação.

Com efeito, no caso de compra e venda de coisa móvel, sobretudo por via telefone ou internet, o direito de arrependimento é, realmente, fator de proteção do consumidor; entretanto, quando se trata de compra de bem imóvel, o arrependimento pode, ao contrário, implicar desproteção do adquirente, mantendo-o em situação extremamente vulnerável ao longo de toda a duração do contrato, na medida em que haveria de ser conferido igual direito ao vendedor e ao comprador.[58] De outra parte, a eventualidade de desfazimento do contrato de incorporação mediante simples manifestação de arrependimento de algum contratante atinge a base do negócio e pode prejudicar a comunidade de adquirentes, na sua totalidade, sendo, por isso mesmo, incongruente com o sistema de proteção do adquirente, seja à luz da legislação especial sobre loteamento e incorporação, seja à luz do Código de Defesa do

(57) José Augusto Delgado observa que "o contrato de relação de consumo não se desvincula dos valores jurídicos adotados pelo direito privado para os contratos em geral. Apenas adota-os de modo mais flexível e com a produção de efeitos que visem evitar abusos..." ("Interpretação dos contratos regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor", *Revista Jurídica* 263/57).

(58) Recorde-se que o Dec.-lei 58, de 1937, afastou a incidência do direito de arrependimento nas promessas de compra e venda exatamente porque essa prerrogativa, prevista no art. 1.088 do CC, "deixava sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa-fé e a solvabilidade das empresas vendedoras" (excerto dos *considerando* da exposição de motivos do DL 58, de 1937).

Consumidor; por esse modo, essa eventualidade de desfazimento imotivado atingiria a causa do contrato e implicaria a ruptura do equilíbrio das relações obrigacionais e o próprio princípio da boa-fé, pelo qual se estabelece "um elo de colaboração, em face do fim objetivo a que visam as partes",[59] na medida em que poderia contribuir para a frustração da finalidade social e econômica do contrato de incorporação. Recorde-se que a finalidade do contrato de incorporação é comum a todos os adquirentes e que essa finalidade é incindível, daí porque a conduta individual de cada adquirente interessa a todos os demais e repercute sobre toda a comunidade de adquirentes.

Vez por outra é invocado o art. 20, II, do CDC como fundamento de tal pretensão e, à primeira vista, até se poderia ter a impressão de que esse dispositivo contemplaria a resilição unilateral, por manifestação do adquirente; entretanto, ao se interpretar o Código de Defesa do Consumidor em termos sistemáticos, essa impressão logo se dissipa, porque, de uma parte, a regra nele contida não se ajusta à natureza do contrato de incorporação, sendo, antes, própria de contratos de menor monta e de quase nenhuma complexidade (ao contrário do contrato de incorporação, que é de grande monta e de extrema complexidade), e, de outra parte, a proposição legislativa que autorizava o desfazimento do contrato jamais chegou a ser convertida em lei.[60]

De outra parte, como adverte Cláudia Lima Marques, a continuidade do vínculo "é uma das características do Código de Defesa do Consumidor, de forma a realizar as expectativas legítimas do consumidor quanto ao ideal de equilíbrio (justiça) contratual",[61] mesmo em caso de onerosidade excessiva (art. 6.°, V) ou em presença de cláusula abusiva (art. 51, § 2.°), não sendo invalidado o contrato em nenhuma dessas hipóteses.

Disso resulta que o eventual desfazimento imotivado do vínculo contratual violaria o próprio sistema do Código de Defesa do Consumidor, que não o admite senão naqueles casos previstos expressamente no Código, que são restritos e, portanto, devem ser interpretados restritivamente.

Além disso, vista a questão especificamente sob a perspectiva do contrato de incorporação, fica claro que uma eventual permissão legal de desfazimento imotivado se contrapõe à estrutura, ao escopo e à economia do contrato, seja porque interfere na base do negócio e, assim, tornaria incerta a realização do contrato, na medida em que o fluxo de recursos destinado à obra estaria aleatoriamente sujeito a ser desfalcado ou interrompido em razão de suspensão de pagamento por parte de adquirentes "desistentes", seja porque o desfazimento de que trata o inc. II do art. 20 do CDC implicaria *restituição imediata da quantia paga*, restituição essa que, no caso do contrato de incorporação, só é viável após a

(59) Clóvis do Couto e Silva, cit.

(60) Tratava-se do § 1.° do art. 53, que previa a possibilidade de desfazimento da promessa, com a restituição das quantias pagas.

(61) Op. cit., p. 64.

alienação da unidade do adquirente "desistente", pois as quantias pagas pelos adquirentes são imediatamente convertidas em *pedra e cal*, sendo materialmente impossível sua reconversão imediata em dinheiro, para atender a pretensão de restituição do "desistente", como previsto no inc. II do art. 20 do CDC.

Quanto a esse aspecto, importa ter presente que, apesar de ter como objeto a construção e a compra e venda de unidades imobiliárias, o contrato de incorporação, no seu aspecto estrutural, tem pontos de contato com o contrato de sociedade, sobretudo no que tange à dinâmica de aporte e aplicação de capital, vinculando o incorporador, o construtor e o conjunto de adquirentes por uma *affectio* semelhante à motivação da captação de capital para constituição e desenvolvimento de sociedade. Com efeito, a incorporação desenvolve-se com o capital aportado pelo incorporador, pelos adquirentes e, eventualmente, por entidade financiadora; a realização da função econômica e social do contrato, mesmo vista sob a perspectiva de um único adquirente, só se torna possível com a participação pecuniária da totalidade dos adquirentes, mediante pagamento das prestações no tempo e pelo modo estabelecido na programação do contrato, do mesmo modo que o escopo do contrato de sociedade só se viabiliza mediante aporte de recursos financeiros por parte de todos os sócios, na proporção de sua participação no capital. Quanto a essa estruturação, Caio Mário da Silva Pereira aproxima o perfil da incorporação ao de uma empresa, em razão da mobilização de fatores de produção para realização de determinada finalidade; o empresário é o incorporador, é verdade, mas o capital não é só dele, sendo também o dos adquirentes e, eventualmente, o de entidade financiadora, todos eles convergindo seus recursos e seus esforços para a consecução da edificação e a regularização da propriedade no Registro de Imóveis; aos adquirentes é assegurada a fiscalização da aplicação do seu capital, mediante acompanhamento da obra pela Comissão de Representantes, tal como é assegurado aos sócios o acompanhamento dos negócios da sociedade e a obtenção de prestação de contas por parte da administração.

Dada essa realidade, resulta claro que o desfazimento de contratos de adquirentes, suprimindo parcialmente a fonte de alimentação financeira, implica o rompimento da base do negócio. Esse desfazimento pode até atender o interesse individual de um adquirente, mas poderá obstruir a realização da função social do contrato, que visa a comunidade dos adquirentes, na sua totalidade.

Não obstante, importa ter sempre presente a eventualidade, na prática, de surgirem fatores conjunturais que dificultem ou impossibilitem ao adquirente o cumprimento da obrigação. Nesse caso, a desvinculação do adquirente deve ser implementada em termos que, preservando, embora, seu direito individual, não frustre a funcionalidade econômica e social do contrato, vista sob o ângulo da comunidade dos demais integrantes do contrato – incorporador e adquirentes –, e não somente sob o ponto de vista individual do retirante. Nesse sentido, têm sido articuladas na prática soluções pelas quais as partes procuram equilibrar os interesses em jogo, sendo a mais comum a resilição com a restituição das quantias pagas pelo retirante, deduzidas as despesas que se não relacionem diretamente com a obra, tais como comissão de corretagem, emolumentos de formalização e

registro do contrato, impostos e taxas etc., promovendo-se a restituição em parcelas livremente convencionadas pelas partes. Em julgamento de 17.05.2001, o STJ, no REsp 200019, cuidou de hipótese semelhante, ou seja, "ação de rescisão de compromisso de compra e venda ajuizada pelo promitente comprador, que ficou sem condições de cumprir o contrato". O pedido foi acolhido em razão do inadimplemento do comprador, mas sem isentá-lo de indenizar as perdas e danos sofridas pelo vendedor.

No contexto dessa questão não se pode deixar de considerar, também, que o leilão da unidade, nos termos do art. 63, é solução que igualmente pode atender o interesse comum das partes, na medida em que propicia a apuração de resultado financeiro compatível com as condições de mercado, ressalvados, obviamente, os inconvenientes resultantes da compulsoriedade da venda. O certo é que, deparando o adquirente com dificuldades para prosseguir aportando suas contribuições financeiras para a obra, ou estando impossibilitado de fazê-lo, é de se admitir, pelo menos em princípio, que a solução que atende com equilíbrio os interesses das partes seja a colocação de outro adquirente em lugar do retirante, seja mediante venda diretamente feita por este, seja mediante venda forçada, nos termos do art. 63.

Outra peculiaridade das incorporações, que não encontra similar nas relações jurídicas típicas de consumo, é a situação decorrente de eventual falência do incorporador, que igualmente é peculiar e, por isso mesmo, reclama tratamento específico de proteção. Nesse sentido, o mais eficiente mecanismo de proteção é a segregação patrimonial do acervo da incorporação, em benefício dos adquirentes e dos credores específicos da obra respectiva, de modo que, na hipótese de falência, a administração passe, automaticamente, a ser feita pelos adquirentes, que, sem qualquer subordinação à administração da falência, fiquem livres para deliberar pelo prosseguimento da obra ou pela liquidação do patrimônio que corresponde à incorporação.

A conveniência e a necessidade de se atender às características próprias de cada uma dessas situações, e de muitas outras que distinguem a relação jurídica de consumo da relação decorrente do contrato de incorporação, e, portanto, a necessidade de se lhes atribuir tratamento legal diferenciado, que seja adequado às suas feições próprias, vem sendo confirmada não só pela experiência dos mais avançados sistemas de proteção do consumidor, como é o caso das legislações dos países da Comunidade Européia – que configuram as relações de consumo em termos restritivos, limitando-as somente àquelas que tenham por objeto bens móveis corpóreos –, mas também pelas lições extraídas da aplicação prática do Código de Defesa do Consumidor aos negócios imobiliários, em que se observam as mais desarrazoadas decisões – sobretudo no campo administrativo –, decorrentes de inadequada interpretação.

São os casos, por exemplo, de algumas ações judiciais ou reclamações dirigidas por meio de órgãos administrativos, notadamente os "Serviços de Orientação e Proteção ao Consumidor" – Procon, em que adquirentes manifestam

desistência da aquisição, requerendo imotivadamente o desfazimento do contrato e a restituição das quantias pagas. Não raras as vezes, alguns desses órgãos administrativos dirigem expediente ao incorporador ou o loteador determinando que restituam ao adquirente as quantias pagas, sob pena de multa que às vezes equivale ao valor do próprio imóvel.[62]

Na verdade, o contrato de promessa de compra e venda de imóvel pelo regime de incorporação não é suscetível de desfazimento por simples desistência de qualquer das partes, seja porque a lei o define como irretratável, seja porque o Código de Defesa do Consumidor dá essa opção ao consumidor para outras hipóteses, mas somente para contratos que tenham como objeto bens móveis, como são os casos dos arts. 18, *caput* e § 1.º, 19, *caput*, 20, *caput*, 35 e 41.[63]

As hipóteses de arrependimento previstas no Código de Defesa do Consumidor, como observa Caio Mário da Silva Pereira, dizem respeito a bens simples e de uso imediato, "... não é curial que, na aquisição de uma unidade imobiliária, cuja construção acompanhou por período que normalmente varia de vinte a trinta meses (se não mais) possa arrepender-se do contrato no lapso de 7 dias a contar de sua entrega, como se se tratasse de um móvel de apreciação instantânea".[64]

No mesmo sentido, referindo-se ao art. 49 do CDC, Rodrigo Azevedo Toscano de Brito observa que, na medida em que esse dispositivo diz respeito a compras feitas fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio, "não há como adaptar essa regra às contratações imobiliárias, as quais, normalmente, não ocorrem dessa forma".[65]

(62) Entre outros, citam-se os casos das Reclamações 17.634/99 e 22.900/2000, do Procon-RJ. No primeiro caso, o adquirente, estando em mora, manifesta desistência de um compromisso de compra e venda de lote de terreno firmado de acordo com o art. 22 da Lei 6.766/79, pelo qual tais compromissos são irrevogáveis e "atribuem aos compromissários direito real, oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória...". No segundo caso, a adquirente manifesta arrependimento de um *contrato de compra e venda e de mútuo* firmado com os proprietários do terreno, que receberam integralmente o preço, e com a Caixa Econômica, que desembolsou todo o dinheiro utilizado na construção da casa da adquirente; apesar de não ter recebido o preço do terreno (até porque jamais integrou a relação jurídica material relativa à venda) a construtora foi instada a restituí-lo; além disso, o preço do terreno foi pago com recursos do mútuo firmado pela Caixa, não se sabendo como concretizar arrependimento de um contrato de mútuo.

(63) Theotonio Negrão. *Código Civil e legislação civil em vigor*, 18. ed., São Paulo : Saraiva, p. 490, nota 6 ao art. 18 do CDC.

(64) "Código de Defesa do Consumidor e incorporação imobiliária", *RT* 712/105, São Paulo : RT, fev. 1995.

(65) "Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor", *Revista de Direito Imobiliário* 49/105, São Paulo : RT, jul.-dez. 2000.

A esse propósito, Humberto Theodoro Júnior adverte para que a relativização do *pacta sunt servanda* não chega ao ponto de subverter a teoria do contrato, e "muito menos eliminar sua força obrigatória para dotar o consumidor do superpoder de unilateralmente romper o vínculo obrigacional", acrescentando: "O devedor inadimplente, salvo nos casos específicos de ruptura do contrato ou de sua revisão judicial, expressa e minuciosamente enumerados pelo CDC, não pode se furtar à força obrigatória do negócio contratual, porque essa atitude unilateral debilitaria o principal remédio jurídico de promoção da circulação de riquezas na sociedade capitalista".[66]

Recorde-se que em ambos os casos – incorporação ou loteamento – o legislador estabeleceu um regime jurídico próprio que tem como propósitos basilares, destacadamente, a proteção do adquirente e a seriedade da organização do negócio; neste último caso, esse regime especial visa assegurar condições para que o empreendimento chegue ao seu termo satisfatoriamente, com o adquirente recebendo seu imóvel tal como pactuado e o empresário apropriando seu lucro. Em ambos os casos, o propósito de proteção do adquirente está explícito no texto legal. Veja-se, por exemplo, o art. 25 da Lei 6.766/79:

"Art. 25. São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confiram direito real oponível a terceiros."

A irretratabilidade exprime, mesmo, um princípio nos negócios imobiliários de massa, como são o loteamento e a incorporação, e está também reproduzido na Lei das Incorporações, que reconhece esse direito ao adquirente até mesmo nas hipóteses em que o incorporador não lhe tenha outorgado o contrato de promessa, ao assegurar ao subscritor o registro da carta-proposta e ao emprestar a esse documento a natureza de contrato capaz de conferir direito real, uma vez registrado, nestes termos:

"Art. 35. (...)

(...)

§ 4.º Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1.º do art. 31 a obrigação de outorga dos contratos referidos no *caput* deste artigo nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no registro de Imóveis, averbação essa que conferirá direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente."

Na prática da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, os aplicadores vêm desprezando a regra fundamental da irretratabilidade, procurando impor ao incorporador ou ao loteador a revogabilidade do contrato, em benefício do adquirente.

(66) Op. cit., p. 52-54.

Essa questão já repercute nos tribunais, sendo dignos de nota dois julgados em que a matéria foi examinada mais detidamente, quais sejam o REsp 59.870-SP e a ApCiv 099.224-4/6 do TJSP, o primeiro proferido em fevereiro de 2000 e o segundo em agosto de 2000.

O REsp 59.870-SP rejeita, por unanimidade, a pretensão de desfazimento imotivado do contrato fundamentando-se em que o Código de Defesa do Consumidor não faculta a desistência a qualquer das partes nos contratos de promessa de compra e venda do imóvel. No caso desse recurso especial, o adquirente requereu o desfazimento da promessa com fundamento no § 2.º do art. 54, que fala da possibilidade de resolução dos contratos celebrados por adesão, invocando também o art. 53, que fala da nulidade da cláusula que preveja a perda total das quantias pagas. A decisão admitiu que o contrato foi celebrado por adesão, na medida em que o adquirente ficou "inteiramente subordinado ao contrato apresentado pelo vendedor, não tendo capacidade para discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo", mas, não obstante, rejeitou o pedido de desfazimento, sob o fundamento de que "a devolução das prestações pagas, por efeito de desistência da compra, não é garantida pelo Código de Defesa do Consumidor; o § 1.º do art. 53, que originariamente assegurava ao adquirente esse direito, foi vetado...", até porque, como assinala o Min. Carlos Alberto Direito, em seu voto, "não se pode transformar o contrato de compra e venda em um contrato de poupança, e a tanto equivale um contrato que autorizasse o comprador de um imóvel, financiado por cerca de 10 anos, a pedir a devolução do que pagou porque no quinto ano não tinha condições de honrar as obrigações que assumiu. Não haveria mais segurança em contrato de compra e venda de imóveis".[67]

Quanto à ApCiv 099.224-4/6, a 3.ª Câm. de Direito Privado do TJSP decidiu igualmente no sentido de que: "Contratos regidos pela Lei 4.591/64 são incompatíveis com a resilição unilateral e não autorizam a devolução integral das quantias pagas quando o comprador desinteressa-se pelo negócio imobiliário".[68]

(67) REsp 59.870-SP, 3.ª T., do STJ, decisão unânime, j. 07.02.2000, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, a.12, 129/246-257. Rel. Min. Ari Pargendler: "Civil. Compra e venda de imóvel resilida pela vontade unilateral do adquirente. Código do consumidor. 1. Contrato de adesão. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor, em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento, salvo se, *v.g.*, comprovada ou a modificação da planta padrão ou a redução significativa do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento. 2. Devolução das parcelas pagas. A devolução das prestações pagas, por efeito da desistência da compra, não é garantida pelo Código do Consumidor; que originalmente assegurava ao adquirente esse direito, foi vetado, de modo que uma exegese o restabelecesse implicaria eliminar o veto por meio de interpretação".

(68) ApCiv 099.224-4/6, decisão unânime, j. 22.08.2000, sendo relator o Des. Enio Santarelli Zuliani.

Em seu voto, o relator, citando Caio Mário da Silva Pereira, salienta que: "o fim do contrato é a edificação e por isso se celebra (...) não é permitido, pois, ao adquirente da unidade projetada, abandonar, no percurso, o esquema financeiro de trato prolongado. É um complexo de direitos e obrigações insuscetível de ser resolvido pela influência de elementos subjetivos ou pessoais, como a transferência de domicílio...".

A ilustração que se extrai dessas decisões, que atendem às finalidades econômica e social do contrato, sob a perspectiva do interesse da comunidade dos adquirentes, mostra quão inadequada pode ser a aplicação indiscriminada das normas do Código de Defesa do Consumidor para situações que se encontrem fora das características das relações de consumo, sem que se dê atenção à tipicidade da relação jurídica especial à qual se pretenda aplicar tais normas. Cláudia Lima Marques observou essa tendência de inadequada expansão do Código de Defesa do Consumidor e considerou-a inconveniente, nestes termos: "Nestes primeiros anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor ficou demonstrada uma certa tendência de expansão do campo de aplicação – já amplo – da lei protetiva, assim como algumas manifestações pela autonomia dogmática do direito do consumidor. Parece-me que o primeiro fenômeno expansionista nasce da necessidade dos práticos de adaptar os instrumentos existentes no direito civil tradicional às exigências de nossa complexa sociedade atual, massificada e para alguns já apresentando fenômenos pós-modernos. Se, efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor tem um enorme potencial rejuvenescedor do direito civil, não nos parece conveniente a sua autonomia em relação a outros ramos do direito, nem a sua aplicação prática a *todos* os casos no mercado, pois a força e efetividade demonstradas pelo novo Código reside justamente na correção ética de proteger os mais vulneráveis no mercado e, dogmaticamente, em seu papel oxigenador de ordenamento individualista em excesso. O mandamento de boa-fé objetiva positivado no Código de Defesa do Consumidor, os novos princípios reequilibradores das relações jurídicas, suas cláusulas gerais, esses sim podem repercutir – como já ocorre – no ordenamento jurídico brasileiro como um todo".[69]

A par desses aspectos específicos, que induzem à reflexão sobre a equiparação, em termos absolutos, do contrato de incorporação ao de consumo, precedentes legislativos do direito estrangeiro indicam que as relações de consumo devem ser tratadas em termos restritivos, por causa das peculiaridades que as distinguem e lhes dão feição própria.

É o caso das mais recentes legislações dos países da Comunidade Européia, orientadas pelas Diretivas aprovadas pelo Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia. De acordo com a Directiva 1999/44-CE, que estabelece as bases do sistema de defesa do consumidor no território europeu, as relações de consumo são conceituadas restritivamente quanto ao seu objeto,

(69) Op. cit., p. 281.

só sendo assim classificadas aquelas que tenham como objeto "bem móvel corpóreo".[70]

Atendendo à elementar exigência de adequação da norma à situação que visa disciplinar, a delimitação estabelecida por essa Diretiva tem como pressuposto a conveniência de se atribuir tratamento legal diferenciado às relações jurídicas que têm como objeto os bens imóveis, em termos adequados à sua especialidade e complexidade.

5. Conclusão

a) Os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das relações obrigacionais se espraiam por toda a matéria contratual, seja no campo mais amplo das obrigações em geral ou no campo mais restrito de determinadas espécies de contrato e, ainda, com especial intensidade, no plano dos contratos que exprimem relações de consumo.

Esses princípios estão expressos muitas vezes sob a forma de cláusulas gerais, que se caracterizam pela generalidade e versatilidade, sabendo-se, por elementar, que para sua adequação ao caso particular é preciso ater-se à função do negócio jurídico específico e para as circunstâncias do caso, pois é a partir daí que se poderá aferir se há coerência entre a conduta das partes e o escopo do contrato e, sendo assim, assegurar "conexão conceitual entre a boa-fé objetiva e a economia do contrato".[71]

Por isso mesmo, a aplicação dos princípios contidos nas cláusulas gerais deve conter-se *nos limites da realidade do contrato, sua estrutura, tipicidade e funcionalidade*, daí porque, segundo Sérgio Cavalieri Filho, "não deve o juiz, a pretexto de exercer essa atividade criativa, chegar ao ponto de transformar um contrato de compra e venda em doação, ou desfigurar um contrato de seguro ou de transporte sob pena de fazer direito alternativo".[72]

b) Vez por outra se defende a aplicação "plena" do Código de Defesa do Consumidor às incorporações,[73] mas uma eventual expansão irrestrita desse Código, além de ser inconciliável com a especificidade do contrato de incorporação, implicaria injustificável desprezo ao sistema de proteção específico concebido pela Lei 4.591/64. Com efeito, a Lei das Incorporações instituiu um sistema

(70) O art. 1.º da Directiva 1999/44-CE assim dispõe: "Art. 1.º Âmbito de aplicação e definições – 1. Omissis. 2. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por: a) Consumidor: (omissis); b) *Bem de consumo: qualquer bem móvel corpóreo...*" (*Revista Trimestral de Direito Civil* 3/220, Padma, jul.-set. 2000.

(71) Judith Martins-Costa, op. e p. cit.

(72) Op. e p. cit.

(73) Rogério Ferraz Donnini. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo : Saraiva, 1999. p. 140: "Se alguém adquire um

adequado às necessidades de compensação da vulnerabilidade do adquirente de imóvel em construção, valorizando a boa-fé objetiva e a função social do contrato, que vieram a ser priorizados pelo Código de Defesa do Consumidor quase 30 anos depois.[74] Essas leis partem dos mesmos pressupostos e têm o mesmo escopo, vale dizer, ambas partem da identificação da vulnerabilidade do adquirente, num caso, e do consumidor, no outro, e procuram compensá-la, buscando colocar as partes no mesmo nível de igualdade substancial. Ajustada à moderna teoria contratual, a Lei das Incorporações disciplina por inteiro as questões específicas da incorporação e da construção de edificações coletivas, solucionando adequadamente os problemas decorrentes da vulnerabilidade do adquirente.

c) A impressão de que o adquirente de imóveis pelo regime de incorporação estaria desprovido de normas de proteção é equivocada. Observe-se que no contrato de incorporação, tal como tipificado pela lei, estão contemplados com a necessária clareza os deveres de cooperação, de informação e de lealdade, abrangendo desde a fase da formação do contrato até sua extinção, passando pela conclusão e pela execução do contrato, deveres esses que, como se sabe, correspondem à materialização do princípio da boa-fé objetiva.

d) Recorde-se que, na incorporação, a proposta de contrato só pode ser formulada pelo incorporador depois de ter arquivado, no Registro de Imóveis, um conjunto de informações jurídicas, técnicas e empresariais relativas ao negócio em oferta, informações essas que estão condensadas no "memorial de incorporação"; observe-se que essa lei dita o conteúdo desse dossiê, estabelecendo taxativamente (art. 32), quais as exigências mínimas para sua formulação (demonstração da existência de projeto, orçamento de acordo com determinados padrões impostos pela lei, demonstração de situação jurídico-patrimonial do incorporador-proponente etc.).

Outra característica do contrato de incorporação é a limitação que a lei impõe à vontade do incorporador quanto aos índices e aos critérios de reajuste monetário do preço: a lei interfere no conteúdo do contrato, determinando quais os índices e os critérios de reajuste que podem ser utilizados no contrato de incorporação.

Além da proteção contratual, cuida a Lei das Incorporações da proteção da economia popular, ao tipificar crimes e contravenções por descumprimento dos deveres do incorporador.

imóvel, mediante instrumento particular de compromisso (...), caracterizada está a relação de consumo, tendo *aplicação plena do Código de Defesa do Consumidor*" (grifamos).

(74) Cláudia Lima Marques, por exemplo, justifica a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas incorporações nos seguintes termos: "Quanto ao contrato de incorporação imobiliária (...) aplica-se, então, em regra, as normas do Código de Defesa do Consumidor. Isto é importante em face da multiplicação no mercado imobiliário deste tipo de contrato e o perigo de má utilização do instituto, o qual trabalha necessaria-

Esses são apenas alguns dos aspectos específicos dessa atividade de produção e comercialização de imóveis em edificações coletivas, aos quais deve amoldar-se toda e qualquer medida de proteção do contratante, sob pena de se dar causa a distorções que desajustem a relação obrigacional e que afetem a equação contratual.

e) Nessa ordem de idéias, é recomendável que eventual aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a questões relativas à incorporação imobiliária seja conduzida com a atenção voltada para as características que lhe dão identidade própria, de modo a evitar distorções que levem à disfunção do contrato. A adequação das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e do equilíbrio às particularidades desse contrato tem merecido a atenção da doutrina e dos tribunais, no sentido de que "a aplicação da norma codificada seja feita com parcimônia, ajustando-se a generalidade e a abstração da regra jurídica à realidade da produção do produto, aplicando-se, no que for cabível, as normas especiais e codificadas vigentes".[75]

f) Na jurisprudência, exemplos eloqüentes da necessidade de conter a *atividade criadora do juiz, permitida pela cláusula geral (...), nos limites da realidade do contrato*[76] são os acórdãos proferidos no REsp 59.870-SP e na ApCiv 099.224-4/6 da 3.ª Câm. de Direito Privado do TJSP, em que se destaca a necessidade de respeito à causa do contrato, sua função social e econômica, ao reconhecer que o Código de Defesa do Consumidor não alterou a estrutura e as características do contrato de promessa de compra e venda de imóveis pelo regime da incorporação imobiliária, reafirmando que a irretratabilidade é da sua essência e foi concebida como fator de proteção do adquirente.

G) Consideradas todas essas peculiaridades e, ainda, a compatibilidade entre as Leis das Incorporações e do Consumidor, ambas estruturadas a partir dos mesmos pressupostos de vulnerabilidade do contratante mais fraco (adquirente-consumidor) e tendo a mesma finalidade de fazer prevalecer a função social do contrato e da propriedade, o contrato de incorporação deve ser interpretado de acordo com sua tipicidade, delineada na Lei 4.591/64, e à luz dos princípios jurídicos da boa-fé e do equilíbrio das relações obrigacionais, que caracterizam a moderna teoria do contrato e que estão reunidos no Capítulo VI do CDC.

mente com a figura da promessa de venda, tendo em vista a venda antecipada" (op. cit., p. 170).

(75) Everaldo Augusto Cambler, op. cit., p. 71.

(76) Ruy Rosado de Aguiar Júnior, apud Sérgio Cavalieri Filho, cit.

3. DIREITO CIVIL, NOTARIAL E REGISTRAL IMOBILIÁRIO

3.3

UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL. ALGUNS DOS ASPECTOS PRINCIPAIS

HÉLIO BORGHI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fundamentos e caracterização: 2.1 Disposições gerais; 2.2 Retrospectiva histórica; 2.3 O concubinato nas legislações estrangeiras; 2.4 O Direito brasileiro e a união estável (concubinato "puro" ou companheirato); 2.5 Elementos constitutivos: 2.5.1 Elementos essenciais; 2.5.2 Elementos secundários ou subsidiários; 2.6 Benefícios patrimoniais e econômicos; 2.7 A regulamentação atual; 2.8 Evolução jurisprudencial – 3. Efeitos jurídicos: 3.1 Disposições gerais: 3.1.1 Fidelidade recíproca; 3.1.2 Vida em comum no domicílio do casal; 3.1.3 Mútua assistência; 3.1.4 Sustento, guarda e educação dos filhos; 3.2 Direitos e deveres do marido e do companheiro; 3.3 Direitos e deveres da mulher casada e da companheira; 3.4 Na união estável (complementação) – 4. Regime de bens: 4.1 Definição, disposições gerais e pacto antenupcial ou ante-união: 4.1.1 Definição; 4.1.2 Disposições gerais; 4.1.3 Pacto antenupcial ou ante-união; 4.2 Regime da comunhão parcial; 4.3 Regime da comunhão universal; 4.4 Regime da separação (legal e convencional); 4.5 Regime dotal; 4.6 Doações antenupciais ou ante-união; 4.7 Na união estável (complementação) – Bibliografia.

1. Introdução

Nos primórdios da civilização, a relação sexual entre homem e mulher era feita de forma a mais promíscua, sem a observância de elementares regras comportamentais, originando-se, daí, o chamado período do matriarcado, com a predominância da mulher no comando do grupo em que vivia, posto que detinha o poder de mando sobre os vários filhos que então viesse a ter do relacionamento com variados homens, dentre os quais, na maioria das vezes, não se conseguia determinar quem seria o pai de tal ou qual filho.

Esse foi um período cuja retratação histórica é bastante obscura, por falta de possibilidades de obtenção de dados idôneos, históricos ou jurídicos, mais completos, não se negando, porém, o caráter concubinário a tais relações, embora, de certa forma, efêmero.

Posteriormente, com as civilizações egípcia, grega e romana, de um lado – razoavelmente e bastante conhecidas as duas primeiras e a última, respectiva-

mente –, e de outro lado com documentos de outras civilizações, como babilônica, hindu e chinesa, traduzidos pelo Código de Hamurabi, pelas Leis de Manú e pelo Código Chinês, pôde-se tomar contato mais estreito com essa forma de vida – o concubinato –, sempre considerado um ilícito, já que, então, conseguira o ser humano restringir sua companhia a uma outra pessoa do sexo oposto, ou a várias delas, conforme permitisse a religião então professada, fato esse que, de resto, ainda à época atual se observa dentre alguns e poucos povos orientais.

Daí originarem-se os conceitos da monogamia e da poligamia – esta dividida em poligínica e poliândrica, conforme a pluralidade de esposos fosse permitida ao homem ou à mulher, respectivamente –, mas que não eliminava, ainda que no sistema monogâmico, a presença de outra pessoa, o(a) concubino(a). O *Antigo Testamento*, por exemplo, nos dá mostra clara da época da prática do concubinato pelos patriarcas: Isaac, Davi, Abraão etc.

Fica também claro tal fato – o concubinato –, quando se atenta para os vários modos de desfazimento da união conjugal que havia, por exemplo, num largo período do Império Romano, com quatro tipos de divórcio: o repúdio, o divórcio por justa causa, o divórcio sem justa causa e, finalmente, o divórcio *bonna gratia* (de foro íntimo: voto de castidade, impotência de algum dos cônjuges etc.). Ora, tanto no tipo divórcio-repúdio como no tipo divórcio por justa causa, a origem da então ruptura do casamento (um mero fato social e não jurídico, como passou a ser considerado posteriormente), quase sempre estava no cometimento do adultério, e, assim, se continuado, no envolvimento em concubinato. Se cometido pela mulher o adultério, simplesmente o casamento era dissolvido e a adúltera, concubina, e seu cúmplice eram duramente castigados, até com morte em certos períodos da história romana; entretanto, se o adultério fosse cometido pelo homem casado, o concubino, aí só haveria o rompimento do casamento, pelo repúdio ou pelo divórcio por justa causa proposto pela mulher, se aquele mantivesse a concubina ostensivamente, no lar ou fora dele. Aí deparamos, também, como já referido acima, com a figura do concubinato.

Na Idade Média, apesar do rigor com que o catolicismo e a Igreja Católica, por conseguinte, combateram a vida dupla no setor amoroso do homem e da mulher casados, e da vida em comum das pessoas não casadas, o concubinato existiu claramente, originando-se, daí, grandes injustiças em desfavor de filhos nascidos de uniões ditas ilegítimas, alcunhados pelo nome do crime cometido por seus, e adúlteros, pais: a) espúrios, divididos em adulterinos e incestuosos (se, além do adultério, houvesse o cometimento do incesto, que a Igreja Católica recrimina fortemente, embora não seja tipificado como crime em algumas legislações penais, como, por exemplo, a brasileira); ou b) naturais, os meramente consangüíneos, não nascidos dos crimes de adultério ou de incesto, acumulados ou não, mas ainda assim nascidos ou concebidos fora do casamento de seus pais.

Tais filhos não poderiam ser reconhecidos, restando dessa proibição a impossibilidade de adotarem os nomes dos pais, ou de sucederem-nos hereditariamente, só lhes sendo concedidos alimentos para sua sobrevivência em raras hipóteses, posto que filhos de concubinato impuro, espúrio (turvo, sujo), e, como tal, recriminados pela poderosa sociedade medieval.

Já os filhos oriundos de concubinato "puro", ou seja, de pais não casados entre si nem com outras pessoas e que viviam juntos, eram vistos com olhos mais tolerantes pela exigente sociedade, já que, embora também arrolados como ilegítimos, não vinham de crime tão repugnante, no entender da mesma sociedade.

Essa a posição sócio-jurídica das uniões concubinárias que a legislação filipina trouxe para o Brasil e que vigeu até a entrada em vigor do nosso Código Civil, que, por sua vez, continuou a não contemplar a união concubinária, só a citando, vez por outra, para reprimi-la (ex.: proibição da concubina receber legado de concubino-testador casado; proibição de ser contemplada com doação por concubino casado; proibição de ser designada pelo concubino casado sua beneficiária em apólice de seguro de vida etc.), originando-se desse desprezo legislativo a impossibilidade de reconhecimento de filhos daí nascidos – com exceção dos que viriam a ser "legitimados" por subseqüente casamento de seus pais desimpedidos –, e a impossibilidade de ser atribuída "prole ilegítima" à mulher casada, e incestuosa à solteira. Continuava o rigor da exigente sociedade, não mais medieval, mas moderna!

Por sua vez, a sociedade contemporânea começou a ver a situação da vida concubinária com nuances, embora o lado escuro do concubinato, o "impuro" – aquele em que há o cometimento do crime de adultério, e, talvez, do incesto –, continuasse na penumbra. Passou-se a admitir direitos, até então inadmitidos, a concubinos (e especialmente à concubina) que vivessem nesse estado por muitos anos, embora já separados de fato de seus esposos, ou, então, desquitados, já que não havia o divórcio entre nós, para permitir o novo casamento daquelas pessoas entre si.

Os filhos nascidos de tais uniões começaram a ter alguns direitos por disposições legais brasileiras menos severas (ex.: Dec. 4.737/42, Lei 889/49 etc.), a os conviventes (especialmente a mulher) passaram a ser encarados como companheiros, expressão menos preconceituosa, oriunda do Direito do Trabalho.

A legislação previdenciária, depois a tributária (imposto sobre a renda), a locatícia etc., foram alargando as conquistas nos campos social e jurídico brasileiros, complementadas por decisões judiciais – que contemplavam a ajuda na formação do patrimônio do concubino falecido, com a outorga da meação ou de certa parte ideal, ou, em caso de impossibilidade de comprovação de tal ajuda, com a concessão de certos benefícios pecuniários a título de pagamento por serviços prestados (o que, também, diga-se, é algo vexatório para quem tenha trabalhado intensamente ao lado de seu companheiro e não tenha conseguido provar a participação, talvez por má-fé do mesmo!).

E, finalmente, a Constituição Federal, em 1988, incluiu no capítulo referente à Família, no art. 226, §§ 3.º e 4.º, a referência à união estável e à entidade familiar, esta formada por pai ou mãe e seus filhos de fora do casamento, tendo o citado § 3.º sido regulamentado pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, bastante comentadas pelos aspectos polêmicos que contêm, a que a sociedade ainda não está acostumada, e, também, bastante criticadas por inúmeras interpretações que ensejam, quanto aos efeitos que possam produzir, principalmente quanto ao tem-

po necessário da vida em comum para permitir a configuração da união estável, já que a lei de 1994 fala em cinco anos ou existência de prole, enquanto a lei de 1996 apenas alude à convivência duradoura, pública e contínua, ensejando em alguns a impressão de ter revogado parcialmente (derrogado) a primeira lei, e por isso mesmo, ambas deverão ser futuramente revogadas (ab-rogadas), fundidas numa outra lei consolidadora, constante do Projeto de Lei 2.686, de 1996, do Poder Executivo – Mensagem 1.447/96, publicado no *Diário da Câmara dos Deputados*, em 06.01.1997. O Projeto 2.686/96, citado, no seu art. 1.º, também exige o tempo mínimo de duração da vida em comum de cinco anos, ou de dois anos, havendo filho comum. Sobre os arts. 1.º das leis de 1994 e de 1996, que têm sido o objeto das controvérsias doutrinárias, entendemos que a "convivência duradoura", referida na Lei 9.278/96, deve perdurar já por, no mínimo, cinco anos para a configuração da união estável, como estabelece o art. 1.º da Lei 8.971/94, que foi complementada para nós (ou revogada parcialmente, como querem alguns) pela lei de 1996, e por ser da mais pura tradição de nosso Direito tal prazo, para configuração de vários benefícios ou efeitos jurídicos na área do Direito de Família e, antigamente, nas questões de concubinato. No sentido do que dispomos acima, o Projeto de novo Código Civil brasileiro, de n. 118/84, que substituiu o antigo Projeto 634B-75, já emendado pelo Senado Federal e novamente remetido à Câmara dos Deputados, também estabelece o prazo citado, de cinco anos. Com efeito, emenda apresentada e aprovada no Senado determina a inclusão de mais um Título, após o art. 1.751 do projeto original, tratando sobre a união estável, e nesse local é mencionado o prazo referido, ou de três anos caso haja prole do casal convivente, para caracterização da união e conseqüente produção de efeitos jurídicos. Contrariamente ao que afirma a maioria dos juristas, entendemos que a lei de 1996 não revogou a lei de 1994, nem na parte que se refere a alimentos, pois a lei mais recente (art. 7.º) repete o preceito da mais antiga (art. 1.º), nem nas demais disposições, inclusive quanto ao prazo para caracterização da união estável. Estamos convictos de que não houve a citada revogação parcial – e muito menos a total (ab-rogação), como afirmado também por outra parte da doutrina –, pois as duas leis tratam de coisas diferentes: alimentos, sucessão e usufruto, na lei de 1994 e alimentos, efeitos jurídicos da união, regime de bens, direito real de habitação, conversão da união em casamento e foro competente para as questões envolvendo a união estável, na lei de 1996. Assim, aplicando-se o art. 2.º, §§ 1.º a 2.º da LICC brasileiro (Dec.-lei 4.657/42), entendemos conviverem atualmente as duas leis citadas, inteiramente. E permite tal projeto, também, a conversão da união estável em casamento, nos mesmos moldes da Lei 9.278/96 (art. 8.º), em seu art. 9.º. E, a respeito do procedimento dessa conversão de união estável em casamento, já há provimento da Corregedoria-Geral da Justiça, em São Paulo, alterando os procedimentos constantes das Normas de Serviço daquela Corregedoria, que prevê a indispensabilidade da habilitação prevista na lei civil (CC, art. 180 [ou art. 1.522 no Projeto 118/84, de novo CC]) para verificação de possíveis impedimentos matrimoniais (CC, art. 183 [arts. 1.518/1.521 do projeto citado]), inclusive com a publicação dos editais de praxe, no prazo legal, e escolha do regime de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil, matéria que

será enfocada mais especificamente neste trabalho, infra, item 4, final. Todavia, o Projeto 2.686/96 dispensa os proclamas a os editais, ao contrário do que exige o provimento referido. Por outro lado, o Projeto 118/84, de novo CC, exige o procedimento judicial para tal conversão.

No art. 226, § 5.º, *caput*, e no art. 5.º, I, a Magna Carta igualou homens e mulheres, casados ou conviventes em união estável, em direitos e obrigações, não mais prevalecendo a hierarquia masculina, agora dividida com a consorte ou convivente. E, no art. 227, § 6.º, igualou a todos os filhos, não importando sua origem, fazendo justiça, assim, àqueles que nenhuma culpa tinham sobre o fato de seu nascimento e carregavam pesada cruz pelos desvios cometidos eventualmente por seus pais. As leis mais importantes, regulamentadoras do citado preceito constitucional são as de n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e 8.560/92, que regula a investigação de paternidade da filiação havida fora do casamento.

Neste trabalho são enfocados vários aspectos importantes da união estável (ou concubinato "puro", ou companheirato), tanto quanto aos seus fundamentos e elementos caracterizadores, como no que respeita aos efeitos jurídicos decorrentes – também no tocante ao casamento –, além do regime de bens – inclusive dos regimes referentes ao casamento –, e, especialmente, em face da igualdade constitucional entre homem e mulher, estabelecida nos locais acima apontados. As apreciações que fazemos também sobre o casamento se justificam, no nosso entendimento, tendo em vista que as citadas leis a eles se reportam, especialmente a de n. 9.278, de 10.05.1996, que permite no seu art. 8.º aos conviventes a conversão de sua união estável, ou concubinato "puro", ou companheirato em casamento, sem a efetiva realização formal e material deste, com o simples requerimento ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais (no citado Projeto 2.686/96, art. 9.º, no mesmo sentido, enquanto que o Projeto 118/84 determina procedimento judicial), conforme já referimos acima.

2. Fundamentos e caracterização

2.1 Disposições gerais

Existe, ao lado do casamento, uma outra espécie de união, que já é ou vem sendo regulamentada em vários países, e muito discutida pelos doutrinadores: o concubinato "puro", ou companheirato, ou união estável como é denominada atualmente no Direito positivo brasileiro, e que já foi mencionada na Introdução, retro.

Tanto é verdadeira essa discussão, que alguns autores preferiam desconhecer tal fato social, não o mencionando em suas obras, enquanto outros discorriam ligeiramente sobre o mesmo. Como não se cogita do concubinato de forma expressa no Código Civil brasileiro em vigor, geralmente ele é tratado à parte, em estudo de pesquisa, muito embora o Projeto 118/84, de novo CC, contemple a união estável, atual denominação do antigo concubinato "puro".

O concubinato já existia no Direito romano, pois havia proibição de casamento entre determinadas pessoas, especialmente se pertencentes a classes sociais desiguais, o que ocasionava a convivência à margem dos padrões do casamento (embora também este fosse somente um fato social em Roma), com a conseqüente existência de filhos não oriundos do casamento. Em certas épocas do Direito romano o concubinato foi bastante difundido e tolerado.

Posteriormente, o concubinato foi totalmente combatido pelo Direito canônico, que não permite a vida conjunta de pessoas que, embora de sexo diferente, não sejam casadas pelos ritos da Igreja.

No caso do Brasil, é de se salientar uma evolução que tem ocorrido em relação aos efeitos dessa união à margem da lei, "tolerada" indiretamente. Diz o art. 229 do CC: "Criando a família legítima, o casamento ...", o que implica dizer, a *contrario sensu*, que já era admitida a família havida fora do casamento, o que, aliás, vem confirmado na atual Constituição Federal, art. 226, § 3.º, devidamente regulamentado pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, que deverão ser substituídas, brevemente, por outra lei, constante do Projeto 2.686/96, em tramitação legislativa, cuja rubrica determina que "Regulamenta o § 3.º do art. 226 da Constituição, dispõe sobre o Estatuto da União Estável, e dá outras providências", conforme largamente enunciado anteriormente. Igualmente o Projeto 118/84, de novo CC brasileiro, em tramitação legislativa, também trata da questão da união estável, em título a ser introduzido após o art. 1.751, devido a emenda apresentada no Senado Federal ao Projeto original, de n. 634B-75, conforme já exposto na Introdução. A respeito do conteúdo do art. 229 do Código atual, diz o art. 1.509 do Projeto 118/84 que: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família", não mais se encontrando, pois, a "tolerância" com a família havida fora do casamento, que passa, agora, a ser legal.

Portanto, deve-se frisar um ponto importante: a Constituição de 1988, ao se referir à "união estável", afasta a proteção legal aos casos de relacionamento sexual sem vida em comum, considerados como mera concubinagem e "impuros" (visto que os participantes têm impedimentos para se casarem entre si); por outro lado, o concubinato "puro" é aquele em que há a união estável albergada pela Constituição Federal, ou seja, vida em comum por participantes que vivem como tendo o estado de casados, com participação afetiva e econômica de ambos – o que legitima os direitos à mulher de participar na divisão do patrimônio comum (Leis 8.971/94, 9.278/96, Projeto de Lei 2.686/96, Projeto 118/84 de CC, a Súm. 380 do STF) –, embora não vivendo necessariamente sob o mesmo teto (*more uxorio*), conforme preceitua o mesmo Supremo Tribunal Federal em sua Súm. 382. Este último ponto é muito controvertido na doutrina, porque um pouco conflitante com o sentido exato da união estável ou concubinato "puro" que se conhece de outros sistemas de Direito positivo.

Além da partilha do patrimônio comum, quando da dissolução da sociedade (desde que devidamente comprovada a participação da convivente para a formação desse patrimônio), outros benefícios foram sendo dados à companheira (expressão que passou a ser usada, oriunda do Direito do Trabalho, para distinguir a

mulher da união estável ou do concubinato "puro", da parceira em meras relações sexuais, que continuou a ser chamada de concubina) e ao homem, como: alimentos ou pensão, recebimento de indenização por serviços prestados quando não ficar caracterizada a participação efetiva para a formação do patrimônio comum, inclusão como beneficiária da Previdência Social pelo homem, direito ao homem de incluir a companheira como sua dependente na declaração do imposto sobre a renda, direito da mulher solteira, que viva *more uxorio* com homem com o qual não possa casar-se por impedimentos matrimoniais, de acrescer aos seus o nome de família do homem (art. 57, § 2.º, da Lei dos Registros Públicos, 6.015/73) etc.

O concubinato, pelos contornos atuais, agora como união estável, não poderia deixar de despertar o interesse da ordem jurídica, seja pela proteção aos filhos havidos na constância da união, a terceiros e aos próprios companheiros em suas mútuas relações.

2.2 Retrospectiva histórica

No passado, se vê, historicamente, que o concubinato se fez presente ante a ordem jurídica, ora admitido por ela em determinadas circunstâncias, ora marginalizado, mas, sempre, como fato socialmente relevante.

Assim, na Grécia, se enfocarmos sob uma visão panorâmica a história helênica, podemos dizer que o concubinato não implicava desonra. Podia resultar de uma união regular entre homem e mulher cuja condição social impedia o cidadão de desposá-la, ou de união irregular mas tolerada, contanto que a concubina não fosse mantida sob o mesmo teto que a mulher unida pelo matrimônio.

Por outro lado, dentre os diversos períodos do Direito romano, importante destacarmos que a diferenciação entre os cônjuges e concubinos em Roma, até o período pós-clássico – tendo-se em vista que não eram exigidas quaisquer formalidades para a caracterização da vida de casados –, era feita através da manifesta posse do estado, assim considerados como cônjuges homem e mulher que vivessem na posse do estado de casados. É preciso ressaltar a caracterização do concubinato pela aparência, notoriedade e fidelidade, ou seja, a convivência de homem e mulher, livres e solteiros, como se fossem casados. Não era o concubinato proibido, nem considerado atentatório à moral.

Todavia, o Direito canônico arrefeceu a situação acima enfocada, pois a Igreja sempre combateu o concubinato, principalmente na Idade Média, com apoio na moral pública e com a autoridade de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, conforme ensina Washington de Barros Monteiro.[1] Encarando o concubinato como um delito, o Direito canônico previa para os concubinos não só medidas penais, como sanções civis. Estabeleceu tais sanções contra a convivência concubinária, devido a uniões "desabonadoras" existentes até dentro da Igreja, em certos períodos.

(1) *Curso de direito civil*, vol. 2, Direito de família, p. 16.

O Direito canônico, finalmente, diante da impossibilidade de extinguir o concubinato, buscou regulá-lo de forma realista. Assim, concedeu-lhe efeitos, procurando assegurar, pelo menos, a monogamia e a estabilidade do relacionamento do casal, sem contudo ratificá-lo, como se infere de decisões da Sacra Rota Romana, espécie de tribunal eclesiástico em questões de anulação de casamentos, conforme lição de Álvaro Vilaça Azevedo nesse sentido.[2]

2.3 O concubinato nas legislações estrangeiras

No Direito estrangeiro, verificamos que, em nível constitucional, só alguns países dispõem sobre o concubinato ou união estável, e dentre as constituições que o fazem de maneira afirmativa, ou seja, garantindo proteção de forma expressa, podemos citar as Constituições da Nicarágua, do Peru, da Guatemala, do Panamá e de Cuba, que protegem tanto a família regularmente constituída, como a união estável. No México, não em nível constitucional, mas de Código Civil, há relativa proteção à mulher concubina, incluindo-a na ordem de vocação hereditária, como ocorre igualmente na Venezuela com seu Código Civil, na Bolívia com o Código de Família etc., como será enfocado com maiores pormenores, infra.[3]

2.4 O Direito brasileiro e a união estável (concubinato "puro" ou companheirato)

Quanto ao Direito brasileiro, em nível constitucional, a Carta de 1988 foi a primeira dentre as nossas Constituições a estabelecer proteção efetiva às uniões estáveis. As anteriores apenas consideravam o casamento como base da sociedade.

O Código Civil vigente nada tratou sobre o assunto, exceto para amparar o investigante de paternidade. No Anteprojeto de Código Civil, de 1972, elaborado por Comissão supervisionada por Miguel Reale, as relações patrimoniais entre os concubinos mereceram destaque no Título IV do Livro IV, nos arts. 1.989 e 1.990, porém excluídos logo na revisão posteriormente efetuada, nada constando do Projeto 634B-1975 (porém, sim, do Projeto 118/84, com as modificações introduzidas pelo Senado Federal àquele inicial, devendo-se prever, portanto, que nas revisões finais de tal projeto, antes de ser convertido em novo Código Civil, o assunto seja devidamente inserido no texto do mesmo). Ou, até ao contrário, o art. 1.509 do Projeto de 1975, ao aludir à instituição da "família legítima", excluiu o concubinato, embora se pudesse entender que admitia a união estável, a *contrario sensu*, como também ocorre na interpretação do art. 229 do CC atual, conforme já referido acima. O assunto será retomado nos subitens 2.6 e 2.7, infra, com maior amplitude.

(2) *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 28 *et seq.*

(3) O assunto é desenvolvido detalhadamente por Vilaça Azevedo, op. e loc. cits.

2.5 Elementos constitutivos

Tratando-se de situação eminentemente fática, e agora elevada à categoria de ordem jurídico-constitucional, passando a possuir embasamento legal, a união estável terá de estar condicionada a alguns elementos caracterizadores para que seja reconhecida como instituidora da família, como superficialmente mencionado retro, acontecia tanto na Grécia e em Roma, quanto pelo Direito canônico na Idade Média, e, principalmente, ocorre nas legislações que atualmente prevêem proteção ao concubinato, assim como naquelas que não a determinam. Importante, pois, a fixação dos elementos que indicam a caracterização do concubinato, para que se possa tanto protegê-lo quanto reprimi-lo, de acordo com a política legislativa de cada País.

A doutrina e a jurisprudência, no Brasil, encarregaram-se de fixar os parâmetros para o reconhecimento do concubinato, até a vigência das leis regulamentadoras da Constituição, já citadas. O concubinato, segundo quase toda a doutrina, para ser reconhecido deve, inicialmente, não ser adulterino, posto que decorrente de fato criminoso, consoante esclarece excerto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "(...) é que a lei não contempla o concubinato adulterino (...) como reconhece a nova Constituição (...)", inserto na *RT* 649/52.

Dentre os elementos essenciais, caracterizadores do concubinato, podemos citar, seguindo a voz unânime dos grandes e mais festejados autores: a fidelidade, a notoriedade e a continuidade das relações sexuais. Como elementos secundários, a doutrina apresenta situações valorizadoras da união, sob as mais variadas denominações, como: dependência econômica de um companheiro ao outro, compenetração das famílias, honorabilidade, gravidez ou existência de filhos na constância da união, ausência de matrimônio civil válido, colaboração no sustento do lar, casamento no estrangeiro de pessoas separadas judicialmente antes da existência do divórcio no País, situação da mulher como empregada doméstica do amásio, maior ou menor diferença de idade entre os concubinos, existência de contrato de concubinato, comunidade de leito, posse do estado de casados etc.

2.5.1 Elementos essenciais

São três os elementos essenciais à caracterização da união estável, que analisaremos a seguir.

2.5.1.1 Fidelidade – Trata-se de elemento essencial unanimemente citado pela doutrina. Segundo Silvio Rodrigues[4] "(...) dentre os vários elementos capazes de configurar o concubinato, o que realmente parece fundamental para tal fim é a presumida fidelidade da mulher ao homem (...)" e acrescenta "(...) outros elementos o revelam, sem se revestirem, entretanto, de caráter essencial para a

(4) *Direito civil*, vol. 6, Direito de família, p. 264.

caracterização do concubinato (...)", exigindo alguns autores a fidelidade certa, ostensiva, quase "agressiva". Certamente, podemos dizer tratar-se a fidelidade de sustentáculo primeiro do concubinato, pois a presumida reciprocidade de ambos é que revela a vontade da vida em comum, assim como de se investirem na posse do estado de casados, como se o fossem realmente. A fidelidade apresenta-se ligada diretamente à noção de unicidade de amante, pois a união estável pressupõe o relacionamento exclusivo de um homem e uma mulher. Caso exista relacionamento com mais de um amante, descaracterizada fica a união, indicando que não há ligação vinculatória, conseqüentemente, nem estabilidade. Apesar de não implicar em qualquer sanção, subsiste como elemento valorizador da situação de fato. Importante esclarecer que, para alguns autores, a fidelidade era dever exclusivo da mulher. Respaldados, porém, no entendimento de Vilaça Azevedo,[5] podemos afirmar que a fidelidade concubinária, assim como no casamento, é recíproca, pois, caso contrário, já sendo a união estável entendida como uma forma de fuga às responsabilidades do casamento por alguns doutrinadores, mais estímulos teriam os homens à sua busca, pois nenhum ônus os sobrecarregaria, apenas os prazeres da vida sexual. Além disso, a Constituição de 1988 igualou, no art. 226, § 5.º, os direitos e deveres entre homens e mulheres. A questão da fidelidade ganha grande importância quando levada a caracterizar a união estável em juízo, como percebe-se, por exemplo, no voto do Min. Rafael Mayer, proferido no julgamento do RE 106.663-6/PE, cuja ementa refere-se a "Legado. Testador casado. Concubina. Companheira", onde, distinguindo os conceitos de concubina e companheira, diz: "(...) é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver *more uxorio* com outra. Na primeira hipótese, o que se configura é um concubinato segundo seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se concretiza é uma união de fato e a mulher merece havida como companheira". E, complementando, cita a distinção feita pelo magistrado de primeira instância: "(...) concubina é amante, é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, com a prática de bigamia e que o homem freqüenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis. Companheira é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem (...)" – *RF* 295/248. Como se nota, há diferentes formas de designar as pessoas ligadas na união estável, usando-se, freqüentemente, as expressões "companheiros" ou "conviventes" para o chamado concubinato "puro" (companheirato ou união estável), a "concubinos" para os casos de concubinato "impuro", que também é chamado por alguns de "concubinagem". Entretanto, emprega a doutrina, também, a expressão "concubinos" para designar os integrantes da união estável ou concubinato "puro", por ser mais tradicional, embora no Projeto de novo Código Civil, tal expressão

(5) Op. cit., p. 65-66.

designará o concubinato conhecido como "impuro", já que tal projeto protege o que entende ser união estável, determinando a Emenda 462, do Senado, que: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato" (sem adjetivo). Na realidade, as pessoas ligadas na concubinagem seriam co-autoras do crime de adultério, e assim também são designadas, esporadicamente.

2.5.1.2 Notoriedade – Considerada também como elemento essencial para a caracterização das relações concubinárias, a notoriedade significa, em linhas gerais, o conhecimento de terceiros das afeições recíprocas entre os concubinos. A notoriedade é elemento complementar à noção de fidelidade, pois torna pública a situação de quase-casados que é representada. Entretanto, a notoriedade não afasta a discrição, que intermedeia a ampla publicidade e o sigilo, ou seja, o concubinato deve ser conhecido, porém por alguns. Não basta, evidentemente, que se conheçam os concubinos, que se encontrem mais ou menos secretamente, que mantenham relações sexuais, para que sua união seja considerada estável ou concubinária, pois isto pouco diferiria dos encontros inconseqüentes. Importante, para a perfeita caracterização, que não permaneça o concubinato no mais completo sigilo, por tratar-se de situação fática, como já dito retro. O desconhecimento do fato implicaria, caso necessário fosse a comprovação em juízo, a impossibilidade desta. Por isso, a necessidade de relativa notoriedade da relação concubinária-estável. Como confirma Caio Mário da Silva Pereira,[6] na doutrina brasileira sempre existiram duas correntes antagônicas. De um lado, os mais apegados à tradição, exigindo na integração do concubinato a vida *more uxorio*, a convivência sob as mesmas telhas, a notoriedade verdadeiramente publicitária (Carlos Maximiliano, Clóvis Beviláqua, Haroldo Valladão, João Franzem de Lima etc.). Estando em oposição a essa corrente doutrinária, sendo, portanto, mais liberal, outra corrente, optando ora pela exigência de dependência econômica, ora na verificação de maior notoriedade, ora na fidelidade, porém em linhas gerais contentando-se com a continuidade das relações e a ciência de um círculo de conhecimento, e que contou com o apoio de Arnoldo Medeiros da Fonseca, Filadelfo Azevedo, Soares de Faria e outros. Sobre tal divergência é até certo ponto curioso o acórdão inserido na *RT* 649/53, onde se vê um voto vencido que reconhece o concubinato adulterino, entendendo seu Ilustre prolator haver, no caso julgado, a posse de estado de casado do homem, mesmo vivendo com sua esposa durante o dia e com a concubina à noite, sendo notória a relação noturna.

2.5.1.3 – Continuidade das relações sexuais. A continuidade das relações sexuais, que elencamos como terceiro elemento essencial para a caracterização do concubinato ou união estável, não tem denominação unânime dos doutrinadores, que também a designa por "coabitação" ou por "comunidade de vida". Antigamente entendia-se que fundamental, na caracterização do concubinato, seria a convivência *more uxorio*, a convivência sob o mesmo teto. Levado a extremos tal entendimento, não seriam, então, considerados concubinos aqueles que não vi-

(6) *Instituições de direito civil*, vol. V, Direito de família, p. 6-7.

vessem sob o mesmo teto, mesmo tendo relações sexuais com fidelidade recíproca, e desimpedimento, assim como os demais elementos caracterizadores, muitas vezes causando diversas iniqüidades tal entendimento. Observadas as questões semânticas, a continuidade de relações está diretamente ligada à questão de estabilidade da união, pois relações sexuais passageiras ou fortuitas não se coadunam com o caráter das uniões concubinárias-estáveis, realmente verdadeiras. Não se pode predeterminar um prazo e, baseado neste, estabelecer-se se a união é passageira ou se é concubinária, portanto, estável. É necessário, porém, a união por um lapso de tempo razoável, segundo padrões subjetivos, mas suficientes para a demonstração de que se trata de união permanente, estável, podendo-se considerar o período continuado de cinco anos como suficiente para tal, no nosso entendimento. Está esse terceiro elemento ligado também à fidelidade, pois, juntos, revelam a intenção da vida em comum e de investirem-se os concubinos na posse de estado de casados, assim como criam a presunção *juris tantum* de que os filhos havidos pela mulher foram engendrados por seu companheiro, conforme magistério de Silvio Rodrigues.[7]

2.5.2 Elementos secundários ou subsidiários

Paralelamente aos elementos essenciais já analisados, existem outros, elencados pelos doutrinadores, e que formam um conjunto de circunstâncias que colaboram na estabilidade e caracterização da união concubinária. Os elementos secundários ou subsidiários apresentam-se logo a seguir aos essenciais, complementando a idéia que aqueles sugerem, e reforçando uma possível e necessária prova. Entre os mais importantes, podemos elencar a dependência econômica, a compenetração das famílias, a colaboração mútua no sustento do lar etc. Sobre os dois primeiros, que são considerados os mais importantes, já que os demais têm seus títulos auto-explicativos, faremos breves referências a seguir.

2.5.2.1 Dependência econômica – Anteriormente relacionada à dependência exclusiva da mulher em relação ao homem, a dependência econômica, hoje em dia, é elemento caracterizador do concubinato "puro" tanto quando a mulher vive às custas do concubino, sem condições físicas ou intelectuais para o autosustento, ou por proibição do homem para que aquela exerça atividade laboral fora do lar, como vice-versa, em situação de verdadeira reciprocidade. Com a igualdade entre homem e mulher no casamento, com os mesmos direitos e deveres, trazida pela Constituição de 1988, no art. 226, § 5.º, poderão surgir casos de dependência econômica do homem à companheira, o que ensejará à jurisprudência a oportunidade de formar um quadro a respeito, tendo já as Leis Regulamentadoras do art. 226, § 3.º, da citada Constituição, 8.971/94 e 9.278/96, já citadas anteriormente, disposto claramente quanto à reciprocidade de obrigações alimentares, à compropriedade em bens, e à sucessão por causa de morte, o

(7) Op. e loc. cits.

mesmo tendo ocorrido com o citado Projeto de Lei 2.686/96; por outro lado, o Projeto 118/84, de novo CC, cuida igualmente dos três institutos, os dois primeiros (alimentos, que denomina de "assistência" e compropriedade nos bens) no Título a ser inserido após o art. 1.751, por obra de emenda do Senado, e o terceiro instituto (sucessão), no Livro V, em artigo a ser inserido após o art. 1.813, conforme será explicitado infra, item 4. Os dois primeiros assuntos serão desenvolvidos com maior profundidade ao longo do presente estudo.

2.5.2.2 Compenetração das famílias – Trata-se de elemento útil na apuração da estabilidade a respeito das relações concubinárias. Este elemento demonstra o grau das relações de amizade e afeto entre as famílias dos concubinos e estes. É considerado forte elemento de prova a valorização da união estável ou companheirato, porém não indispensável, diante da existência dos três primeiros elementos já caracterizados supra e essenciais.

2.6 Benefícios patrimoniais e econômicos

Reunidos os elementos caracterizadores do concubinato, retro analisados, configurando-se, então, a união "pura", que a atual Constituição Federal classifica como estável, surge a questão de apurar-se os benefícios que tais situações podem ensejar – geralmente, mas não exclusiva e necessariamente em favor da mulher –, e ligeiramente referidos no início deste capítulo e que serão complementados infra, quando tratarmos dos efeitos jurídicos decorrentes da união estável (e do casamento) em face da igualdade constitucional entre homem e mulher, no item 3.

As legislações dos países que contemplam essa união estável (companheirato) têm-se mostrado favoráveis à concessão de tais benefícios, que podem ser de ordem patrimonial ou de ordem econômica. Compreendida no primeiro caso está a hipótese de partilha do patrimônio comum amealhado durante o período concubinário e, no segundo caso, a hipótese de concessão de alimentos, ou pensão, ou até indenização por serviços prestados, após a dissolução daquela união – seja por resolução (morte do(a) concubino(a)), por resilição (rompimento unilateral da união), por rescisão (rompimento bilateral) –, já que o concubinato equipara-se, em seus efeitos, ao contrato comum, embora com finalidade diferente, aplicando-se-lhe, portanto, até antes da promulgação das Leis 8.971/94 e 9.278/96 (que serão revogadas pela lei oriunda do citado Projeto 2.686/96, ou pelo próprio Projeto 118/84, de novo CC, quem sabe!), as disposições do Direito das Obrigações, com embasamento no art. 1.363 (art. 984 do projeto) do CC brasileiro vigente.

Assim, procedendo-se ao estudo das legislações estrangeiras, já referidas anteriormente sob outro enfoque, nota-se a existência daqueles benefícios, podendo-se destacar mais especificamente, como exemplos, as seguintes: Código Civil da Venezuela, de 1942, art. 767; Código de Família da Bolívia, de 1972, art. 159 *et seq.*; Código Civil da Guatemala, de 1963, art. 188 *et seq.*; Código de Família cubano, de 1975, art. 18 *et seq.*; Código Civil mexicano, de 1928, vigente para o Distrito e Territórios Federais, arts. 1.624, 1.625, 1.635 e outros.

Do cotejo dessas legislações,[8] se vê que prepondera a intenção de beneficiar, geralmente, a concubina na divisão do patrimônio comum, atendendo ao requisito da permanência do concubinato notório por alguns anos, prazo que varia de uma para outra legislação, e também a participação da mulher na sucessão do concubino falecido, concorrendo ela com outros eventuais herdeiros do *de cujus*.

Quanto ao Direito brasileiro, nota-se, numa retrospectiva histórica, a preocupação em afastar os benefícios oriundos do concubinato "impuro" ou concubinagem como já referido supra, concedendo a legislação a possibilidade da mulher casada reivindicar para si e seus filhos coisa móvel ou imóvel que seu marido tivesse doado à concubina (ou barregã, na expressão das Ordenações Filipinas), ou a qualquer outra mulher com quem mantivesse relações sexuais. Essa faculdade já existia nas citadas Ordenações (Livro 4.º, Títulos 46, § 2.º e 66 pr.), na Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas (art. 147), no Projeto de Antônio Coelho Rodrigues (arts. 1.949, § 7.º), no Projeto de Clóvis Beviláqua (art. 289), passando daí para o atual Código Civil, em vários dispositivos, dentre eles os arts. 248, IV (1.670, V, do projeto), 1.177 (550), 1.474 (sem correspondente no projeto, embora o art. 793 deste, trate do assunto versado no citado art. 1.474 do atual código, mas em sentido inverso, ou seja, declara válida a instituição do concubino como beneficiário (do seguro de pessoa), se ao tempo do contrato o segurado já era separado judicialmente, ou estivesse separado de fato de seu cônjuge há mais de cinco anos), 1.719, III (1.824, III), 1.720 (1.825) etc.[9]

Os projetos de novo Código Civil brasileiro chegaram a cuidar do assunto ora desenvolvido, outorgando benefícios à concubina: assim, o Anteprojeto de Orlando Gomes, de 1963 (art. 784) e o Projeto posterior daí oriundo, de 1965 (art. 668), contemplavam a concubina do homem solteiro, desquitado ou viúvo, na sucessão do mesmo. O Anteprojeto de Código Civil, de Comissão coordenada por Miguel Reale, de 1972, já referido retro, também cuidou de benefícios patrimoniais nos arts. 1.989 e 1.990, posteriormente retirados nas versões seguintes do Projeto, nada existindo nesse sentido, no Projeto 634B-1975, mas sim no atual Projeto 118/84, em tramitação pelo Congresso Nacional, como já referido.

Concluindo, podemos dizer que a construção pretoriana, que culminou nas Súmulas 380 ("Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum") e 382 ("A vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio* não é indispensável à caracterização do concubinato"), que confirmaram outra mais antiga, de n. 35 ("Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não houver impe-

(8) V., Vilaça Azevedo, op. e loc. cits., exposição detalhada sobre o assunto.

(9) V., a respeito, artigo de nossa autoria, "Liberalidades à concubina. Nulas ou anuláveis?", *RT* 654/253.

dimentos para o matrimônio"), todas do Supremo Tribunal Federal e, a partir de 1988, o texto constitucional (art. 226, § 3.º), vieram trazer novas luzes à legalização[10] de tais situações, atentando-se, porém, que a própria jurisprudência tem sido severa, de modo geral – salvo uma ou outra exceção –, em admitir efeitos jurídicos válidos ao concubinato "impuro" ou concubinagem, cometido que foi o adultério uni ou bilateralmente. Adiante, no subitem 2.8 e seu anexo, será apresentada uma retrospectiva concreta da evolução jurisprudencial a respeito do tema em análise.

2.7 A regulamentação atual

De tudo quanto visto anteriormente, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 acabou com a distinção entre família "legítima" (art. 229 do CC, interpretado estritamente) e "ilegítima", pois reconhece a união com estabilidade entre pessoas de sexos diferentes (tanto a Constituição Federal como ambas as leis regulamentadoras, citadas, bem como os dois projetos existentes aludem a este aspecto) que poderá ser convertida em casamento, atendidos os requisitos que as Leis Complementares, 8.971/94 e 9.278/96, já citadas várias vezes, exigem e que continuarão a exigir a futura lei consolidadora das duas atuais, objeto do citado Projeto 2.686/96, bem como do Projeto 118/84 de novo Código Civil. Não foi cuidado do aspecto referente à idade dos conviventes para caracterização da união estável, porém, ao exigir cinco anos para que essa situação fique devidamente caracterizada, entende-se que as idades mínimas para o início da convivência seriam as determinadas no Código Civil para a celebração do casamento, ou seja, dezesseis anos para a mulher e dezoito anos para o homem.

Está, assim, afastada a hipótese de conversão em matrimônio de meras ligações sexuais sem vida comum, ou em que um ou ambos os concubinos ainda estejam ligados a outras pessoas pelo casamento, o que vem sendo chamado de concubinato "impuro", como também já referido várias vezes, acima, principalmente tendo-se em vista a teoria tradicional dos valores e dos bens, que sempre foram tutelados nas relações familiares. Mas, reconheça-se, o assunto gera certa perplexidade, pois o próprio Supremo Tribunal Federal, ao conceder direitos à meação nos bens concubinários à mulher (Súm. 380) não exige, necessariamente, a vida sob o mesmo teto *more uxorio* (Súm. 382), o que também é confirmado pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Entretanto, o art. 1.º do Projeto 2.686/96 exige a convivência sob o mesmo teto, entre um homem e uma mulher, desimpedidos de outros cônjuges ou companheiros, para caracterização da união estável, o mesmo ocorrendo com o Projeto de novo Código Civil, no nosso entendimento,

(10) Em seu *Do concubinato...*, cit., à p. 279 *et seq.*, Álvaro Vilaça Azevedo apresenta anteprojeto de Estatuto do Concubinato, como sugestão à regularização do instituto entre nós, que acabou acontecendo a partir de 1994, com a Lei 8.971, seguida pela 9.278, de 1996.

embora não se referindo expressamente à convivência sob o mesmo teto, antes preferindo usar a expressão genérica "vivendo os companheiros como se casados fossem".

Outro aspecto que também não escapou aos elaboradores das leis regulamentadoras da espécie, é o da possibilidade de virem a ser convertidas uniões adulterinas e até incestuosas em casamentos, já que a Constituição Federal não exigiu, na generalidade do art. 226, § 3.º, outros requisitos fora a estabilidade e heterossexualidade, porém, a Lei 9.278/96 determina que os conviventes em união estável – que a outra Lei Regulamentadora, 8.971/94, estipula ser equivalente ao concubinato "puro", portanto, sem os vícios apontados, e com duração de, no mínimo, cinco anos –, poderão, de comum acordo, requerer a conversão dessa união em casamento, por simples requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio (art. 8.º), e, ainda, que toda a matéria relativa à união estável passa a ser de competência do juízo especial da Vara de Família (e de Sucessões, geralmente), diferentemente do que vinha ocorrendo até então, já que entendia-se o concubinato como um contrato de sociedade (CC, art. 1.363 [984 do projeto]) e, portanto, exposto a ter a solução de seus impasses sujeita ao juízo comum, como direito obrigacional. O Projeto 2.686/96, citado, no seu art. 1.º, também exige o tempo mínimo de duração da vida em comum de cinco anos, ou de dois anos, havendo filho comum. E permite tal projeto, também, a conversão da união estável em casamento, nos mesmos moldes acima, em seu art. 9.º, o mesmo dispondo o Projeto de novo Código Civil, "mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil", projeto esse que exige o mesmo prazo de cinco anos, ou três havendo prole. E, a respeito do procedimento dessa conversão de união estável em casamento, há provimento da Corregedoria-Geral da Justiça, em São Paulo, conforme já referido na Introdução, retro, alterando os procedimentos constantes das Normas de Serviço daquela Corregedoria, o qual prevê a necessidade da habilitação prevista na lei civil (CC, art. 180 [1.522 do projeto]) para verificação de possíveis impedimentos matrimoniais (CC, art. 183 [1.518/1.521 do projeto]) e a publicação dos editais de praxe no prazo legal (matéria que será enfocada mais especificamente neste trabalho, infra). A exigência de juntada dos documentos constantes do art. 180 (1.522 do projeto) do atual CC vem confirmada no citado art. 9.º do Projeto 2.686/96, que dispensa, porém, os proclamas e os editais. Lembre-se, mais uma vez, que o Projeto 118/84, de novo CC, exige processo judicial para a conversão.

Assim, o preceito constitucional e leis citados, vieram confirmar o rol de benefícios que de há muito tempo já vinham sendo concedidos à companheira, no chamado concubinato "puro", como deixamos assentado acima, complementado pelo disposto no subitem a seguir.

Esclareça-se, por oportuno, ter existido, até há pouco, em tramitação legislativa um outro projeto de lei, visando a normatização da situação jurídica das pessoas de mesmo sexo, que vivem juntas, e que não são contempladas na atual regulamentação da união estável, como já referido.

2.8 Evolução jurisprudencial

Doutrina e jurisprudência foram as responsáveis pela posição que a união estável acabou conseguindo no atual direito positivo brasileiro, até em nível constitucional.

Por isso, independentemente de já termos feito referências a excertos ou aspectos de alguns acórdãos no desenvolvimento do tema, acima, apresentamos a seguir algumas ementas de acórdãos que propiciaram a evolução do assunto em comento, no Brasil, e referentes a: partilha, doação, alimentos, indenização por serviços prestados, inclusão da concubina como beneficiária na Previdência Social, percepção de pensão militar, prosseguimento em relação locatícia, indenização por danos moral e material, questões processuais etc., e, principalmente, de uma decisão do STJ, de 21.08.1990, que contém ampla exposição do assunto objeto deste capítulo, constituindo-se em paradigma sobre a matéria, embora anterior à edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96 (e, obviamente, dos Projetos 2.686/96 e 118/84 – aprovado pelo Senado em 1997 –, retro referidos).

1) "Concubinato. *More uxorio*. Legitimação. Sociedade de fato. Partilha. Súm. 380. Serviços prestados. Indenização.

I. A sociedade de fato, e não a convivência *more uxorio*, é o que legitima a partilha de bens entre os concubinos. Julgado que nega a existência de sociedade entre os concubinos, face à prova dos autos, não discrepa da Súm. 380. Recurso extraordinário não conhecido – Súm. 279.

II. A jurisprudência tem admitido, em casos especiais, serem indenizáveis os serviços prestados pela concubina ao amásio durante o período da vida em comum, desde que demonstrados, pois, quem pede o mais, pede o menos.

Provido o segundo recurso, em parte, para assegurar a indenização dos serviços domésticos e de natureza social com reflexos comerciais, prestados pela concubina em favor do amásio, conforme se apurar em execução (RE 84.969/RJ, recorrente: Neusa Knauer Ferreira (2 recursos), recorrido: Roberto de Andrade, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 29.10.1976, STF)".

2) "Concubinato. Sociedade de fato. Pressupostos.

Sociedade de fato. Concubinato. Pressuposto da vida em comum, entre os concubinos, sob o mesmo teto. Acórdão local omisso a este respeito. Ausência de embargos declaratórios (Súm. 356). Caso em que não se configura dissídio com o princípio da Súm. 380. Recurso extraordinário não conhecido (RE 91.090/5/SE, recorrente: Letice Silva, recorrido: Joaquim Sabino Ribeiro Chaves, rel. Min. Leitão de Abreu, j. 21.08.1979, STF)".

3) "Concubina. Doação. Nulidade. Correção monetária.

É nula a doação feita à concubina, mesmo que disfarçada em contrato, podendo a esposa do doador propor ação reivindicatória, que traz implícito pedido de decretação de nulidade e, em conseqüência, devolução das importâncias doadas, cuja correção monetária incidirá a partir do ajuizamento da ação.

Ministério Público *versus* Ercília Rodrigues da Silva Vetorazzi (Ap 22-354-1, rel. Des. João Del Nero)".

4) "Concubinato. Alimentos. Vivência *more uxorio* durante cinco anos. Cabimento da pensão alimentar.

Cabe em princípio à companheira direito a alimentos, se, sem ter dado justa causa à separação, houver com o concubino vivido ininterruptamente *more uxorio*, como sua dependente, durante cinco anos, ou menos, em caso de filho comum, e a união não era ilícita (TJRJ, 4.ª Câm., ApCív 37.353/RJ, rel. Des. Antônio Assumpção, j. 26.11.1985, v.u.)".

5) "Concubinato. Partilha. Seqüestro.

Ausente o reconhecimento judicial do concubinato e da declaração do direito patrimonial, inadmissível é o seqüestro dos bens do *de cujus* apontado como concubino.

O concubinato, por si só, não produz efeitos jurídicos positivos, dependendo de reconhecimento judicial, diante de três requisitos fundamentais: a) a comprovação da existência de uma sociedade de fato entre o casal; b) a existência de patrimônio posterior à constituição desta sociedade e adquirido pelo esforço comum; e c) a demonstração da contribuição efetiva e de expressão econômica da concubina ou companheira, se for o caso.

Crescença Devegili *versus* Espólio de Manoel Garcia Gasques (AgIn 87/86, rel. Des. Negi Calixto)".

6) "Concubinato. Dissolução. Indenização por serviços domésticos pretendida pela concubina. Inadmissibilidade. Simples prestação de serviços de mera rotina da vida em comum, na qual se pressupõe auxílio mútuo. Verba não devida.

Da união concubinária, ordinariamente, os partícipes auferem proveito mútuo, auxiliam-se e se socorrem um ao outro. Não há de ser, assim, a simples menção à prestação de algumas atividades domésticas por parte de um deles que há de ensejar direito à indenização quando da dissolução do concubinato (Ap 10.321.1, 5.ª C., j. 30.06.1988, rel. Des. Marco Cesar)".

7) "Previdência Social. Beneficiário. Concubina inscrita como tal. Falecimento do contribuinte. Inscrição que não lhe dá a condição de meeira do falecido. Necessidade, para tanto, de comprovação da existência de sociedade de fato através de ação própria. Direito apenas ao levantamento dos benefícios previdenciários através de alvará, independentemente de inventário ou arrolamento. Levantamento das verbas relativas a saldos bancários, aplicações financeiras e restituição de imposto de renda sujeito às regras comuns, cabendo aos herdeiros, que só sofrerão concorrência da concubina se reconhecida a sociedade de fato pelas vias adequadas. Inteligência dos arts. 1.º e 2.º da Lei 6.858/80.

O fato de a concubina ter sido incluída pelo contribuinte falecido como beneficiária da Previdência Social não lhe dá a condição de meeira daquele. Tal situação prevê a existência de sociedade de fato, só comprovável através de ação própria. Assim, em tal hipótese, a companheira tem direito apenas ao levanta-

mento através de alvará, dos benefícios previdenciários, independentemente de inventário ou arrolamento. O mesmo não ocorrendo em relação aos saldos bancários, às aplicações financeiras e à restituição do imposto de renda, sujeitos às regras comuns, e não às especiais da Previdência, cabendo o levantamento de tais verbas aos herdeiros do falecido, que só sofrerão concorrência (e não preterição) da concubina se reconhecida a aludida sociedade de fato pelas vias ordinárias (AgIn 106.612-1, 4.ª C. da 1.ª S., j. 18.08.1988, rel. Des. Moretzsohn de Castro)".

8) "Pensão militar e concubinato.

Concubinato é união estável e não 'desonestidade notória' como pretende Norma Regimental da Polícia Militar. É, portanto, devida pensão à concubina do soldado da Polícia Militar falecido que prova ter a união mais de 5 (cinco) anos. Apelo provido (TJSP, 2.ª Câm., ApCív 116.211-1/SP, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 05.12.1989, v.u.)".

9) "Alimentos à concubina.

Com o advento da nova Carta Constitucional, que deferiu à união estável proteção estatal, comprovada sua existência, exsurge a obrigação alimentar entre ambos. Recurso provido, por maioria (TARS, 8.ª Câm., ApCív 590.069.308/Porto Alegre, rel. Juíza Maria Berenice Dias, j. 20.12.1990, maioria de votos)".

10) "Despejo. Legitimidade passiva. Concubina. Reconhecimento. Exegese do § 3.º do art. 226 da CF.

Embora o art. 13 da lei de locação urbana se refira à sub-rogação da relação locativa ao cônjuge que permaneça no imóvel após a extinção da sociedade conjugal, não se pode afastar a sua incidência também às relações concubinárias, ante o teor do § 3.º do art. 226 da CF (Ap. c/rev. 285.105, 6.ª Câm., rel. Juiz Antonio Marcato, j. 09.04.1991, 2.º TAC/SP)".

11) "I. Concubinato. Patrimônio adquirido durante a união estável. Sujeição aos princípios do direito de família. Participação da mulher. Desnecessidade de ser direta ou pecuniária, ainda à luz da Súm. 380 do STF. Mancomunhão. Direito à partilha. Aplicação do art. 226, § 3.º, da CF.

Adquirido patrimônio durante a união estável, sujeita aos princípios jurídicos do Direito de Família, têm os concubinos, ou ex-concubinos, direito à partilha, ainda que a contribuição de um deles, em geral a mulher, não haja sido direta, ou pecuniária, senão indireta, a qual tanto pode estar na direção educacional dos filhos, no trabalho doméstico, ou em serviços materiais doutra ordem, como na ajuda em termos de afeto, estímulo e amparo psicológico.

II. *Omissis* ... (TJSP, 2.ª Câm. Cív., ApCív 145.071-1/5, rel. Des. Cesar Peluso, j. 17.12.1991, v.u.)" – *Boletim AASP* 1.765/92.

Obs: A ementa acima transcrita, n. I, é repetida no acórdão referente ao julgamento da ApCív 237.305-1/0, TJSP 2.ª Câm. Cív., relator o mesmo Des. Cesar Peluso, j. 27.02.1996, v.u., *RT* 729/174; *Boletim AASP* 2.008/97, anexo, Pesquisa Monotemática.

12) "Ação cautelar. Afastamento de companheiro do lar concubinário. Art. 806 do CPC.

Como todas as teses jurídicas, deve ser recebida com relatividade e somente em princípio aquela que sustenta nunca se aplicar o art. 806 do CPC às ações relacionadas com o direito de família. O direito é objeto cultural, em cuja essência está presente o elemento valorativo. Caso concreto em que o prazo de 30 dias foi ultrapassado de forma exagerada a em que os filhos do réu também foram atingidos pela liminar, o que impunha fosse mesmo extinta a cautelar (TJRS, 8.ª Câm. Cív., ApCív 596.040.667/Guaíba, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 23.05.1996, v.u., *RJ* 232/79)" – *Boletim AASP* 2.008/97, anexo, Pesquisa Monotemática.

13) "Alimentos. Companheira de homem casado. Admissibilidade, em tese. Indeferimento pela não-comprovação da necessidade.

Não obstante o contido no art. 1.º da Lei 8.971/94, se restar comprovado que o(a) companheiro(a) casado(a) estava separado(a) de fato, quando da vigência da união estável, e preenchidos os demais requisitos a amparar a concessão de alimentos, podem eles ser concedidos em favor do outro companheiro. *In casu* não demonstrada a necessidade por parte da companheira, não faz jus ela aos alimentos. Agravo de Instrumento improvido (TJRS, 8.ª Câm. Cív., AgIn 595.112.087, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. 14.09.1995, v.u.)" – *RTJRS* 176/438 – Idem, ibidem.

14) "Alimentos. Obrigação alimentar. Concubina. Admissibilidade. Art. 1.º da Lei Federal 8.971, de 1994. Extinção do processo afastada. Recurso não provido.

Sentença. Anulação. Lei nova posterior à sua prolação. Direito superveniente configurado. Aplicação dos arts. 303, I e 462, do CPC. Recurso provido.

Há incidência de lei nova posterior à sentença de Primeira Instância porque a entrega da prestação jurisdicional não se dá enquanto pende recurso (TJSP, 3.ª Câm. Cív., ApCív 249.225-1, rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 20.06.1995, v.u.)" – *JTJ* 174/17 – Idem, ibidem.

15) "Alimentos. Obrigação alimentar. Concubina. Possibilidade. Advento da Lei Federal 8.971, de 1994. Extinção do processo afastada. Embargos recebidos.

Ementa oficial: Concubinato. Alimentos. Processo. Extinção. Ausência de previsão legal. Inocorrência. Advento de lei nova que embasa a pretensão da embargante. Inteligência do art. 1.º da Lei Federal 8.971, de 1994. Embargos infringentes recebidos (TJSP, 7.ª Câm. Cív., EI 207.345-1/SP, rel. Des. Benini Cabral, j. 07.06.1995, v.u.)" – *JTJ* 173/212 – Idem, ibidem.

16) "Concubina. Falecimento do companheiro. Posse. *Saisine*.

Com a abertura da sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se aos herdeiros legítimos e testamentários do falecido, passando a ser simples detentora do imóvel a sua ex-companheira, porque a posse que o extinto desfrutava

passa a ser exercida pelo espólio, e não pela ex-concubina. *Droit de saisine* por força do art. 1.572 do CC. Apelo provido. Unânime (TJRS, 8.ª Câm. Cív., ApCív 595.43.660-Passo Fundo, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 26.10.1995, v.u.)" – *RTJRS* 176/809 – Idem, ibidem.

17) "Concubinato. Bens. Meação. Casal que retoma a vida em comum após separação consensual onde partilhados os bens comuns. Aquisição de novos bens pelo ex-marido, sujeitos à sua exclusividade dominial. Dissolução posterior da sociedade de fato. Contribuição da mulher para a formação deste patrimônio não comprovada. Embargos rejeitados. Voto vencido.

Não faz sentido a partilha meio a meio do patrimônio conjugal, se não está provado que o desempenho nas tarefas do lar pela ex-esposa produziu ingressos financeiros e, menos ainda, hábeis para a formação do patrimônio (TJSP, 4.ª Câm. Civ., EI 139.073-1, rel. Des. Ney Almada, j. 14.03.1993, maioria de votos)" – *JTJ* 145/212 – Idem, ibidem.

18) "Concubinato. Dissolução da sociedade de fato e partilha de bens. Cerceamento de defesa. Preclusão.

Constitui inegável cerceamento de defesa a dispensa da inquirição das testemunhas arroladas pela parte, tendo por base apenas os elementos colhidos até então em depoimentos pessoais. Inocorrência de preclusão a respeito da obstaculização da prova, porquanto a ré, a par de interpor o recurso de agravo retido, voltou a enfocar no recurso de apelação o tema alusivo ao cerceamento de defesa, sobre o qual o Tribunal *a quo* tomou conhecimento. Recurso especial conhecido, em parte, e provido para anular-se o processo, a fim de permitir-se a inquirição das testemunhas arroladas pelas partes (STJ, 4.ª T., REsp 38.157-6/DF, rel. Min. Sávio de Figueiredo, j. 31.05.1994, maioria de votos, *DJU*, Seção I, 31.10.1994, p. 29.503, ementa)" – *Boletim AASP* 1.874/136-e-04 – Idem, ibidem.

19) "Concubinato. Direito sucessório. Usufruto. Reintegratória improcedente.

Concubinato. Direito sucessório. Deferida à união estável *status* de entidade familiar pela Constituição Federal, as repercussões no direito sucessório levam ao reconhecimento do direito da concubina ao usufruto da quarta parte dos bens do companheiro falecido (art. 1.611 do CC). Apelo improvido (TARS, 8.ª Câm. Civ., ApCiv 194.204.087, Cachoeira do Sul, rela. Juíza Maria Berenice Dias, j. 08.11.1994, v.u.)" – *RTJE* 137/141 – Idem, ibidem.

20) "Concubinato. Ex-concubina. Apartamento por ela exclusivamente ocupado após a separação do casal. Aluguel pleiteado pelo companheiro. Pendência de ação de declaração de sociedade de fato e cautelar de arrolamento de bens. Irrelevância. Indeferimento da inicial afastado. Embargos recebidos (TJSP, 4.ª Câm. Civ., EI 207.679-1/SP, rel. Des. Vianna Cotrim, j. 16.06.1994, maioria de votos)" – *JTJ* 173/215 – Idem, ibidem.

21) "Concubinato. Indenização. Serviços domésticos. Inexistência de convivência *more uxorio*.

Indenização. Concubinato. Serviços domésticos. Constitui pressuposto essencial à caracterização do concubinato a convivência *more uxorio*, sem o que não há falar em indenização por serviços domésticos ou por rompimento da relação concubinária (TAMG, 2.ª Câm. Cív., ApCív 167.952-7/Belo Horizonte, rel. Juiz João Quintino, j. 22.02.1994, v.u.)" – *RTJE* 136/173 – Idem, ibidem.

22) "Concubinato. Indenização por serviços.

A mulher que durante 10 anos presta serviços domésticos ao companheiro, e não tem direito à partilha de bens, pode pedir indenização pelos serviços. Precedentes. Recurso conhecido e provido (STJ, 4.ª T., REsp 85.954/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 08.04.1996, v.u., ementa)" – *Boletim AASP* 1.980/96-e-03; *JSTJ/TRF* 86/228 – Idem, ibidem.

23) "Concubinato. Meação.

Não comprovada a divisão extrajudicial dos bens entre os concubinos, inútil alegar em defesa o anterior aperfeiçoamento da meação, devendo ser repartido o patrimônio existente e advindo da relação concubinária, em decorrência de sua extinção (TJGO, 1.ª Câm., ApCív 39.017-4/188, rel. Des. Antônio Nery da Silva, j. 18.06.1996)" – *RJ* 229/90 – Idem, ibidem.

24) "Concubinato. Medida cautelar inominada. Separação de corpos. Admissibilidade. Inteligência do art. 798 do CPC.

Ementa da Redação: Cabe medida cautelar inominada para a separação de corpos entre concubinos (TJSP, 3.ª Câm. de Férias "A" de Direito Privado, ApCív 240.440-1/2, rel. Des. Mattos Faria, j. 30.01.1996, v.u.)" – *RT* 729/180 – Idem, ibidem.

25) "Concubinato. Morte do companheiro. Depósitos em caderneta de poupança efetuados durante a sociedade de fato.

Levantamento da metade. Alvará requerido pela concubina, nomeada inventariante. Deferimento. Lei Federal 8.971, de 1994. Irrelevância que tenha sido sancionada após o óbito. Considerações a respeito. Recurso provido. Ementa oficial: Inventário. Alvará requerido pela companheira e mãe das filhas do *de cujus*, visando ao levantamento de metade de valores depositados, Lei 8.971, de 1994. Possibilidade. Recurso provido (TJSP, 4.ª Câm. Cív. de Direito Privado, AgIn 275.892-1/Marília, rel. Des. Olavo Silveira, j. 14.12.1995, v.u.)" – *Boletim AASP* 1.960/57-e; *JTJ* 178/217 – Idem, ibidem.

26) "Concubinato. Partilha dos bens registrados em nome da concubina.

Ação proposta pelo espólio e por herdeiros do concubino. Os herdeiros do concubino, filhos havidos durante o seu casamento, têm direito à metade dos bens adquiridos durante a relação concubinária do pai, com recursos fornecidos por ele, embora registrados em nome da concubina, que fica com a outra metade (STJ, 4.ª T., REsp 91.993/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 02.09.1996)" – *RJ* 231/78 – Idem, ibidem.

27) "Concubinato. Pressuposto. Dissolução *post mortem*: partilha de bens. Indenização pelos serviços prestados.

Admite-se a partilha de bens, advinda da dissolução de sociedade de fato entre concubinos, se adquiridos com o esforço de ambos. Inexistindo bens em comum, arbitra-se indenização à concubina pelos serviços prestados, não só domésticos, como também profissionais, com base no seu tempo e qualidade (TJDF, 4.ª T., ApCív 39.940/DF, rel. Des. Everardo Mota e Matos, *DJU* 13.11.1996)" – *RJ* 232/98 – Idem, ibidem.

28) "Concubinato. Sociedade de fato.

Perquirir se houve ou não sociedade de fato, se o patrimônio resultou ou não de esforço comum, exige a análise e o exame das provas, insuscetível de renovação em recurso especial. Tal decorre da própria natureza e finalidades do recurso extraordinário, tanto do extraordinário propriamente dito, como do recurso especial. Sucumbência recíproca – art. 21 do CPC. Se a demandante pede participação meeira, e lhe são deferidos trinta por cento, ocorreu sucumbência recíproca, impondo a imposição a ambos, e compensação da verba honorária. Provimento, neste ponto, do recurso especial (STJ, 4.ª T., REsp 1.412/RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 07.11.1989, *DJU* 27.11.1989, p. 17.573, Seção I, ementa)" – *Boletim AASP* 1.625/41 – Idem, ibidem.

29) "Concubinato. Sociedade de fato e partilha de bens. Alimentos.

Prova de que houve concubinato, mas de que foi adulterino, pois que conviveu o homem ao mesmo tempo com a esposa e com a companheira. O concubinato adulterino gera direitos patrimoniais, pelo menos no plano do Direito das Obrigações, pela figura da sociedade de fato e em respeito ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento ilícito; no caso concreto, porém, nada mais pode a concubina exigir, pois já recebeu bens suficientes em acordo realizado com o concubino. Impossibilidade de aplicação ao caso concreto do art. 226, § 3.º, da CF. Manifesto descabimento de ação de alimentos proposta pela concubina contra o espólio do concubino, quando não havia, antes do falecimento deste, obrigação já constituída, por sentença ou por acordo, e que pudesse ser transmitida aos herdeiros, por força do art. 23 da Lei 6.515/77. Apelação a que se nega provimento (TJRS, 8.ª Câm. Cív., ApCív 595.077.496, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 26.10.1995, v.u.)" *RTJRS* 176/645 – Idem, ibidem.

30) "Concubinato. Sociedade de fato. Homem casado.

A sociedade de fato mantida com a concubina rege-se pelo Direito das Obrigações e não pelo de Família. Inexiste impedimento a que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra, de fato ou de direito, com terceiro. Não há cogitar de pretensa dupla meação. A censurabilidade do adultério não haverá de conduzir a que se locuplete, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica (STJ, 3.ª T., REsp 47.103-6/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29.11.1994, v.u.)" – *Boletim AASP* 1.894/117-j – Idem, ibidem.

31) "Concubinato. Sociedade de fato. Meação. Companheiro falecido casado e não separado de fato da esposa. União estável com a concubina, reconhecida. Direito apenas à meação do imóvel em que conviveu com o companheiro e não de todo o patrimônio por este amealhado. Recurso provido para esse fim.

Ementa oficial: Concubinato. União estável e duradoura com outra mulher, na constância do casamento do varão. Possibilidade de gerar efeitos. Perfeita distinção entre a vida conjugal da família de fato e a de direito. Restrição da meação da concubina ao único imóvel localizado no foro em que convivia com o falecido companheiro. Procedência parcial da ação. Recurso da autora improvido. Provimento parcial do apelo do espólio réu (TJSP, 2.ª Câm. Cív., ApCív 217.102-1/Ribeirão Pires, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 06.12.1994, v.u.)" – *JTJ* 182/34 – Idem, ibidem.

32) "Concubinato. Sociedade de fato. Reconhecimento em ação declaratória. Admissibilidade. Direitos patrimoniais deixados pelo companheiro. Circunstância em que devem ser postulados em demanda própria, posto não pleiteados pela autora na inicial.

Ementa oficial: Viável é o reconhecimento de sociedade de fato por meio de ação declaratória. Contudo, eventuais direitos patrimoniais resultantes da declaração hão de ser postulados em demanda própria (TJSP, 6.ª Câm. Cív., ApCív 235.307-1/4, rel. Des. Ernani de Paiva, j. 28.09.1995, v.u.)" – *Boletim AASP* 1.956/48-e-2; *RT* 724/297 – Idem, ibidem.

33) "Concubinato. Sociedade de fato. Reconhecimento que gera obrigações. Hipótese em que a concubina faz jus à metade dos bens adquiridos durante a convivência *more uxorio*.

Ementa oficial: A concubina faz jus à metade dos bens adquiridos durante o concubinato (TJMT, 1.ª Câm. Cív., ApCív 14.832, rel. Des. Ernani Vieira de Souza, j. 23.11.1992, v.u.)" – *RT* 700/142 – Idem, ibidem.

34) "Reconhecimento do direito da concubina em arrolamento. Art. 984 do CPC.

Possibilidade. Desnecessidade de ação declaratória. Nulidade inexistente. Inexatidão material da partilha. Art. 1.028 do CPC. Possibilidade de correção em 2.º grau diante da apelação (TJSP, 2.ª Câm. Civil de Férias "G", ApCív 204.091-1/5-SP, rel. Des. Lino Machado, j. 04.02.1994, maioria de votos)" – *RP* 75/338 – Idem, ibidem.

35) "Responsabilidade civil. Contágio pelo vírus da Aids. Culpa do companheiro, em relação concubinária. Exclusão de propalada culpa concorrente da vítima. Cumulação de indenizações por danos moral e material. Admissibilidade.

Não configuração de outorga indenizatória, pelo dano moral, superior ao pedido. Acerto no deferimento de indenização por serviços especiais prestados ao paciente, até o advento de sua morte. Caso em que, para tanto, precisou a autora deixar seu emprego fixo, dedicando-se exclusivamente ao companheiro. Inexistência de excesso no arbitramento da verba honorária (TJSP, 10.ª Câm. Cív., ApCív 248.641-1/8/Barretos, rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 23.04.1996, v.u.)" – *RJ* 232/71 – Idem, ibidem.

36) "Sociedade de fato. Dissolução. Bens não resultantes do esforço comum. Exclusão da partilha.

Apelação cível. Ação ordinária de dissolução de sociedade de fato. Agravo retido. Desentranhamento de documentos. Improvimento. Mérito. Bens não resultantes do esforço comum. Exclusão. Provimento parcial. Agravo retido: nos termos do art. 397 do CPC, é lícito às partes juntarem aos autos documentos novos, em qualquer tempo, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocupação premeditada e o propósito de surpreender o juízo. Agravo a que se nega provimento. Mérito: se os móveis do lar foram adquiridos por um dos cônjuges antes da convivência, esforço comum não houve. A deterioração natural dos mesmos atinge um ou outro bem, que podem ser substituídos, mas isto não enseja a inclusão da totalidade dos bens adquiridos. Apelo a que se dá provimento em parte (TJES, 2.ª Câm. Cív., ApCív 20.058, rel. Des. Antônio José Miguel Feu Rosa, j. 24.03.1992, v.u.)" – *RTJE* 141/196 – Idem, ibidem.

37) "Sociedade de fato entre concubinos.

Contribuição indireta para a formação do patrimônio do casal. Dissolução judicial da sociedade com a partilha. Inexistência de dissídio com a Súm. 380/STF. Recurso especial não conhecido (STJ, 3.ª T., REsp 483/RJ, rel. Min. Cláudio Santos, j. 21.08.1990, maioria de votos)" – *Boletim da AASP* 1.766/92.

3. Efeitos jurídicos

3.1 Disposições gerais

Dos efeitos jurídicos do casamento trata o Código Civil brasileiro no art. 229 (1.572 do projeto) *et seq.*; é o Título II do Livro do Direito de Família e no Projeto 118/84, trata-se do Capítulo IX (Da eficácia do casamento) do Subtítulo I – Do casamento –, do Título I – Do direito pessoal –, do Livro IV da Parte Especial – Do direito de família. Em primeiro lugar o código vigente trata das disposições gerais, em seguida dos direitos e deveres do marido e, finalmente, dos direitos e deveres da esposa. São os três capítulos relativos aos efeitos jurídicos do casamento, matéria essa que foi profundamente alterada pelo Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121, de 27.08.1962 –, e mais recentemente, pela Constituição Federal de 1988 e leis complementares, tema de que nos ocuparemos a seguir.

De fato, a Carta igualou homens e mulheres no casamento em direitos e deveres, eliminando a supremacia masculina que havia. Por outro lado, reconheceu como união estável, assimilada ao casamento, o que antigamente era denominado concubinato "puro", isto é, vida honesta e voltada aos interesses comuns da família que constituíam, de um homem e uma mulher não casados oficialmente. Dessa forma, os assuntos que serão versados infra restarão voltados a essas duas questões primacialmente, resvalando, incidentalmente, na outra questão igualitária trazida por aquela constituição, que é a igualdade entre os filhos, sejam ou não oriundos do casamento.

Inicialmente, a lei civil menciona o que se considerava o principal efeito e finalidade do casamento, no art. 229 (no mesmo sentido, art. 1.509 do projeto),

que alude à criação da família "legítima" e "legitimação" dos filhos oriundos do casamento ou antes dele concebidos (1.567 do projeto), disposição que já não tem efeitos práticos, pois não há mais a diferenciação entre a família oriunda do casamento, bem como entre a filiação havida ou não do mesmo (CF, art.226, §§ 3.º e 4.º e art. 227, § 6.º). De fato, a união estável que poder-se-ia configurar antigamente como família "ilegítima" também é protegida pela atual Carta, estando já surtindo, em grande parte, os mesmos efeitos que há no casamento, conforme disciplinam as Leis Regulamentadoras 8.971/94 e 9.278/96, e o Projeto de Lei 2.686/96, que pretende substituir as duas leis acima citadas, consolidando-as num só documento, além do Projeto 118/84, de novo Código Civil, em tramitação legislativa e que também dispõe sobre a união estável, após emenda apresentada ao projeto inicial, pelo Senado Federal.

Tal proteção constitucional originou-se do fato de que essas entidades familiares (conforme a designação constitucional) existem em grande número no Brasil, seja porque parte do nosso povo é casada apenas no religioso, sem efeitos civis, seja porque outra parte compõe-se de pessoas solteiras, separadas ou viúvas, e convivendo com outras. O concubinato chamado "puro" ou companheirato, ou ainda união estável, na terminologia moderna, portanto, não tem o sentido pejorativo que pode apresentar à primeira vista.

Apenas a título ilustrativo, esclareça-se que, no caso dos filhos mencionados no art. 229 (1.567 do projeto, no sentido da redação) do CC brasileiro tratava-se daqueles que eram denominados "naturais" porque os seus pais não eram casados entre si quando aqueles foram concebidos ou nasceram, mas podiam casar, pois não havia qualquer impedimento para tal.

Os direitos e deveres do homem e da mulher decorrem necessariamente do casamento e da união estável ou concubinato "puro" ou, ainda, companheirato, expressões estas que serão usadas indistintamente a seguir; porém, outros efeitos podem ou não ser produzidos pelo casamento somente. Assim, realizado ou concertado o mesmo, daí decorrem imediata e reciprocamente obrigações para os participantes. E têm que decorrer necessariamente tanto os do homem em relação à mulher como os desta em relação àquele. Já os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos poderão ou não decorrer do casamento ou da união estável, pois pode mesmo haver casamento ou união sem prole como pode haver esta sem casamento ou união estável, ou seja, oriundas de mera relação sexual descompromissada, com ou sem o cometimento do adultério ou do incesto, conforme sejam casados ou parentes próximos esses pais.

3.1.1 Fidelidade recíproca

Antes de cogitar, separadamente, dos direitos e deveres do marido e da esposa, o código trata dos direitos e deveres comuns a ambos, no art. 231 (1.568 do projeto), que começa pela fidelidade recíproca. Esta significa a oposição ao adultério, no casamento, podendo tal idéia da quebra de respeito ao outro convivente

ser estendida à união estável, embora tecnicamente não se possa falar em adultério, crime restrito aos envolvidos no casamento devidamente formalizado. Obviamente, a união, para ser caracterizada como estável, e gerar os mesmos efeitos jurídicos que o casamento, há de ter os mesmos requisitos e elementos constitutivos, e um dos primeiros é, sem dúvida, a exclusividade das relações sexuais. Antes do atual Código Civil não era assim. As Ordenações Filipinas eram mais benévolas em relação ao cônjuge-varão; hoje, porém, exige-se a fidelidade recíproca e o adultério, tanto do marido como da mulher, no casamento, constitui motivo para a separação judicial, embora não se trate de questão de ordem pública, pois depende a aplicação dessa sanção da vontade do cônjuge contra quem o outro é infiel, o cônjuge inocente. Há sanções civil e penal para o adultério e a sanção civil entre nós é a separação. Os códigos, ou leis extravagantes, em geral quando tratam da separação ou do divórcio, conforme o caso, colocam em primeiro lugar dentre os motivos ensejadores, o adultério. Há outros motivos ainda, mas o adultério vem sempre em primeiro lugar, como ocorria antigamente com o art. 317 do CC brasileiro, cujo inc. I se referia a esse crime, artigo já revogado pela Lei do Divórcio – 6.515/77, que no seu art. 5.º se refere à conduta desonrosa, onde se inclui o adultério, conforme concordam doutrina e jurisprudência. Já a sanção penal está configurada no art. 240 do CP brasileiro, que determina que é crime o adultério, sendo a ação respectiva de competência exclusiva do cônjuge ofendido, com prazo de um mês após o conhecimento do fato, salientando-se, porém, que entre nós essa ação não mais vem sendo utilizada como antigamente, antes do advento do divórcio no Brasil, daí estar prevista a exclusão desse crime do projeto de futura Parte Especial do Código Penal, em tramitação legislativa, daí, estranhar-se continuar a referência ao adultério como causa de separação dos cônjuges, no Projeto 118/84, conforme art. 1.577, I. O Projeto 2.686/96 disciplina esse requisito, no caso de união estável, denominando-o "lealdade", no art. 2.º, I, e não "fidelidade recíproca".

3.1.2 Vida em comum no domicílio do casal

O inc. II do mencionado art. 231 (1.568 do projeto) do CC trata da questão da vida em comum no domicílio, não só dos cônjuges, mas agora estendida a idéia também para o casal convivente na união estável, no nosso entendimento. Domicílio é o lugar onde a pessoa habitualmente mora e tem o centro de suas atividades e difere da residência, como se vê na Parte Geral do Código Civil brasileiro, especialmente no art. 31 (70 do projeto). A lei, porém, se referindo a domicílio nesse inc. II do art. 231 quer aludir também à residência dos cônjuges ou companheiros, pois, às vezes, o domicílio confunde-se com a residência, como ocorre, por exemplo, em matéria obrigacional, pois quando se diz que o devedor deve pagar no seu domicílio está se referindo à residência do mesmo, como ocorre igualmente em questões locatícias. Assim, o citado inciso está aludindo à casa onde os cônjuges ou concubinos morarem. Estes são obrigados a viver juntos, salvo exceções momentâneas, ocasionadas por doença, ou traba-

lho, por exemplo (cf. art. 1.571, parte final, do projeto). Na hipótese da união estável, incide a regra da Súm. 382 do STF, bastante discutível por sinal, já que entende-se que para ser assimilada ao casamento para efeitos da proteção do Estado (CF, art. 226, § 3.º, e Leis 8.971/94 e 9.278/96), a união estável ou companheirato ou, ainda, concubinato "puro", deverá seguir a mesma disposição desse art. 231 (1.568 do projeto), II, do CC brasileiro, enquanto a citada súmula dispensa a vida *more uxorio* para a caracterização do concubinato. O Projeto 2.686/96 passa a exigir a vida *more uxorio*, no art. 1.º ("sob o mesmo teto"), no caso da união estável, além de exigir mutuamente o respeito e consideração e a assistência moral e material (art. 2.º, II e III, respectivamente). Ainda ligado à questão da vida em comum no domicílio do casal, o art. 233 do Código dispõe competir ao marido (o que se poderia entender estendido ao companheiro na união estável) o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de a mulher recorrer ao juiz, no caso da deliberação do varão a prejudicar, geralmente por questões profissionais. Esse princípio está derrogado pela Constituição Federal, art. 226, § 5.º, que iguala em direitos e deveres marido ou companheiro e mulher ou companheira, além, obviamente, do dispositivo genérico ínsito no inc. I do art. 5.º da mesma Carta. Embora a possibilidade de a mulher recorrer ao Poder Judiciário tenha sido considerada como um grande avanço conseguido em 1962 pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, entendemos não ser muito conveniente a intromissão do Estado no seio da família, sem que exista um motivo muito grave para tal. Por isso mesmo, o art. 1.571 do projeto determina que a escolha do domicílio do casal será feita por ambos, destacando, ainda, que "... um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes". Há sanções para a falta ou quebra de cumprimento do dever de morar no domicílio conjugal, de conviver sob o mesmo teto, ou de coabitação e que abrange também o de prática de relações sexuais, pois não satisfaria completamente seus deveres o cônjuge ou companheiro que apenas vivesse sob o mesmo teto e não cumprisse a prestação do chamado "débito-conjugal", que é um direito-dever de ambos os cônjuges ou conviventes.[11] A primeira delas encontra-se no art. 234 (sem correspondente no projeto) do CC brasileiro e a outra no art. 5.º, § 1.º, da Lei do Divórcio. O primeiro é aplicável tanto aos casos de casamento como aos de união estável e dispõe que a obrigação de sustentar a mulher pelo marido (ou companheiro) cessa quando esta abandona sem justo motivo a habitação do casal, e a esta se recusa voltar, isso, evidentemente, se a mulher não tivesse rendimentos próprios e sempre se mantivera dependente exclusivamente do homem para sua sobrevivência. A respeito, poder-se-ia questionar se o abandono do lar não daria lugar à imediata separação judicial ou à

(11) V., a respeito, verbete "Dever de coabitação", de Álvaro Vilaça Azevedo, *Enciclopédia Saraiva de direito*; ainda, Washington de Barros Monteiro, artigo. "Dos deveres comuns a ambos os cônjuges", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXIII, p. 179, São Paulo, 1968.

ruptura formal da união estável, conforme o caso; a resposta a esta questão seria negativa, porque a lei exigia, antigamente, para servir de fundamento do então desquite, o abandono voluntário do lar por dois anos contínuos, como dispunha o revogado art. 317, IV, do CC brasileiro, prazo esse que foi ampliado pela redação original do art. 5.º, § 1.º, da Lei do Divórcio, para cinco anos, mas depois reduzido para um ano pela Lei 8.408/92, art. 1.º, que hoje é o exigido para a separação judicial fundamentada no motivo do abandono injustificado do lar, extensível, no nosso entendimento, aos casos de ruptura formal da união estável, cuja ação será proposta perante as Varas da Família e Sucessões, conforme dispõe o art. 9.º da Lei 9.278/96 (que, todavia, não é repetido nos Projetos 2.686/96 e 118/84, embora neste a matéria da união estável esteja incluída no Livro do Direito de Família, caracterizando-se, aqui, um retrocesso legislativo, sendo urgente sua reparação sob pena de, se e quando vigente a nova lei oriunda de um desses projetos, se voltar à situação caótica de antigamente, quando havia indecisões quanto ao foro competente para cuidar das ações envolvendo os então concubinos, geralmente optando-se por uma das varas cíveis, com fundamento no Direito das Obrigações). Poder-se-ia pensar, ainda, na opção pelo divórcio erroneamente denominado "direto", na hipótese de casamento, permitido após comprovada separação de fato – e o abandono do lar do casal por parte de cônjuge ou de companheiro é uma forma de separação de fato, ou de resilição unilateral –, por mais de dois anos contínuos. Mas, de qualquer forma, não há a possibilidade de pleitear-se a separação judicialmente ou a ruptura da união imediatamente. Note-se, ainda, que a sanção aplicava-se apenas à mulher que abandonasse o lar. Se quem saísse fosse o homem, contra ele não haveria sanção, pois não lhe poderia ser movida de imediato a ação de desquite, à época, com base no citado art. 317, IV, e não poderia, conseqüentemente, ser proposta contra o varão a sanção do art. 234. Atualmente, esta situação ficou alterada pela possibilidade de haver a cessação da obrigação do sustento do marido ou do convivente na união estável pela mulher, pelo abandono do lar por parte daquele, hipótese possível agora face à igualdade entre ambos, tanto constante da Carta (art. 226, § 5.º), como das Leis Regulamentadoras, 8.971/94 e 9.278/96 e do projeto unificador destas e do outro Projeto, 118/84, de âmbito geral. A segunda sanção mencionada, constante do art. 5.º, § 1.º (1.575, § 1.º, com prazo de cinco anos, no projeto), da Lei do Divórcio, diz respeito à propositura da ação de separação judicial litigiosa, fundamentada no abandono do lar, como já referido. Alguns códigos ou leis extravagantes de outros países contornam essa dificuldade de nosso Direito positivo que exige certo prazo, considerando que o abandono do lar, por si mesmo e de imediato constitui injúria grave, ensejando a separação, o divórcio, ou a ruptura citados, conforme o caso, como é a hipótese, por exemplo, do Código Civil italiano (art. 151). Mas, em face do nosso Direito não há essa possibilidade, e a sanção fica mais ou menos fraca para a hipótese de abandono do lar. A segunda parte do art. 234, em comentário, determina que o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar em proveito do marido (e, agora, do companheiro, acrescentamos) e dos filhos, o seqüestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher que abandona o lar.

Esses rendimentos são os que a mulher possa ter em função de bens particulares que possuir e, especialmente, se casada sob o regime da separação. O marido ou o companheiro pode ver-se impossibilitado de prover o sustento da família por moléstia ou outro motivo qualquer, após o abandono do lar por parte da mulher, originando-se, então, a hipótese constante dessa parte final do art. 234 do CC brasileiro, com o seqüestro dos rendimentos daqueles bens para mantença da família, especialmente da prole. E, no nosso entendimento, como já referido, tal seqüestro pode ocorrer, inclusive na união estável, ainda que esta não haja sido convertida em casamento (Lei 9.278/96, art. 8.º, projeto, art. 9.º e Projeto 118/84). Pode haver, agora, também, o seqüestro citado, dos rendimentos particulares do homem que abandona o lar. Lembre-se, ainda, que a lei penal também é aplicável à hipótese, na qual configura-se o abandono material da família (Código Penal brasileiro, art. 244).

3.1.3 Mútua assistência

O inc. III do art. 231 (1.568 do projeto) do CC brasileiro cogita da mútua assistência, que deve, agora, ser entendida no sentido mais amplo possível, ou seja, tanto no casamento quanto na união estável. Trata-se da assistência física, moral e pecuniária quando necessária, porque nem sempre o regime de bens do casamento é o da comunhão – sendo de compropriedade ou condomínio na união estável, a teor do que dispõe a Lei 9.278/96 –, e, sendo assim, cada cônjuge (no caso de casamento) viverá com o que tiver, segundo o regime adotado, e poderá haver necessidade de assistência pecuniária tanto da mulher em relação ao marido ou vice-versa, ou companheiros na união estável. O Projeto 2.686/96 exige tal requisito, como já referido anteriormente, no art. 2.º, III, sob a denominação de "assistência moral e material". Quanto ao regime de bens na união estável, esse projeto estabelece ser o equivalente ao da comunhão parcial estabelecida para o casamento, considerando, ainda, que as doações feitas por um dos companheiros a terceiros serão computadas como adiantamento de sua respectiva meação (art. 3.º, *caput* e par. ún.), resolvendo, assim, a tormentosa questão das doações feitas no casamento por um dos cônjuges sem a devida outorga uxória ou marital, e que acabam sendo motivo de embargos da mulher casada, ou de terceiro, conforme a hipótese, num processo executório envolvendo os bens totais do casal, cujo patrimônio ficara desfalcado por tais doações irregulares. O Projeto 118/84 também estabelece o mesmo regime citado (comunhão parcial), salvo convenção em contrário entre os companheiros. A sanção para a inobservância do disposto nesse inc. III do art. 231 (1.568 do projeto) do CC brasileiro constava, antigamente, do art. 317, III, do mesmo código, que cogitava do então desquite por injúria grave, na hipótese de casamento; naturalmente, a falta de assistência de um cônjuge em relação ao outro precisava assumir um caráter de extrema gravidade para ensejar a sanção prevista naquele dispositivo citado. Atualmente, a sanção está no *caput* do art. 5.º da Lei 6.515/77, que prevê a separação judicial litigiosa por conduta desonrosa ou violação grave dos deveres do casa-

mento, e poderá, também, servir para configurar a ruptura da união estável, e, futuramente, baseada no citado art. 2.°, III, do atual Projeto 2.686/96, quando este convertido em lei, ou, até, baseada no futuro Código Civil, atual Projeto 118/84, conforme for o caso de aprovação legislativa de um ou de outro desses projetos.

3.1.4 Sustento, guarda e educação dos filhos

Também são deveres de ambos os cônjuges e companheiros o sustento, a guarda e a educação dos filhos, tê-los em sua companhia e dar-lhes a educação moral e escolar, de acordo, naturalmente, com as possibilidades econômicas e culturais de cada casal ou pai ou mãe, isoladamente. É, aproximadamente, o que podemos chamar de alimentos. Essa obrigação cessa quando os filhos atingem a maioridade, conforme ao inc. IV do art. 231 (1.568 do projeto), exceto quando se possa enfocar a questão sob o ponto de vista de obrigação alimentar, pois os parentes próximos devem-se alimentos mutuamente no caso de algum não poder prover a sua subsistência, ainda que de maior idade, e desde, também, que os provedores estejam em condições de prestá-los. Esta questão tanto se pode enfocar do lado dos pais em relação aos filhos, como destes em relação àqueles ou em relação aos demais irmãos. O pai, neste caso, não presta alimentos como tal, mas como parente, e vice-versa. A mesma disposição sobre guarda, sustento e educação dos filhos comuns encontra-se na Lei 9.278/96, quanto à união estável, art. 2.°, III, e não foi repetida no projeto da lei unificadora, já referido várias vezes acima, mas sim no Projeto 118/84, após a Emenda 462 do Senado. A sanção para o caso da não observância do disposto no inc. IV do art. 231 (1.568 do projeto) do CC brasileiro e no inc. III do art. 2.° da Lei 9.278/96 encontra-se no capítulo do pátrio poder do mesmo código, no *caput* do art. 394 (1.665 do Projeto 118/84, que se refere a "poder familiar", e não a "pátrio poder"), que pode determinar até a suspensão desse pátrio poder-dever, desde que, evidentemente, os fatos específicos a uma dada hipótese sejam de tal gravidade que enseje a aplicação dessa penalidade ou outra que o juiz poderá determinar. A propósito, o Projeto 118/84, de novo CC brasileiro, em tramitação legislativa, elenca mais um dever comum a ambos os cônjuges e companheiros, agora, na união estável, que é o de respeito e consideração mútuos (art. 1.568, V, também constante do Projeto 2.686/96, de Estatuto da União Estável, art. 2.°, II).

Como observação, apontamos que neste capítulo das disposições gerais sobre os efeitos jurídicos do casamento (e da união estável, complementamos) do Código Civil brasileiro, encontram-se os arts. 230 (1.667, § 1.°, do projeto) e 232 (1.566 do projeto), totalmente deslocados na sistemática do código vigente. O primeiro deles refere-se à questão do regime de bens no casamento, enquanto o segundo tem estreita relação com o casamento putativo, posto que invalidado pela nulidade ou pela anulabilidade. Por isso, deixarão de ser analisados nesta oportunidade, por fugirem ao espírito do tema em desenvolvimento.

3.2 Direitos e deveres do marido e do companheiro

Até agora vimos os direitos e deveres comuns aos cônjuges e companheiros. Vamos agora examinar apenas os direitos e deveres do homem, os quais também foram totalmente alterados em função da igualdade com a mulher.

O art. 233 (1.569 do projeto) do CC pátrio determinava que o marido é o chefe da sociedade conjugal, função essa que exercia com a colaboração da mulher, no interesse da família, o que agora, completamos, estende-se à união estável; porém, na prática acabou a hegemonia masculina, com o disposto no art. 226, § 5.º, da CF, a par do dispositivo amplo constante do inc. I do art. 5.º da Carta. Ao estudarmos o aspecto do equilíbrio entre os poderes do homem e da mulher, a situação jurídica de ambos no casamento e na união estável, agora, vemos, em face do que dispõe o código sobre o casamento, que esta era justamente uma razão de desequilíbrio, pois era atribuída ao varão a chefia da sociedade conjugal. Entretanto, alguns autores[12] ainda entendem que essa atribuição ao marido, no caso do casamento, decorre de uma necessidade: toda sociedade deve ter um chefe, um responsável. E, neste caso, o acréscimo trazido pelo Estatuto da Mulher Casada, em 1962, referentemente à colaboração da mulher teria sido desnecessário, pois a chefia não implica superioridade, mas necessidade já que, em caso de empate quanto à decisão num ou noutro sentido de uma querela familiar, entre os cônjuges e, agora, companheiros, não haveria razão de intrometer o Estado nas questões de família, e o homem estaria mais apto a tomar as decisões necessárias, por razões várias, dentre as quais a tradição, segundo tais autores. A situação, porém, é de co-gestão, atualmente, na condução da sociedade conjugal (conforme, inclusive, dispõe o referido art. 1.569, do Projeto de novo Código Civil, que porém, excetua no art. 1.573, no sentido de um dos cônjuges poder exercer com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe, inclusive, a administração dos bens, se o outro estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de seis meses, ou interditado judicialmente) e da união estável. Em continuação, o citado art. 233, I (sem correspondente no projeto) do CC brasileiro determinava competir ao marido (e, agora, ao companheiro, diga-se), que, entretanto, passa a ser atribuição conjunta do casal, a representação legal da família. Não é muito simples explicar o que seja e em que consiste a representação legal da família, já que não se cuida da representação da mulher ou do homem, ou dos filhos, e a família como um todo não é pessoa jurídica. Em todo caso, a lei determina que deva haver o exercício dessa representação para a defesa de algum direito que interesse diretamente à família e, assim, aos cônjuges no casamento ou conviventes na união estável, conjunta ou isoladamente, conforme a hipótese concreta, como chefes da sociedade, e em pleno pé de igualdade, competirá a representação. Tais casos de representação legal da família são raros de ocorrer

(12) V., a respeito, Áurea Pimentel Pereira, *A nova Constituição e o direito de família*, esp. p. 58; ainda, Carlos David S. Aarão Reis, *Família e igualdade*, esp. p. 82-97.

na prática, porque o homem ou a mulher agem como chefes da sociedade familiar, mas não como representantes dela, propriamente. Às vezes, agem por si mesmos, em seus próprios nomes; outras vezes, representando seus filhos, posto que menores. Raramente, porém, atuarão como representantes legais da família, embora haja opiniões de alguns juristas que pretendem considerar a família como constituindo uma entidade autônoma, um ente moral como os constantes do art. 16 (44) do CC, no caso brasileiro.[13] Competia, ainda, ao homem, segundo o inc. II do art. 233 (sem correspondente no projeto) do código civilista a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido (e, agora, ao companheiro) incumbisse administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial, ou de acordo quando da formação da união estável. Assim, cabia em primeiro lugar, ao varão, a administração dos bens comuns. É o caso do casamento contraído sob o regime da comunhão de bens, e da união estável já que o regime condominial ou de compropriedade determinado pela Lei 9.278/96 equipara-se ao regime da comunhão parcial no casamento, fato que fica expressamente consignado no art. 3.º do Projeto 2.686/96, e também no projeto de novo código civilista. Além disso, ainda mesmo que não contraído o casamento sob aquele regime, poderia haver bens em comum e, em todos esses casos cabia ao marido, no casamento, e ao companheiro, a administração, inclusive dos bens particulares da mulher, seja no casamento sob o regime de separação de bens, seja no regime dotal em que aquela tivesse bens particulares, chamados então de "parafernais". Na competência ao homem atribuída pelo Código Civil brasileiro "em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial" vê-se uma desigualdade de tratamento não mais condizente com a norma constitucional, pelo que num pacto os nubentes e os conviventes podem estabelecer o que lhes aprouver e poderão estipular que os bens comuns ficarão sob a administração da mulher, como também que tais bens, embora dela, serão administrados pelo homem. Assim, esse inc. II do art. 233 ficou sem efeito prático, e por isso revogado (tanto que não repetido no projeto), pois se a lei não atribui à mulher a administração dos bens particulares do homem, não deve mais este – face à isonomia constitucional – administrar os bens particulares dela, tanto na hipótese de casamento quanto na de união estável, salvo convenção livre de ambos no sentido contrário. O inc. III do mesmo artigo em comentário estipulava que ao homem caberia o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade da mulher recorrer ao juiz no caso de decisão daquele que lhe prejudicasse, talvez por motivos de exercício de profissão, ou de relacionamento com seus familiares ascendentes etc. Atualmente, marido e mulher, ou os companheiros na união estável, é quem decidirão tal matéria sob o ponto de vista da conveniência, e, inclusive, econômico, e por isso a eles compete fixar o domicílio da família, ficando prejudicada a ressalva constante do final desse inciso, não convindo intrometer-se o Estado nas

(13) Arnoldo Wald, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. IV, Direito de família, p. 71, n. 26, informa que há estudo de Savatier, "Les métamorphoses economiques et sociales du droit d'aujourd'hui", enfocando a família como pessoa jurídica.

questões de família sem maior gravidade. O Projeto 118/84, no art. 1.571, determina que a escolha caberá a ambos os componentes do casal. Continuava o art. 233, em seu inc. IV, a determinar as desigualdades entre o homem e a mulher, ao estipular que ao primeiro competia prover a manutenção da família, com a ressalva da mulher ser obrigada a contribuir para as despesas com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente aos do marido – salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial, no caso de casamento contraído sob o regime de separação de bens. Tal obrigação do homem, no casamento e, agora, na união estável, decorreria naturalmente da regra de que ele era considerado o cabeça do casal ou chefe exclusivo da sociedade conjugal ou da união, hipóteses hoje já eliminadas pela regra constitucional, porém, a questão não era de ordem pública, nem quanto ao auxílio da mulher casada pelo regime da separação, pois o pacto podia isentá-la dessa contribuição. Mas, a situação de co-gestão atual na administração da família, e as maiores possibilidades de trabalho que a mulher vem conhecendo ultimamente, fazem com que a responsabilidade da manutenção do lar seja mútua, logicamente dentro das possibilidades e rendimentos oriundos de trabalho ou dos bens de cada um dos componentes do casal, no casamento ou na união estável, conforme, aliás, estipula o art. 1.570 do Projeto de novo Código Civil.

Há um rol extenso de proibições no art. 235 (1.675 do projeto, que estende as proibições a qualquer dos cônjuges) do CC, ou seja, ali vemos o que o homem não poderá fazer sem o consentimento da mulher, que terá a contrapartida no rol do art. 242 (1.675, referido), que será enfocado infra. Refere-se o diploma legal nesse local assinalado, ao marido, situação agora extensiva ao companheiro, que não pode, sem o consentimento da mulher, consoante o disposto no inc. I desse artigo citado, qualquer que seja o regime de bens adotado, no caso do casamento, e que será o condominial ou de compropriedade na união estável, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios, não lhe sendo permitido, portanto, sem o consentimento da mulher, doar, vender, destinar bens para formação de uma sociedade, enfim, transferir tais bens, de qualquer modo, do seu patrimônio para o de outra pessoa. E não poderá, inclusive, hipotecá-los, visto ser a hipoteca um princípio de alienação no caso de não haver satisfação de um compromisso assumido. Não pode, também, transacionar ou negociar sobre direitos reais relativos a imóveis alheios, pois tais direitos são considerados imóveis também pela classificação adotada pelo Código Civil brasileiro. Enfim, todos os negócios sobre imóveis não podem ser levados a efeito pelo homem, no casamento ou na união estável, sem o consentimento da mulher, porque a família precisa de uma base estável, e os bens imóveis, pertencentes proporcionalmente ou em meação a ambos os componentes do casal, propiciam essa estabilidade, não obstante os títulos de crédito e ações de empresas terem, hoje em dia, grande aceitação como base formadora de patrimônio familiar; porém, são considerados bens móveis, não se enquadrando, portanto, na proibição que estamos analisando. No caso do casamento, a regra vale, ainda que celebrado pelo regime da mais absoluta separação de bens (diferentemente, o Projeto de novo Código Civil excetua as proibições aludidas, tratando-se de casamento no regime

da separação absoluta, conforme arts. 1.675, parte final, e 1.715, combinados) e ainda que esses bens pertençam exclusivamente ao varão, como está dito no *caput* do art. 235 (1.675), em comento, tratando-se, evidentemente, de bens imóveis, a *contrario sensu* do que estipula o art. 276 (1.715 do projeto) do diploma civilista. Também não pode o varão, ao teor do inc. II do art. 235 (1.675, II), pleitear, como autor ou réu, acerca dos bens e direitos acima analisados, sem o consentimento da mulher, seja no casamento seja na união estável. O homem, sozinho, não pode propor ação reivindicatória, e quando o fizer deverá também promover a citação da mulher ou companheira do réu, sob pena de indeferimento liminar da petição inicial por falta de citação, estando a regra obrigatória insculpida no art. 10 do código processualista, no caso brasileiro, muito embora em se tratando de ação possessória entenda parte da doutrina e da jurisprudência não ser necessária a citação apontada, por tratar-se de ação pessoal e não real. Igualmente não pode o marido ou o companheiro, sem o consentimento da mulher, prestar fiança – inc. III do art. 235 (1.675, III) –, porque se trata de um contrato gratuito, que só beneficia aquele a quem é prestada, com eventual prejuízo do fiador. Esse inciso está em correspondência com o X do art. 263 (sem correspondente no projeto) do mesmo estatuto, que determina seja excluída da comunhão universal de bens a fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher, no caso de casamento, o que deu motivo ao surgimento de duas correntes em nosso Direito, antes da regulamentação da união estável, assim resumidas: *a*) a primeira corrente entendia que a fiança prestada pelo marido sem o consentimento da mulher seria nula, por infração a dispositivo legal, doutrina que tem prevalecido; *b*) a segunda entendia que a sanção, para o caso do marido prestar fiança sem o consentimento da mulher, seria apenas a exclusão da comunhão do valor da fiança, como dispõe o art. 263, X; assim, se o varão prestar fiança sem outorga, a mesma não é nula, havendo só a exclusão da comunhão – ou, agora, da compropriedade dos bens na união estável, da quantia correspondente ao valor da fiança prestada e eventualmente perdida. O casal, suponhamos, tem um milhão de reais em patrimônio conjunto, tendo a fiança paga pelo varão por falta de adimplemento do afiançado sido de cem mil reais. Daí por diante, de sua parte da comunhão, no casamento, ou da compropriedade dos bens na união estável, seria deduzida tal importância e quando for feita a partilha, por morte ou ruptura do casamento ou da união estável, a meação da mulher será de quinhentos mil reais e a do varão de quatrocentos mil, deduzidos os cem mil pagos pela fiança sem outorga. Essas duas correntes podem ser aceitas, embora prevaleça a primeira, como afirmado. Entendemos que a opção ficará com o cônjuge ou companheira que não deu outorga à fiança, para pleitear a invalidade do contrato ou esperar o momento aprazado para defender seu direito a maior parte na partilha posterior, podendo, se quiser, abrir mão das duas alternativas, obviamente, arcando com a co-responsabilidade pelo gesto ilegal do marido ou companheiro. Lembre-se que o Projeto 2.686/96, no par. ún. do art. 3.º, dispõe sobre as doações feitas por um dos conviventes na união e que serão computadas como adiantamento da respectiva meação; ora, a fiança sem outorga pode ser equiparada à doação, se executada por inadimplemento do afiançado. De conformidade com tal entendimento, prevaleceria a segunda corrente acima referida. O marido ou companheiro

também não pode, sem o consentimento da mulher, fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns, é o que dispõe o inc. IV do art. 235 (1.675, IV). Neste caso, não se trata de bens imóveis, propriamente dito, tratando-se, antes, de contrato benéfico, gratuito, mas que deixa de sê-lo quando há encargo, ou quando se trata de doação remuneratória que só será considerado contrato benéfico na parte que exceder ao equivalente entre a coisa doada e o que se pretende remunerar; mas, até tal equivalência, a doação no caso avençado, não será contrato benéfico. Exemplificando: há um serviço prestado e o prestador não estipula preço, mas o beneficiado pelo trabalho sente-se obrigado a fazer uma doação para compensar o serviço, e dá um presente ao prestador. Enquanto houver equivalência entre o valor do serviço e o do presente não há doação, já que tratar-se-ia de uma remuneração embora sob forma donativa, sendo, antes, equivalente a um contrato oneroso, que o marido ou companheiro não está impedido de fazer, embora tal doação remuneratória possa, até, alcançar valor alto em função da importância do serviço prestado – e não cobrado –, à família. Também pode o homem fazer doação de bens de pequeno valor. A dificuldade estaria em estabelecer-se o que seria "bem de pequeno valor". A respeito, o Código Civil, no caso brasileiro, faz referência no art. 1.168, par. ún. (541, par. ún. do projeto), a doação de bens móveis e de pequeno valor – sem estipulá-lo –, que se completa pela só tradição, daí a dificuldade acima apontada, devendo ser apreciada a cada caso concreto. Deve-se, de início, excluir o critério objetivo para esse estabelecimento do valor da coisa, mas vinculá-la ao montante do patrimônio do doador, como, aliás, é de uso proceder em relação aos codicilos na área do Direito das Sucessões. E tal procedimento deve ser adotado porque o que seria de pequeno valor para o possuidor de uma fortuna substancial poderá – e quase sempre tal ocorrerá – não sê-lo para a média da população em relação ao seu patrimônio. Assim, a apreciação do que seria pequeno valor dependerá do exame de cada caso em concreto, e fica ao prudente arbítrio do examinador. A lei civilista complementa o rol das coisas que o marido ou companheiro na união estável não pode fazer sem o consentimento da mulher, esposa ou companheira, tratando, no inc. IV do art. 235 (1.675, IV), em exame, das doações com os bens ou rendimentos comuns. Assim, se tais bens ou rendimentos forem próprios, particulares, tanto o homem como a mulher poderá fazer doações, exceto no caso de imóveis, como já visto acima. Mas, não se tratando de imóveis, cada qual poderá fazer doações com seus próprios e exclusivos bens e rendimentos, sem qualquer necessidade de autorização do outro cônjuge ou companheiro. Lembre-se, porém, conforme já explicitado acima, que o Projeto de novo Código Civil, 118/84, permite alienações, dentre as quais incluem-se as doações, ainda que de imóveis, se o casamento for contraído no regime da separação de bens (art. 1.715, que generaliza os bens, ao contrário do art. 276 do código vigente, que só permite as alienações tratando-se de bens móveis). No caso de haver prestação de fiança, ou doação, com infração do estatuído na lei civil (art. 1.675, III e IV), o Projeto 118/84 permite que tanto o marido quanto a mulher, independentemente do regime de bens do casamento, possa demandar a rescisão dos contratos realizados sem a outorga do outro, conforme art. 1.670, IV.

Depois de prever as proibições constantes do art. 235 (1.675 do projeto) do CC, a lei brasileira abre duas exceções, no artigo seguinte, estipulando que valerão os dotes ou as doações nupciais feitas às filhas e as doações feitas aos filhos por ocasião de se casarem, ou estabelecerem economia separada, isto é, ao iniciarem suas atividades profissionais (1.675, par. ún. do projeto). Entenda-se, hoje, que tais doações – excluindo-se o dote por já praticamente fora de uso, embora ainda possível –, tanto aos filhos da linha masculina como da feminina estão igualadas, seja para o casamento seja para o exercício profissional, e valerão ainda que feitas sem o consentimento da consorte ou da companheira.

Se houver recusa injustificada na outorga do consentimento da mulher, esposa ou companheira, para os casos mencionados, cabe ao juiz supri-la, tanto quanto à recusa injustificada quanto na hipótese da impossibilidade momentânea da mulher, por doença, viagem etc., e o negócio a ser ultimado, vantajoso para a família, seja urgente ou de ocasião. Essa é a disposição do art. 237 (1.676 do projeto) da lei civilista. O Código de Processo Civil disciplina a matéria, especialmente nos arts. 11, *caput* e par. ún., e 1.112, I a VI. Os casos de recusa ocorrem, geralmente, quando a sociedade conjugal ou a união estável já não está firme, ou até já houve a separação de fato, e só assim se justifica a intromissão do Estado nas questões familiares, no caso meramente econômicas. Evidentemente, o juiz examinará os argumentos de cada parte, quando for o caso, e suprirá ou não a outorga da mulher, o que não deve fazer sem exame apurado da hipótese concreta e após exercício de reflexão dos mais rigorosos, já que a esposa ou companheira tem o direito de vedar o negócio desejado pelo homem, salvo, evidente, por mero capricho. Esbarra-se, aqui, quanto ao justo motivo referido na lei, na mesma dúvida quanto ao caso do pequeno valor dos bens doados, enfocado anteriormente. Será, então, questão a ser apreciada em cada caso concreto e resolvida de molde a preservar os interesses da família antes de tudo.

No caso de haver o suprimento judicial da outorga negada pela mulher, ou da impossibilidade dela dá-la, esse suprimento autoriza a prática do ato ou negócio jurídico pleiteado pelo homem, porém, não obriga os bens próprios, particulares, da esposa ou companheira, conforme a hipótese, ao teor do disposto no art. 238 (sem correspondente no projeto) do CC brasileiro, pois tanto pode acontecer que o empreendimento tenha grande alcance na esfera econômica, dando lucros, como pode acarretar grandes prejuízos. Ora, uma vez que a mulher tenha se recusado a consentir, talvez pressentindo a temeridade do ato ou negócio pretendido pelo homem, a lei isenta de responsabilidade os seus bens próprios – tanto da esposa no casamento, como os componentes do patrimônio da companheira na união estável –, que não responderão por futuras obrigações descumpridas pelo homem nesse negócio ou ato jurídico mal formulado. Mas, tal hipótese de exclusão fica na dependência do regime de bens adotado no casamento – sendo de compropriedade ou condominial na união estável e equiparado ao da comunhão parcial no casamento –, quando, aliada à hipótese da comunhão universal, a parte em comum nos bens poderá ser comprometida em futura execução, ainda que

tenha havido o suprimento judicial da outorga denegada. Nesse caso da comunhão universal de bens, a situação parece altamente injusta, já que o patrimônio do casal pode ser formado na maior parte, ou até na totalidade, pelos bens levados ao casamento pela mulher, que os veria perdidos pelo ato malsinado do marido e com o qual não havia concordado! E, ainda, sabendo-se que não há bens próprios ou particulares de qualquer dos cônjuges neste regime de bens! Para salvaguarda de seus direitos, a mulher, seja a esposa no casamento seja a companheira na união estável, tem à sua disposição dois remédios jurídicos: a ação de invalidade do ato ou negócio jurídico feito sem sua outorga e sem o suprimento judicial, conforme o caso, e os embargos da mulher casada na primeira hipótese, ou de terceiros na de união estável, se houver execução pelo descumprimento de obrigações assumidas pelo marido ou companheiro.

A mulher ou seus herdeiros, em sua falta, podem pleitear a invalidade dos atos ou negócios jurídicos praticados pelo homem sem a outorga do consentimento daquela, ou sem o correspondente suprimento judicial na falta da outorga, conforme dispõe o art. 239 (1.677 e 1.678 do projeto) do estatuto civilista. Assim sendo, quando a mulher no casamento, ou a companheira na união estável, não consente na fiança, por exemplo, ela poderá propor ação anulatória do ato, competência extensível aos herdeiros, ocorrendo a prescrição em quatro anos para a mulher a partir da consumação do ato ou negócio jurídico pelo marido ou companheiro, ou a partir da data do falecimento daquela sem ter proposto a ação mas ainda no curso do prazo de quatro anos. Tal prazo é reduzido, porém, para dois anos pelo art. 1.678 do Projeto 118/84, para ambos os cônjuges.

Cumpre notar, finalmente, embora já tenham sido feitas ligeiras referências anteriormente, que os assuntos versados nos arts. 237 (1.676 do projeto), 238 (sem correspondente no projeto) e 239 (1.677 e 1.678 do projeto) do CC brasileiro, acima analisados, referentemente ao suprimento judicial da outorga uxória ou da companheira, e à legitimidade ativa para a ação de invalidade do ato ou negócio jurídico realizado pelo homem sem o consentimento ou o suprimento deste, dizem respeito, exclusivamente, às questões reais, sobre imóveis, ou seja, sobre as alienações de modo geral, incluindo doações e fianças, e referentes, ainda, aos bens e rendimentos comuns. A falta da outorga da mulher ou seu correspondente suprimento judicial não impossibilitará o homem de praticar atos ou negócios jurídicos quanto a seus bens próprios ou particulares, desde que móveis. Todavia, o Projeto de novo Código Civil vai permitir as alienações, ainda que de imóveis, se o casamento for contraído no regime da separação absoluta de bens, conforme já salientado anteriormente.

3.3 Direitos e deveres da mulher casada e da companheira

Até o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), esta era tida como relativamente incapaz. Assim, era-lhe vedado exercer profissão ou residir fora do lar e praticar muitos outros atos, sem expressa autorização do marido. Hoje, porém, está num plano de igualdade em relação ao mesmo, e, agora, está na

mesma situação a companheira em relação ao homem, na união estável, graças às modificações trazidas inicialmente pela citada lei de 1962 e culminadas com a Constituição Federal, arts. 226, §§ 3.º e 5.º. Ao marido ou companheiro, pois, não cabe mais o exercício exclusivo da chefia da sociedade conjugal e, agora, da união estável – antigo concubinato puro –, mas tão-somente a condição de coordenador, com a co-gestão da mulher ou companheira, e ainda assim conforme a hipótese específica a cada casal.

Nesse sentido, mas ainda não de completa igualdade, dispõe o art. 240 (1.572, em relação a ambos os cônjuges, no projeto) do CC brasileiro, ao dizer que a mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, competindo-lhe velar pela direção material e moral desta, redação que eliminou em parte a desigualdade flagrante em que a mulher estava anteriormente em relação ao homem. Ela pode, com o casamento, seja direto seja pela conversão da união estável, adotar, se quiser, os apelidos de família do marido e ex-companheiro, conforme permite o par. ún. desse art. 240 (1.572, § 1.º, do projeto). Antigamente a mulher adotava, obrigatoriamente, tais apelidos, que desaparece no caso de separação judicial, em que a mulher é considerada culpada, de acordo com a sanção contida no art. 17 (1.582 do projeto) da Lei do Divórcio (6.515/77), e ainda no caso da conversão da separação judicial em divórcio, como prevê o par. ún. do art. 25 (sem correspondente no projeto) da mesma lei, introduzido pela Lei 8.408, de 13.02.1992 – salvo algumas exceções lá constantes. A respeito dessa questão, a Lei dos Registros Públicos (6.015/73), em seu art. 57, § 2.º, já permitia, desde há duas décadas, que mulher solteira, desquitada ou viúva, que vivia com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente, e havendo motivo ponderável, poderia requerer ao juiz competente que, no seu registro de nascimento fosse averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, ou seja, haveria um acrescentamento, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, decorrente de estado civil de qualquer das partes ou de ambas, situação que acaba ficando sem efeitos práticos – portanto, resta revogado o citado dispositivo –, tendo em vista a introdução do divórcio no País, quatro anos após a edição daquela lei, o que eliminou a impossibilidade de casamento aos que viviam em concubinato, e até "puro", e que estavam em estado de desquitados (hoje, separados). Era, já à época, a caracterização da união estável como hoje chamada, cujos conviventes são os mesmos acima elencados, conforme se vê da Lei 8.971/94, art. 1.º, do Projeto 2.686/96, também art. 1.º, e do Projeto 118/84 (antigo n. 634/B-75), de novo CC. Esse direito de acrescer aos seus o apelido de família do outro consorte, ou ex-companheiro, agora também é possível de ser exercido pelo homem com o casamento direto ou convertido da união, em relação ao sobrenome da mulher, no nosso entendimento, tendo em vista a citada igualdade constitucional, muito embora tenha havido relutância dos cartórios de registro civil logo após a promulgação da Carta, em 1988, entendendo que deveria haver lei regulamentadora a respeito, situação hoje já pacificada por decisões dos tribunais, que entenderam, como nós, ser o dispositivo mandamental – § 5.º do

art. 226 da CF – auto-aplicável, e por isso exigível de pronto. Por essa razão, parece haver um retrocesso no Projeto de novo Código Civil, pois o § 1.º do art. 1.572, mesmo depois da revisão do Senado, só se refere à possibilidade da mulher, querendo, assumir o nome patronímico do marido.

Tratando, especificamente, dos direitos e deveres da mulher casada e, agora, acrescentamos, da companheira, o Código Civil enuncia, no art. 242, I (1.675 do projeto, que se refere a ambos os cônjuges), de forma genérica, aquilo que a mulher não pode fazer sem o consentimento do marido ou companheiro, ou seja, praticar os atos que aqueles não poderiam em sentido contrário e já analisados no item anterior quando cuidamos dos direitos e deveres do homem casado e do companheiro. Depois, no inc. II (1.675, I, do projeto) do mesmo artigo, o estatuto civilista praticamente cai em redundância ao que dispusera anteriormente e proíbe a alienação ou gravação de ônus real, dos imóveis de domínio particular da mulher, qualquer que seja o regime dos bens adotado no casamento, e na união estável, repetimos, será o condominial ou de compropriedade e assimilado ao da comunhão parcial no casamento. Da mesma forma, a lei proíbe que a mulher aliene os seus direitos reais sobre imóveis de outrem, no inc. III do art. 242 (1.675, I), e no IV (1.675, III e IV) não permite que ela contraia obrigações que possam importar em alheação dos bens do casal. De forma geral, os bens imóveis, ainda que próprios ou particulares, da mulher não podem ser alienados sem outorga marital ou do companheiro, nem pode ela gravar de ônus real tais imóveis, nem despojar-se de seus direitos reais sobre imóveis alheios, tudo de conformidade com as proibições existentes quanto ao homem, visto que o legislador procura resguardar a proteção à família de modo geral. Nas obrigações que contrair não poderá a mulher, casada ou concubinada, empenhar bens comuns do casal, conforme disciplina o art. 242, II a IV (1.675, I a IV), valendo aqui as considerações feitas retro, quando analisamos os vários incisos do art. 235 (1.675), em relação ao homem no casamento e no companheirato. Assim, observa-se que, mesmo antes da igualdade trazida pela Constituição em 1988 já havia, de certa forma, uma isonomia entre os cônjuges e, agora, entre os companheiros, nessa matéria referente aos bens do casal. Todavia, lembre-se, mais uma vez, que se o casamento for contraído no regime da separação de bens, o Projeto 118/84, de novo CC permite tais alienações, ainda tratando-se de bens imóveis, conforme já referido, reiteradamente, acima.

O marido, ou companheiro, pode autorizar a mulher ou companheira a praticar os atos ou negócios jurídicos acima citados, pela forma estipulada no art. 243 (sem correspondente no projeto) do CC: a autorização pode ser geral ou específica a determinado ato ou negócio, mas deve constar de instrumento público ou particular, previamente autenticado, conforme seja o objeto do ato ou negócio jurídico, o que, de resto, também se aplica à hipótese da autorização da mulher ou companheira para os atos ou negócios do varão. Se houver a revogação da outorga, direitos de terceiros deverão ser ressalvados, ao teor do disposto nos arts. 244 (sem correspondente no projeto) e 250 (1.674 do projeto) do mesmo estatuto, que devem ser interpretados conjugadamente. Nesse art. 250 (1.674) é feita uma ressal-

va quanto à hipótese de se tratar de doação à concubina (no caso, cúmplice de adultério em se tratando de homem casado ou de concubinado "impuramente" no caso de tratar-se de homem vivendo em união estável com outra pessoa) do marido ou companheiro, cujos "direitos" restariam nenhum, como também agora ocorrerá por força da igualdade constitucional que vem sendo enfocada neste estudo, em relação ao cúmplice de adultério ou concubino impuro da mulher ou da companheira. Fora dessa hipótese, aliás, não reproduzida no art. 1.674 do Projeto 118/84, correspondente ao art. 250 do atual código, não pode o terceiro que contratar com a mulher ser prejudicado pela invalidade do ato ou negócio realizado, se estiver de boa-fé, e também haverá o ressarcimento por parte do marido ou companheiro, se houver proveito deste no negócio ultimado pela mulher, na proporção da vantagem recebida, conforme aos regramentos contidos no art. 255 (sem correspondente no projeto) do CC, também aplicável à hipótese do negócio ter sido realizado pelo marido ou companheiro e com o aproveitamento econômico pela mulher ou pela família como um todo. Se o cônjuge ou companheiro responsável pelo ato ou negócio jurídico invalidado não tiver bens particulares que bastem para ressarcimento dos prejuízos de terceiros, desde que de boa-fé, repita-se, o dano se comporá pelos bens comuns, na razão do proveito que lucrar o casal, ou a família, seja esta formada pelo casamento ou pela união estável.

A mulher, diz o art. 245 e seu par. ún. (1.676 do projeto), pode ir a juízo pedir suprimento pela falta de outorga do consentimento do homem, se este recusar-se por mero capricho, ou não puder dá-lo, para a prática dos atos ou negócios jurídicos constantes do art. 242 (1.675), I a IV, já referidos anteriormente; mas tal suprimento não implicará oneração dos bens particulares do marido ou companheiro, exceto se este houver tirado vantagem do ato ou negócio jurídico praticado pela mulher, como já mencionado acima, excluída a hipótese, obviamente, se tratar-se de casamento celebrado sob regime da comunhão universal de bens, quando não haverá bens particulares de nenhum dos cônjuges. Também pode a mulher pedir suprimento judicial para praticar atos ou negócios jurídicos, se o homem não ministrar-lhe meios de subsistência a ela e aos filhos – isso na eventualidade dela não exercer profissão lucrativa que ensejasse a subsistência referida, ao menos em parte. Esclareça-se, mais uma vez, que o art. 245 (1.676) do CC diz respeito aos atos ou negócios jurídicos a serem praticados pela mulher com esse suprimento judicial e referentes, exclusivamente, às questões reais, incluídas as doações e as fianças (art. 235 [1.675], já visto anteriormente) e àquelas que envolvem bens ou rendimentos comuns do casal, seja no casamento ou na união estável, não havendo necessidade da outorga marital ou seu suprimento judicial para outros tipos de atos ou negócios jurídicos entabulados por ela. Estes últimos, entretanto, poderão empenhar só o patrimônio próprio ou particular dela, ou só sua meação no patrimônio comum do casal, conforme seja o regime de bens adotado no casamento, ou em se tratando de companheirato, desde que o varão se valha dos remédios jurídicos referidos anteriormente, ou seja, ação anulatória ou embargos na eventual execução.

O art. 246 e seu par. ún. (sem correspondentes no projeto) do CC faziam referência a bens reservados, que cabiam à mulher ou companheira, em razão do exercício de profissão distinta da exercida pelo homem. Os rendimentos desse trabalho e, principalmente, os bens adquiridos com tal produto eram, então, considerados reservados, salvo pacto antenupcial ou acordo ante-união em sentido contrário, podendo a mulher deles dispor livremente (com as exceções constantes dos incisos do art. 242 [1.675], já referidos), e esse produto do trabalho da mulher, assim como os bens com ele adquiridos, não respondiam pelas dívidas do marido e do companheiro, exceto as contraídas em benefício da família. Cumpre complementar que esse produto devia ser aplicado "em fins honestos", conforme referência feita no art. 246 (sem correspondente no projeto) à parte final do art. 240 (1.572 do projeto) do estatuto. Ocorre, entretanto, que tanto a cabeça do art. 246 como seu par. ún. (sem correspondentes no projeto) estão revogados pelo preceito constitucional – art. 226, § 5.º –, que introduziu a igualdade absoluta entre homem e mulher, tanto no casamento quanto, agora, na união estável, antigo concubinato "puro", pois se a lei não prevê a existência de bens reservados para o varão, deixa de tê-los a mulher, eliminada também a isenção dela quanto às dívidas contraídas pelo marido ou concubino constante do citado parágrafo único. Prevalece, porém, a disposição que garante à mulher praticar todos os atos necessários ao exercício e defesa de seu trabalho, independentemente de qualquer autorização marital ou de seu companheiro, conforme, aliás, estipula o art. 1.670, I e II, do Projeto 118/84, que, porém, excepciona as limitações do art. 1.675, I.

Igual sorte está reservada ao art. 247 do CC, isto é, resta revogado, já que trazia um rol de hipóteses em que a autorização do varão era considerada presumida, por se tratar de casos que visam à economia doméstica e ao exercício profissional da mulher, hoje livre. Tínhamos, claramente, nesse dispositivo, em seus três incisos e parágrafo único, o resquício da absurda e irrestrita predominância masculina na condução dos destinos da família! Nesse sentido, o Projeto 118/84, em seu art. 1.671, permite aos cônjuges, independentemente de autorização do outro, "comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica" (I) e "obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir" (II).

No art. 248 (1.670 do projeto) encontra-se uma enumeração, exemplificativa apenas, dos atos que a mulher, casada ou companheira, pode praticar livremente, bastante óbvios, pois parece-nos não haver sentido ela necessitar da outorga marital ou do companheiro para propor ações anulatórias de atos ou negócios jurídicos praticados contra a vontade daquela, por exemplo (incs. II a VII), o mesmo dizendo-se quanto ao pátrio poder-dever sobre seus filhos de leito anterior, se a mulher tiver se recasado ou estiver vivendo em união estável (inc. I) e também quanto à possibilidade de ela propor ação de separação judicial ou divórcio, se casada, ou a ruptura formal da união estável, se concubinada (inc. VIII).

O artigo acima analisado é complementado pelo 249 (1.677 e 1.678 do projeto) do CC, que dá legitimidade ativa para a propositura de algumas ações à

mulher ou aos herdeiros em falta da mesma. Assim, as ações destinadas a desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido ou companheiro tenha gravado ou alienado sem a outorga da mulher ou correspondente suprimento judicial; as que visam anular as fianças ou doações feitas pelo homem com infração do disposto nos incs. III e IV do art. 235 (1.675); aquelas ações reivindicatórias dos bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido ou companheiro à cúmplice de adultério ou concubina "impura", ainda que sob forma dissimulada em venda ou outro contrato; e também as ações visando promover os meios assecuratórios quanto aos bens dotais, ou seus particulares, que estivessem sujeitos à administração do marido ou companheiro por convenção, todas essas ações, repita-se, competem à mulher e aos seus herdeiros, com prazo prescricional de quatro anos (no projeto, dois anos) a contar da dissolução da sociedade conjugal, ou da ruptura formal da união estável, agora, ou do falecimento da mulher, conforme a hipótese, com exceção do caso constante do inc. IV do art. 248 (1.670, V) (reivindicação dos bens doados ou transferidos à cúmplice de adultério ou à concubina "impura"), que é de dois anos somente. A propósito, esclareça-se apenas para deixar bem assentada a importância da igualdade constitucional entre o homem e a mulher, no casamento e na união estável, que os direitos acima enunciados, resultantes da interpretação conjunta dos arts. 248 (1.670) e 249 (1.677 e 1.678) do CC, também são aplicáveis no sentido contrário, ou seja, em favor do homem e de seus herdeiros, caso a mulher tenha dado causa a tais ações.

Dizia o também revogado art. 251 (1.573 do projeto) e seu par. ún., do CC brasileiro, que à mulher casada e à companheira, cabia assumir a direção e administração da família, nos casos ali explicitados, seja na hipótese de prisão por mais de dois anos, seja na de ausência, seja, ainda, na de interdição, cabendo-lhe, então, administrar os bens comuns, dispor dos seus particulares e alienar os móveis comuns e os do marido ou companheiro, administrar os bens deste, alienar os imóveis comuns e os do marido ou companheiro mediante autorização judicial etc., situações que ficaram sem efeito prático, posto que com a isonomia (ou paridade, ou co-gestão) a que nos vimos referindo, a direção e administração da sociedade conjugal ou concubinária pela mulher não mais se restringe às hipóteses acima elencadas, tornando-se despiciendas maiores considerações a respeito pelo já discorrido. Nesse sentido dispõe o art. 1.573 do Projeto 118/84, conforme já salientado retro, c/c o art. 1.572. Entretanto, sobre o inc. II do art. 251 (1.573 do projeto) seria interessante ressaltar-se que, quando o marido ou companheiro estiver preso, será necessária condenação, com sentença transitada em julgado, a pena superior a dois anos (no projeto, seis meses), para legitimar sua exclusão da co-gestão na direção da família, o mesmo aplicando-se ao caso da mulher presa.

De conformidade com o disposto no Código Civil brasileiro, os atos praticados pela mulher casada, ou companheira na união estável, sem o consentimento do varão, podem ser anulados por este em até dois anos, não obstante a possibilidade legal de convalidação de tais atos mediante ratificação, conforme art. 252 e seu par. ún. (1.677, par. ún., do projeto). Este artigo deve ser interpretado em

consonância com o art. 178, § 7.º, VII (sem correspondente no projeto), Parte Geral do estatuto civilista, que estende a legitimidade ativa também aos herdeiros, como já referido acima, na falta do marido ou companheiro. Mas, com a situação igualitária atual, absoluta, entre homem e mulher no seio familiar, entendemos não mais prevalecer o prazo de dois anos acima mencionado, pois os atos e negócios jurídicos praticados pelo marido ou companheiro sem autorização uxória ou da companheira e respectivo suprimento judicial podem ser invalidados pela mulher em até quatro anos (arts. 239, 249 e 178, § 9.º, I, *a*, II e III, do CC). Assim, em ambas as hipóteses deverá ser adotado o prazo máximo comum, de dois ou de quatro anos, parecendo-nos melhor este último, mais elástico e por impedir a consolidação de situações que possam comprometer o patrimônio da família em tempo relativamente curto, muito embora, e lamentavelmente, o citado art. 1.677 do Projeto 118/84, de novo Código Civil, determine o prazo de dois anos, "depois de terminada a sociedade conjugal".

Deixamos por último ainda neste tópico relativo a direitos e deveres da mulher, uma menção conjunta aos arts. 241 (sem correspondente no projeto), 253 (sem correspondente no projeto) e 254 (1.672 do projeto) do CC, os quais fazem referência a regimes de bens adotados no casamento, que é o da compropriedade ou condominial na união estável, equivalente ao regime da comunhão parcial no casamento, conforme já salientado várias vezes anteriormente. O primeiro artigo mencionado garante ao homem ressarcir-se de despesas porventura feitas por ele para a defesa de bens e direitos particulares ou próprios da esposa ou companheira, quando o regime não for o da comunhão universal no casamento, ou, agora, quando consistirem em bens anteriores à formação da união estável; o segundo alude a que os bens comuns do casal serão afetados pelos atos da mulher, autorizados pelo marido ou companheiro, se o regime matrimonial de bens for o da comunhão, sendo de compropriedade na união estável, e que, outro sendo tal regime no casamento, somente os bens particulares da mulher serão obrigados pelos atos que praticar quando o homem não assumir a co-responsabilidade de tais atos ou negócios jurídicos; o terceiro artigo referido – 254 – esclarece que os atos configurados no art. 247 (1.671), já referido retro, obrigam os bens de ambos os cônjuges ou companheiros, qualquer que seja o regime de bens adotado no casamento e também na união estável, já que existe a presunção legal de serem sempre autorizados pelo homem, pelas próprias características daqueles atos. Ocorre que o art. 241 ficou sem efeito prático e, portanto, revogado, pois o marido ou companheiro não mais administra os bens particulares da mulher, salvo convenção entre ambos, e nesta hipótese aí sim haveria a aplicação daquele art. 241; por outro lado, os atos praticados pela mulher, mencionados no art. 253, deverão estar relacionados às questões reais (incluindo doações) e às fianças, pois não há necessidade de autorização marital ou do concubino para outros atos da mulher e vice-versa, quando então só o patrimônio particular dela, ou sua meação no patrimônio comum serão afetados. Já com referência ao art. 254 (1.672 do projeto), cumpre ressaltar mais uma vez que a presunção de autorização do homem para a mulher praticar os atos constantes do art. 247 (1.671) caiu por terra,

por não mais ser necessária qualquer autorização daquele, salvo para alienação de imóveis e prestação de fiança, e, assim só o patrimônio particular da mulher ou sua meação no patrimônio comum (conforme for o regime de bens adotado pelo casal no casamento, ou sempre no caso da união estável cujo regime é o da compropriedade nos bens e, portanto, equiparado ao regime da comunhão parcial no casamento) é que poderão ser afetados, conforme seja a hipótese específica, lembrando-se, porém, que no caso de casamento no regime da separação de bens, o Projeto 118/84, de novo Código Civil permite as alienações em geral, ou seja, inclusive de bens imóveis.

3.4 Na união estável (complementação)

Embora já tenhamos analisado a questão objeto deste estudo, a igualdade entre homem e mulher, devido à regra mandamental da Constituição de 1988, também sob o ângulo da união estável, antigamente denominada concubinato "puro", parece-nos oportuno uma complementação do que já foi exposto, para deixar, espera-se, mais clara a posição dos conviventes nessa união, posto que novidade sob o ponto de vista de ser agora instituto regulamentado.

Assim, a Lei 9.278, de 10.05.1996, regulamentadora da CF, art. 226, § 3.º, estabelece, como já referido várias vezes anteriormente, ser reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família (art. 1.º), sendo direitos e deveres iguais dos conviventes: respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos comuns (art. 2.º); e que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito (art. 5.º), cessando tal presunção de compropriedade nesses bens se a sua aquisição ocorrer, comprovadamente, com o produto da venda de bens pertencentes a um dos conviventes anteriormente ao início da união (§ 1.º), devendo a administração do patrimônio comum competir a ambos os conviventes, também salvo estipulado contrariamente em contrato escrito (§ 2.º). Sobre o art. 1.º dessa lei, que tem sido objeto de controvérsias doutrinárias, entendemos que a "convivência duradoura" ali referida deve perdurar já por, no mínimo, cinco anos para a configuração da união estável, como estabelece o art. 1.º da Lei 8.971/94, que foi complementada (revogada parcialmente, ou derrogada, como preferem alguns) pela lei citada anteriormente, e por ser da mais pura tradição de nosso direito tal prazo, para configuração de vários benefícios ou efeitos jurídicos na área do Direito de Família e, antigamente, nas questões de concubinato, conforme já deixamos consignado em oportunidades anteriores, neste artigo.

Portanto, diremos em conclusão, que aplicam-se, agora, à união estável, ou seja, aos companheiros ou concubinos ("puros"), as mesmas regras que o Código

Civil brasileiro estabelecia aos cônjuges na vigência do casamento, em igualdade de condições quanto às obrigações (direitos e deveres) dos conviventes entre si,[14] ou em relação aos filhos, aos bens patrimoniais e em relação a terceiros que com eles contratarem, ainda que sabedores da inexistência de casamento formalizado. Sobre o regime de bens, o Projeto 2.686/96 estabelece ser o mesmo na união estável o equivalente ao da comunhão parcial no casamento, conforme já assinalado anteriormente (art. 3.º), podendo, contudo, as partes reger as suas relações patrimoniais de forma diferente, através da lavratura de escritura pública de atribuição de titularidade de bens e obrigações, a qual será registrada no competente Registro de Imóveis do domicílio do casal e averbada no respectivo ofício da circunscrição onde os imóveis estiverem localizados, se for o caso (art. 4.º), abrindo-se novo número nos incs. I e II do art. 167 da Lei de Registros Públicos (6.015/73), para tais registro e averbação. Por sua vez, o parágrafo único desse artigo ressalva que tais disposições constantes na citada escritura só se aplicarão para o futuro, após a promulgação da nova lei, regendo-se os negócios jurídicos já ultimados conforme o disposto no citado projeto, sem prejuízo da liberdade dos interessados de dividirem os bens, de comum acordo, no momento de dissolução da entidade familiar. Sobre a proteção dos terceiros, diz o projeto, no art. 5.º, que nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade dos bens, objeto da negociação. Não o fazendo, ou fazendo declarações falsas, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos, entre os companheiros, e aplicadas as sanções penais cabíveis. Também o Projeto 118/84 estabelece o regime de comunhão parcial para a união estável.

Outros benefícios enfocados nas Leis regulamentadoras da Constituição Federal, 8.971/94, principalmente, e 9.278/96, e, mais recentemente, no Projeto de Lei 2.686/96 (que pretende unificar as duas leis citadas) e no Projeto 118/84, de novo Código Civil brasileiro, como alimentos e sucessão, foram, também, analisados supra, embora pudessem sê-lo mais amplamente. Todavia, o intuito deste item foi o de enfocar os efeitos jurídicos resultantes da união estável, com base na sistemática do atual Código Civil brasileiro no que diz respeito ao casamento, ou seja, em função do disposto no Título II do Livro do Direito de Família, e tendo em vista, ainda, a completa igualdade constitucional entre homem e mulher, casados ou conviventes, como explicitado supra. Daí, a análise algo superficial sobre os institutos de início referidos; todavia, sobre os alimentos, cabe, apenas, acrescentar que tal instituto também é contemplado no Projeto 2.686/96, de unificação das duas leis atualmente em vigor, no seu art. 6.º e baseado no que já dispunham

(14) Sobre tal igualdade, o STJ, através de sua 4.ª T., julgou o REsp 93.582/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.08.1.996, e, por v.u., estabeleceu: "Separação de corpos. União estável. Medida cautelar. A companheira tem o direito de requerer o afastamento do companheiro do lar, pois os valores éticos que a medida visa proteger estão presentes no casamento e fora dele. Recurso conhecido e provido" – Ementa transcrita no *Boletim da AASP* 2.005, p. 44-e.

os arts. 1.º da Lei 8.971/94 e 7.º da Lei 9.278/96, exigindo os requisitos da dissolução da união, do exame das circunstâncias do caso, da necessidade de um dos ex-companheiros e da possibilidade de prestação pelo outro, de conformidade com o disposto na Lei 5.478/68, a chamada "Lei de Alimentos". Igualmente, são contemplados os alimentos ("assistência") na união estável, no Projeto 118/84. Por outro lado, a questão da sucessão nos bens deixados pelo companheiro falecido, seja o homem ou a mulher, também é abordada neste trabalho de forma mais detalhada, infra, item 4, subitem 4.2, final.

A seguir, para complementação do assunto acima versado, transcrevemos o Provimento 10/96, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, já referido na Introdução, supra, que altera procedimentos constantes das Normas de Serviço daquela Corregedoria, a respeito do registro das conversões das uniões estáveis em casamento, no Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme permite o art. 8.º da Lei 9.278/96 e consta do Projeto 2.686/96, art. 9.º.

PROVIMENTO 10/96

Cria subseção à Seção V, do Capítulo XVII, das Normas e Serviços desta Corregedoria-Geral da Justiça e, neste mesmo capítulo, dá nova redação ao item 1, acrescentando a alínea "1", bem como acresce os subitens 57.1 e 57.2 ao item 57, suprime o item 90, com a conseqüente renumeração dos itens 91 e 92 para 90 e 91, dá nova redação ao item 92 e a ele acrescenta subitens.

O Des. Márcio Martins Bonilha, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, e

Considerando o advento da Lei Federal 9.278, de 15.05.1996, publicada no *DOU* de 13 de maio do corrente;

Considerando os vetos dos arts. 3.º, 4.º e 6.º daquele diploma legal, bem como as alterações no conteúdo daquela lei, que deles resultaram;

Considerando que a matéria tratada na lei deve ser objeto de aprimoramento, estando em curso estudos para a alteração das disposições trazidas pela lei sancionada, como ficou expresso nas razões dos vetos;

Considerando a necessidade inadiável de regulamentar o registro da conversão da união estável em casamento, como prevista na Lei Federal 9.278, de 15.05.1996;

E, finalmente, Considerando o decidido no Processo CG 1.266/96;

Resolve:

Art. 1.º Dar nova redação ao item 1, do Capítulo XVII, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, ficando acrescentada a alínea "1" nos seguintes termos:

"1. Serão registrados no Registro Civil das Pessoas Naturais:

a) os nascimentos;

b) os casamentos;

c) as conversões das uniões estáveis em casamentos;

d) os óbitos;

e) as emancipações;

f) as interdições;

g) as sentenças declaratórias de ausência;

h) as opções de nacionalidade;

i) as sentenças que deferirem a adoção plena".

Art. 2.º Acrescentar os subitens 57.1 e 57.2 ao item 57, do Capítulo XVII, das Normas de Serviço desta Corregedoria-Geral da Justiça, com a seguinte redação:

"57.1. Quando se tratar de conversão da união estável em casamento, cumprirá que os conviventes apresentem também o requerimento de que trata o art. 8.º da Lei Federal 9.278, de 10.05.1996, com a declaração de que mantêm união estável, tal como definida no art. 1.º daquele diploma legal".

"57.2. No requerimento mencionado no subitem supra, será dispensável a indicação da data do início da união estável, não cabendo ao registrador perquirir acerca do seu prazo".

Art. 3.º Suprimir o item 90, do Capítulo XVII, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, mantendo a regra no item 131, do mesmo capítulo.

Art. 4.º Renumerar os itens 91 e 92, do Capítulo XVII, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, que passam a ser, respectivamente, os itens 90 e 91.

Art. 5.º Criar a subseção IV, da Seção V, do Capítulo XVII, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, denominada "Da conversão da união estável em casamento", com a seguinte redação:

"Subseção IV – Da conversão da união estável em casamento

92. A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos conviventes ao oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio.

92.1 Recebido o requerimento será iniciado o processo de habilitação previsto nos itens 56 a 79 deste capítulo, devendo constar dos editais que se trata de conversão de união estável em casamento.

92.2 Decorrido o prazo legal do edital, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de qualquer solenidade, prescindindo o ato da celebração do matrimônio.

92.3 O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro B, exarando-se o determinado no art. 70, §§ 1.º ao 10, da Lei de Registros Públicos, sem a indicação da data da celebração e o nome e assinatura do presi-

dente do ato, cujos espaços próprios deverão ser inutilizados, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento, tal como regulada no art. 8.º da Lei Federal 9.278, de 10.05.1996.

92.4 A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil.

92.5 Não constará do assento do casamento, convertido a partir da união estável, em nenhuma hipótese, a data do início desta".

Art. 6.º Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 5 de agosto de 1996.

MÁRCIO MARTINS BONILHA
Corregedor-Geral da Justiça

4. Regime de bens

4.1 Definição, disposições gerais e pacto antenupcial ou ante-união

4.1.1 Definição

O regime de bens consiste no complexo de normas relativas às relações econômicas entre marido e mulher e, agora, entre os conviventes na união estável. Silvio Rodrigues entende ser "o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio";[15] ou, ainda, "é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento, consistindo nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários", tratando-se, pois, do estatuto patrimonial dos consortes, como conceitua e define Maria Helena Diniz,[16] e, hoje em dia, extensível aos conviventes na união estável.[17]

A questão do regime de bens a ser escolhido anteriormente e adotado pelos cônjuges durante o seu matrimônio está diretamente relacionada e altera-se, conseqüentemente, ao conceito de família aplicado nos vários períodos históricos vividos até hoje. A vertente econômica sempre norteou o ato ou negócio jurídico do casamento, desde o Direito romano, onde despontava o poder superior do chefe da *gens*, que recebia a mulher *alieni juris* como se fosse sua filha, no casamento *in manu*, o que de resto já ocorria no Direito grego. Posteriormente, essas uniões de fato passaram a ser mais simbolizadas, com a entrega de um dote pela mulher ao marido, principalmente no casamento *sine manu*, situação que gerou

(15) *Direito civil*, vol. 6. Direito de família, cit., p. 167.

(16) *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 5. Direito de família, p. 108.

(17) Idem, ibidem, p. 217.

uma certa igualdade da mulher, principalmente entre os povos germanos; aí chegou a existir, inclusive, doações do marido à mulher, em troca das dela, e tiveram sua consagração com a noção do casamento sacramentalizado por obra do Direito canônico. Hoje em dia, em quase todas as legislações vigora a igualdade econômica entre os cônjuges, estabelecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia-Geral da ONU em 10.12.1948, após a Segunda Guerra.

No caso da união estável, também observa-se essa igualdade econômica, com o regime de condomínio ou compropriedade nos bens adquiridos pelo casal de conviventes.

4.1.2 Disposições gerais

São quatro os regimes de bens existentes atualmente no Direito brasileiro, para o casamento: 1) comunhão parcial (arts. 269/275 [1.686/1.694 do projeto] do CC); 2) comunhão universal (arts. 262/268 [1.695/1.699 do projeto]); 3) separação (arts. 276/277 [1.715/1.716 do projeto] – convencional –, e art. 258, par. ún. [1.669 do projeto] – obrigatória); e 4) dotal (arts. 278/311 [sem correspondentes no projeto], que foram trazidos pela tradição portuguesa, via Ordenações e por influência germânica). O Projeto 118/84, de novo Código Civil inova na questão, não contemplando o regime dotal, mas introduzindo um novo tipo, o Regime de Participação Final nos Aqüestos, conforme arts. 1.700/1.714.

No caso da união estável, ou companheirato, ou ainda concubinato ("puro"), o regime é o condominial ou de compropriedade nos bens adquiridos por ambos os conviventes na vigência da união, conforme já referido anteriormente, e ao teor do que dispõe o art. 5.º da Lei 9.278/96 e é equivalente ao regime da comunhão parcial no casamento (art. 3.º do Projeto de Lei 2.686/96 e, igualmente, Projeto 118/84, de novo Código Civil brasileiro), com o que também concorda a Ilustre Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Patrícia Leite Carvão.[18]

O regime de bens é de livre escolha dos cônjuges, mas deve ser eleito antes do casamento, para que possa valer após a celebração. Uma vez feita, a escolha é irrevogável e imutável,[19] conforme está determinado no art. 230 (1.667, § 1.º, do

(18) Cf. artigo "A partilha de bens na união estável", acessável por e-mail: patricia.carvao@infolink.com.br.

(19) Embora a lei determine a irrevogabilidade do regime de bens, na realidade pode haver expedientes para subtrair-se a essa proibição, como, por exemplo, na hipótese do divórcio de cônjuges que voltam a casar-se entre si e adotam novo regime de bens diferente do anterior. É verdade que tratar-se-ia, na hipótese, de novo casamento; porém, os ex-cônjuges podem justamente combinar o divórcio e o novo casamento para subtraírem-se à proibição legal e tal fato pode originar-se do engenho de um deles, sabedor que o outro esteja acometido de moléstia incurável, por exemplo, e com tal expediente locupletar-se quando da morte do outro. A lei deveria se referir a esse

projeto, mas somente quanto à irrevogabilidade, pois o § 2.º do citado artigo permite alteração parcial do regime escolhido, desde que autorizada judicialmente, a pedido de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros com relação à alteração, se concedida) do CC, que sofre, porém, uma exceção: no regime da separação convencional pode ocorrer uma alteração quanto aos aqüestos (bens adquiridos na constância do casamento), que se comunicariam, havendo, assim, mais um condomínio do que separação, por força do disposto no art. 259 (sem correspondente no projeto) do estatuto civilista, e a exemplo do que ocorre na união estável (Lei 9.278/96, art. 5.º e Projeto 2.686/96, art. 3.º, além do Projeto 118/84). O citado art. 259 do CC vigente determina que, quando o regime escolhido não seja o da comunhão de bens (que tanto pode ser o de comunhão parcial como universal), prevalecerão, no silêncio do contrato (pacto antenupcial), os princípios daquela em relação à comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, que é exatamente a hipótese configuradá no companheirato, referida. Curiosamente, o primeiro artigo acima citado – 230 (1.667, constante das disposições gerais do Subtítulo I – Do regime de bens entre os cônjuges, do Título II – Do direito patrimonial, do Livro IV da Parte Especial – Do Direito de Família, do Projeto 118/84, de novo Código Civil) –, não se encontra no Título III do Livro I da Parte Especial do vigente Código Civil brasileiro, que trata do Regime de Bens entre os Cônjuges, mas sim nas disposições gerais do Título II desse Livro I, que cuida dos Efeitos Jurídicos do Casamento, já analisado no capítulo anterior, estando, pois, deslocado aquele artigo; já o art. 259 encontra-se nas disposições gerais do Título III, no local apropriado.

O contrato (também chamado de " pacto antenupcial") a que esse art. 259 se refere é obrigatório quando o regime escolhido não for o da comunhão parcial, também chamado (indevidamente) de "legal", e é nesse instrumento que os cônjuges devem dispor a respeito do regime de bens, a exemplo do que ocorre atualmente com os conviventes na união estável que desejarem celebrar um contrato ante-união esclarecendo a situação dos bens que cada qual possuir individualmente, ao teor do disposto na citada Lei 9.278/96, art. 5.º, parte final, e Projetos 2.686/96, art. 3.º, início, e art. 4.º, e 118/84, de novo Código Civil). Deve ser celebrado através de escritura pública, que é da substância do ato, sendo nula qualquer convenção caso não se proceda dessa maneira. Convém assinalar, ainda, que não produz qualquer efeito a cláusula que venha a prejudicar os direitos conjugais ou dos companheiros na união estável, os paternos (ex.: que prive a mãe do direito de guarda dos filhos de leito anterior), ou que contrarie disposição legal (ex.: exclusão de herdeiros necessários na futura sucessão), ao teor do disposto nos arts. 256 (1.681 do projeto) e 257 (1.683 do projeto) do citado código.

aspecto, quando cuida do novo casamento dos divorciados entre si, mas neste passo a Lei do Divórcio (6.515/77) é omissa. Pode, também, ocorrer o fato quando da conversão da união estável em casamento, ao teor do permitido pela Lei 9.278/96, art. 8.º, passando-se do regime condominial que equivale ao da comunhão parcial no casamento –, para outro regime de interesse de um dos ex-conviventes.

No silêncio das partes, ou em caso de nulidade da convenção por acaso estabelecida, o regime a ser adotado no casamento será, depois da Lei do Divórcio (6.515/77), o da comunhão parcial, conforme dispõe o Código Civil, no art. 258 (1.668 do projeto). No seu par. ún. (1.669 do projeto), entretanto, esse artigo excepciona os casos em que o regime "legal"[20] e obrigatório do casamento é o da separação de bens: 1) quando há infração aos incs. XI a XVI do art. 183 (1.518/1.521 do projeto), ou seja, aos impedimentos dirimentes relativos e impedientes; 2) do maior de sessenta anos e da maior de cinqüenta, idades que, agora, com a igualdade constitucional – CF, art. 226, § 5.º –, deveriam ser equiparados nos sessenta anos, entendemos, a despeito de vários autores[21] terem opinião em contrário, que sustentam, como já o fazia Ruy Barbosa na sua "Oração aos Moços", que igualdade consiste em tratar desigualmente as situações desiguais, pois tratar-se igualmente essas situações desiguais seria cometer, aí sim, desigualdades; porém, não cremos haver desigualdade entre pessoas do sexo masculino com sessenta anos de idade e outras do sexo feminino com cinquenta, todas já perfeitamente amadurecidas no raciocínio mas no exercício de suas faculdades mentais plenas, a ponto de não se deixarem envolver por algum interesse menos escrupuloso de outrem no casamento proposto, que parece ser o intuito "protecionista" da disposição do art. 258, par. ún. (1.669 do projeto, que no seu inc. II encampa a opinião acima expendida, pois se refere a "pessoa maior de sessenta anos"), em comentário; 3) do órfão de pai e mãe, ou do menor, mesmo que se case com o consentimento do tutor, porque a lei visa resguardar o patrimônio daquele (não contemplada a hipótese no projeto); 4) de todos os que dependem de autorização judicial para casarem-se.

Na hipótese de união estável, repetimos, o regime é o condominial, ou de compropriedade, estabelecido na Lei 9.278/96, art. 5.º, que correspondente ao da comunhão parcial no caso de casamento (cf., ainda, ao art. 3.º do Projeto de Lei 2.686/96). No Projeto 118/84, tal regime (comunhão parcial) também fica estabelecido de forma expressa, "no que couber", ressalvada convenção válida em contrário, entre os companheiros.

Ainda é de lembrar-se que o pacto antenupcial, ou ante-união, deve ser levado a registro, acompanhado da certidão de casamento, se for o caso. Na hipótese de não se proceder a tal registro, o regime de bens no casamento será o da separação entre os cônjuges e o da comunhão quanto aos terceiros; nesse sentido, o art. 261 (1.685 do projeto) do CC, que estipula que as convenções antenupciais

(20) Como já observado anteriormente, a expressão "regime legal" parece indevida, eis que todos os regimes de bens são legais, posto que incluídos na lei; na realidade, o que se pretende designar por "legal" seria o regime a ser adotado, obrigatoriamente, quando os contraentes do casamento nada declinam à época da habilitação, e nada juntam em termos de pacto antenupcial aos documentos necessários, nessa ocasião, estipulados no art. 180 do CC brasileiro.

(21) Como, por exemplo, Carlos David S. Aarão Reis, *Família e igualdade. A chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar.

não terão efeito para com terceiros senão depois de transcritas, hoje registradas (embora o projeto ainda utilize a expressão "transcritas" no citado artigo), em livro especial, pelo Oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos contraentes, regra confirmada pelos arts. 167, I, n. 12, 244 e 245, da Lei dos Registros Públicos (6.015/73). Assim, por exemplo, faltando aquele registro e ocorrendo execução contra o marido, ou companheiro, os bens da mulher responderão pelas dívidas contraídas pelo homem, ficando ressalvada, porém, a faculdade dela lutar judicialmente para repor o bem excutido, o mesmo podendo ocorrer em caso inverso, com a igualdade constitucional referida (CF, art. 226, § 5.º).[22]

4.1.3 Pacto antenupcial ou ante-união

O pacto antenupcial não foi conhecido no Direito romano, onde prevalecia a entrega do dote, como já mencionado anteriormente, como ocorria também no período medieval. Só a partir do século XVII é que surgiram tais convenções, vindas para o Brasil via Ordenações do Reino, seguindo-se na Consolidação das Leis Civis, de Augusto Teixeira de Freitas, no seu "Esboço" e nos demais projetos de Código Civil. Nas legislações estrangeiras é profusamente contemplado (Códigos francês, art. 1.387; espanhol, art. 1.315; português, art. 1.698.º etc.).

O pacto antenupcial, ou convenções matrimoniais, ou ainda pactos dotais como definia Lafayette Rodrigues Pereira[23] e, agora, o pacto ante-união, são contratos solenes,[24] realizados antes para viger durante o casamento ou a união

(22) Lembre-se, porém, que ao cônjuge ou companheiro(a) compete decidir sobre a possibilidade de opor-se à execução dos bens do casal, procurando resguardar sua meação, quando a execução se faz por dívidas contraídas pelo outro sem que sejam aproveitáveis à família. Assim, ao primeiro caberá provar que a família não usufruiu dos benefícios da dívida contraída pelo outro, e terá, então, à sua opção dois diferentes modos de interceder em favor de sua meação no patrimônio comum que está sendo executado: os embargos de terceiro ou os embargos à execução; mas, evidentemente, não poderá ter sido também citado para o processo de execução para poder demandar tal defesa, no primeiro caso (embargos de terceiro – CPC, art. 1.046, § 3.º). A respeito, o Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio Grande do Sul, pela sua 1.ª Câm. Cív., no julgamento da Ap 190.131.458, rela. a Juíza Maria Berenice Dias, procedido em 19.09.1991, decidiu por maioria de votos que: "Meação da mulher casada. Com o advento da nova Carta Constitucional, não mais existe a presunção de que as dívidas contraídas pelo marido o foram em benefício da família que possibilite o comprometimento da meação da mulher. Recurso provido. Voto vencido" (ementa).

(23) *Direitos de família.* Rio de Janeiro : Typographia da Tribuna Liberal, 1889. 22.ª tiragem.

(24) Parte da doutrina entende que o pacto antenupcial – e agora o ante-união, entendemos –, não seria contrato, mas só promessa de compromisso e, em sendo assim, a questão poderia evoluir no sentido de ser possível ou não a participação de terceiros na elaboração do instrumento. Nossa opinião é a expendida no texto acima, ou seja, trata-se de

estável. Através do primeiro, os contraentes do casamento elegem qual o regime de bens que vigorará durante seu consórcio, como vem disposto no art. 256 (1.667 do projeto) do CC brasileiro, devendo, portanto, esse ato ou negócio jurídico atender às determinações legais para sua perfeição, como: *a) Forma*, que deve ser a da escritura pública (art. 256, par. ún., I [1.681 do projeto] do CC), devidamente registrada no competente Registro de Imóveis para validade *erga omnes*, sob pena de nulidade em face de terceiros, produzindo efeitos tão-somente em relação aos cônjuges e herdeiros, conforme já assinalado anteriormente; *b) Capacidade das partes*, que deve ser a exigida para o casamento, e se menor o contraente, ainda que com idade núbil, deverá ser assistido por seu representante legal – embora respeitáveis opiniões, como a de Caio Mário da Silva Pereira, em sentido contrário, entendendo poderem os contraentes celebrar o pacto antenupcial sem a assistência citada, tendo já a idade núbil. Entretanto, hipóteses haverá em que mesmo maior de idade, necessitará o contraente do consentimento do respectivo curador ou do Juiz, como no caso do pródigo.

Os contraentes podem escolher um dos regimes disciplinados no código civilista, ou podem combinar as regras de um com as de outro, gerando um regime peculiar ou misto, desde que não incluam disposições alusivas às relações pessoais dos consortes, ou mesmo de caráter pecuniário que não digam respeito ao regime de bens ou que contravenham preceito legal, contrariando a moral e os bons costumes, nem prejudiquem direitos e deveres comuns aos cônjuges e destes em relação aos filhos, ao teor do disposto no art. 257 (1.683 do projeto) do Código Civil. Para a hipótese do pacto ante-união, as regras a serem observadas serão as mesmas acima elencadas, lembrando-se que esse acordo só será exigido na união – que se pretende seja estável –, se os conviventes em potencial desejarem elidir a presunção contida na Lei 9.278/96, art. 5.º e a determinação contida nos Projetos 2.686/96, art. 3.º, e 118/84, no que respeita à não compropriedade nos bens particulares de cada uma das pessoas unidas.

4.2 Regime da comunhão parcial

Anteriormente à vigência da Lei do Divórcio (6.515/77), devia o regime da comunhão parcial de bens ser estabelecido através de pacto antenupcial, mas com o advento da citada lei passou a ser o regime "legal", devido à alteração introduzida no art. 258 (1.668) do CC pelo art. 50, n. 7, daquela lei; anteriormente a essa alteração, o regime adotado no silêncio das partes, erroneamente chamado de "legal", era o da comunhão universal de bens.

contratos, embora resolúveis, a teor do disposto no art. 256, par. ún. (1.681), II (para o caso do pacto antenupcial), podendo intervir terceiros (representantes legais, por exemplo), ou outras pessoas que resolvam doar bens aos contraentes, *propter nuptiae*, ou aos conviventes em potencial.

Pelo regime de comunhão parcial ficam excluídos da comunhão, de acordo com o art. 269 (1.687 do projeto) do CC, os bens enunciados em seus incs. I a IV (no projeto, I a VII), e também não se comunicam as obrigações individuais anteriores ao matrimônio, bem como as provenientes de ato ilícito (art. 270 [1.687, III e IV]). Cada cônjuge conserva para si tudo o que possuía antes do casamento, inclusive os bens que receber por doação ou sucessão após o casamento, e comunhão só existirá nos bens posteriores ao mesmo, se forem adquiridos a título oneroso ou por fato eventual (todos os ganhos, tais como loteria, jogo, apostas etc.) e por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges e nos frutos e benfeitorias dos bens comuns ou particulares, ou civis do trabalho ou indústria (art. 271 [1.688, com exceção dos frutos do trabalho, que são excluídos pelo art. 1.687, VI, do projeto]), cumprindo notar que os bens particulares mencionados no inc. V desse art. 271 (1.688) são os que cada cônjuge possuía ao casar, mais os que herdar ou lhe forem doados exclusivamente, mesmo após o casamento, ou, ainda, os adquiridos com valores provenientes de sub-rogação dos bens levados ao casamento, conforme determina o art. 272 (1.689 do projeto) do CC que se refere a aquisição relacionada a uma causa anterior ao casamento, o que torna tais bens incomunicáveis. Assim, por exemplo, se um dos cônjuges é proprietário de um determinado imóvel e o vende antes do casamento mas só vem a receber o preço depois do mesmo, esse valor não se comunica, porque houve uma causa fundada num título anterior às bodas.

Conforme já referido acima, anteriormente à Lei do Divórcio o regime de comunhão parcial de bens era adotado através do pacto antenupcial, no qual deviam ser relacionados os bens móveis que pertenciam a cada qual dos contraentes, sob pena de se presumir terem sido adquiridos na constância do casamento (o que ocorre atualmente no caso da união estável), conforme disposto no art. 273 (1.690 do projeto) do estatuto civilista; quanto aos bens imóveis, não precisavam ser relacionados, pois a data de sua aquisição é provada pelo registro no respectivo Cartório, aplicando-se essa regra à hipótese de união estável, atualmente. Com a desnecessidade atual de elaboração do pacto, os cônjuges devem deixar estipulado claramente quais os bens móveis exclusivos de um e de outro, o mesmo ocorrendo no caso dos companheiros, para serem retirados, na hipótese de separação judicial ou de ruptura formal do companheirato ou união até então estável.

Esses bens particulares respondem pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges ou concubinos, na proporção em que o proprietário dos mesmos desfrutar das vantagens na obrigação assumida pelo outro, conforme arts. 274 (1.691, § 1.º, do projeto, que se refere aos dois consortes) e 275 (sem correspondente no projeto), nos quais, diga-se, fica prejudicada a referência quanto à administração dos bens pelo varão (art. 274 [1.691 do projeto], que se refere à administração do patrimônio comum a qualquer dos cônjuges) e aos casos de dívidas contraídas pela mulher com autorização do homem (art. 275), pois nenhuma dessas duas hipóteses ainda prevalece por força da igualdade constitucional já várias vezes aludida, restando íntegras, porém, as regras ditadas nesses artigos sobre a respon-

sabilidade dos cônjuges ou conviventes pelas dívidas contraídas e aproveitadas por ambos.

Embora tema ligado ao Direito das Sucessões, interessante mencionar-se nesta oportunidade, em complementação, que o cônjuge viúvo e o(a) companheiro(a) na união estável, após a morte do(a) outro(a) convivente, e na falta de descendentes ou de ascendentes do falecido, terão direito à sucessão nos bens deixados por aquele, ou, existindo a prole do *de cujos* ou comuns, esse direito se restringirá ao usufruto da quarta parte desses bens, ou de metade se não houver filhos do falecido ou comuns mas sim ascendentes do mesmo, conforme dispõem os arts. 1.603 (1.852 do projeto), III e 1.611, § 1.º (sem correspondente no projeto) do CC brasileiro, e 2.º, I a III da Lei 8.971/94, combinados (no Projeto 2.686/96, arts. 7.º, I e II, e 8.º. Nesse mesmo Projeto 2.686/96, o inc. III do art. 7.º atribui direito ao usufruto da totalidade dos bens adquiridos a qualquer título, durante a vigência da união estável, se o *de cujus* não tiver parentes em linha reta vivos, situação não constante da lei de 1994, acima referida). Também terá direito real de habitação o(a) companheiro(a) na união estável, dissolvida esta por morte do outro convivente, e enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, conforme determina o par. ún. do art. 7.º da Lei 9.278/96 (no Projeto 2.686/96, art. 7.º, IV); por outro lado, só haverá direito idêntico o viúvo no casamento celebrado sob o regime da comunhão universal, também sem prejuízo da participação que porventura lhe caiba na herança deixada (art. 1.611, § 2.º [1.854 do projeto, que, entretanto, se refere a "qualquer que seja o regime de bens"] do CC), muito embora, como já temos dito, o regime condominial da união estável se equipare ao da comunhão parcial do casamento. Nesse aspecto, o(a) convivente na união estável leva vantagem em relação ao cônjuge viúvo e que fora casado pelo regime da comunhão parcial! Outra novidade no Projeto 2.686/96 é a constante do par. ún. do art. 7.º, que determina que, no caso de existirem herdeiros legítimos do falecido, se o companheiro sobrevivente tiver sido contemplado em testamento, com bens de valor igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto – incs. I, II e III do mesmo art. 7.º –, não lhe serão atribuídos os direitos acima, salvo se o testador tiver determinado que tais benefícios sejam cumulados com a verba testamentária. O Projeto 118/84, de novo CC, cuida da questão da sucessão dos companheiros na união estável em vigor quando da morte do outro, nas Disposições Gerais do Título I – Da sucessão em geral –, do Livro V – Do direito das sucessões, da Parte Especial, estipulando que a participação dar-se-á nas condições seguintes: "I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança". Assim, o projeto não lhes reserva nem o usufruto, nem o direito real de habitação, constante das leis vigentes e do Projeto 2.686/96. Por outro lado, o cônjuge sobrevivente tem sua participação na sucessão do outro falecido disciplinada no Título II, passando a ser considerado herdeiro neces-

sário (arts. 1.852, III e 1.872, combinados), tendo assegurado o direito real de habitação, excluído o usufruto.

4.3 Regime da comunhão universal

A comunhão universal era, antes da Lei do Divórcio (6.515/77), o regime "legal" de nosso estatuto civil, em que o casamento torna comuns todos os bens dos cônjuges, mesmo os anteriores às bodas, e as dívidas. Desse patrimônio, porém, excluem-se os bens e dívidas enumerados no art. 263 (1.696 do projeto), cujos treze incisos foram reduzidos pela isonomia constitucional, como será enfocado adiante, sendo que o Projeto 118/84, de novo Código Civil, os reduz para sete.

Há, assim, uma sociedade, quase se equiparando a um condomínio, conforme estabelece o art. 262 (1.695 do projeto) do CC brasileiro, sendo a propriedade e posse dos bens comuns a ambos os cônjuges, sejam tais bens anteriores ou posteriores ao matrimônio, comunhão que só se dissolve com a morte, com a invalidade (nulidade ou anulabilidade) do casamento, com a separação judicial ou com o divórcio, mas somente depois de efetivada a divisão do ativo e passivo é que cessa a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro, ao teor do que dispõem os arts. 267 (sem correspondente no projeto) e 268 (1.699 do projeto) do mesmo código; convém, todavia, esclarecer, mais uma vez, que a isonomia constitucional tornou sem efeito muita coisa constante do título do regime de bens, e outras modificações surgiram em decorrência; assim, no rol do art. 263 (1.696 do projeto), que trata dos bens excluídos do regime de comunhão universal, deve-se acrescentar ao inc. X a outorga marital quanto à fiança prestada pela mulher; desse mesmo rol deve ser retirado o inc. XII, já que não há mais bens reservados da mulher; ainda, deve ser excluído o inc. XIII desse art. 263 (1.696), já que os frutos civis do trabalho ou indústria dos cônjuges se comunicam, como disposto no inc. VI do art. 271 (1.688 do projeto, que, contudo, não contempla tais frutos, excluídos que são, da comunhão, por força do art. 1.687, VI), já mencionado no número anterior e constante do capítulo do regime da comunhão parcial. Também a referência alusiva à autorização do marido à mulher para administração dos bens do casal, constante do par. ún. do art. 266 (sem correspondente no projeto) deve ser retirada, já que agora a mulher administra em conjunto com o marido o patrimônio do casal. Importante observar-se ainda que, algumas modificações introduzidas em 1962 no Código Civil brasileiro pela Lei 4.121, o Estatuto da Mulher Casada, a título de amparo a ela, agora ficaram sem efeito (portanto, revogadas), pela norma constitucional do art. 226, § 5.º, que igualou os cônjuges em direitos e deveres.

Lembre-se, finalmente, que no caso de morte, o sobrevivo terá o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem imóvel a inventariar, consoante ao disposto no art. 1.611, § 2.º (1.854 do projeto), do código civilista, direito esse que é aplicável ao(à) convivente na união estável - Lei 9.278/96, art. 7.º, par. ún. (no Projeto 2.686/

96, art. 7.°, IV) –, e conforme já referido anteriormente, subitem 4.2, final. Isso, evidentemente, sem prejuízo da participação na sucessão dos bens do *de cujus*, em falta de descendentes e ascendentes do mesmo (art. 1.603 [1.852 do projeto], III do CC).

4.4 Regime da separação (legal e convencional)

Neste regime, cada cônjuge conserva o que já era seu e não se comunicam os bens adquiridos por cada um, isoladamente, na constância do casamento. Diga-se, porém, que tem o regime de separação duas formas: *a) Legal ou obrigatória*, nas hipóteses previstas no art. 258, par. ún. (1.669 do projeto) do CC brasileiro, já referida acima, subitem 4.1.2. Houve por muito tempo dúvidas no que se refere à comunicação dos aqüestos nesses casamentos, mas agora está pacificada a questão no sentido de que, não havendo necessidade de nenhuma convenção (pacto antenupcial) a respeito, deve-se entender que ocorre a comunicabilidade, em virtude do disposto no art. 259 (sem correspondente no projeto) do estatuto civilista, também já referido no subitem 4.1.2, retro.[25] Além disso, determinou a Súm. 377 do STF que: "No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Não é possível a venda ou outro tipo de alienação de qualquer bem imóvel sem o consentimento do outro cônjuge, e quanto aos móveis podem ser alienados livremente, ao teor dos termos do art. 276 – embora se refira esse artigo aos casos de separação convencional, mas, evidentemente, por ser norma cogente, tal disposição se aplica ao regime da separação legal também. Lembre-se, porém, que o Projeto 118/84, de novo Código Civil, no art. 1.715, correspondente ao citado art. 276 do código vigente, permite a alienação, sob qualquer forma, dos bens de um dos cônjuges, exclusivamente, casado pelo regime da separação de bens. Por outro lado, o mesmo projeto determina, no art. 1.669, correspondente ao par. ún. do art. 258 do código vigente, que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que a seguir elenca, mas sem a comunhão de aqüestos, o que virá a acabar com a presunção de comunicação, acima expendida. *b) Convencional*, quando estabelecida pelas partes no pacto antenupcial, podendo assumir, por sua vez, também duas formas: *1. separação pura*, que é absoluta e irrestrita, quer quanto aos bens presentes (anteriores ao casamento) ou futuros (posteriores ao mesmo), não havendo, pois, qualquer comunicação. Quanto às dividas, não se comunicam, ficando ressalvado, porém, que se houver proveito comum, há comunicação proporcionalmente ao montante do proveito de cada um, como de resto ocorre no regime da comunhão parcial, visto retro, e na união estável, quanto aos bens particulares de cada convivente.

(25) A maioria da melhor doutrina ensina, a respeito, o que vai concluído no texto; ver, por todos, artigo de Álvaro Vilaça Azevedo, "Comunhão no regime da separação de bens", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXXVIII, p. 87 *et seq.*, 1983.

Não há impedimento para que um dos cônjuges administre os bens do outro, investido como procurador com poderes expressos, ou em virtude de mandato tácito, com acerto de contas a final, como ocorre num contrato de prestação de serviços, admitindo-se, inclusive, remuneração pelo trabalho, o que também pode ocorrer na união estável (art. 5.°, § 2.°, da Lei 9.278/96, não repetido nos Projetos 2.686/96 e 118/84, porém constante no espírito dos mesmos). Como decorrência da igualdade conjugal, a mulher deve contribuir para as despesas do casal, na proporção de seus bens, se o pacto não dispõe a respeito em sentido contrário, conforme reza o art. 277 (1.716 do projeto) do CC. O regime da separação absoluta ou completa, caracteriza-se, justamente, pelo fato de que cada cônjuge será proprietário exclusivo de seus bens, que não se comunicam ao outro. Com relação aos frutos produzidos por tais bens, se não houver cláusula expressa no pacto antenupcial em sentido contrário os mesmos comunicam-se, por força do art. 259 (sem correspondente no projeto) do CC, como já referido anteriormente; 2. *separação limitada*, que restringe-se aos bens presentes (anteriores ao casamento), havendo comunicação quanto aos bens futuros (ou aqüestos), situação que acaba confundindo-se com o regime da comunhão parcial (misto), também observada por presunção na união estável, conforme art. 5.°, *caput* e § 1.°, da Lei 9.278/96 (no projeto, de forma expressa, art. 3.° e igualmente, no mesmo sentido, no Projeto 118/84). É livre aos cônjuges convencionarem a extensão ou limites da comunicabilidade de bens, neste tipo de separação.

Como demonstrado, o regime de separação de bens não oferece maiores dificuldades de entendimento, porque as regras são bastante intuitivas. Entretanto, parece-nos de interesse abordarmos mais os seguintes aspectos: I. quanto à obrigatoriedade de adoção do regime de separação legal (obrigatória) no casamento dos mais idosos (art. 258, par. ún. [1.669], II, do CC), a Lei do Divórcio (6.515/77), no seu art. 45, abre uma exceção, desde que tenha havido entre os nubentes uma união estável por mais de dez anos e iniciada anteriormente a 28.06.1977, data da EC 9 que introduziu o divórcio no País, ou da qual tenha havido filhos. Entretanto, entendemos que, agora, com o prazo de cinco anos estabelecido no art. 1.° da Lei 8.971/94 para a caracterização da união estável (no Projeto 2.686/96, art. 1.°, e, igualmente no Projeto 118/84), aquele prazo estabelecido na lei divorcista fica reduzido pela metade. O Projeto 118/84, de novo CC, nada dispõe a respeito dessa exceção; II. a falência da sociedade comercial de um dos cônjuges não atinge os bens particulares do outro (Dec.-lei 7.661/45, art. 42); III. há direitos recíprocos a alimentos quando da separação judicial, nos limites das hipóteses legais; IV. com a dissolução da sociedade conjugal, cada um dos consortes retira o seu patrimônio; V. com a dissolução do casamento por morte de algum dos cônjuges, o sobrevivente entregará aos herdeiros do outro o que pertencia ao falecido e, havendo bens comuns os administrará até a partilha no inventário; contudo, não será o sobrevivo o inventariante (art. 990, I, do CPC), ficando, porém, com o direito de reembolsar-se pelos prejuízos que sofrer com o exercício da administração desses bens, podendo, inclusive, retê-los até o efetivo reembolso; VI. ainda no caso de falecimento, ao sobrevivo assiste o direito ao usufruto da

quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos (CC, art. 1.611, § 1.º (sem correspondente no projeto), situação extensível aos casos de união estável, a teor do disposto no art. 2.º, I e II da Lei 8.971/94, já referido acima (no Projeto 2.686/96, art. 7.º, I, II, e III); VII. no caso de não haver sucessores necessários (descendentes e ascendentes) do *de cujus* será ele sucedido em seus bens pelo outro cônjuge, ainda que casado fôra pelo regime de separação convencional e absoluta de bens, ou pela separação legal (art. 1.603 [1.852 do projeto], III do CC), ou pelo outro companheiro ou convivente (Lei 8.971/94, art. 2.º, III, Projeto 2.686/96, art. 8.º e Projeto 118/84, na forma já esclarecida acima, subitem 4.2, final).

4.5 Regime dotal

O regime dotal vem regulado pelo Código Civil brasileiro, nos arts. 278 a 311, como referido de início, subitem 4.1.2, sendo a matéria longamente disciplinada, até inutilmente, dado o raríssimo uso desse instituto, por isso que não nos deteremos longamente sobre ele, já que o Projeto 118/84 de novo Código Civil não o contempla dentre os regimes de bens, só o fazendo em relação aos da comunhão (parcial e universal), de separação e de participação final nos aqüestos, que é uma novidade na legislação pátria.

Segundo a definição de Lafayette, no local já citado em nota anterior, o dote é o bem ou bens que a nubente ou alguém por ela – seus pais, por exemplo, ou mesmo um outro terceiro –, transfere ao nubente a fim de que este possa, mais suavemente, suportar os encargos do matrimônio (CC, art. 279). Entretanto, aduzimos, com a isonomia conjugal trazida pela Carta Magna de 1988, já por diversas vezes referida, a legitimação para constituição do dote deve ser entendida no sentido amplo, ou seja, qualquer dos nubentes, ou alguém por eles, pode oferecer os bens ao outro, seja a contraente ou o contraente, como, aliás, já vinha preconizado por Pontes de Miranda,[26] baseado no fato de que se o dote pode ser constituído por terceiro, ou outrem, como diz o CC no art. 279, o contraente estaria aí incluído, trazendo para sua conclusão tratar-se, então, de doação *cum modus* e incidente nas regras do Direito de Família, com base nas disposições do Código Visigótico, no Direito árabe peninsular e nas Ordenações Filipinas, Livro II, Título 28, §§ 34 e 44.

Fácil perceber-se pelo disposto acima, que a constituição do dote deve ser anterior ao casamento, daí termos usado os termos "nubentes" e "contraentes" para designação dos legitimados a tal ato ou negócio jurídico.

O termo "dotar" é usado, às vezes, na linguagem comum no sentido de doar, e o próprio Código Civil brasileiro usa impropriamente aquele termo no art. 1.548 (sem correspondente no projeto), pois esse artigo está integrado à matéria

(26) *Tratado de direito privado*,. p. 363, § 917, n. 10.

de indenização por atos ilícitos, e nele o estatuto civilista determina que a mulher agravada em sua honra tem direito a um dote, a menos que "o ofensor repare o mal pelo casamento"; mas o termo "dote" aí não é tomado no sentido que estamos examinando agora, porque o dote é transferido ao nubente, seja pelo outro, seja por seus pais ou demais terceiros, e também porque o dote, no regime dotal, visa auxiliar nas despesas que advêm do casamento e, no caso do art. 1.548 dá-se o "dote" justamente por não haver casamento, por relutância do ofensor.

O dote está sujeito a regras especiais, previstas pelo Código Civil, agora modificadas pela igualdade conjugal. Sem que se observe rigorosamente o que vem disposto na lei não se configura o dote, a começar pela escritura antenupcial, que é da essência desse regime (art. 278), como, aliás, ocorre na adoção de outro regime de bens no casamento que não a comunhão parcial e que, entendemos, também deva ser aplicado aos casos de união estável para configurar-se os bens anteriores de cada convivente (Lei 9.278/96, art. 5.º, final, embora nesse local só haja referência a "contrato escrito", e Projetos de Lei 2.686/96, arts. 3.º, início, e 4.º, e 118/84 de novo Código Civil). Ainda, o regime dotal apresenta a particularidade, dentre outras, de não ser um regime autônomo, pois conjuga-se com o da comunhão (universal ou parcial), ou com o da separação (art. 287, II, do CC), e, até, com a união estável, agora; pode-se ter, pois, os regimes da comunhão e dotal, da separação e dotal, e condominial ou de compropriedade e dotal, conforme a vontade dos nubentes ou companheiros, e isso porque o dote consiste na entrega de bens móveis ou imóveis ao cônjuge ou concubino(a) que os administrará durante o casamento ou a união estável, e, em regra, adquire a propriedade dos bens móveis e não a dos imóveis (art. 290). O contrário, porém, poderá ser pactuado no contrato antenupcial ou ante-união, podendo-se transferir ao nubente ou companheiro(a) até mesmo a propriedade de bens imóveis, conforme permitem os arts. 292 a 312, com as exceções quanto à venda aleatória, previstas no art. 293, I a VII. Essa propriedade, porém, é resolúvel, pois não fica pertencendo ao cônjuge ou companheiro(a) dotado(a) para sempre, já que, dissolvida a sociedade conjugal ou rompido o companheirato, esses bens podem retornar ao dotador, seja em caso de morte do dotado, ou de separação, divórcio ou término da união, conforme permitem os arts. 283 e 300 do mencionado código. O dotado é obrigado a prestar ao dotador garantia da administração dos bens, seja através de hipoteca legal, seja por meio de fiança, ou de caução, garantia essa destinada ao fim de que, dissolvida a sociedade conjugal, ou o casamento, ou, ainda, a união até então estável, aquele possa restituir ao segundo, ou aos herdeiros deste, os bens que eram objeto de regime dotal (art. 297 do CC).

Os bens dotais devem ser descritos e estimados, ou seja, deve ser dado um valor aos mesmos (art. 278), inclusive para efeitos fiscais. Os bens imóveis são inalienáveis, salvo certas exceções previstas na lei, art. 293, como já referido acima, cujas alienações nesses certos e determinados casos, previstos expressamente pelo código, devem ser autorizados pelo Juiz, mas o valor apurado deverá ser sub-rogado em outro bem, respondendo a autoridade judiciária solidariamente pela nulidade do ato (arts. 294 a 296 do CC).

Ainda, dentro do que de mais interesse a matéria desperta, devemos dizer que o(a) companheiro(a) ou cônjuge dotador pode pedir a separação do bem objeto do dote quando há desordem nos negócios do(a) dotado(a), de tal monta que ameace a restituição do dote àquele ou a seus herdeiros, uma vez dissolvida a sociedade conjugal ou a estável. Trata-se da separação de dotes, prevista no art. 308 do CC, salvo direito de terceiros de boa-fé. Passará, então, aquele a administrar os bens nessa hipótese (art. 309).

No regime dotal há certos bens denominados "parafernais", que são particulares, próprios do dotador, mas específicos ao regime dotal. Deles cogita o Código Civil, nos arts. 310 e 311, na Secção V, pertencente ao capítulo do Regime Dotal, consistindo as regras legais apenas na especificação da administração dos bens do dotador por ele mesmo, seja a mulher ou, agora, entendemos, o homem, ficando ainda com o gozo e a livre disposição desses bens, além, obviamente, da propriedade, salvo restrição de venda de imóveis (art. 310), podendo, porém, constituir o(a) outro(a) cônjuge ou companheiro(a) administrador desses bens.

Como se observa, o regime dotal é disciplinado longamente pelo Código Civil, mas apenas procuramos dar uma rápida idéia a seu respeito, para que se tenha uma visão geral, visto que a matéria ainda consta da lei e lá ficará até a promulgação do novo código, cujo projeto encontra-se em tramitação legislativa há mais de vinte anos; porém, na prática profissional dificilmente encontra-se um caso dessa natureza, pois as pessoas casam-se pelo regime da comunhão (parcial ou universal), ou pelo da separação, ou então vivem em união estável cujo regime condominial ou de compropriedade é assemelhado ao da comunhão parcial no casamento, sem, entretanto, acumularem o regime dotal ao escolhido. Houve época em que tal regime era utilizado até com certa freqüência, porém, hoje em dia ele já não se adapta às condições sociais e econômicas da sociedade moderna e, se utilizado, certamente deverá ser adaptado às alterações sociais e conjugais havidas nas regras do Direito de Família de modo geral, como a questão da paridade, por força da qual o dote poderá ser estipulado pelo contraente do casamento ou pelo companheiro, em sentido oposto ao determinado nos arts. 279 e 280 do CC, podendo o homem receber parte dos rendimentos dos bens dotais (art. 287, I em sentido inverso) etc. Por outro lado, a Secção II desse Capítulo V do Título III do Livro I da Parte Especial do código civilista vigente passa a referir-se, também, aos direitos e obrigações da mulher em relação aos bens dotais oferecidos pelo homem, podendo administrá-los, receber seus frutos e usar das ações judiciais que convierem (art. 289 e incisos, a *contrario sensu*). Nessas condições, a reciprocidade isonômica haverá em todas as hipóteses em que ocorrer a atribuição de direitos ou deveres ao marido na lei e, agora, ao companheiro, como nos casos dos arts. 290, 292, 295, I e par. ún., 296, 297, 298, 299 e §§ 1.º e 2.º, 300 (sobre a restituição do dote), 302, 303, 304 e par. ún., 305, II e par. ún., 307 e par. ún., 308 (sobre separação e administração do dote), 309, 310 (sobre bens parafernais) e 311, como deixamos assentado mais acima.

4.6 Doações antenupciais ou ante-união

Além de ser permitido, entendemos, ao contraente do casamento, ou companheiro constituir dote, isto não o impede de contemplar a mulher com doações, no pacto antenupcial ou ante-união, salvo no caso de adoção da separação obrigatória de bens no casamento; da mesma forma, a mulher também pode aquinhoar o contraente ou concubino, apenas devendo observar o limite da metade dos bens, conforme estipula o art. 312 (sem correspondente no projeto), do estatuto civilista.

As doações aos cônjuges ou conviventes na união estável podem, igualmente, ser feitas por terceiros no contrato antenupcial, ou ante-união, se houver, ou por outra escritura pública, desde que anteriormente ao casamento (art. 313 [sem correspondente no projeto] do CC) ou ao início da união. Embora a lei não o diga, tais doações terão o caráter de condição suspensiva, não sendo eficaz caso o casamento ou a união não se efetive, ao teor do que dispõe o art. 118 (125 do projeto) do CC; assim, são doações *propter nuptiae* ou por causa da união a ser formada, e se for estipulado no contrato a validade para só após a morte do doador elas aproveitarão aos filhos do donatário, se este vier a falecer antes daquele. Entretanto, se a pessoa beneficiada não deixar filhos ao morrer, nesse caso a doação caducará, conforme o disposto no art. 314 e seu par. ún. (sem correspondentes no projeto) do CC. Esclareça-se que a lei, ao se referir a filhos, exclui qualquer outro descendente ou herdeiro do donatário, restringindo o benefício só àqueles, podendo-se, porém, entender donatário o casal, caso tenha sido assim estipulado no instrumento de doação feita por terceiros, e, nesse caso, ao sobrevivo acrescerá o quinhão do falecido não havendo filhos do casal e, em os havendo, a parte do falecido passará a estes.

Deve-se salientar que, no caso de doações feitas reciprocamente entre o casal, tanto no casamento quanto na união que se pretenda estável, haverá que constar do instrumento a cláusula de incomunicabilidade, pois não teria sentido a doação se assim não fosse estipulado. Deste fato, alguns autores entendem que, em havendo doação entre os contraentes do casamento, em pacto antenupcial em que se estipula a comunhão universal de bens (art. 263, VIII [1.696, IV do projeto]), aí estará tacitamente implícita a cláusula de incomunicabilidade dos bens doados.

Esse ato ou negócio jurídico é solene, pois feito por escritura pública, seja no pacto antenupcial pelos contraentes ou no pré-união pelos futuros conviventes, seja por terceiros, e é também condicional, porque sua eficácia fica na dependência de evento futuro e incerto, ou seja, a realização do casamento ou a efetivação da união, condição essa suspensiva, como já referido acima. Além disso, é negócio restrito, devendo-se observar como limites à doação a metade dos bens do doador e ainda o regime de bens a ser escolhido, na hipótese de casamento. Fica impossível estipular-se doações no caso de adoção do regime de separação – obrigatória ou legal –, no casamento.

4.7 Na união estável (complementação)

Apenas como complemento, diremos, quanto à união estável, como já referido anteriormente por várias vezes, que o regime de bens entre os companheiros ou conviventes ou concubinos ("puros") é o estabelecido no art. 5.º e parágrafos da Lei 9.278/96, a saber, o da compropriedade, em condomínio e em partes iguais, ou seja, meação nos bens adquiridos durante a união – equivalentes aos aqüestos no casamento –, salvo as exceções constantes do § 1.º, e que corresponde ao regime da comunhão parcial no casamento (no Projeto 2.686/96, de forma expressa, art. 3.º e, igualmente, no Projeto 118/84), aplicando-se, pois, aos conviventes as mesmas regras destinadas aos cônjuges, inclusive no que concerne às doações, constante do subitem anterior e conforme, também, já discorremos ao tratarmos de cada um dos regimes de bens, acima.

Não obstante, havendo interesse dos conviventes, poderão eles estabelecer outro regime, de conformidade com o que a lei civil permite aos casados regularmente, e analisados acima, 4.3, 4.4 e 4.5, face à inexistência de impedimento legal para tanto. Nesse caso, deverão estabelecer tal estipulação através do pacto ante-união, equivalente ao que a lei dispõe, na hipótese de casamento, com o chamado pacto antenupcial, ao teor do disposto no art. 5.º, final, da Lei 9.278/96 e arts. 3.º, início, e 4.º do Projeto de Lei 2.686/96, bem como no Projeto de novo Código Civil 118/84.

Bibliografia

ABINAGEM, Alfredo. *A lei do companheirato*. Belo Horizonte : Livraria Três Poderes – Inédita, 1995.

ALAGNI, Sergio. *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*. Milano : Giuffrè, 1979.

ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo : Brasiliense, s/d, vol. 1.

ALMEIDA, Estevão de. *Direito de família, Manual do Código Civil brasileiro de Paulo de Lacerda*. Rio de Janeiro : Jacinto Ribeiro Santos, 1925. vol. VI.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. "O novo estatuto da família". *O direito de família e a Constituição de 1988*, em colaboração. Coordenação de Carlos Alberto Bittar. São Paulo : Saraiva, 1989.

ARIAS, José. *Derecho de família*. Buenos Aires : Guillermo Kraft, 1943.

ARRUDA, João. *Do casamento*. São Paulo : Typ. C. Mandersbach, 1911.

ARRUDA, Roberto Thomas. *O direito de alimentos*. 2. ed. São Paulo : Universitária de Direito – Leud, 1986.

AUTRAN, Manoel G. de Alencastro. *Do casamento civil segundo o Dec. 181/1890*. Rio de Janeiro : Laemmert & Cia., 1908.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Com a promulgação da Lei 9.278, em 1.º.05.1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos". *Revista Literária de Direito* n. 11. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1996.

———. "Comunhão no regime da separação de bens". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. LXXVIII. São Paulo, 1983.

———. "Contrato de casamento, sua extinção e renúncia a alimentos na separação consensual". *Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*, em colaboração. São Paulo : Saraiva, 1982.

———. "Deductio mulieris in domum mariti" (Direito romano). Verbete *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo : Saraiva.

———. "Dever de coabitação". Verbete *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo : Saraiva.

———. *Dever de coabitação, inadimplemento*. São Paulo : José Bushatsky, 1976.

———. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém : Cejup, 1987.

———. "Sociedade concubinária". Verbete *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo : Saraiva.

———. "União estável, antiga forma do casamento de fato". *RT* 701. São Paulo : RT.

BADIALI, Giorgi. *Legge italiana sul divorzio e diritto straniero*. Padova : Antonio Milani, 1976.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

BELLANTONI, Luigi; PANTONIERI, Franco. *La riforma del diritto di famiglia*. Napoli : Jovene, 1976.

BÉNABÉNT, Alain. *Droit civil – La famille*. Paris : Librairies Téchniques, 1982.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1956. vol. II.

———. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1953.

———. *Projeto de Código Civil brasileiro. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1902.

BIANCHI, Francesco S. *Corso di Codice Civile italiano*. 2. ed. Torino, 1893. vol. V.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992.

———. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.

——— (Coord.). "Novos rumos do direito de família". *O direito de família e a Constituição de 1988*, em colaboração. São Paulo : Saraiva, 1989.

———. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo : RT, 1990.

———. "O divórcio no direito brasileiro". *RT* 511. São Paulo : RT.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Alimentos*. São Paulo : Universitária de Direito – Leud, 1979.

———. *Concubinato*. São Paulo : Universitária de Direito – Leud, 1980.

BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto di famiglia, opere complete di Pietro Bonfante*. Milano : Giuffrè, 1963. vol. 1.

BONNECASE, Julian. *Précis de droit civil*. Paris : Rosseau, 1934.

BORGHI, Hélio. "A igualdade constitucional entre homem e mulher e os efeitos jurídicos do casamento e da união estável: aspectos principais". *Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista – Unesp* 2-115/146. Franca, 1996.

———. "A Lei 8.560, de 29.12.1992, e a ação investigatória de paternidade (e de maternidade) e o reconhecimento da filiação havida fora do casamento (e da união estável)". *RT* 695. São Paulo : RT.

———. "Alimentos: ainda uma questão controvertida". *RT* 683. São Paulo : RT.

———. "A situação dos filhos havidos fora do casamento e a nova Constituição". *RT* 643. São Paulo : RT.

———. *Casamento. Nulidade por adultério e homicídio.* São Paulo : Universitária de Direito – Leud, 1992.

———. *Da renúncia e da ausência no direito sucessório.* São Paulo : Universitária de Direito – Leud, 1997.

———. *Divórcio no Brasil: 20 anos. Valeu a pena?* São Paulo : Oliveira Mendes, 1998.

———. "Liberalidades à concubina. Nulas ou anuláveis?". *RT* 654. São Paulo : RT.

———. "Regime de bens no casamento e na união estável (companheirato ou concubinato)". *Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista – Unesp* 3, 7/29. Franca, 1997.

———. *União estável e casamento: aspectos polêmicos.* São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000.

BRUM, Maurício Jander. *Alimentos.* Rio de Janeiro : Aide, 1993.

BUTERA, Antonio. *Il Codice Civile italiano.* Torino : Unione Tipographica Editrice Torinese – Utet, 1939. vol. I.

CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Família e casamento. Doutrina e jurisprudência*, em colaboração. São Paulo : Saraiva, 1988.

———. *O casamento putativo.* São Paulo : RT, 1979.

CAMPELLO, Manoel Carneiro Netto. *Direito romano.* 2. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1914.

CARBONIER, Jéan. *Droit civil.* Paris : PUF, 1955. vol. I.

CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal.* Lisboa : Imprensa de J. G. de Souza Neves, 1867.

CARNEIRO, Nelson. *Divórcio e anulação do casamento.* Rio de Janeiro : Forense, 1951.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Nova Consolidação das Leis Civis, vigentes em 11 de agosto de 1899.* Porto : Nogueira, 1915.

CARVALHO Santos, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado.* 7. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961. vol. IV. Direito de família.

———. Ibidem, vols. V a XXII – 9. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1964.

CASTELLI, Mireille D. *Précis du droit de la famille.* Quebec : Les Presses de L'Université Laval, 1987.

CASTRO, Adalto de Souza e CROCHIQUIA, Edson. *ABC do direito romano.* São Paulo : Sugestões Literárias, 1969.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada.* São Paulo : Saraiva, 1979.

CLÉRIGO, Luiz Fernandes. *El derecho de família en la legislación comparada.* México : Union Tip. Edit. Hispano-Americana, 1947.

COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de direito civil português.* 7 ed. Lisboa : Garnier, 1907. t. I.

———. Ibidem. Coleção Clássicos do Direito, Coord. Alcides Tomasetti Jr., apresentação de José Carlos Moreira Alves. São Paulo : Saraiva, 1984.

COLIN, Ambroise *et* CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 3. ed. Paris : Dalloz, 1920.

CONCE, Adrien. *Le code de droit canonique, commentaire succint et pratique*. Paris : Gabalda, 1930.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. Guanabara : Séries Cadernos Didáticos, s/d.

COULANGES, Numa Denis Foustel de. *La cité antique*. Paris : Hacett, 1864.

COVELLO, Sergio Carlos. *Ação de alimentos*. 4. ed. São Paulo : Univesitária de Direito – Leud, 1994.

CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1973.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Direito de família, mudanças*. São Paulo : RT, 1985.

DAIBERT, Jefferson. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

DAYRELL, Carlos. *Da filiação ilegítima no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Declaração e investigação de paternidade. O papel do Ministério Público*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1996.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo : Dialética, 1997.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961.

DINIZ, Almachio. *Institutas de direito civil brasileiro. Nulidades e anulações do casamento*. São Paulo : Acadêmica Saraiva, 1928. t. 19.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. vol. 5. Direito de família.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. vol. 6. Direito das sucessões.

ECHEVERRIA, Lamberto de, e outros. *Código de derecho canónico*. Madrid : Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Católica, 1983.

ESMEIN, A. *Le mariage en droit canonique*. atual. R. Génestal, 2. ed. Paris, 1929. vol. I.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Conquista, 1957.

———. *Annotações ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Litho-typo Fluminense, 1922. vol. 2. Do direito de família. t. I.

FARDIM, Noemia Alves. *Concubinato. Aspectos sociojurídicos da união estável*. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Os direitos sucessórios dos companheiros – Lei 8.971 de 29.12.1994*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1996.

FERNANDES, Milton. "A família na Constituição de 1988". *RT* 654/16. São Paulo : RT.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio, comentada e documentada*. São Paulo : Saraiva, 1978.

———. *Instituições de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1988.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro : Universal de Laemmert, 1865.

———. *Esboço de Código Civil*. Distrito Federal : Ed. do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1962.

FRIGINI, Ronaldo. *Reconhecimento de paternidade. Considerações sobre a Lei 8.560/92*. Ribeirão Preto : Apamagis, 1993.

FROTA JR. *O divórcio e o clero*. São Paulo : Definitiva, 1937.

FULGÊNCIO, Tito. *Do desquite*. São Paulo : Saraiva, 1923.

GABBA, Carlo Francesco. *Il divorzio nella legislazione italiana*. 3. ed. Torino : Unione Tipographica Editrice Torinese – Utet, 1891.

GERPE, Manuel Gerpe. *La potestad del estado en el matrimonio de cristianos y la noción contrato-sacramiento*. Salamanca : Instituto San Raimundo de Peñafort, 1970.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

———. *Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Direito de família e direito das sucessões*. Lisboa : Ática, 1955.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. Paris : Sirey, 1930.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*. São Paulo : RT, 1993.

MALHEIROS, Fernando. "Dos regimes de bens no casamento em face da lei do divórcio". *RT* 599. São Paulo : RT.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.

MARMITT, Arnaldo. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro : Aide, 1993.

MAZEAUD, Henri et LÉON, Jean. *Leçons de droit civil*. Paris : Montchrestien, 1955.

MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de direito romano*. 4. ed. São Paulo : Max Limonad, s/d.

MONTE, Manoel R. D'Araujo. *Elementos de direito eclesiástico*. Rio de Janeiro : Ed. Tip. Episcopal de Antonio Gonçalves Guimarães, 1857/59.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 29. ed. São Paulo : Saraiva, 1992. vol. 2. Direito de família.

———. *Curso de direito civil*. 3. ed.São Paulo : Saraiva, 1997. vol. 6. Direito das sucessões.

———. "Dos deveres comuns a ambos os cônjuges". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. LXIII. São Paulo, 1968.

NAPPI, Giambattista. *Trattato di diritto matrimoniale concordatario e civile*. Milano : Soc. Ed. Libreria, 1940. vol. 2.

NETO, Abílio e MARTINS, Herlander. *Código Civil português anotado*. 5. ed. Lisboa : Petrony, 1984.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Alimentos, divórcio-separação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.

OLIVEIRA, Basílio de. *O concubinato e a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1992.

OLIVEIRA, Cândido de. *Manual de Código Civil*, de Paulo de Lacerda. Rio de Janeiro : J. Ribeiro dos Santos, 1918. vol. 5. Direito de família.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de. *Direito de família*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, s/d.

OLIVEIRA, Wilson de. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

PACIFICI-MAZZONI, Emilio. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 3. ed. Firenze : Fratelli Commelli, 1894. vol. VII.

PAINI, Reynaldo José Castilho. *Reconhecimento de paternidade e união estável*. São Paulo : Saraiva, 1996.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o direito de família*. Rio de Janeiro : Renovar, 1990.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. vol. V. Direito de família.

———. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984. vol. VI. Direito das sucessões.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 2.ª tir. Rio de Janeiro : Typ. da Tribuna Liberal, 1889.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. "Algumas questões de direito de família na nova Constituição". *RT* 639. São Paulo : RT.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Litho-Tipographia Fluminense, 1923.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Inventário, partilha e ações de herança*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

———. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*. 2. ed. Paris : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudénce, 1901.

———; RIPERT, George et ROUAST, André. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudénce, 1952. vol. II. La famille.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1947.

———. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955. t. VIII.

———. Ibidem. t. IX. Direito de família. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955.

———. Ibidem. t. LV, 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1968.

PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil espanol*. Barcelona : Nauta, 1966. vol. IV. Família y sucessiones.

REALE, Miguel e Comissão. "Projeto de Código Civil, n. 634-B/1975". *Diário do Congresso Nacional*, Suplemento (b) ao n. 061, de 13.06.1975; redação aprovada pela

Câmara dos Deputados, publicada no *Diário do Congresso Nacional*, de 17.05.1984, Suplemento ao n. 47.

REIS, Carlos David S. Aarão. *Família e igualdade. A chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

RIPEM, George et BOULANGER, Jéan. *Traité de droit civil*. Paris : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudénce, 1956.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Aide, 1994.

ROBLEDA, Olis. *El matrimonio en derecho romano*. Roma : Libreria Editrice Universitá Gregoriana, 1970.

RODRIGUES, Antonio Coelho. *Projeto de Código Civil*. Co-edição do Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, Distrito Federal. Coleção Memória Nacional, 1980.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. vol. 7. Direito das sucessões.

———. *Direito civil*. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. vol. 6. Direito de família.

———. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo : Saraiva, 1978.

ROMAGNOLI, Emilio. *Commentario del Codice Civile*. Libro Primo – Delle persone e delle famiglia – arts. 43-78. Bologna : Nicola Zanichelli, 1970.

ROQUE, Sebastião José. *Direito das sucessões*. Coleção Elementos de Direito. São Paulo : Ícone, 1995.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. vol. II. *Direito de família*. Trad. de Ary dos Santos, adaptação de Antonio Chaves e Fábio Maria De Mattia. São Paulo : Saraiva, 1972.

——— e MAROI, Fúlvio. *Istituzioni di diritto privato*. 7. ed. Milano : Casa Editrice Giuseppe Principato, 1948. vol. 1.

SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

———. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

SANTOJA, Vicente Luis Simo. *Divorcio y separación – Derecho comparado y conflictual europeo*. Madrid : Tecnos, 1973.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli : Dott-Eugenio Jovene, 1977.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projeto de Código Civil comentado*. Rio de Janeiro : H. de Laemmert & Cia., 1884/7.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *A lei do divórcio interpretada*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

SAVATIER, Renê. *Cours de droit civil*. Paris : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudénce, 1945. t. 3.

SEVÁ, José. *Inventários e arrolamentos*. Campinas : Julex, 1978.

SOUZA, Orlando de. *Inventários e partilhas*. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

STOLFI, Nicola. *Diritto civile*. Torino : Unione Tipographico Editrice Torinese, 1921. vol. I. Diritto di famiglia.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo : RT, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Obra em colaboração. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

VARELA, J. M. Antunes. *Dissolução da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo : Malheiros, 1997.

VIANA, Marco Aurélio S. *Teoria e prática do direito de família*. São Paulo : Saraiva, 1983.

———. *Teoria e prática do direito das sucessões*. São Paulo : Saraiva, 1987.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 6. ed. atual. Luiz Murilo Fábregas. São Paulo : RT, 1988. vol. IV. Direito de família.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. em colab. de Roberto Rosas. São Paulo : RT, 1988. vol. V. Direito das sucessões.

WEILL, Alex. *Droit civil*. Paris : Précis Dalloz, 1972. vol. 2, t. 1.

3. DIREITO CIVIL, NOTARIAL E REGISTRAL IMOBILIÁRIO

3.4

JUÍZO POSSESSÓRIO E JUÍZO DOMINIAL

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve estudo das teorias da posse – 3. Conceito de posse – 4. O fundamento da proteção da posse – 5. *Jus possessionis* e *jus possidendi* – 6. Juízo petitório e juízo possessório: 6.1 A exceção de domínio; 6.2 O art. 505 do CC: 6.2.1 A Súmula 487 do STF; 6.3 O art. 923 do CPC; 6.4 O ajuizamento de ação dominial, enquanto pendente ação possessória – 7. Conclusões – Bibliografia.

1. Introdução

O estudo do tema proposto, dos mais intrincados do direito civil, passa, necessariamente, pelo prévio conhecimento do que são os termos *posse e domínio*.

Há necessidade de se conhecer os conceitos de posse e o de propriedade. Especialmente no que se refere a posse, o próprio conceito, fundado nos elementos do instituto (*corpus* e *animus*), é objeto de secular e conhecida polêmica entre as teorias subjetiva e objetiva. Não há como escapar do estudo, ainda que breve, das duas teorias.

O passo seguinte será o de conhecer o fundamento da proteção da posse e superar a aparente contradição existente na utilização do remédio possessório até mesmo contra o proprietário.

Estudaremos as figuras do *jus possessionis* e do *jus possidendi,* fazendo a distinção essencial entre o direito de posse (fundado no simples fato) e o direito à posse (fundado em relação jurídica preexistente).

Chegaremos, então, ao tema proposto, da caracterização e autonomia dos juízos possessório e dominial. Será abordada a questão da exceção de domínio no direito comparado e em nosso direito positivo, com o estudo dos arts. 505 do CC e 923 do CPC.

Faremos estudo que desborda o direito material, sobre a possibilidade do ajuizamento de ação petitória na pendência de ação possessória, abrangendo a aparente antinomia e influências recíprocas entre as decisões nelas proferidas.

Encerraremos o trabalho colacionando jurisprudência sobre o tema e expondo as conclusões sobre a necessidade do reconhecimento da posse como instituto autônomo e independente do domínio.

2. Breve estudo das teorias da posse

Não comporta o presente estudo análise aprofundada das teorias da posse. Limita-se dar-lhes os simples contornos, com especial ênfase para a autonomia do instituto, merecedor de proteção independentemente de vir acompanhado da propriedade.

Ingenuidade seria achar que explicam a posse apenas as duas teorias mais conhecidas (objetiva e subjetiva) e escassa literatura clássica. Em 1890 já afirmava Ihering, acerca da vastidão bibliográfica sobre o assunto: "Elle est prodigieusemente riche et véritablement débordante; il ne se passe point d'année Qui n'apporte des dissertatuios et des livres sur la possession".[1] Na impossibilidade de exame mais profundo, nesta sede, fiquemos somente com as teorias principais.

Savigny criou a chamada teoria subjetiva. Os elementos da posse são o *animus* e o *corpus*. Definiu o *corpus* como o poder físico da pessoa sobre a coisa, o fato exterior da posse. Para ele, é a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa. Em obra posterior retificou sua posição, admitindo posse sem contato físico. Definiu o *animus* como a intenção de ter a coisa como sua (*animus domini*). Não é a convicção (*opinio domini*), mas a intenção de ser dono.

Para haver posse, portanto, devem existir, para Savigny: elemento físico (*corpus*) + vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário (*affectio tenendi*) + intenção de tê-la como sua (*animus domini*).[2]

Caso falte o terceiro elemento, qual seja, a vontade de ter a coisa como dono, não haverá posse, mas mera detenção. Assim, para Savigny, quem tem a coisa em seu poder, mas em nome de outrem, por razão jurídica, não tem posse, mas detenção, sem proteção jurídica. Enquadrariam-se nessa categoria o locatário, o comodatário e o credor pignoratício, entre outros.

Rudolf Von Ihering elaborou a chamada teoria objetiva da posse, em oposição e crítica à teoria subjetiva. *Corpus*, para ele, é a relação exterior que há normalmente entre o proprietário e a coisa, é a conduta de quem se apresenta com relação semelhante à do proprietário (*imago domini*), com ou sem apreensão da coisa. Pode, portanto, haver posse sem contato ou poder físico entre a pessoa e a coisa. Lembre-se que o proprietário exerce as prerrogativas do domínio, muitas vezes, sem o contato físico, material com a coisa, como, por exemplo, a locação, ou o empréstimo da coisa a terceiros. O mesmo, portanto, ocorre com o possuidor, porque ele age como o proprietário.[3]

(1) Citado por Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. vol. VI, p. 96.

(2) Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 12. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997. vol. IV, p. 14.

(3) Rudolf Von Ihering. *A teoria simplificada da posse*, São Paulo : Saraiva, 1986. p. 106-115.

Para Ihering, *animus* não é intenção de ser dono, mas de simplesmente se proceder como procede habitualmente o proprietário (*affectio tenendi*). A teoria chama-se objetiva porque dispensa a intenção de ser dono. O *animus* está intimamente ligado ao *corpus,* porque se extrai da conduta visível do possuidor. É o que aparece perante terceiros (aparência de dono), pouco importando o simples desejo não ostensivo do possuidor. Para caracterizar a posse, basta examinar o comportamento do agente, independentemente de uma pesquisa de intenção. Normalmente, o proprietário é o possuidor. Logo, possuidor é aquele que tem a aparência de proprietário. Posse, segundo Ihering, é a *visibilidade do domínio*. Pela teoria objetiva, o locatário, o comodatário etc., são possuidores, o que acarreta profundos efeitos concretos, visto que tais pessoa podem defender a posse pelos chamados interditos possessórios.

Segundo o autor, o poder de fato sobre a coisa indica posse, embora nem sempre isso ocorra. O que importa, para efeito de posse, é a destinação econômica da coisa, é a utilização da coisa por atos adequados à sua natureza. Para Ihering, *corpus* + *affectio tenendi* = *posse*. O *animus domini* não é elemento da posse.

Outra importante distinção entre as duas teorias é o modo como abordam a figura da detenção. Para Savigny, sempre que houver *corpus*, mas não *animus* (*affectio tenendi* + *animus domini*), estaríamos diante da figura da detenção e não de posse. A posse, assim, é a detenção acrescida de *animus domini*. Para Ihering, a posse e a detenção não se distinguem por um *animus* específico. Ao contrário. Têm os mesmos elementos (*corpus e animus*). O que distingue ambas é um elemento objetivo, que se traduz num dispositivo legal que, com relação a certas relações que preenchem a princípio os requisitos da posse, retira delas os efeitos possessórios. A detenção, para Ihering, é uma posse degradada, que, em virtude da lei, se avilta.

A teoria subjetiva parte da detenção para chegar à posse. A objetiva faz o trajeto inverso, partindo da posse para chegar à detenção.[4]

3. Conceito de posse

Tratando-se de posse, até a origem etimológica da palavra é controvertida. Segundo alguns, *possessio* deriva de *positio pedium*, que equivale a insistência, ou fixação dos pés. Outros, porém, sustentam que procede de *sedere*, equivalente a sentar-se, estabelecer-se em coisa determinada, reforçando este significado o prefixo *pos*.[5]

(4) Fernando Luso Soares. *Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica*, Coimbra : Almedina, 1996. p. LVII; ver também José Carlos Moreira Alves. "A detenção no direito brasileiro", *Posse e propriedade*, diversos autores, coordenados por Youssef Said Cahali, São Paulo : Saraiva, 1987. p. 1-28.

(5) Antonio Hernández Gil. *La posesion*, Madrid : Civitas, 1980. p. 28-29.

Há centenas de conceitos diferentes de posse. Grosso modo, porém, variarão, na doutrina e nos diversos ordenamentos jurídicos, conforme a teoria adotada, subjetiva ou objetiva, com os elementos postos no capítulo anterior.

Seguem nitidamente a teoria subjetiva, preconizada por Savigny, com ênfase para o *animus domini*, os conceitos contidos nos Códigos francês, austríaco, holandês e espanhol. O art. 2.228 do Código francês define a posse como "a detenção ou gozo de uma coisa ou um direito que nós detemos ou que exercemos por nós mesmos ou por um outro que a detém ou o exerce em nosso nome". O Código austríaco, no § 309, diz que: "Aquele que tem uma coisa em seu poder ou sob a sua guarda, é detentor. Se o detentor de uma coisa tem vontade de a guardar como sua, é possuidor". O Código holandês, no art. 385, define posse como "a detenção ou o gozo de uma coisa, que nós detemos sob o nosso poder, ou por nós mesmos, como se nos pertencesse".

Já os Códigos da Prússia, alemão, suíço, brasileiro, mexicano e o atual italiano seguem a teoria objetiva, preconizada por Ihering, com ênfase à visibilidade do domínio e minimizando os efeitos da vontade. Assim, o Código da Prússia define relação possessória como a de "todo aquele que tendo o poder físico de dispor de uma coisa com exclusão de outrem, tem a coisa sob sua guarda e é chamado detentor". O Código alemão, em seu § 854, dispõe que: "A posse de uma coisa adquire-se obtendo o poder de fato sobre ela. O acordo do precedente possuidor e do adquirente basta para a aquisição quando este último se encontra em situação de exercer o seu poder sobre a coisa".

Nosso Código Civil não define a posse, mas apenas o possuidor, o que rendeu críticas da doutrina tradicional, capitaneadas por Rui Barbosa.[6] O art. 485 assim dispõe: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou à propriedade".

Fácil, com base em nosso direito positivo, chegar à definição de posse, partindo da figura do possuidor. Segundo Clóvis Beviláqua, posse, para nós, nada mais é do que "o exercício de fato, dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de alguns deles somente, isto é, de algum direito sobre a propriedade alheia".[7]

4. O fundamento da proteção da posse

Diversas teorias, agrupadas em absolutas e relativas, procuram explicar a razão pela qual se protege a posse.

(6) Citado por José Carlos Moreira Alves. *Posse – Estudo dogmático*, Rio de Janeiro : Forense, 1991. t. 1, vol. II, p. 7.

(7) Clóvis Beviláqua. *Direito das coisas*. 3. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1951. vol. I, p. 28-29.

Como bem esquematizou Manuel Rodrigues, funda-se a proteção possessória em argumentos diversos, que assim podem ser resumidos:[8]

a) nas teorias absolutas protege-se a posse porque:

I) é um ato de vontade do homem;

II) constitui uma categoria econômica independente.

b) nas teorias relativas protege-se a posse porque:

I) é um meio de evitar a violência;

II) é uma presunção de propriedade;

III) é a defesa avançada da propriedade.

Entre as chamadas teorias absolutas, a posse é protegida por si mesma, como categoria juridicamente independente. A posse pode estar ou não de acordo com a lei, mas enquanto não se provar, pelos órgãos competentes, a ofensa a uma vontade universal, deve ser respeitado o fato decorrente da vontade individual. A mesma teoria, por outro ângulo, defende a proteção da posse na medida que esta constitui forma de apropriação das utilidades das coisas, que são aplicadas à satisfação humana.[9]

Já as teorias relativas não justificam a proteção possessória pelo instituto em si mesmo, mas sim como conseqüência de outras realidades econômico-sociais, ou necessidade de proteção a outras instituições. As teses são as mais variadas. Protege-se a posse como complemento necessário da proteção da propriedade. Pela necessidade de se evitar a violência, ou um atentado contra a ordem jurídica. Também porque ninguém pode juridicamente vencer a outrem, se não tem motivos preponderantes em que se funde sua prerrogativa.[10]

Conhecidas são as posições de Ihering e de Savigny a respeito do fundamento da proteção da posse.

Ihering vê a proteção possessória como uma linha avançada da defesa do domínio. O que se visa, em última análise, é resguardar a propriedade, uma vez que, normalmente, está acompanhada da posse. A proteção possessória seria uma espécie de resíduo da proteção da propriedade.

Savigny, por seu turno, vê em toda violação à posse uma ilegalidade, uma vez que a posse é fato, mas protegida pelo direito. Além disso, toda violência é, por si só, sempre contrária ao direito.

Os fundamentos, como visto, são vários. Pode-se, porém, dizer que se tutela a posse assim como se protegem outros diretos subjetivos, da propriedade a direitos pessoais. Violados tais direitos subjetivos – aí incluída a posse – merecem eles proteção.

(8) Manuel Rodrigues. *A posse, estudo de direito civil português*, Coimbra : Almedina, 1996. p. 23.

(9) Idem, ibidem, p. 24-25.

(10) Idem, ibidem, p. 26-32.

5. *Jus possessionis* e *jus possidendi*

Como alerta Moreira Alves, desde o direito romano tem-se distinguido nitidamente a posse da propriedade. São conhecidos os aforismas "separata esse debet possessio a proprietate" (a posse deve ser separada da propriedade), "nihil commune habet proprietas cum possessione" (nada tem em comum a propriedade com a posse) e "nec possessio et proprietas misceri debent" (posse e propriedade não devem confundir-se).[11]

Percebe-se facilmente que a posse pode ser considerada sob dois ângulos distintos: a) em si mesma, independentemente do fundamento ou título jurídico; b) como uma das faculdades jurídicas que integram a propriedade, ou outras relações jurídicas.[12]

A expressão *jus possidendi* significa, literalmente, direito à posse, ou direito de possuir. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, "é a faculdade que tem uma pessoa, por ser já titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa".[13] É a posse vista como o conteúdo de certos direitos.[14]

Pressupõe o *jus possidendi* uma relação jurídica preexistente, que confere ao titular o direito à posse. Ao contrário do que afirmam alguns autores, não só o proprietário goza de tal situação, mas também titulares de outros direitos reais, como o usufrutuário e o credor pignoratício, ou mesmo titulares de direitos meramente pessoais, como o locatário e o comodatário. Basta seja a posse o objeto da relação jurídica, real ou pessoal.

O titular do *jus possidendi*, ao invocar o seu título, ou relação jurídica preexistente (real ou pessoal) para assegurar o direito à posse, instaura o chamado juízo petitório. Não se discute a posse em si mesma considerada, mas a razão, ou causa, pela qual se deve possuir.[15]

O *jus possessionis*, por outro lado, é o direito originado da situação jurídica da posse, independentemente da preexistência de uma relação jurídica que lhe dê causa. É indiferente a incidência, ou não, de um título para possuir. Aqui a posse não aparece subordinada a direitos, nem emanada deles, formando parte de seu conteúdo. Alguns autores chegam a negar a expressão *jus*, preferindo a de *factum possessionis*, como melhor significado de posse sem título anterior.[16]

(11) José Carlos Moreira Alves. *Posse – Estudo dogmático*, Rio de Janeiro : Forense, 1991. t. 1, vol. II, p. 25.

(12) Lafayette Rodrigues Pereira. *Direito das cousas*, Rio de Janeiro, 1922. p. 8.

(13) Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, cit., p. 21.

(14) Antonio Hernández Gil. *La posesion*, cit., p. 34.

(15) Cláudia Aparecida Simardi. *Proteção processual da posse*, São Paulo : RT, 1998. p. 51.

(16) Barbero. *Sistema istituzionale del diritto privato Italiano*, vol. 1, n. 196, p. 296, apud José Carlos Moreira Alves. *Posse – Estudo dogmático*, cit., p. 24.

O *jus possessionis* é o reflexo da autonomia do instituto da posse, que se mostra em toda sua pureza. É o fato da posse *per se*, necessário e suficiente para ter ingresso na significação jurídica.[17]

São casos típicos do exercício de *jus possessionis* aqueles que cultivam a terra abandonada, ou que se apoderam de coisas móveis perdidas. Recebem a proteção possessória, ainda que lhes falte um título que justifique, ou dê causa, à posse. É o direito de posse. Seu único suporte é a sua própria existência e presença.

Pode, em determinados casos, haver conversão do *jus possessionis* em *jus possidendi*. Basta lembrar a hipótese do possuidor, com posse qualificada, convertê-la, pelo usucapião, em propriedade. O domínio gerará direito à posse, agora com fundamento em relação jurídica.

Essa distinção clara entre as figuras tratadas foi absorvida por alguns textos legislativos. O Código da Prússia distinguia, com muita precisão, o direito à posse (*jus possidendi*) do direito de posse (*jus possessionis*), *in verbis*:

"§ 134. O direito à posse é diverso do direito de posse.

§ 135. Os efeitos do direito à posse devem ser determinados segundo a natureza do título sobre o qual se funda a posse

§ 136. Mas os direitos da posse dependem da natureza da própria posse."[18]

Essa precisão conceitual faltou ao nosso direito positivo. No dizer de Pontes de Miranda, "são categorias distintas, mas de cujo baralhamento muito prejuízo tem provindo às leis, à doutrina e à justiça".[19]

Como veremos abaixo, no campo processual inexiste norma clara separando as ações fundadas no *jus possessionis* das ações fundadas no *jus possidendi*. Essa omissão torna-se tão mais severa ao se constatar que o objeto de ambas as situações jurídicas é o mesmo (a posse), apenas sob fundamentos diversos. Como se verá no próximo capítulo, a omissão custou caro ao sistema, criando ambiente propício a equívocos conceituais graves.

6. Juízo petitório e juízo possessório

A melhor forma de distinguir os juízos petitório do possessório é manter estrita correlação entre o *jus (factum) possessionis* e o possessório e entre o *jus possidendi* e o petitório. Com isso, se garante a distinção entre a posse e a propriedade e, sobretudo, protege a posse *per se*, como instituição jurídica autônoma.

Como explica Antonio Hernández Gil, a tutela possessória – só possessória – mínima e básica, na ordem jurisdicional, está constituída pelos interditos, ou,

(17) Antonio Hernández Gil. *La posesion*, cit., p. 34.

(18) José Carlos Moreira Alves. *Posse – Estudo dogmático*, cit, p. 26.

(19) Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. 4. ed., São Paulo : RT, 1983. t. X, p. 77.

entre nós, ações possessórias em sentido estrito. Deve-se, nas ditas ações possessórias, afirmar defender a posse como tal, sem outras ajudas e sem outras complicações: só e simplesmente. Se por trás dela aparece um direito que a atribua, é indiferente. Isso porque posso provar o direito, mas não obter a posse. Posso, em contrapartida, obter a posse e não provar o direito. Aqui é onde a posse aparece em sua plenitude e, diria, em sua solidão.[20]

Essa é a posição tradicional da doutrina. Na lição de Tito Fulgêncio, "a ação possessória é independente e distinta da ação petitória; aquela se apoia na posse como puro estado de fato, a última tem por fundamento ofensa de um direito".[21]

Parte da doutrina, porém, usa o termo "ação petitória" em sentido mais restrito, apenas e somente para a tutela fundada no direito de propriedade, ou de outro direito real. Como explica Serpa Lopes, "a ação petitória difere da possessória em razão de seus fundamentos. Enquanto a primeira funda-se no direito de propriedade e pressupõe prova do domínio, a segunda funda-se na situação da posse, sendo bastante a prova do fato da posse em relação à coisa possuída".[22] Para o referido autor qualquer outra ação, embora relacionada com a restituição de uma coisa, sem ter por fundamento direito de propriedade ou um direito real, como, por exemplo, contratos de depósito e comodato, já não pode ter o qualificativo de petitória, porque calcada no art. 485 do CC.

Alguns autores utilizam outros termos, como "ação publiciana" e são utilizados para designar a ação fundada no *jus possidendi*, sem título dominial.

Talvez o maior problema da distinção entre as chamadas ações possessórias e ações petitórias seja semântico. Isso porque o binômio possessório/petitório não guardou, como deveria, estrita relação com o binômio *jus (factum) possessionis/jus possidendi.*

Algumas situações clássicas, como a do proprietário sem posse que litiga contra o possuidor sem propriedade, receberam denominação própria (ação reivindicatória), colocando-as, declaradamente, no campo petitório. Seu fundamento é, sem dúvida, o *jus possidendi.*

Diversas outras situações, no entanto, não se mostram com a mesma clareza semântica. O comodante que pretende reaver a coisa do comodatário, o arrendante que, nos contratos de *leasing*, pretende reaver a coisa do arrendatário, o compromitente-vendedor que, resolvido o contrato de compromisso de venda e compra, pretende reaver o imóvel do compromissário comprador, utilizam a ação de reintegração de posse, ou seja, ação possessória em sentido estrito.

(20) Antonio Hernández Gil. *La posesion*, cit., p. 32.

(21) Tito Fulgêncio. *Da posse e das ações possessórias*. 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980. p. 281.

(22) Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. vol. VI, p. 227.

O fundamento da reintegração de posse, porém, nos casos acima citados, certamente não é o *jus possessionis*. Não litigam com base na posse como fato, desligada de qualquer situação jurídica. Ao contrário. Pedem a devolução da posse porque desfeita determinada relação jurídica preexistente. Em outras palavras, litigam calcados no *jus possidendi*. A confusão deve-se ao fato de serem os retomantes também possuidores (via de rega indiretos), no conceito do art. 485 do CC. Isso, porém, não apaga o fato de que contendem fundados não na posse em si, mas na causa jurídica da posse.

O significado plurívoco do termo "ação possessória" gerou décadas de enganos. Há ações possessórias que podemos chamar de puras, fundadas exclusivamente na posse enquanto fato (*jus possessionis*). Ao lado delas, porém, há ações possessórias, que podemos chamar de impuras, nas quais se pede a posse como conteúdo de situação jurídica anterior (*jus possidendi*).

A melhor solução, como acima posto, seria acatar a recomendação de autorizada doutrina, que propõe limitar o uso da expressão "ação possessória" aos interditos em sentido estrito e fundados no *jus (factum) possessionis*.[23]

Evidente que o uso restrito das ações possessórias poderia gerar incerteza no que se refere àquelas situações em que se pretende reaver a coisa em razão do desaparecimento da *causa possessionis*. O rito das ações possessórias poderia até mesmo abranger tais situações jurídicas, apenas com limitação do uso da exceção de domínio. Essa, aliás, foi a solução implicitamente dada pela Súm. 487/STF, como abaixo de verá.

6.1 A exceção de domínio

A exceção de domínio não era conhecida dos romanos, segundo Savigny. Defendeu ele a tese de que os interditos possessórios seriam ações que tinham somente a posse como fundamento: o ofício do juiz seria verificar apenas qual das duas partes possui.

Ihering defendeu tese contrária. Para ele, os interditos foram introduzidos para regular provisoriamente a relação possessória durante o processo sobre a propriedade. Especialmente o chamado *interdicto de precário* admitia a exceção de domínio, porque representaria a transgressão à obrigação contraída de restituir a coisa ao concedente.[24]

Na idade média, sob a influência do direito canônico, entendeu-se que os mesmos juizes que julgavam a posse deviam também conhecer da ação petitória e estavam autorizados a consultar os títulos dominiais para revolver a questão.

(23) Adroaldo Furtado Fabrício. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984. vol. VIII, t. III, p. 396.

(24) Astolpho Rezende. *A posse e a sua proteção*, São Paulo : Saraiva, 1937. vol. II, p. 439.

Surgiu a figura da *récreance*, uma decisão sobre a posse provisória durante a ação petitória.

Entre nós, a exceção de domínio passou a ser discutida em razão do controvertido Assento de 16.02.1786, interpretando o Alvará de 09.11.1754, sobre a transmissão civil das sucessões legítimas. Declarou o Assento que "se deve julgar transmissível a posse até para não seguir o visível absurdo de se julgar nos interditos restituitórios, e nos outros casos ocorrentes no foro, a referida posse àquele mesmo, a que, pelo processo e evidência notória dos autos, se depreende não lhe dever ser julgada a propriedade".

Em torno do citado Assento dividiram-se doutrina e jurisprudência. De um lado, Lafayette e Paula Baptista defenderam a inviabilidade da exceção de domínio na ação possessória e interpretaram o Assento como aplicável à hipótese restrita do herdeiro aparente na sucessão hereditária. De outro, Ribas, João Monteiro e Teixeira de Freitas, entenderam que não se deve julgar a posse em favor daquele a quem se mostra evidentemente não pertencer a propriedade.

A jurisprudência anterior ao Código Civil, como demonstra Astolpho Rezende, colacionando mais de vinte julgados, refletia essa divergência da doutrina. Grassava a insegurança sobre aplicação da exceção de domínio em nosso direito anterior ao Código Civil.[25]

6.2 O art. 505 do CC

Dispõe o art. 505 do CC que: "Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio".

O art. 505, em especial o segundo período, entrou em nosso direito positivo por dupla razão: a) respeito à tradição do Assento de 16.02.1786, consolidado pelo prestigioso Teixeira de Freitas (*Todavia não se deve julgar a posse a favor daquele a quem se mostra, evidentemente, não pertencer o domínio*);[26] b) a interpretação da doutrina de Ihering, para quem a defesa da posse se daria em atenção à propriedade.[27]

Como, porém, obtempera Pontes de Miranda, "grave foi que o autor do Projeto, ao seu tempo, tivesse acreditado que a *exceptio dominii* é conseqüência necessária da doutrina de R. Von Ihering: não o é".[28] Há, efetivamente, discussão sobre o exato alcance da teoria de Ihering. A razão da proteção à posse é a defesa e o prestígio da propriedade, embora admita o autor a defesa do possuidor até mesmo contra o proprietário.[29]

(25) Astolpho Rezende. *A posse e a sua proteção*, São Paulo : Saraiva, 1937. vol. II, p. 449.

(26) Teixeira de Freitas. *Consolidação das leis civis*, art. 818.

(27) Vide objeções levantadas por Juvenal Lamartine e Justiniano de Serpa, por ocasião da discussão, no Congresso Nacional, do Projeto do Código Civil brasileiro.

(28) Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, cit., p. 316.

(29) Rudolf Von Ihering. *A teoria simplificada da posse*, cit., p. 89.

O teor contraditório do art. 505 do CC, caso aplicado literalmente, chancelaria atos manifestamente ilícitos. Permitiria, por exemplo, que o locador, o comodante, ou o nu-proprietário retomassem a coisa a qualquer tempo do locatário, do comodatário, do usufrutuário, sem intervenção do poder judiciário. Acionados pelos ex-possuidores diretos, na via possessória, oporiam a exceção de domínio como justificativa do esbulho.

O fundamento da proteção possessória – ao menos sob a ótica de Savigny – estaria seriamente comprometido. Não mais se garantiria a paz social, porque estaria aberto ao proprietário (ou ao titular de outros direitos) o caminho da retomada da coisa, a qualquer tempo, pelos próprios meios, mediante exercício arbitrário das próprias razões.

Cedo doutrina e jurisprudência deram-se conta de que impossível seria a aplicação literal da segunda parte do art. 505. Procuraram, então, dar interpretação confortável ao preceito, de modo a harmonizá-lo com o sistema da posse. O próprio Clóvis Beviláqua reconheceu que a parte final do artigo contempla "a posse a título de proprietário, o que desde logo exclui a posse indireta em frente à direta".[30] Somente no caso de ambos os contendores reclamarem a posse como emanação da propriedade é que se mostra racional não julgar a posse a favor daquele a quem, evidentemente, não pertencer o domínio. Arremata o autor que "não sendo evidente o direito dominial alegado por um dos contendores, ou restringindo-se o pleito ao fato da posse, como simples *jus possessionis* e não *jus possidendi*, não tem aplicação o princípio".[31]

A doutrina e jurisprudência em geral convergiram nos seguintes postulados, corrigindo a infeliz redação da segunda parte do art. 505, bem sintetizados por Astolpho Rezende:

"1.º Em regra, nas ações possessórias não é permitida a defesa com fundamento no domínio.

2.º Excepcionalmente, admite-se essa defesa:

a) quando duas pessoas disputam a posse a título de proprietário;

b) quando é duvidosa a posse de ambos os litigantes; neste caso, reconhece-se a posse daquele a quem está melhor averiguada."[32]

A respeito desse entendimento, hoje sedimentado, cabem algumas observações. A primeira delas diz respeito ao que se deve entender pela expressão "exceção de domínio", em nosso direito positivo. Não está ela restrita, como parece, à alegação fundada somente no direito de propriedade. Pode vir calçada em outros

(30) Clóvis Beviláqua. *Direito das coisas*. 3. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1951. vol. I, p. 75.

(31) Idem, ibidem, cit., p. 75.

(32) Astolpho Rezende. *A posse e a sua proteção*, cit., p. 460-461; no mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. 26. ed., São Paulo : Saraiva, 1988, vol. 3, p. 60.

direitos, reais ou pessoais. Basta a invocação de uma situação jurídica preexistente, que confira a seu titular direito à posse. Em termos diversos, fundada no *jus possidendi*.

Na boa lição de Adroaldo Furtado Fabrício, a *exceptio domini* nem sempre é de propriedade, "porque o Código Civil refere-se à alegação de domínio ou de *outro direito sobre a coisa*. A chamada exceção de domínio seria mais exatamente uma alegação de *jus possidendi*, do qual a propriedade é o principal, mas não o único fundamento".[33]

Assim, se por exemplo, o comodante, ou o arrendante, tiram o comodatário ou o arrendatário da posse da coisa, exercendo arbitrariamente as próprias razões, não podem invocar na defesa da ação possessória, ajuizada pelos ex-possuidores diretos, que assim agiram fundados em razão da *causa possessionis*. Em sentido técnico, estaria configurada a exceção de domínio, ou melhor dizendo a exceção de *jus possidendi*.

A segunda observação é a de que a invocação do domínio (ou de outros direitos) como meio de prova da melhor posse deve ser entendida como matéria exclusivamente possessória e não petitória. O domínio tem relevância, nesse passo, não para justificar a conduta do proprietário, mas apenas como evidência do fato da posse (*jus possessionis*). É singelo meio – via de regra documental – de provar a posse.

Precisa, a respeito do tema, a lição de Pontes de Miranda, para quem "em termos rigorosamente científicos, a alegação de domínio não é exceção, mas simples alegação para meio, a mais, em caso de prova dúbia. O art. 505, 2.ª parte, apenas é regra jurídica sobre prova. Na dúvida pesa mais a prova do domínio como prova da posse, se se prova que evidentemente pertence à outra parte o domínio".[34]

6.2.1 A Súmula 487 do STF

O Supremo Tribunal Federal sufragou a tese da separação entre os juízos possessório e petitório, restringindo a incidência do segundo período do art. 505 do CC aos casos em que a posse seja disputada com base no domínio. Esse entendimento reiterado desembocou na edição da Súm. 487, que contém: "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada".[35]

(33) Adroaldo Furtado Fabrício. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 397 – o destaque consta do original.

(34) Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, cit., p. 355.

(35) Roberto Rosas. *Direito sumular*. 4. ed., São Paulo : RT, 1989. p. 212, fornece os diversos julgados que deram origem à Sum. 487: RE 4.276 – *DJ* 05.06.1943; RE 70.299 – *DJ* 16.10.1970; RE 63.547 – *RTJ* 43/495; RE 60.870 – *RTJ* 46/662.

Interessante notar ter a súmula omitido a segunda vertente do entendimento doutrinário sobre o art. 505 do CC, qual seja, o de que a posse, quando duvidosa em relação a qualquer dos litigantes, pode ser decidida a favor do titular do domínio. A exclusão de tal conclusão do teor da súmula, a meu ver, é lógica. O título, aqui, é utilizado apenas e tão somente como meio de prova da posse, fundado na máxima de que, via de regra, o proprietário é também possuidor da coisa. Cuida-se, assim, de matéria eminentemente fática, aferível caso a caso, ponderando a fragilidade da prova possessória com a evidência da prova dominial.

Isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal tenha, em seus arestos, negado a possibilidade de incluir a propriedade como indício da existência de posse. Ao contrário. Um dos julgados que desembocou na Súm. 487 contém, em sua ementa: "Decidindo acerca da aparente antinomia dos dois períodos do art. 505 do CC, a jurisprudência do STF já assentou que a exceção de domínio é aceitável quando os litigantes disputam a posse a título de proprietários ou quando a posse é duvidosa em relação a qualquer deles".[36]

Outra observação pertinente acerca da Súm. 487 é a aparente contradição contida em seu enunciado. Foi ela construída a partir de julgados extraídos de ações possessórias, até porque nunca se olvidou que em ações petitórias a discussão sobre o melhor domínio era imprescindível. Existiriam, então, ações possessórias nas quais a discussão não se restringe ao *jus possessionis*?

A resposta à aparente contradição foi esclarecida em capítulo anterior. Existem diversas situações jurídicas (exemplo, a retomada da coisa, por inadimplemento de contratos de *leasing*, comodato etc), nas quais o termo "ação possessória" é consagrado pelo uso para designar disputa da posse com fundamento no *jus possidendi*. Nessas situações, dúbias em razão da ação utilizada, é que a súmula incide com toda sua plenitude.

6.3 O art. 923 do CPC

Continha o art. 923 do CPC a seguinte redação: "Na pendência de processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio".

Foi infeliz a redação do dispositivo, que reascendeu a antiga polêmica sobre a possibilidade da exceção de domínio no direito brasileiro, que recentemente fora acomodada e sepultada pela Súm. 487 do STF. Desfez-se o razoável consenso que se criara em torno do art. 505 do CC, por décadas de análise de doutrina e da jurisprudência.

(36) RE 63.080, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *RTJ* 44/350.

Tantas foram as críticas que a Lei 6.820, de 16.09.1980 suprimiu a segunda parte do artigo, cujo remanescente passou, então, a ter a seguinte redação: "Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio".

O atual art. 923 nada mais pretendeu – como se verá, de modo equivocado – do que dar feição processual à separação e independência entre os institutos da posse e da propriedade.

A idéia de subordinar o ajuizamento da ação petitória ao término de anterior ação possessória não é nova. Foi adotada por diversos códigos estrangeiros[37] e reproduzida por nossos revogados Códigos Estaduais,[38] como símbolo da separação entre o possessório e o petitório.

Discute-se se a nova redação do art. 923 do CPC teria revogado e, caso positivo, em que medida, o art. 505 do CC.

É regra do art. 2.º da LICC que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Revogação expressa não houve. O novo artigo também não regulou inteiramente a matéria (basta ver que não referiu à independência do possessório, como fez a primeira parte do art. 505). A incompatibilidade é apenas parcial com o texto do art. 505 do CC. A primeira parte do artigo, que separa os juízos possessório e petitório não é incompatível com a redação atual da Lei Processual Civil. Ao contrário. Foi prestigiada e reafirmada a independência do possessório em relação ao petitório, embora pelo ângulo processual.

Somente a segunda e controvertida parte do art. 505 do CC é que se mostra incompatível com a redação atual do art. 923 do CC. Em termos diversos, a exceção de domínio não mais existe, em ações possessórias fundadas no *jus possessionis*. Ou, como conclui Renan Lotufo, após exaustiva análise do tema: "há de se concluir pela extinção da exceção de domínio em nosso sistema, a menos que por via legislativa volte a existir".[39]

Por isso, não me parecem procedentes os argumentos de que estaria o art. 505 inteiramente preservado na atualidade, calcados na tese de que a sua revogação

(37) Código de Processo Civil francês, arts. 25 a 27; Código de Processo de Gênova, art. 266.

(38) Código do Distrito Federal, art. 523; do Espírito Santo, art. 433; de Minas Gerais, art. 661; de Pernambuco, art. 539; do Rio Grande do Sul, art. 525; de São Paulo, arts. 614 e 628.

(39) Renan Lotufo. "Da exceção do domínio no direito possessório brasileiro", *Posse e propriedade, doutrina e jurisprudência*, diversos autores, coordenado por Yussef Said Cahali, São Paulo : Saraiva, 1987. p. 707; no mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior. "Ações possessórias", *Revista Brasileira de Direito Processual* 44/55 *et seq.*

total levaria ao desaparecimento da dicotomia possessório/petitório.[40] Possível e viável a revogação parcial do artigo, somente naquilo que não coaduna e foi extirpado da regra processual. Aliás, como bem coloca João Batista Monteiro, "quando o legislador revoga (derroga ou ab-roga) uma norma, pretende eliminá-la do ordenamento jurídico; não se pode aceitar que o legislador tenha revogado uma norma, e permita a continuação de sua vigência ao mesmo tempo, em outra disposição semelhante. Tratar-se-ia de uma incongruência e ilogicidade de difícil sustentação".[41]

Diversos julgados têm feito referência a essa revogação parcial. Confira-se, entre outros: "Não se admite, em pleito possessório, a exceção de domínio, posto que a Lei 6.820/80, ao alterar a redação do art. 923 do CPC, revogou a parte final do art. 505 do CC e, expressamente, proibiu pedido dominial no curso de ação possessória".[42]

Ressalto que a conclusão a que se chegou, da revogação da segunda parte do art. 505, não tem grande alcance prático. O entendimento doutrinário e jurisprudencial, sedimentado pela Súm. 487 do STF, há trinta anos já afirmava que a exceção de domínio somente é cabível quando se disputar a posse com base no *jus possidendi*. Talvez isso explique o fato de diversos julgados recentes mencionarem ainda a súmula como paradigma, embora se refira ela a uma exceção de domínio não mais existente.[43] A incorporação do espírito da súmula na redação do novo art. 923 a manteve atual e útil, especialmente naqueles casos em que a ação, embora rotulada de possessória, vem amparada no *jus possidendi*.[44]

6.4 O ajuizamento de ação dominial, enquanto pendente ação possessória

Como acima mencionado, o preceito que veda o ajuizamento de ação petitória, enquanto pende ação possessória, tem origem em diversos códigos estrangeiros, além dos revogados Códigos Estaduais.

O que pretendeu o legislador foi evitar que o proprietário justificasse o esbulho com base no *jus possidendi*. É a clássica exceção ou defesa, mencionada por

(40) Jackson Rocha Guimarães. "A exceção de domínio nas ações possessórias", *RT* 627/31-38; Ronaldo Alves de Andrade. "O juízo possessório e o juízo dominial", *Lex-Jurisprudência do STJ e TRF* 73/10-26; Joel Dias Figueira Júnior. "Fundamentos, abrangência e efeitos da sentença que reconhece a exceção de domínio na lide possessória", *RePro* 42/280-286.

(41) João Batista Monteiro. *Ação de reintegração de posse*, São Paulo : RT, 1987. p. 85.

(42) *RSTJ* 63/348, rel. Min. Dias Trindade; no mesmo sentido, *RSTJ* 14/404, rel. Min. Eduardo Ribeiro; REsp 3.068-RJ, voto do Min. Eduardo Ribeiro.

(43) REsp 3.068-RJ, rel. Min. Dias Trindade; REsp 5.462-MS, rel. Min. Athos Carneiro; REsp 94.076-MT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 519-SP, rel. Min. Fontes de Alencar, entre outros.

(44) Darcy Bessone. *Da posse*, São Paulo : Saraiva, 1996. p. 184, citando *RTJ* 118/1.126.

Consolo, que se define pela expressão *quod feci jure feci* (o que fiz, fiz por direito).[45] Entendeu que o julgamento conjunto das ações possessória e petitória, em razão de potencial conexão, seria meio oblíquo de contornar a vedação da exceção de domínio, quando a discussão cinge-se ao *jus possessionis*.

Na lição clássica e precisa de Wodon, que aparentemente orientou o raciocínio do legislador, "a posse, sendo uma coisa de fato, deve ser cuidadosamente separada de tudo o que se pode chamar direito ao petitório. Não basta que o réu diga – *feci, sed jure feci* (fiz, mas tinha o direito de fazê-lo); é preciso que ele prove que o direito, com que excepciona, exclui a posse do autor em seus caracteres legais, ou tira à turbação o seu caráter de turbação possessória, ou, ainda, serve para apoiar e colorir uma posse contrária".[46]

O atrelamento do petitório ao final do possessório, todavia, foi infeliz. Como bem coloca Adroaldo Furtado Fabrício, "O que se vê, pois, é que, a pretexto de separar o possessório do petitório, o que se acaba de fazer é, paradoxalmente, juntá-los e jungi-los um ao outro por uma relação de dependência absolutamente inexistente. Independentes que são, só razões de ordem prática, circunstancial, como a de já estar sendo discutido *incidenter* o direito de possuir, explicam o fechamento às partes das portas do petitório".[47]

A clássica separação entre o possessório e o petitório tem como propósito evitar que o proprietário justifique sua má conduta no campo possessório, invocando o direito de propriedade. Quando, porém, a proibição vai além desse limite e torna-se genérica, o vínculo de subordinação (*somente se inicia o petitório ao terminar o possessório*) acaba por produzir efeito contrário, unindo indevidamente os dois juízos.

Essa separação radical entre o possessório e o petitório, não só como exceção de domínio, mas também como ações paralelas e independentes, embora correndo simultaneamente, foi e é defendida por vários autores.[48] Seus argumentos podem ser resumidos na clássica proposição de Paula Baptista:[49]

a) aquele que é autor no petitório não o pode ser também no possessório, pois, não sendo concebível que reivindicasse a coisa de si mesmo, ou não tinha a posse e carecia da proteção possessória, ou a tinha e não poderia ser admitida no petitório;

b) autor de ação possessória, porque se afirma possuidor, não pode reivindicar, pois o pressuposto para fazê-lo é precisamente não ter a posse;

(45) Apud Astolpho Rezende. *A posse e a sua proteção*, cit., p. 465.

(46) Idem, ibidem, p. 465.

(47) Adroaldo Furtado Fabrício. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 408.

(48) Ernani Vieira de Souza. "A incompatibilidade entre a ação possessória e a reivindicatória", *Revista de Direito Civil* 8/31-41.

(49) Francisco de Paula Baptista. *Compêndio de theoria e prática do processo civil*. 8. ed., Livraria Acadêmica, 1935. p. 30-31.

c) o que se julgar no petitório afasta desde logo a possibilidade da ação possessória;

d) o autor desistente no petitório não pode ser recebido no possessório, pois ao propor uma ação reivindicatória reconhecia não ter a posse;

e) ao revés, o autor que desistisse da ação possessória nem por isso ficaria inabilitado a servir-se da petitória.

Os argumentos acima expostos, todavia, ressentem-se, especialmente em alguns itens, de rigor científico. Assim, o proprietário que também é possuidor, ao perder a posse, pode escolher em que via atuará, possessória ou petitória. Não há qualquer contradição nisso. O proprietário autor da possessória nem sempre é possuidor atual, mas pode ter sido possuidor e socorrer-se do interdito exatamente por ter sido esbulhado. É perfeitamente viável, mais, que ao desistir do possessório possa ajuizar o petitório, ou vice-versa.

Na verdade, o que se deve indagar é simplesmente o seguinte: caso corram ações petitória e possessória simultaneamente, haverá o risco de sentenças contraditórias?

Essa subordinação do petitório ao final do possessório, defendida, entre outros, por Paula Baptista, pode acarretar espera de anos até que o proprietário consiga retomar sua coisa. Basta pensar na hipótese, nada acadêmica, do possuidor ajuizar sucessivas ações possessórias contra o proprietário, invocando a ocorrência de atos turbativos. Seria modo de estimular o possuidor malicioso a litigar e, com isso, postergar a entrega da coisa.[50] Alerta Theotonio Negrão que "como esta conclusão parece absurda, embora fundada na letra clara da lei, a doutrina e a jurisprudência têm reagido contra ela".[51]

Por isso, o entendimento hoje prevalente é no sentido de que a proibição contida no art. 923 não é absoluta, sob pena de mutilar o direito de propriedade e levar a situações de flagrante injustiça.

A única interpretação possível do art. 923 é a utilização de critérios semelhantes aos aplicados no art. 505 do CC, distinguindo as situações possessórias puras (*jus possessionis*) das situações possessórias impuras (*jus possidendi*).

Somente haverá situação antinômica entre a ação possessória e a ação petitória, que correm paralelamente, se na primeira a posse for disputada com fundamento no *jus possidendi*. Poderia aí a situação gerar sentenças contraditórias, uma vez que ambas analisariam a posse sob o mesmo fundamento, qual seja, como conteúdo de um direito preexistente.

A jurisprudência mais recente, embora ainda com alguns julgados dissonantes, tem confortado o ponto de vista ora adotado. Confira-se:

(50) Adroaldo Furtado Fabrício. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 402.

(51) Theotonio Negrão. *Código de Processo Civil*. 30. ed., São Paulo : Saraiva, 1999, nota 4 ao art. 923.

a) "Sanciona-se a inteligência no sentido que, se, no juízo da posse, a *causa petendi* não seja pretensão dominial, torna-se praticável a demanda ensejada pelo art. 524 do CC, sob pena de desprivilegiar de todo o direito de propriedade, cujo assento releva a ponto de figurar entre os direitos constitucionalmente tutelados, em proveito da posse – mera situação fática" (*RT* 605/55, relator Des. Ney Almada);

b) "A instauração do juízo possessório não impede o exercício, contra o possuidor, em outro processo da ação reivindicatória que, embora pressuponha o domínio, não é declaratória dele" (*RT* 507/194, relator Ernani Vieira de Souza);

c) "Entretanto, a doutrina e a jurisprudência estão atenuando o rigor da norma, firmando entendimento no sentido de admitir a propositura da ação petitória na pendência da possessória, quando nesta última se discute somente o poder de fato obre a coisa, sem invocação de domínio evidente" (*RJTJESP-LEX* 123/217, relator Des. Souza Lima).

Outra não foi a conclusão a que chegou o 1.º Simpósio de Curitiba, ao editar a Conclusão n. LXXIII, do seguinte teor: "o art. 923, 1.ª Parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio".

A 2.ª T. do STF endossou a conclusão citada, ao julgar o RE 89.179-0-PA, com ementa do seguinte teor: "Na pendência de processo possessório, fundado em alegação de domínio, é defeso assim ao autor como ao réu intentar ação de reconhecimento de domínio".[52]

Duas situações concretas devem ser consideradas: a) a primeira, do *autor* de ação possessória ajuizar ação petitória na sua pendência; b) segunda, do *réu* da ação possessória ajuizar ação petitória na sua pendência.

A primeira situação é a do *autor* de ação possessória ajuizar ação petitória enquanto pendente de julgamento a primeira. Nada impede que isso ocorra, desde que estejam presentes alguns pressupostos. Deve a ação possessória ser pura, fundada no *jus possessionis*. O autor da ação possessória não pode ter obtido a liminar, caso contrário inviável será reivindicar a coisa já sob sua posse. Preenchidos tais pressupostos, viável me parece o trâmite simultâneo nas duas vias. Não serão as ações conexas, porque as causas de pedir são distintas. Não haverá o risco de sentenças contraditórias, porque uma ação analisará o *jus possessionis* e a outra o *jus possidendi* dos litigantes.

Usemos em exemplo concreto. *A* é proprietário e possuidor de determinado imóvel e vem sofrer esbulho praticado por *B* Ajuíza ação possessória, por entender a via mais rápida para reaver a coisa. Não obtém a liminar e a prova da posse anterior se afigura difícil. Não me parece contraditório que *A* ajuíze, desde logo e independentemente do término da primeira ação, demanda petitória, para reaver a coisa de *B* com base no direito de seqüela. Busca reaver o mesmo bem, mas por razões diferentes e independentes. As ações não serão conexas, porque diferentes são as causas de pedir.

(52) Publicado no *DJU* 31.08.1979, p. 6.470, rel. Min. Cordeiro Guerra.

Poderá a possessória ser julgada improcedente, sem prejuízo da procedência da petitória. Pode o juiz da possessória entender não provada a posse anterior de *A*, mas o juiz da petitória entender provada a propriedade de *A*. Isso, aliás, poderia ocorrer caso, segundo a dicção literal do art. 923, caso fosse a petitória ajuizada após a possessória.

Caso a possessória ajuizada por *A* seja julgada procedente, perderá objeto a ação petitória, porque já tem ele consolidada em suas mãos a posse e o domínio do bem. Nada impediria, todavia, o prosseguimento da ação petitória, caso tivesse ela por objeto não só a devolução do bem, mas também a declaração sobre a qualidade, ou extensão do domínio.

Pode ocorrer o inverso. A ação petitória ajuizada por *A* ser julgada procedente antes do julgamento da possessória. Em tal caso, por já ter sido a entrega da coisa resolvida definitivamente no juízo dominial, perde o objeto a ação possessória.

Pode, finalmente, a ação petitória ajuizada por *A* ser julgada improcedente antes do julgamento da ação possessória. Em tal caso, prosseguirá a ação possessória, porque perfeitamente possível que um juiz entenda não provada a propriedade (ou o *jus possidendi*), mas o outro julgue provada a posse anterior e o esbulho, levando à procedência da possessória.

A segunda situação é a do réu na ação possessória ajuizar ação petitória enquanto pendente de julgamento a primeira. Mais uma vez, nada impede que isso ocorra, desde que estejam presentes alguns pressupostos. Deve, novamente, a ação possessória ser pura, fundada somente no *jus possessionis*. O réu da ação possessória deverá ter perdido a posse da coisa, por força de liminar.

Não haverá, aqui, contradição entre o possessório e o petitório.

Usemos, mais uma vez, um exemplo concreto. *C* é proprietário e possuidor de determinado imóvel e depara com *D*, que se alojara no prédio dois meses antes. Revolve *C* retirar *D* do imóvel por força própria, exercendo arbitrariamente as próprias razões. *D* ajuíza ação possessória e obtém a liminar de reintegração de posse. *C* não pode, evidentemente, usar a exceção de domínio para justificar o esbulho.

Nada impede, porém, que *C* exerça o direito de reaver o imóvel pelas vias legais, ajuizando ação reivindicatória. O fato de ter agido de modo ilegal anteriormente será objeto de exame na ação possessória. Não me parece, porém, viável exigir que o proprietário *C* aguarde o término da ação possessória para então exercer o seu regular direito de iniciar a retomada do imóvel pelas vias legais.

Não haverá conflito entre as sentenças possessória e petitória. A procedência da ação possessória conferirá a *D* permanecer com a posse do imóvel, até que *C* o retome utilizando os meios legais. É exatamente isso que *C* fará na ação petitória que, assim, pode correr simultaneamente com a possessória.

A improcedência da ação possessória, caso acarrete a entrega da coisa a *C*, prejudicará a ação petitória, uma vez que a posse já estará consolidada nas mãos do proprietário. Mais uma vez vale a ressalva: a ação petitória estará prejudicada

se versar unicamente sobre a retomada da coisa, mas poderá prosseguir se tiver objeto mais amplo, como a declaração da existência, qualidade ou extensão do *jus possidendi*.

A conclusões práticas semelhantes chegou Ernani Fidélis dos Santos, assim resumidas: a) mesmo que tenha havido esbulho ou turbação por parte do réu, não fica ele impedido de promover a reivindicação, desde que não tenha o reivindicante a posse atual da coisa; b) mesmo que tenha havido esbulho ou turbação, pode o esbulhador ou turbador promover ação declaratória de domínio, com possibilidade de procedência do pedido, pois não se trata, no caso, de reivindicar-se o que já está na posse de quem reivindica; c) a regra do art. 923, pelo que ficou acima dito, só se aplica aos casos em que a posse for disputada com base no domínio.[53]

Propôs-se até mesmo a singela supressão do art. 923 do CPC, tal a sua obscuridade e impossibilidade de aplicação literal.[54] Questionou-se, mais, a inconstitucionalidade do dispositivo, que maltrataria a garantia dispensada ao direito de propriedade.

O Supremo Tribunal Federal, porém, já decidiu, em formação plenária, não ser inconstitucional o art. 923, 1.ª Parte, do CPC e muito menos a sua interpretação literal, que subordina o ajuizamento de ação petitória ao prévio encerramento da demanda possessória.[55] O aresto, todavia, não tem o alcance que lhe emprestam alguns autores. Apenas fixou que "a Constituição não impede que o legislador ordinário estabeleça restrições à propriedade, no que diz respeito à sua proteção judicial. O que o princípio constitucional obsta à lei ordinária é que acabe com a propriedade como instituto jurídico...". E arremata o julgado: "A primeira parte do art. 923 do CPC vigente não acaba, evidentemente, com o instituto da propriedade, nem despoja o proprietário de seu direito. Na pior das hipóteses – e é esta adveniente de sua interpretação literal – susta, temporariamente, a tutela jurisdicional exercida por meio de ação que visa ao reconhecimento do domínio".

O mesmo acórdão, embora verse apenas sobre a questão da constitucionalidade do art. 923, não se furta de fazer pertinentes considerações sobre a melhor interpretação do preceito. Consta, ainda, do voto do Min. Moreira Alves, que o texto do art. 923 não é infenso, se examinado em sua integralidade, a permitir interpretação mais consentânea com a separação entre posse e propriedade, devendo se afinar com o teor da Súm. 487 e ser utilizado somente nos casos em que a posse seja disputada a título de domínio.[56]

(53) Ernani Fidélis dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1986. vol. VI, p. 116-117.

(54) Altino Portugal Soares Pereira. "A exceção de domínio no Código de Processo Civil", *Revista de Direito Civil*, vol. 2.

(55) *RTJ* 91/594, rel. Min. Moreira Alves.

(56) *RTJ* 91/598, voto do rel. Min. Moreira Alves.

7. Conclusões

Ao final do presente trabalho, podemos extrair dele as seguintes conclusões:

a) a melhor forma de distinguir os juízos petitório do possessório é manter estrita correlação entre o *jus (factum) possessionis* e o possessório e entre o *jus possidendi* e o petitório;

b) o termo "ação possessória", de significado plurívoco, tem sido usado para designar os interditos puros, fundados exclusivamente na posse enquanto fato (*jus possessionis*) e também interditos impuros, nos quais se pede a posse como conteúdo de situação jurídica anterior (*jus possidendi*);

c) o art. 505 do CC reflete a tradição do direito anterior e interpretação duvidosa da teoria objetiva, de que a posse deve ser protegida apenas como posto avançado da propriedade;

d) a Súm. 487 do STF reflete o sentido plurívoco do termo "ação possessória" e limita a exceção de domínio aos casos em que a posse for disputada com base no domínio;

e) o art. 923 do CPC revogou a segunda parte do art. 505 do CC; a Lei 6.820/80, que alterou o preceito processual, não fez repristinar o segundo período do art. 505 do CC;

f) a correta interpretação do art. 923 do CC é aquela que veda ao autor e ao réu, na pendência de ação possessória ajuizada com base no *jus possidendi*, intentarem ação petitória;

g) fora da hipótese mencionada na alínea anterior, não há vedação ao ajuizamento de ação petitória e nem antinomia entre as sentenças proferidas.

Bibliografia

ANDRADE, Ronaldo Alves de. "O juízo possessório e o juízo dominial". *Lex-Jurisprudência do STJ e TRF*, vol. 73.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de theoria e prática do processo civil*. 8. ed., Livraria Acadêmica, 1935.

BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo : Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 3. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1951. vol. I.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984. vol. VIII, t. III.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo. 1. ed., RT, 1988.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. "Fundamentos, abrangência e efeitos da sentença que reconhece a exceção de domínio na lide possessória". *RePro*, vol. 42.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980.

GIL, Antonio Hernández. *La posesion*. Madrid : Civitas, 1980.

GUIMARÃES, Jackson Rocha. "A exceção de domínio nas ações possessórias". *RT*, vol. 627.

IHERING, Rudolf Von. *A teoria simplificada da posse*. São Paulo : Saraiva, 1986.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. vol. VI.

LOTUFO, Renan. "Da exceção do domínio no direito possessório brasileiro". *Posse e propriedade, doutrina e jurisprudência*, diversos autores, coordenado por Yussef Said Cahali. São Paulo : Saraiva, 1987.

MONTEIRO, João Batista. *Ação de reintegração de posse*. São Paulo : RT, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 26. ed., São Paulo : Saraiva, 1988. vol. 3.

MOREIRA ALVES, José Carlos. "A detenção no direito brasileiro", *Posse e propriedade*, diversos autores, coordenados por Yussef Said Cahali. São Paulo : Saraiva, 1987.

————. *Posse – Estudo dogmático*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. t. 1, vol. II.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 30. ed., São Paulo : Saraiva, 1999.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. "A exceção de domínio no Código de Processo Civil". *Revista de Direito Civil*, vol. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997. vol. IV.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro, 1922.

Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed., São Paulo : RT, 1983. t. X.

REZENDE, Astolpho. *A posse e a sua proteção*. São Paulo : Saraiva, 1937. vol. II.

RODRIGUES, Manuel. *A posse, estudo de direito civil português*. Coimbra : Almedina, 1996.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 4. ed., São Paulo : RT, 1989.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1986. vol. VI.

SIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. São Paulo : RT, 1998.

SOARES, Fernando Luso. *Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica*. Coimbra : Almedina, 1996.

SOUZA, Ernani Vieira de. "A incompatibilidade entre a ação possessória e a reivindicatória", *Revista de Direito Civil*, vol. 8.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Ações possessórias", *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 44.

3. DIREITO CIVIL, NOTARIAL E REGISTRAL IMOBILIÁRIO

3.5

DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A comunhão parcial de bens. Histórico e conceito – 3. Direito brasileiro – 4. Bens excluídos da comunhão – 5. Bens que entram para a comunhão parcial – 6. Administração dos bens comuns – 7. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

O regime de bens no matrimônio, que em todas as épocas e lugares, se impõe como uma necessidade inelutável, "es el conjunto de las reglas relativas a los intereses pecuniarios de los esposos durante el matrimonio", segundo Georges Ripert e Jean Boulanger (*Tratado de derecho civil segundo el Tratado de Planiol*. Trad. Delia Garcia Daireaux, Buenos Aires : La Ley, 1958. t. IX, 19/20).

Em nosso direito positivo, no que concerne ao regime de bens, gozam os nubentes de ampla liberdade, podendo eles estipular como melhor lhes convenha as relações econômicas do matrimônio (art. 256, CC).

Antes, por razões de ordem histórica e de ordem moral, o Código Civil brasileiro havia dado preferência ao regime de comunhão universal.

Segundo o costume do reino, a comunhão universal de bens, originária do direito germânico, consolidou-se em Portugal, constituindo o modo comum de regular as relações econômicas provenientes do matrimônio. "De Portugal passaram para o Brasil o costume e a prescrição legal", diz Clóvis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Francisco Alves, 1956, vol. II/131; *Direito da família*, Freitas Bastos,1953, p. 194).

Inúmeras eram as críticas do regime de comunhão de bens, quer por deixar os interesses da mulher à mercê do marido, quer por ser alusivo e desleal, ensejando o esbulho e a dilapidação dos bens da mulher pelo marido e favorecendo as ambições dos caça-dotes e das pescadeiras de maridos ricos (Clóvis, *Código Civil...*, vol. II/131; *Direito de família*, p. 186; W. de Barros Monteiro, *Curso de direito civil. Direito de família*, p. 148).

Como o direito moderno suprimiu a incapacidade tradicional das mulheres casadas e o divórcio foi adotado na maioria das legislações, o regime da comunhão foi perdendo a sua preferência (Georges Ripert, t. IX, p. 41).

Assim, com o advento da Lei 6.515, de 26.12.1977 (art. 5.º, n. 7), o regime de comunhão parcial passou a ser o comum em nosso direito, conforme dispõe o art. 258 do CC (não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial).

2. A comunhão parcial de bens. Histórico e conceito

Destarte, a nova lei optou por uma solução conciliatória. Se o regime tinha comunhão de bens entre os cônjuges tinha vários inconvenientes é o que melhor corresponde à natureza do casamento, segundo Clóvis. Assim, a comunhão parcial de bens é um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro (Sílvio Rodrigues. *Direito de família*, São Paulo : Saraiva, 1984, vol. VI/193).

Em direito romano, quando do casamento não se segue a *conuentio in manum*, os patrimônios do marido e da mulher são distintos, havendo integral independência econômica entre os cônjuges. Entretanto, "esse regime de separação absoluta de bens, foi, desde cedo, amenizado pela instituição de dote (...) em que a mulher, seu *pater* famílias ou um terceiro transfere ao marido bens para ajudá-lo na manutenção do ônus do matrimônio" (José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, 3. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980, II/356-357).

"A comunhão limitada, ou parcial – diz Oliveira Castro – pode, com efeito, revelar traços de todos os regimes matrimoniais. Nela poderá haver bens comuns, bens próprios de cada cônjuge, livremente alienáveis e bens dotais, gravados, quando imóveis, de inalienabilidade legal" (*Regimes matrimoniais, o social*, 1927, p. 250).

O regime de comunhão restrita, limitada ou parcial "quase se restringe aos bens adquiridos ou fruidos na constância da sociedade conjugal", assinala Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro : Borsoi, 1955. t. VIII/331).

Observa ainda Pontes de Miranda que, "no direito brasileiro, tratou-se de inovação que trouxe para certas situações especiais a melhor e mais simples forma de contrato matrimonial, sem a amplitude da comunhão universal e sem a cautela, ou desconfiança que em regra implica o regime de separação. Moldada em princípios que trazem mais garantia, muitas vezes seria preferível adotar-se a comunhão parcial, com o que se evitariam as grandes desigualdades de fortunas e a dilapidação de patrimônios anteriores. Todavia, já não acreditamos, em 1916, na sua implantação, dado o pendor para a comunhão universal, e os anos que se seguiram à promulgação do Código Civil só o confirmaram" (op. cit., p. 331-332). Já, segundo o costume geral do Império, o regime comum era o da comunhão em todos os bens (Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, art. 111, Esboço, art. 1.330, 3.º).

O regime legal ou comum é variável nas diversas legislações. Na França o regime legal é a comunhão limitada (CC, art. 1.400) ou *communion d'acquêts*.

Nesse sistema comunicam-se os bens móveis e os adquiridos na constância do casamento, excluídos de toda comunicação os imóveis que os nubentes já tinham antes do matrimônio e os adquiridos posteriormente a título gratuito. Segundo o regime francês da *communauté reduite aux acquêts* (arts. 1.400 a 1.491), conforme Gérard Cornu, "touts les biens que les époux acquèrent pendant leur mariage autrement qu à titre gratuit – mais ces biens seuls – sont destinés à être partagés par moitié entre eux ou leurs héritiérs à la dissolution du régime" (*Les regimes matrimoniaux*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 7). Ainda ,"C'est un régime communautaire qui associe les deux époux à la prosperité que le travail et l'épargne donnent au mariage – Et c'est le regime légal, car il a fallu que la loi faconne elle-même, en corps cohérentes (art. 1.400 a 1.491) un regime de droit commum applicable au plus grand nombre, en l'absence de contrat de mariage" (idem, ibidem).

Também é o regime comum na Espanha (comunhão de adquiridos, sociedade legal de gananciales, CC, art. 1.401), no Chile (CC, arts. 1.725 e seguintes) e na Argentina (CC, arts. 1.262 e seguintes).

O direito civil alemão privilegia a comunhão administrativa, em que os bens da mulher ficam submetidos à administração usufrutuária do marido (BGB, art. l.363), excluídos os bens reservados (BGB, art. 1.366) e os que ela adquire por sua própria atividade e pela exploração independente de empresa lucrativa (BGB, art. 1.367).

O Código Civil italiano, de 1942, aceita o regime de comunhão de aqüestos (art. 213 e 215, comunione degli utili e degli acquisti).

Civilistas antigos (Lafayette, Melo Freire, Coelho da Rocha) o designavam como separação. Lafayette assinala que "os contraentes podem escolher um desses regimes (comunhão universal, simples separação de bens e dotal), ou modificá-los e combiná-los entre si de modo a formar uma nova espécie, como se por exemplo convencionariam a separação de certos e determinados bens e a comunhão de todos os demais. Neste caso, torna-se misto o regime e cada espécie de bens é regulada pelos princípios do regime cardeal a que é sujeita" (*Direitos de família*, parágrafo 50).

Teixeira de Freitas o denominava regime misto (*Consolidação...*, art. 88, nota 3. Quando convencionaram comunhão parcial de bens, por outra, separação parcial de bens ou exclusão parcial da comunhão, o regime é misto, e recebe a aplicação das regras e disposições de cada um dos regimes de que se compõe).

Esboço, art. 1.344: "Se a comunhão de bens for excluída somente em parte, ou se tão-somente se tiver estipulado comunhão dos adquiridos ou aqüestos conjugais, aplicar-se-ão nessa parte as disposições precedentes sobre o regime de comunhão em tudo o que for aplicável".

O anteprojeto Orlando Gomes deu a esse regime o nome de separação relativa (art. 171. "O regime da separação relativa importa a separação dos bens que cada cônjuge possui ao casar e a comunhão dos que lhe sobrevierem na constân-

cia do casamento"). O projeto do Código Civil coordenado pelo Prof. Miguel Reale adotou como regime-regra o da comunhão parcial de bens, retornando à denominação tradicional (art. 1.838. "Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial").

Diz Clóvis do Couto e Silva, na Exposição Complementar de Motivos, que "todos os que desejam a aplicação do princípio da igualdade absoluta postulam, em conseqüência, como regime-regra o da separação de bens, complemento essencial, segundo lhes parece daquela posição. Todavia, a maioria dos países tende, na atualidade, ou para o regime da comunhão parcial, ou para o regime de participação final nos aqüestos. É maior a inclinação para esse último tipo de regramento, se bem que, entre nós, jamais se tenha dele cogitado". Mas a adoção do regime de comunhão parcial como regra teve o propósito de "igualar, mais do que em qualquer outro, os cônjuges dentro do casamento", segundo o Prof. Clóvis do Couto e Silva. E o regime de participação final dos aqüestos foi incluído no anteprojeto (arts. 1.868-1.883).

Mas diz Luiz da Cunha Gonçalves que o regime da simples comunhão dos adquiridos "é apenas uma modificação convencional do regime da comunhão, como no direito francês o é a *communauté d'acquêts*", sendo ainda "o sistema da comunhão mais largamente praticado na Europa; pois as legislações da maioria dos países não permitem a comunhão geral de bens" (*Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, 1.ª ed. brasileira, Max Limonad, vol. VI, t. II, p. 744,).

3. Direito brasileiro

O regime matrimonial é o estatuto patrimonial dos cônjuges, formando o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal, sob o aspecto patrimonial. Esse estatuto abrange assim as relações patrimoniais entre os cônjuges entre terceiros e a sociedade conjugal.

Na organização do regime matrimonial de bens são observadas na atualidade três regras fundamentais: a variedade dos regimes, a liberdade dos pactos antenupciais e a imutabilidade do regime adotado.

O direito pátrio admite os regimes de comunhão parcial ou limitada, de comunhão universal, de separação e o dotal.

Os nubentes que preferem outro regime de bens que não o de comunhão parcial, que é o legal, devem estipulá-lo em pacto antenupcial, que é uma convenção solene.

A organização do matrimônio em seu aspecto patrimonial varia nas legislações, destacando-se algumas variantes: a união de bens; a administração e o usufruto dos bens do marido; a sociedade conjugal; a participação final nos aqüestos. Diz o Prof. Clóvis do Couto e Silva que "a maioria dos países tende, na

atualidade, ou para o regime da comunhão parcial, ou para o regime de participação final nos aqüestos. É maior a inclinação para esse último tipo de regramento, se bem que entre nós, jamais se tenha dele cogitado". "As origens do moderno regime de participação final nos aqüestos datam do direito franco, e era encontrável no século XI sob a denominação de *conlaboratio*. O fundamento ético do regime está em que os bens adquiridos pelo casal a ambos devem pertencer, na hora da dissolução. Mantém-se, entretanto, durante o casamento, a titularidade do direito sobre os bens em favor daquele que os adquiriu" (Exposição Complementar de Motivos).

No atinente ao regime de bens, em nosso direito positivo, gozam os nubentes de ampla liberdade, podendo eles estipular como melhor lhes convenha as relações econômicas do casamento (art. 256, CC).

Com o advento da Lei 6.515, de 26.12.1977 (art. 50, n. 7), o regime de comunhão parcial passou a ser o comum em nosso direito, conforme dispõe o art. 258 do CC.

O regime de comunhão parcial ou limitada é um regime misto, conforme já o designavam Teixeira de Freitas e Lafayette. É um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro. Nele coexistem três patrimônios: o comum, o do marido e o da mulher, segundo W. de Barros Monteiro (*Direito de família*, 21. ed., São Paulo : Saraiva, 1983. p. 169). A comunhão é parcial, porque se restringe aos bens adquiridos depois do casamento, que são os aqüestos. A comunhão é tão-somente sobre estes, adquiridos a título oneroso na vigência do casamento.

Como observa Orlando Gomes, "o regime da comunhão parcial é tido como o que melhor realiza a idéia de colaboração ínsita aos regimes comunitários, pois a estabelece a partir do momento em que nasce a sociedade conjugal" (op. cit., p. 175). O regime legal começa a vigorar desde o momento em que o casamento é validamente contraído.

4. Bens excluídos da comunhão

A principal característica do regime da comunhão parcial de bens vem a ser a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro : Forense, V, p. 159; W. de Barros Monteiro, *Curso de direito civil. Direito de família*, 19. ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 168).

Mas, por determinação do n. I, do art. 269 do CC, excluem-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão.

Destarte, são particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar, bem como os que herdar ou lhe forem doados depois do casamento e os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos

bens particulares. Se o doador ou testador quiser que a liberalidade beneficie o casal e não apenas um dos cônjuges, fará a doação ou o legado em favor do casal (art. 271, III, CC).

No caso do direito sucessório, além do exemplo do nubente, herdeiro necessário, cujo ascendente é vivo por ocasião do casamento, os bens de herança indivisa aberta antes do casamento e partilhada depois incluem-se entre os adquiridos em virtude de direito próprio anterior. Igualmente, os bens usucaptos e os que foram obtidos através de contrato condicional, ou aleatório (Orlando Gomes, op. cit., p. 175).

Cunha Gonçalves entende que são separados ou próprios e devem reputar-se anteriores ao casamento "os bens recebidos pelos nubentes no dia da boda, porque foram para este fim adquiridos antes dela" (op. cit., vol. VI, t. II/746).

Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação de bens particulares, são excluídos da comunhão (art. 269, II, CC). Da não comunicação dos bens possuídos por ocasião do casamento decorre que não devem se comunicar os bens que vierem a ser adquiridos com o produto da alienação dos primeiros. Os bens adquiridos com o produto da venda de bens que se encontram no patrimônio incomunicável do cônjuge tomam o lugar destes e passam a ter a mesma qualidade de incomunicabilidade. Há no caso uma sub-rogação real com a comunicação da incomunicabilidade anterior dos bens adquiridos.

Os bens adquiridos em troca ou sub-rogação dos excluídos da comunhão, como já foi dito, têm o mesmo destino destes. Mas, como observa Clóvis, "para que a sub-rogação tenha esse efeito, deve o bem ser adquirido com valores exclusivamente pertencentes ao dono do bem substituído. Se com valores dele concorrem valores da comunhão ou do outro cônjuge, estabelecer-se-á um condomínio" (*Código Civil comentado*, II/148).

Excluem-se da comunhão os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio a que tenha direito qualquer dos cônjuges em conseqüência do pátrio poder (art. 269, III, CC). Esta regra foi introduzida, no Código Civil, pela Lei 4.121, de 27.08.1962. Os atributos do pátrio poder compreendem a administração dos bens dos filhos e o direito de usar e fruir esses bens (art. 384, CC). Mas é possível a existência do direito de administração sem o usufruto. Tais rendimentos não se comunicam porque a causa da percepção dos rendimentos provenientes dos bens do filho do leito anterior, ou seja, o parentesco, antecede o segundo casamento.

Ainda não se comunicam os demais bens que se consideram excluídos da comunhão universal (art. 269, IV, CC). Esta redação foi dada pela Lei 4.121, de 27.08.1962. De conseguinte, não se comunicam os bens aludidos nos treze incisos do art. 263 do CC.

Sílvio Rodrigues entende que essa regra teve o inconveniente de tirar qualquer sentido do art. 270, do CC. "Com efeito, o legislador de 1916 já excluíra da

comunhão, no regime em que esta era parcial, as obrigações anteriores ao casamento e as provenientes de ato ilícito (art. 270, I e II). Tendo a Lei de 1962 excluído todos os casos do art. 263, e não apenas aqueles dois referidos, tornou supérflua a menção contida no art. 270, hoje inútil e sem sentido" (*Direito civil*, 11. ed., São Paulo : Saraiva, 1984. vol. VI/201).

Afirma Orlando Gomes que "nos regimes da comunhão universal ou parcial, os bens reservados constituem aqüestos incomunicáveis, formando patrimônio separado sob a administração da mulher, sem intervenção do marido. Ao lado, pois, dos bens legalmente excluídos da comunhão, mas administrados pelo marido, a mulher que exerce profissão lucrativa pode assumir bens pessoais, que gere e dispõe livremente. Sobre esses bens reservados tem propriedade exclusiva, gozo, administração e disposição" (op. cit., p. 177). Mas não pode a mulher, sem autorização do marido, alienar ou gravar de ônus real os bens reservados imóveis, nem transmitir direitos reais sobre imóveis de outrem. De outra parte, também o marido, seja qual for o regime de bens, necessita da outorga uxória para alienar ou onerar bens imóveis.

A categoria especial dos bens reservados é criação do estatuto da mulher casada, com a finalidade de lhe garantir, em qualquer regime, a constituição de um patrimônio autônomo. Integram-no os frutos do trabalho da mulher pelo exercício de uma profissão e as economias provenientes desses ganhos, ainda quando aplicadas em bens de qualquer natureza (art. 246, par. ún., CC). Destarte, o bem adquirido com o produto do trabalho da mulher não responde por dívida exclusiva do marido (*RT* 455/227).

Assim, os bens reservados não se comunicam em momento algum, não entram no acervo do casal para a divisão quando se verifique a dissolução do casamento e, ocorrendo a morte da mulher, passam aos herdeiros necessários, na totalidade. Também não respondem por dívidas do marido, salvo se contraídas em benefício da família, mas as despesas feitas com a defesa dos bens reservados têm direito ao reembolso.

De conseguinte, as economias das sobras do salário do marido podem entrar para a comunhão e as da mulher não, por se tratar de bens reservados, salvo estipulação diversa em pacto ante-nupcial (arts. 246 e 263, XII, CC). Isto acontece porque os ganhos da mulher têm a prerrogativa da sub-rogação e os do marido não. Assim, pertence exclusivamente à mulher não só o dinheiro ganho com o seu trabalho como também o que com ele foi adquirido. No regime de comunhão parcial, o salário do marido entra por inteiro na comunhão (art. 271, VI, CC) e o da mulher não entra por ser reservado.

Demonstra-se que o bem é reservado por qualquer meio de prova, não sendo necessário que isto conste do título aquisitivo (*RT* 481/208, 526/197; *RTJ* 79/347; *RJTJESP* 51/174).*

(*) (Vide debate sobre o art. 226, § 5.º, do CP/88. Cf. nesta edição, p. 177 – N.E.).

Igualmente não se comunicam as obrigações contraídas antes do casamento e as oriundas de atos ilícitos (art. 270, I e II, CC). De conseguinte, por estas dívidas e pelas provenientes dos atos ilícitos responde o cônjuge que as contraiu. Também cada cônjuge responde pelas dívidas que oneram bens próprios e pelas contraídas sem o consentimento do outro fora dos limites permitidos.

Orlando Gomes critica a redação do art. 3.º, da Lei 4.121, de 27.08.1962: "pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só cônjuge, ainda que casado pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite da meação". Entende ele que a redação prima pela falta de técnica e é ininteligível. Assim "o vocábulo título não foi empregado no texto no seu significado técnico de causa eficiente da obrigação, mas, evidentemente, como sinônimo de cártula, tanto assim que, por duas vezes, fez-se referência à sua assinatura, ao se declarar que o título seja firmado por um só cônjuge e ao aludir aos bens particulares do signatário. No entanto, a maioria das dívidas provenientes do contrato ou da lei não são tituladas nessa acepção nem levam, elas próprias, a assinatura do devedor. Do modo por que foi redigido o preceito legal, as dívidas a que se reporta são somente as que se materializam, como as cambiárias, numa cártula, constituindo, em sua titularidade, títulos de dívida líquida e certa. A imprecisão técnica não tem sido considerada, entretanto, pelos tribunais" (op. cit., p. 180).

Entende, outrossim, o referido civilista, que o legislador, "para o fim visado, não poderia ter omitido o regime de comunhão parcial", e que "mais grave foi, todavia, a prescrição relativa aos bens comuns até o limite da meação do cônjuge signatário do título da dívida", visto que "antes da dissolução e da partilha não existe, nem há que cogitar de meação, mas sim de metade ideal e variável no tempo de um patrimônio comum, isto é, de bens e dívidas comuns" (op. cit., p. 180). Nesse sentido, "inadmissível a orientação que assegura ao cônjuge o direito de embargar, como terceiro, a penhora de cada bem, para excluir a metade do seu valor. Em suma, a execução é imediata, a redução seria diferida. Verifica-se uma moratória forçada" (idem, p. 181-182).

As dívidas contraídas pelo marido no exercício de sua atividade profissional responsabilizam o patrimônio comum, devido à presunção de que são contraídas em proveito comum do casal. Também as destinadas a atender os encargos normais da vida familiar.

Se a mulher divergir, cumpre-lhe destruir essa presunção, para que a dívida não se comunique. Como observa Orlando Gomes, "só mesmo nas hipóteses em que o marido contrai dívida que se possa comprovar não ter sido na administração dos bens do casal, como a que é representada por nota promissória fictícia emitida às vésperas do desquite, é que a mulher pode lograr o intento de livrar a sua meação da responsabilidade de concorrer para o pagamento" (ibidem, p. 182).

Não obstante, o art. 1.046, § 3.º, do CPC legitima o cônjuge a defender, através de embargos de terceiro, a posse de sua meação. Nesse caso, embora

intimada da penhora, a mulher do executado, considerada terceiro, pode defender sua meação, mediante embargos, de acordo com o art. 1.048, no prazo do art. 1.048 do CPC.

A respeito já foi decidido: "exclui-se da meação da mulher casada a penhora sobre bens pertencentes a comunhão se a dívida executada foi assumida exclusivamente pelo marido" (*RT* 410/240, 413/356).

O art. 272 do CC determina a incomunicabilidade dos bens, cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento. Assim, se a mulher, ainda solteira, vende a prazo uma de suas propriedades e só embolsa o preço depois de casada no regime de comunhão parcial, a importância recebida não se comunica ao marido, visto que o seu título aquisitivo precede ao casamento, achando-se a aquisição apenas adiada por termo, conforme explicita Clóvis (op. cit., art. 271). Nesse sentido, são as aquisições a título oneroso subordinadas a condição suspensiva que vêm ocorrer na constância do casamento; como a causa do negócio jurídico é anterior ao casamento, as vantagens são incomunicáveis. Também os bens que entram para o patrimônio do cônjuge em decorrência de ação anteriormente proposta etc.

Luiz da Cunha Gonçalves, em comentários ao art. 1.130 do CC português, diz que "são adquiridos por direito próprio anterior: a) os bens derivados do exercício de um direito originário ou em estado potencial; b) os bens cuja aquisição estava dependente duma condição suspensiva, que só se realizou depois do casamento, bens que não foram levados para o casal, pois que os nubentes só tinham um direito hipotético; c) reversões ou consolidações de direitos; d) ganhos de profissão ou emprego por qualquer dos cônjuges auferidos antes do casamento. Estes bens são, por isso, supervenientes, exatamente como aqueles cujo direito adveio na constância do matrimônio, por exemplo, uma sucessão aberta ou uma doação recebida, a qual, antes do casamento, só constituía uma expectativa" (op. cit., vol. VI, t. II, p. 747). O art. 1.130 comentado pode ser comparado com os arts. 269 e 277 do CC brasileiro.

5. Bens que entram para a comunhão parcial

Como a principal característica do regime de comunhão parcial é a comunhão de bens adquiridos na constância do casamento, basicamente, comunicam-se todos os bens adquiridos na vigência deste, aplicando-se ao patrimônio comum as regras da comunhão universal.

Destarte, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges (art. 271, I, CC) e mesmo que separado de fato o casal, salvo os adquiridos com os rendimentos do trabalho da esposa.

Clóvis observa que "o n. I, do art. 271, deve ser entendido em harmonia com o art. 269, II. Os bens adquiridos, a título oneroso por um dos cônjuges, não serão

da comunhão, se vierem substituir outros bens particulares" (*Código Civil comentado*, II/156).

Comunicam-se os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (art. 271, II, CC). Nesta categoria incluem-se todos os ganhos provenientes de fatos eventuais ou fortuitos, como os procedentes de jogo, aposta, loteria, rifa, aluvião, avulsão, invenção, visto que são comuns todas as aquisições dos cônjuges que não sejam a título lucrativo (Clóvis, II/156, Washington de Barros Monteiro, vol. 2/170). Como assinala Clóvis, "a parte do tesouro que couber ao cônjuge inventor (arts. 607 a 609) entra para a comunhão". Mas se o tesouro for encontrado por um dos cônjuges num imóvel separado do outro? Neste caso, entende Luiz da Cunha Gonçalves que "a parte do tesouro pertencente ao proprietário do imóvel será cousa própria, como o era este imóvel; e a parte pertencente ao cônjuge descobridor será exclusiva deste" (op. cit., p. 748). Assim, a conseqüência é a mesma alvitrada por Clóvis e está prevista no art. 607 do CC, que ordena a divisão do tesouro por igual entre o proprietário do imóvel e o inventor. Mas se o cônjuge achar o tesouro em prédio próprio ou separado? Neste caso, não obstante o disposto no art. 271, II (inclusão na comunhão), entendo que o tesouro pertencerá por inteiro ao cônjuge que o achou, conforme determina o art. 608 do CC. A doutrina atinente aos lucros do jogo é discrepante. Todavia, Luiz da Cunha Gonçalves entende que "se o dinheiro for exclusivamente do jogador, devem ser somente dele os respectivos ganhos; se, pelo contrário, o dinheiro for comum, o que é caso normal, os lucros do jogo deverão pertencer à comunhão" (op. cit., p. 748-749).

Os mesmos princípios devem ser extensivos aos prêmios de loteria, segundo o aludido autor. Destarte, "se o respectivo bilhete for comprado antes do casamento, ou depois, mas com dinheiro exclusivo do marido ou da mulher, será excluído da comunhão o prêmio; se, porém, o bilhete for adquirido com dinheiro comum, será igualmente comum o prêmio". Já os prêmios de concursos literários, científicos, desportivos, artísticos etc., pertencerão exclusivamente ao cônjuge concorrente, como derivados de direito próprio anterior (op. cit., p. 749).

Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges entram na comunhão (art. 276, III), os assim adquiridos em favor de só um dos cônjuges não se comunicam por força do art. 269, I, do CC.

As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge entram na comunhão (art. 271, IV). Observa Sílvio Rodrigues que essas "benfeitorias presumem-se feitas com o produto do esforço comum, sendo justo que o seu valor se incorpore ao patrimônio comum" (*Direito de família*, 11. ed., São Paulo : Saraiva, 1984. vol. 6/202).

Comunicam-se os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos (art. 269, V).

O regime de comunhão parcial visa a estabelecer a separação do patrimônio atual e obter a comunhão dos aqüestos. Neste caso, parece natural e

lógica a comunhão dos frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge.

Observa Luiz da Cunha Gonçalves: "como no regime da comunhão geral, cada um dos cônjuges é usufrutuário dos bens próprios do outro; por outros termos, o fruto, juros, dividendos, e demais rendimentos dos bens próprios do marido e da mulher entram para uma caixa comum para proveito de ambos e para o sustento dos filhos comuns e demais família" (op. cit., vol. VI, t. II, p. 753).

Mas esta usufruição pode suscitar alguns problemas, por exemplo: se, antes do casamento, ambos os cônjuges tiverem realizado despesas na cultura de prédios próprios, entrará para a comunhão somente o produto líquido da colheita, visto que as despesas com a cultura eram bens próprios. Também, se, antes do casamento, um dos cônjuges recebeu adiantamento de arrendamento de imóvel próprio, não poderá o outro cônjuge exigir-lhe a metade dessa renda. Nem podem fazê-lo os respectivos credores (idem, ibidem).

Tocantemente às pensões alimentícias, ou de caráter pessoal, as prestações recebidas são comuns, visto que são destinadas à manutenção do pensionista e da sua família, mas o direito de as receber é excluído da comunhão.

Igualmente se comunicam os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos (art. 271, VI).

A Lei 4.121, de 27.08.1962 incluiu no art. 263 do CC o inc. XIII, determinando não se comunicarem os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos, no regime da comunhão universal de bens. Mas esta lei não alterou o art. 271, VI, do mesmo código, que ordena a comunicação, no regime da comunhão parcial, dos frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos. Todavia, ao art. 269 acrescentou o inc. IV, que determinou a exclusão da comunhão, no regime da separação parcial, dos demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal. Isso fez surgir uma contradição entre o art. 271, VI, do CC, que ordena, no regime da comunhão parcial, entrarem os frutos civis do trabalho ou indústria dos cônjuges, e o art. 269, IV, c/c o art. 263, XIII, os quais excluem esses frutos da comunhão.

Sílvio Rodrigues supera o dilema, apelando para "a solução que mais se coadune com a índole do regime e melhor atenda ao interesse social". Assim, tendo em vista que o regime da comunhão parcial visa a comunhão de todos os aqüestos, o produto do trabalho dos cônjuges deve se comunicar (*Direito de família*, vol. 6/198-199).

Todavia, há quem entende que as economias oriundas das sobras do salário do marido entram para a comunhão. Mas as da mulher estão excluídas, por se tratar de bens reservados (arts. 246 e 263, XII, CC), salvo estipulação diversa em pacto antenupcial. Assim, no regime de comunhão parcial, o salário do marido entra por inteiro na comunhão e não apenas as sobras, mas o salário da mulher fora excluído, por ser reservado e ter a prerrogativa da sub-rogação (Celso Agrícola Barbi, *RF* 201/75; Lucy R. dos Santos, *Bens reservados*, Saraiva, 1980. p. 127).

Paulo Dourado de Gusmão afirma que "os frutos civis do trabalho ou indústria percebidos pelo marido comunicam-se (art. 271, VI), mas os da esposa, em face do disposto na Lei 4.121/62, não se comunicam, por estar a nosso ver revogado tacitamente e em parte o inc. VI do art. 271, no que concerne aos frutos percebidos pela mulher, apesar de opiniões valiosas em contrário". Mas reconhece que a mulher que trabalha é obrigada a colaborar para as despesas da família em proporção dos seus ganhos (*Dicionário de direito de família*, Forense, p. 838).

Clóvis entende que o prêmio de seguro pago a um dos cônjuges e a indenização por acidente sofrido não são aquisições a título lucrativo, mas individualizadas, e, por isso, devem entrar para o seu patrimônio particular (*Código Civil...*, vol. 11/156, art. 271). No mesmo sentido, Luiz da Cunha Gonçalves, para quem "a indenização por acidente que vitimou um dos cônjuges, quer anterior ao casamento, quer posterior, deve pertencer exclusivamente ao lesado, mormente se for paga sob a forma duma pensão vitalícia. A comunhão de bens não é extensiva à integridade física, nem à capacidade de trabalho dos cônjuges (op. cit., vol. VI, t. II, p. 750).

J. M. Carvalho Santos também entende que a indenização por acidente sofrido não entra no ativo da comunhão de aqüestos, mas no patrimônio particular do consorte. O prêmio do seguro pago a um dos cônjuges pertence exclusivamente ao beneficiado, salvo a restituição à sociedade conjugal da importância despendida pelo segurado a título de custeio do seguro (*Código Civil brasileiro interpretado*, 9. ed., Freitas Bastos, 1963, vol. V/96-97, art. 271).

O art. 273 do CC estabelece a presunção de serem adquiridos na constância do casamento, e portanto de serem comuns, os bens móveis, quando não se provar, com documento autêntico, que foram adquiridos em data anterior. Assim, o Código exige a sua descrição feita especificadamente no contrato antenupcial, ou noutra escritura pública, para evitar qualquer fraude, ou antedata. O instrumento deve ser anterior ao casamento, porque, se posterior, pode alterar o pacto antenupcial. Os bens móveis advindos após o casamento por doação, herança ou legado, inclusive os sub-rogados nos termos do art. 269, II, a sua incomunicabilidade resulta dos próprios atos, que operam a sua entrada ou a sua permanência no patrimônio particular do cônjuge. Tal prova poderá ser feita amplamente, não havendo meios exclusivos (J. M. Carvalho Santos, V/101-107, art. 273; Clóvis, op. cit., art. 273).

Já foi decidido que se os móveis foram adquiridos antes do casamento e arrolados no pacto, mas se este não foi inscrito no registro de imóveis, não tem eficácia contra terceiros (*RT* 475/208).

6. Administração dos bens comuns

Consoante o art. 274 do CC, o marido administra os bens comuns, os próprios e os da mulher. Trata-se de resquício de poder marital; mas pode ser convencionado que à mulher caiba a administração dos próprios bens, contribuindo

com parte apenas de suas rendas, para a mantença da família (Sílvio Rodrigues, vol. 6/203; W. de Barros Monteiro, vol. 2/171; Clóvis Beviláqua, *Código Civil comentado*, vol. 2/153, art. 274).

Ainda se o marido, como administrador, contrai dívidas, estas obrigam, primeiramente, os bens do casal e, depois do esgotamento destes, os bens particulares de cada cônjuge na proporção do proveito que cada qual houver, estabelecendo-se assim uma ordem de preferência. Afirma Clóvis que a razão desta distinção está no fato de ser o marido o administrador dos bens do casal e responsável pela mantença da família (art. 233, IV). Entende-se que as dívidas, contraídas no exercício desse direito e no cumprimento dessa obrigação, são dívidas da sociedade conjugal (ibidem).

O mesmo critério é aplicado nos casos em que a mulher competir a direção do casal (art. 251, CC), ou nos casos de autorização marital expressa ou presumida, conforme o art. 275 do CC. Ressalte-se, todavia, que os atos praticados pela mulher, sem autorização do maridô, são anuláveis. Mas observa Clóvis que o suprimento da outorga marital concedido pelo juiz não obriga os bens do marido (art. 245, par. ún.). Assim, no regime de comunhão parcial, as dívidas contraídas pela mulher com autorização do juiz, em contrário à vontade expressa do marido, se hão de pagar pelos comuns, e, na falta destes, pelos próprios da mulher. Os do marido não serão atingidos (*Código Civil comentado*, vol. II/155, art. 275).

Sílvio Rodrigues entende que "para a penhora dos bens comuns e dos bens do signatário do título de dívida, não se faz mister a produção de qualquer prova. Para a penhora dos bens do cônjuge não-signatário do título de dívida, deve o credor provar o proveito pelo mesmo experimentado" (vol. 6/204).

O regime de comunhão parcial confunde-se com o de separação limitada ou restrita, no qual a declaração de incomunicabilidade é referente apenas aos bens anteriores ao casamento. O regime de separação obrigatória dos bens (arts. 226 e 258, par. ún., do CC) leva à separação, limitada, apenas não se comunicando os bens presentes, considerando-se comuns os bens futuros, quando menos, se demonstrado que resultaram da cooperação ou do esforço conjunto dos cônjuges. Como assevera Orlando Gomes, "a idéia de que a comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio anularia o efeito protetor da exigência da separação cede diante do princípio de que entre os cônjuges, e até entre os concubinos, se constitui uma 'societas generales questuaria', sendo os aqüestos produtos do esforço comum. A jurisprudência do STF é favorável à comunhão (Súmula 377)" (*Direito de família*, p. 193, nota 2).

Dispõe a Súmula 377 do STF que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, mesmo em relação a casamento de estrangeiros aqui domiciliados e casados pelo regime das leis dos países de origem. Esta orientação visou a proteger as viúvas, que, em alguns casos, ficavam relegadas à miséria, ante o regime de separação, e, por isso, acabavam solicitando a declaração judicial no sentido da comunhão de bens ulteriores

ao matrimônio (Sílvio Rodrigues, *Direito de família*, p. 181; *RTJ* 74/198; *Lex* 92/38, 89/67, 88/52). Assim, a regra do art. 259 aplica-se ao regime de separação convencional e legal de bens, não se restringindo à primeira (Américo de Oliveira Castro, *Regimes matrimoniais*, p. 289). Também é admissível a comunhão dos aqüestos no regime convencional da separação, quando os bens, ainda que adquiridos em nome de um dos cônjuges, o foram pelo concurso do esforço comum, inspirando-se esta orientação no mesmo princípio que gerou as Súmulas 377 e 380 do STF (Sílvio Rodrigues, op. cit., p. 183-185, *RT* 568/190, 578/67, 535/230, 542/184, 514/68, 459/205).

Ressalta Orlando Gomes que "substituído por lei o regime legal pelo da comunhão parcial que exclui da comunhão os bens trazidos pelos cônjuges, cessa a razão de ser da imposição do regime da separação, mas, referindo-se a regra modificativa somente do *caput* do artigo, permanece em vigor a norma que declara obrigatório o regime da separação nos casos que específica no desdobramento do parágrafo único do artigo alterado. Não faz sentido conservá-la, devendo-se considerá-la revogada por ser ociosa em face da mudança do regime legal. Realmente, os princípios da comunhão parcial prevalecem no regime da separação ainda que obrigatória, como vem se interpretando o art. 259 do CC. Nem poderia ser de outro modo num país em que os tribunais reconhecem à companheira participação nos bens adquiridos durante o concubinato" (*Direito de família*, p. 165-166).

O estrangeiro, casado, ao se naturalizar brasileiro, pode, havendo concordância do outro cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, o apostilamento no mesmo do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e desde que registrada adoção desse regime (§ 5.º, do art. 7.º, da LICC).

7. Conclusão

No direito brasileiro, o regime legal ou presuntivo é o da comunhão parcial ou de aqüestos, tendo assim um caráter supletivo, visto que vigora somente se os nubentes se casam sem pacto antenupcial, ou se este é inválido.

O pacto antenupcial é facultativo, mas necessário se os nubentes pretenderem adotar regime matrimonial que não o legal; os que optarem por este não precisam estipulá-lo.

Assinala Orlando Gomes que "evoluem os sistemas legislativos no sentido de que a comunhão se inicie com o estabelecimento da sociedade conjugal – somente os bens adquiridos pelo esforço comum devem pertencer a ambos os cônjuges, assegurado à mulher o direito de ter bens reservados e administrar os que lhe pertencem" (*Direito de família*, p. 173-172).

Tem-se generalizado em todas as partes "a convicção de que a *ratio* do casamento na atualidade é o sentimento que sustenta a comunhão espiritual e material

de vida própria do casamento, e sua razão de ser chama-se amor, afeição, dedicação recíproca ou até *mutuum auditorum*" (Orlando Gomes, *Novos temas de direito civil*, Rio do Janeiro : Forense, 1983. p. 170). Nesse sentido, recrudesce a idéia de contrato na constituição do vínculo, bem como as de liberdade, igualdade e solidariedade social, visto que o casamento está baseado no sentimento de afeição que reflete em completa comunhão de vida, com união de almas e de interesses.

De conseguinte, "os bens adquiridos na constância do matrimônio devem ser comuns por serem fruto da estreita colaboração que se estabelece entre marido e mulher, resultando de regra, na família comum ou média, do espírito de economia da mulher. A cooperação entre as pessoas que convivem no estado de casadas é hoje levada em conta para a formação de um patrimônio comum em tal grau que os tribunais vêm admitindo a existência de uma sociedade de fato entre o concubinário e a concubina para o efeito de assegurar a esta, em caso de morte daquele, o direito à meação" (*Direito de família*, p. 177).

A mulher no Direito romano era tida como incapaz, ficando sob o poder absoluto do pai ou do marido. No sistema das ordenações (Livro V), o marido dispunha do poder de castigar a mulher. No tempo do Império a mulher não tinha direito ao voto e nem direito a ocupar cargo público. O direito ao voto só foi dado na Constituição de 1934 (art. 109), bem como foi estabelecida a proibição de diferenciar salário por motivo de sexo, para o mesmo trabalho. O Código Civil de 1916 considerou a mulher casada entre os relativamente incapazes (art. 6.°, II, CC).

Mas a emancipação econômica da mulher, decorrente, entre outros motivos, do sistema capitalista de produção em larga escala e da industrialização criou a necessidade jurídica de proteção dos bens da mulher e dos filhos, quebrando assim o despotismo masculino e fazendo recrudescer a idéia de contrato no direito de família. Os movimentos feministas também reclamaram mais direitos para a mulher.

Já na família romana, era a mulher *alieni juris*, ingressando na família do marido na posição de *locus filiae* no casamento realizado *in manu* mas, posteriormente, houve influência das idéias germânicas no sentido de preponderância do interesse da família sobre o chefe, com diminuição do princípio de autoridade e da unidade paternas. Inicia-se então uma tendência de regime igualitário entre os cônjuges, até então inexistente no Direito romano. Aí o poder do *pater familias* identificava-se com a *patria potestas*, em relação ao cidadão, pois o Estado romano tinha a sua base na família e era necessário manter esse poder.

Assim, os povos germânicos já reconheciam, em algumas tribos, percentagem nos aqüestos decorrentes do esforço comum e a Lei dos Francos Ripuários fazia à mulher concessão da *tertiam partem de omni re quam simul collaboraverunt* (Oliveira Castro, op. cit., p. 13).

A família brasileira, após o descobrimento, era de formação patriarcal, com grande coesão interna por influência portuguesa, devido à necessidade de expansão de seus domínios, através do parentesco consangüíneo e afim. Era uma família senhorial, em que dominava a chefia do *pater familias*, interessado na indivisibilidade do patrimônio e na realização dos casamentos endogâmicos, que mantinham e acresciam a unidade patrimonial do clã parental (Oliveira Viana, *Instituições políticas brasileiras*, p. 211 e 213). Atendia a esses interesses o regime de comunhão universal de bens, já vigente por força do Direito consuetudinário português, sendo consagrado em lei pelas Ordenações Afonsinas (Livro 4, Tít. 12, § 5.º) e depois estendido a todos os domínios do reino pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas (Lafayette Rodrigues Pereira, op. cit., n. l, p. 96).

Ora, o regime de bens tem relação com o conceito de família em determinado período da história; assim, o conceito de família não deixa de ser relativo e histórico e o regime de bens entre os cônjuges sofre a influência das transformações sociológicas da família no curso do tempo (Giuseppe Tamburrino, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, 1976. p. 2). Nesse sentido, afirma Maércio Frankel de Abreu Sampaio que "o novo regime legal vigente, da comunhão parcial de bens, é inequivocamente também entre nós o que melhor parece atender a realidade social brasileira" ("O novo regime legal de bens e o princípio igualitário entre os cônjuges", *RT* 521/35).

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado (n. 671, de 1977), a respeito do projeto que culminou na lei do divórcio e na alteração do regime de bens, ressaltou "as causas econômicas e sociais, mais do que fatores jurídicos", que modificaram a estrutura da família contemporânea, "obrigando o jurista a uma revisão de conceitos". A respeito da família, suas crises e transformações de estrutura, Yussef Said Cahali aponta, antes de tudo, causas econômicas (*Divórcio e separação*, São Paulo : RT, 1978. p. 3; Alberto Trabuchi, *Istituzioni di diritto civile*, 26. ed., Padova, 1983. p. 283).

De conseguinte, a incorporação da mulher à atividade produtiva e a sua conseqüente emancipação econômica constituem um dos mais fortes motivos da preferência atual pelos regimes de participação final nos aqüestos e da comunhão parcial de bens (Miguel Reale, "O Projeto do Código Civil", *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, São Paulo : Saraiva, 1978. p. 185-186).

Sofreu a apontada influência a Lei 6.515, de 26.12.1977, que instituiu o divórcio no Brasil, e que em seu art. 50, item 7, alterou o art. 258 do CC, tornando a comunhão parcial de bens o regime legal e presumido, na falta de convenção em contrário, ou sendo esta nula. "Em última análise, foram atendidas as razões fundamentais ditadas pela união de corpos e de almas, em seus reflexos econômicos, que pressupõem a maior igualdade possível, no desenvolvimento da sociedade conjugal, sem se olvidar o momento de relatividade histórica em que nos encontramos, não se permitindo que a mulher seja despojada dos bens anteriores ao casamento ou do produto de seu trabalho", diz com acerto Maercio Frankel de Abreu Sampaio (op. cit., *RT* 521/35).

Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Francisco Alves, 1956, vol. II.

————. *Direito de família*, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1953.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, São Paulo : RT, 1978.

CORNU, Gérard. *Les regimes matrimoniaux*. Paris : Presses Universitaires de France.

COUTO E SILVA, Clóvis do. "Exposição Complementar de Motivos", Projeto do Código Civil.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. 1. ed. brasileira, Max Limonad, vol. VI, t. II.

FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das leis civis*; esboço.

GOMES, Orlando. *Anteprojeto do Código Civil. Direito de família*, 6. ed., Forense, 1984.

————. *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1983.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*, Forense.

MONTEIRO, W. de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 21. ed., São Paulo : Saraiva.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, Rio de Janeiro : Forense, 1980.

OLIVEIRA CASTRO, Américo Mendes. *Regimes matrimoniais, o social*, 1927.

OLIVEIRA VIANA. *Instituições políticas brasileiras*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1949.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro : Forense. vol. V.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro : Borsoi, 1955. t. VIII.

REALE, Miguel. "O projeto do Código Civil", *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, São Paulo : Saraiva, 1978.

RIPERT, Georges e BOULAUJES, Jean. *Tratado de derecho civil segundo el Tratado de Planiol*. Trad. Delia Garcia Daireaux, Buenos Aires : La Ley, 1958. t. IX.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito de família*, São Paulo : Saraiva, 1984. vol. VI.

SAMPAIO, Maercio Frankel de Abreu. "O novo regime legal de bens e o princípio igualitário entre os cônjuges", *RT* 521/35.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, 9. ed., Freitas Bastos, 1963. vol. VI.

SANTOS, Lucy R. dos. *Bens reservados*. Saraiva, 1980.

TAMBURRINO, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, 1976.

TRABUCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, 26. ed., Padova, 1963.

3. DIREITO CIVIL, NOTARIAL E REGISTRAL IMOBILIÁRIO

3.6

NATUREZA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENVOLVENDO O MEIO AMBIENTE. Observações quanto à expressão "bem de uso comum do povo", do art. 225 da Constituição Federal

CYRILO LUCIANO GOMES JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Apresentação do tema – 2. Sujeitos das relações jurídicas que envolvem o meio ambiente – 3. Conteúdo de obrigações e deveres atinentes ao ambiente: 3.1 Seria o meio ambiente bem público?; 3.2 Seria o meio ambiente bem difuso?; 3.3 Seria o meio ambiente bem destinado a fim público?; 3.4 Minha opinião – 4. Tutela de interesses ambientais transindividuais – 5. Tutela de interesses ambientais privados – 6. Conclusões – Bibliografia.

1. Apresentação do tema

Introduzindo o assunto, é oportuna a lúcida observação de Miguel Reale: "A civilização tem isso de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza".[1]

É tema de crescente atenção da sociedade contemporânea a preservação ambiental.

Nesse sentido, como bem recorda José Cretella Júnior, "o meio ambiente, entregue à própria sorte, sem a presença humana, está, por excelência, em equilíbrio" e, "o aparecimento do homem, no planeta, passou a incidir, aos poucos, no meio ambiente, alterando-lhe o natural equilíbrio...".[2]

Inquieta com as perspectivas de degradação do meio ambiente, intensamente acelerada após a revolução industrial, a humanidade voltou-se à busca de instrumentos eficientes para sua tutela. Reconhecendo-se a necessidade de disciplinar as ações que pudessem importar em danos, foram surgindo, paulatinamente, regras restritivas à liberdade de ação humana. Como, ademais, prossegue Miguel

(1) Miguel Reale. *Memórias*. São Paulo : Saraiva, 1987, vol. 1, p. 397.

(2) José Cretella Jr. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993. vol. VII, p. 4.517.

Reale: "Se antes recorríamos a esta" (a natureza) "para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar da natureza que morre".[3]

Não raro, todavia, essa disciplina jurídica, quando de sua implementação, esbarrou nos interesses econômicos daqueles que exploram as riquezas de nosso planeta. Instalou-se conflito entre os pregadores do "desenvolvimento a qualquer custo" e os que questionam o tal "custo".

As regras – felizmente – culminaram por estender proteção às mais diversas formas de manifestação de temas ambientais. Fauna, flora, riquezas minerais, oceano, mar, atmosfera, ecossistemas, enfim, qualquer fração do que se pode entender por "meio ambiente" restou alcançada pela normatização tutelar.

O que é, contudo, "meio ambiente"?

A Constituição Federal, ao dispor sobre a expectativa social acerca da tutela ambiental, no art. 225, *caput*, valeu-se da locução "bem de uso comum do povo". A expressão é equívoca, a ponto de ter gerado perplexidade dos estudiosos.

Apenas como exemplo, menciono as dúvidas levantadas por José Cretella Júnior: "O legislador constituinte, neste dispositivo, define a natureza jurídica do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que alinharia ao lado dos outros tipos de bens públicos, enumerados pelo CC, art. 66, I, a saber, exemplificativamente, os mares, os rios, as estradas, as ruas e praças (...). Pergunta-se: e ao meio ambiente ecologicamente desequilibrado, então, ninguém terá direito? Ou o legislador constituinte pretendeu dizer que todos os bens públicos de uso comum, entre os quais se integra o meio ambiente ecologicamente equilibrado, deverão ser, de imediato, 'purificados' pelo Poder Público? E os bens dominicais? E os bens de uso especial?".[4]

É corriqueiro, em nossa tradição legislativa, que os diplomas sejam salpicados de expressões equívocas, de conteúdo incerto, a desencadear árduo trabalho de exegese e hermenêutica, destinado a conhecer-lhes o sentido e o alcance. Não é diferente aqui.

Convém, portanto, debater a natureza das relações jurídicas de cunho ambiental, para conhecer-lhes os sujeitos e, em especial, os objetos das respectivas prestações.

2. Sujeitos das relações jurídicas que envolvem o meio ambiente

A Constituição, no art. 225, *caput*, impõe "ao Poder Público e à coletividade" deveres inerentes à tutela ambiental. Fácil é observar, por conseguinte, que as normas de proteção do ambiente têm como destinatários – na medida

(3) Miguel Reale, op. e p. cit.

(4) José Cretella Jr., op. cit., p. 4.518.

em que lhes impõem deveres – os agentes do Estado, abarcados na expressão "Poder Público", e quaisquer outros agentes, genericamente tratados por "coletividade".

Descontente com a imposição genérica, constante do *caput*, a Magna Carta enumera, no § 1.º do mesmo preceito, algumas das responsabilidades ambientais oponíveis ao Poder Público. Entre elas, merecem destaque a preservação de espécies e ecossistemas, em resguardo de sua função ecológica; a fiscalização dos destinos do material genético; a definição de espaços territoriais a serem protegidos; o exercício do poder de polícia quanto a eventuais empreendimentos de potencial dano; a promoção da educação ambiental.

Embora equívoca, por vezes, a expressão "coletividade" não admite, na hipótese, qualquer confusão. Apresentada, no dispositivo, em paralelo com o Poder Público, seu conteúdo quer traduzir toda a sociedade brasileira, abrangendo pessoas físicas e jurídicas que, em suas relações, possam envolver-se com questões de cunho ambiental.

Não se excluem, por óbvio, as pessoas naturais ou jurídicas estrangeiras, cujas prerrogativas, no território nacional, também se limitam pelas regras do direito ambiental.

Assim, em poucas palavras, serão sujeitos das relações jurídicas de direito ambiental todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, físicas ou jurídicas, e mesmo as pessoas políticas e as pessoas jurídicas de direito público, que integram o Poder Público. A todas elas se impõem deveres de cunho ambiental, que adiante serão melhor analisados.

3. Conteúdo de obrigações e deveres atinentes ao ambiente

3.1 Seria o meio ambiente bem público?

Vicente Ráo nos ensina que "os direitos são conferidos aos homens para que eles possam alcançar os bens, materiais ou imateriais, convenientes ou necessários à sua conservação e aperfeiçoamento individual e social, ou à conservação e desenvolvimento de seu semelhantes, ou da coletividade considerada em seu todo... Assim, (...) diz-se objeto dos direitos o bem sobre o qual o titular exerce os poderes que a ordem jurídica lhe reconhece".[5]

A análise do conteúdo das relações jurídicas focaliza-se no seu objeto. É o momento para tentar esquadrinhar o sentido da expressão "bem de uso comum do povo", inserta no texto constitucional.

O texto constitucional teria empregado a palavra "bem" no sentido de "coisa"? O teria utilizado a expressão em seu sentido filosófico?

(5) Vicente Ráo. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., São Paulo : RT, 1991. vol. 2, p. 728.

Seria o ambiente – equilibrado ou não – coisa pública, ou bem público? Estaria, como sugeriu Cretella, inserido no contexto dos bens públicos de uso comum, tais como tratados no art. 66 do CC?

Ou, ao contrário, consistiria o ambiente em outra categoria de coisa, nova, paralela àquelas vislumbradas pelo legislador civil?

Ou, ainda, seria o meio ambiente um bem, empregando-se o termo em seu sentido filosófico?

Cuide-se, por primeiro, de analisar os bens públicos de uso comum. Pertencem, recorde-se, a uma pessoa jurídica de direito público interno, ou seja, são bens do domínio público. Em outras palavras, integram o patrimônio público. Seu uso é franqueado, em regra, a toda a coletividade – *uti universi*, não obstante possa ser seu uso regulamentado ou interditado pelo Poder Público, que mantém sua administração.[6]

No dizer do mestre Hely, "para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais. Qualquer restrição ao direito subjetivo de livre fruição (...) acarreta a especialização do uso e, quando se tratar de bem realmente necessário à coletividade, só pode ser feita em caráter excepcional".[7]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona, nesse assunto, que o uso comum de determinados bens públicos caracteriza-se por alguns particulares: "1. é aberto a todos ou a uma coletividade de pessoas, para ser exercido anonimamente, em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento expresso e individualizado por parte da Administração Pública; 2. é, em geral, gratuito, mas pode, excepcionalmente, ser remunerado (...); 3. está sujeito ao poder de polícia do Estado (...) com o duplo objetivo de conservação da coisa pública (...) e de proteção do usuário...".[8]

Recorda a professora que, na medida em que se orienta por regras, elásticas, de generalidade, liberdade, igualdade e gratuidade, o uso comum dos bens públicos pode ser ordinário ou extraordinário. Em tais casos excepcionais, todavia, não se configura pela exclusividade, ou privatividade, mantendo seu caráter coletivo.[9]

Os bens públicos de uso comum, embora integrantes do patrimônio público, seriam destinados à utilização por toda a coletividade, ou ao menos por uma

(6) Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed., São Paulo : Malheiros, 1993. p. 430-433.

(7) Idem, ibidem, p. 433.

(8) Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1994. p. 441.

(9) Idem, ibidem, p. 442-443.

parcela dela. Mais, o uso por uns não subtrai o direito subjetivo dos demais, que também o pretendam.

Indaga-se: todos os objetos da tutela ambiental pertencem ao domínio público? Decerto que não.

Se fosse o meio ambiente bem público, porque haveria a Magna Carta de dizer, no art. 5.°, LXXIII, que a ação popular pode ser proposta para anular ato lesivo "ao patrimônio público" e "ao meio ambiente"?

Alguns, sem dúvida, integram o patrimônio público. São exemplos: O subsolo e suas jazidas, as águas públicas (mares, rios e lagos), as reservas ecológicas estatais e unidades oficiais de conservação etc.

Outros bens não são do patrimônio estatal mas, ao contrário, pertencem a particulares. Exemplos: animais domésticos, porções de flora nativa ou cultivada, águas particulares etc.

Ainda, outros bens sequer têm conteúdo patrimonial, sendo insuscetíveis de apropriação. Estão alijados das relações de comércio, porque inalienáveis. Destacam-se a atmosfera e a água do mar. Também merece menção o material genético humano, direito da personalidade de seu titular.

Em vista disso, é possível que não seja adequada a classificação dos bens tutelados pelas normas de direito ambiental, consoante a titularidade do domínio. Parece-me melhor que se procure encontrar um outro critério, que deixe de lado o mero fato do domínio.

Neste particular, duas posições merecem atenção: Aquela secundada por José Afonso da Silva, segundo o qual existem *bens de interesse público*; e a esposada por Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, para quem, ao lado dos bens públicos e particulares, existiriam *bens difusos*.

3.2 Seria o meio ambiente bem difuso?

Primeiro considero o ensino de Celso Fiorillo e Marcelo Abelha. Em seu valioso *Manual*, os ilustres juristas sustentam que o binômio público-privado mostra-se deficiente em acomodar a grande variedade de relações jurídicas do mundo contemporâneo, remetendo-se à consagração de uma outra categoria de bens – os bens difusos – de cunho metaindividual.

Lecionam: "Ao se fazer uma distinção entre bem público e bem de natureza difusa, não se coloca em cheque o princípio da legalidade e o poder-dever da Administração agir conforme os ditames legais e em benefício da coletividade. Apenas se quer dizer que, efetivamente, existe no nosso ordenamento jurídico positivado uma terceira categoria de bem, que é o difuso, cuja titularidade difere daquela própria do bem público. E, tanto isso é verdade, que o legislador constituinte demonstrou a sua existência, quando aludiu a bem ambiental de natureza difusa (art. 225 da CF), de uso comum do povo, cuja defesa incumbe tanto ao poder público, quanto à coletividade. O mesmo

diapasão foi seguido pelo legislador infraconstitucional quando, em 1990 (Lei 8.078), cuidou de explicitar, conceituar e dar tratamento processual aos denominados bens difusos".[10]

Observo que os ilustrados professores têm amparo nos preceitos de outros eminentes nomes da doutrina, tais como Mauro Cappelletti, Ramón Martín Mateo e, entre nós, Sérgio Ferraz.

Aqueles autores sustentam que "quando o art. 225 encerra que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, na verdade, há uma clara alusão de que este bem seria encartável no art. 66, I, do CC, até porque utiliza da mesma expressão do referido artigo. Todavia, o que deve ficar claro, é que justamente este inciso é que foi substituído pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 81, par. ún., I), já sob o império da nova ordem constitucional dando origem aos bens difusos".[11]

Mas, será que a classificação – bens difusos – não pecaria por adotar o critério da titularidade do domínio? Seria este critério eficiente?

3.3 Seria o meio ambiente bem destinado a fim público?

José Afonso da Silva adota posicionamento que consagra a existência de bens de interesse público. Nessa categoria estariam inseridos os que, embora pertencentes a entidades públicas ou a particulares, sujeitar-se-iam à consecução de um fim público.

Sustenta ele: "Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública". E, ainda na análise do dispositivo constitucional em comento, aduz: "A Constituição, no art. 225, declara que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, o equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu num bem jurídico. A isso é que a Constituição define como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida".[12]

Este posicionamento já defendia o ilustre professor em 1981, quando tratou do tema, em conjunto com outros assuntos ligados ao Direito Urbanístico.[13] Invo-

(10) Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo : Max Limonad, 1997. p. 94-95.

(11) Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, op. cit., p. 98-99.

(12) José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 56.

(13) José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo : RT, 1981. p. 100 e 438-439.

cou, por seu aval, as lições de Massimo Severo Giannini, Gastone Pasini e Mario D'Urso.

3.4 Minha opinião

Ouso apresentar opinião alternativa, no intuito de aquecer os debates a propósito do assunto.

Aproximo-me do posicionamento de José Afonso da Silva, na medida em que entendo fundamental um outro critério para alcançar o sentido da expressão "bem de uso comum". Creio, mesmo, que o melhor critério envolveria a destinação do bem. Esse critério já é empregado para distinguir uns e outros, entre os bens públicos, como lembra Odete Medauar, considerando "a quem se destina mais diretamente o bem, quem, de modo mais imediato, dele se utiliza".[14]

Os diversos bens atingidos pela tutela ambiental não são convertidos, automaticamente, em bens públicos. Ao contrário, em geral mantêm-se integrados ao patrimônio de seus titulares. Por isso mesmo, creio inadequada a classificação que leve em conta a titularidade do domínio. Estes titulares, contudo, estão compelidos, pela lei, a exercer o domínio sem desatentar para os deveres inerentes à proteção do meio.

Em outras palavras, à propriedade de bem alcançado pela disciplina do direito ambiental se impõem restrições, orientadas pelos objetivos consagrados na Constituição – a busca da "sadia qualidade de vida".

Assim, retornando à objeção aos argumentos de Celso Fiorillo e Marcelo Abelha, reputo que a idéia de bens difusos importaria em severo comprometimento das estruturas da garantia constitucional de propriedade privada. Alguns bens particulares, por despertarem interesse ambiental, classificados como difusos, passariam à titularidade da sociedade, em evidente prejuízo do titular.

Não vejo utilidade em enfraquecer o direito de propriedade. Prefiro acreditar que a Magna Carta vislumbrou não *bens* difusos, mas *interesses* difusos, incidindo sobre bens públicos ou particulares. Assim, tencionando resguardar tais interesses, onerou a propriedade ao atendimento de sua função social da propriedade. Elegeu-as – propriedade e função social, em conjunto – como cláusulas pétreas[15] e, quanto ao contexto rural, firmou critérios para sua consecução.[16] Como recorda Maria Regina Pagetti Moran: "A propriedade tem uma função social; nada tem de absoluto, no sentido de irrestrito, podendo ser sacrificada ou modificada onde quer que surja a necessidade de atender aos interesses gerais ou da coletividade".[17]

(14) Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*. São Paulo : RT, 1996. p. 270.

(15) CF, art. 5.º, XXII e XXIII.

(16) CF, art. 186, II, Segunda Parte.

(17) Maria Regina Pagetti Moran. "Função social e legitimidade à atribuição do direito de propriedade", *Revista de Estudos Jurídicos Unesp* 5, ano 3, 1998. p. 70.

Lúcida a observação de Roberto M. Lopes Cabana, emérito professor da Universidade de Buenos Aires e da Universidade Católica Argentina: "En nuestro tiempo el Derecho de propiedad sólo tiene sentido en tanto y en cuanto se preserve adecuadamente el medio ambiente...".[18]

Por isso mesmo, integre o bem o acervo patrimonial de ente público ou privado, ou mesmo seja insuscetível de apropriação, o direito ambiental centra-se em sua destinação social, impondo ao seu titular algumas restrições.

Embora se refira a bens públicos, Odete Medauar aduz vigorar "o pleno direito ao uso comum".[19]

Caminho semelhante percorreram os ilustres integrantes do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal, da Fundação Prefeito Faria Lima, ao concluir: "Ao proclamar o meio ambiente como 'bem de uso comum do povo' a Constituição Federal erigiu o direito a sua fruição à categoria de 'direito público subjetivo', vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, a que compete, também, resguardá-lo".[20]

Nesse diapasão, sustento que assiste à coletividade uma prerrogativa, quanto aos bens de conteúdo ambiental, afeta ao atendimento de sua função social: pode a sociedade deles se utilizar para satisfação de determinados interesses, sem comprometer o domínio do titular. Focalizo, então, o direito ao uso do bem, sob determinadas regras, para satisfação do interesse social.

O direito real de uso, tal como disciplinado no Código Civil (arts. 742 a 745), apresenta disciplina jurídica análoga, que pode servir de base para a classificação dos direitos e deveres de conteúdo ambiental. Merecem destaque, nesse instituto, o seu caráter temporário, o desmembramento da propriedade, e a necessidade de se avaliarem as necessidades pessoais do usuário, em atenção à sua condição subjetiva.[21]

Destes aspectos destacados, é oportuno atentar para que as relações de direito ambiental não são temporárias, de modo a se extinguirem com o advento de termo ou condição, mas perpétuas. Tampouco acarretam cisão da propriedade, que continua íntegra, nas mãos do *dominus*.

Resta cogitar da avaliação das necessidades dos usuários. Deveras: Os bens abrangidos pelas normas de direito ambiental, isto sim, sujeitam-se a uma modalidade de uso que se orienta pelos interesses (ou necessidades) dos destinatários

(18) Roberto M. Lopes Cabana. "Derecho de propiedad y medio ambiente", *Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental*, edição do Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo, 1997. p. 148.

(19) Odete Medauar, op. e p. cit.

(20) Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal. *Breves anotações à Constituição de 1988*, São Paulo : Atlas, 1990. p. 482.

(21) Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. 33. ed., São Paulo : Saraiva, 1997. vol. 3, p. 304-305. Direito das coisas.

de tal tutela. Essas necessidades configuram autêntico limite ao seu exercício. Algumas delas são compartilhadas pela coletividade, considerada em termos indivisíveis, comuns a um universo transindividual; outras, são peculiares a determinados sujeitos. Em sendo os sujeitos indetermináveis ou indeterminados, cuidar-se-á de interesse difuso ou coletivo; se determinados, os interesses serão privados. Uns e outros, no entanto, difusos, coletivos, ou mesmo privados, estarão fincados na preservação do meio.

Sou compelido a fugir do direito real de uso, instituto do direito privado, como categoria a incluir os direitos e deveres de cunho ambiental, pois não sucede aqui a ruptura do direito de propriedade. Atento a este pormenor, prefiro sustentar que, no tocante aos bens alcançados pela proteção ambiental, seus titulares estão sujeitos a um *ônus social ambiental*.

Esse ônus pode ter sua gênese determinada por disposição legal ou por destinação do proprietário. Exemplos deste caso seriam as áreas de proteção instituídas pelos proprietários, *sponte sua*.

Pode incidir o ônus social ambiental sobre bens imóveis ou móveis, e bem assim sobre o exercício de atividades econômicas ou científicas as mais variadas, tais como a manipulação de material genético, a produção de energia, o combate a pragas da agricultura e pecuária, a transformação de matérias-primas, a prestação de serviços de entretenimento e lazer etc.

Esse ônus, caso atinja interesse privado, como sói suceder em relações de vizinhança, configuraria obrigação *propter rem*. Seria divisível, porque atrelado aos interesses das pessoas envolvidas na relação jurídica, e disponível. Por outro lado, caso diga respeito a interesses difusos ou coletivos, configuraria ônus social real, de natureza indivisível e indisponível.

Importa dar algum destaque, mesmo que superficialmente, às duas hipóteses, até para melhor compreendê-las, quanto à sua disciplina jurídica.

4. Tutela de interesses ambientais transindividuais

Como já disse, alguns dos deveres impostos aos titulares do domínio, entes públicos ou particulares, dirigem-se a universos transindividuais, de caráter difuso ou coletivo, caracterizando ônus sociais reais. Isso importa em que, na realidade, tais restrições informam a expectativa social acerca dos destinos daquele bem, voltada ao atendimento do comando constitucional.

Entretanto, mais do que mera expectativa, a sociedade – por seus representantes, por organizações legitimadas e, mesmo, pela ação de algum de seus componentes – tem a prerrogativa de zelar pela atenção aos preceitos da Carta Maior, ainda que mediante o acesso a instrumentos processuais de tutela.

Justifica-se essa faculdade porque aquelas restrições, dirigidas à satisfação de interesses transindividuais, configuram ônus sociais reais impostos ao direito de propriedade. Aos deveres, atribuídos ao titular do domínio, se contrapõe um direito subjetivo público. Lesados ou ameaçados os bens de conteúdo ambiental,

abre-se oportunidade para sua proteção, quer por instrumentos de cunho material (de prevenção ou solução), quer por outros, de caráter processual.

Entre os instrumentos de cunho material, pode-se destacar o exercício do poder de polícia pela Administração Pública. Várias medidas são comuns, tais como as políticas de zoneamento, a realização de auditorias, o estudo prévio de impacto ambiental, e até a aplicação de sanções administrativas.

Sobre o tema da precaução, destaque-se a feliz lição de Cristiane Derani, segundo a qual, no direito ambiental, a precaução é um princípio norteador. "O princípio da precaução se resume na busca do afastamento, no tempo e no espaço, do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades". Mais adiante, continua a professora: "Precaução é cuidado (*in dubio pro securitate*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento do perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas".[22]

Insuficientes as medidas preventivas, abre-se espaço para a imposição de sanções administrativas. Cito Álvaro Lazzarini: "Sanção administrativa ambiental é pena administrativa prevista em lei anterior que trata do meio ambiente e a ser imposta por autoridade pública competente ao violador da norma ambiental preexistente. Na sanção administrativa ambiental se concretiza o Poder de Polícia Ambiental que, sem ela, ficaria inane, devendo ser aplicada em regular procedimento administrativo ambiental, assegurando-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tudo independentemente de solução de processo criminal ou civil que a violação da norma ambiental possa ensejar".[23]

Outro instrumento valioso, na esfera extrajudicial, é a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta, entre o infrator da norma ambiental e os órgãos públicos legitimados, como dispõe a Lei 7.347/85, no seu art. 5.º, § 6.º. No Estado de São Paulo, o Ministério Público disciplinou, através de Ato,[24] tal instrumento. Várias lesões ao meio ambiente vêm sendo evitadas e, se já concretizadas, reparadas, com o concurso dos titulares da propriedade dos bens atingidos. E o mais importante é que, em sede de compromisso de ajustamento, não tem havido necessidade de recorrer ao judiciário. O cumprimento de tais compromissos, de outro lado, reflete a conscientização do cidadão brasileiro, quanto à importância da tutela ambiental.

(22) Cristiane Derani. *Direito ambiental econômico*. São Paulo : Max Limonad, 1996. p. 166-167.

(23) Álvaro Lazzarini. "Sanções administrativas ambientais", *Revista da Escola Paulista da Magistratura* 3/134-135, ano I, São Paulo : Apamagis, 1997.

(24) Ato 52/92, editado conjuntamente pela Procuradoria Geral de Justiça, a Corregedoria Geral do Ministério Público e o Conselho Superior do Ministério Público, em 16.07.1992.

Como observou Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, "o conteúdo do compromisso de ajustamento de conduta está mais próximo do reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir, de um dever jurídico. Não existe tecnicamente uma transação, até porque esta pressupõe concessões mútuas(...), situação que seria impossível em sede de direito difusos e coletivos, indisponíveis que são".[25]

Se for impossível deixar de recorrer ao judiciário, por outro lado, cumpre observar que a tutela ambiental, atualmente, se procede por dois instrumentos processuais: a já tradicional ação civil pública, tal como disciplinada na Lei 7.347/85 (art. 1.º, I); e a ação popular, dada a disposição constitucional (art. 5.º, LXIII) que alarga o cabimento do instituto, originariamente concebido, desde a Lei 4.717/65, para a proteção do patrimônio público.

A ação civil pública é instrumento para que estão legitimados, além do Ministério Público, as pessoas políticas, as autarquias, empresas públicas, e ainda fundação, sociedade de economia mista e associação que, constituída há pelo menos um ano, tenha a proteção ambiental como finalidade institucional.[26] Atesta-se, nesse diapasão, que se trata de meio aberto ao Poder Público e à sociedade civil organizada. Acrescente-se que a eventual condenação do causador do dano, a proceder a pagamento de importância em dinheiro, reverterá a um fundo, gerenciado para a reparação dos bens ambientais lesados.

A ação popular, de outro lado, é instrumento da coletividade. Está reservada à iniciativa de qualquer cidadão, independentemente da formal agremiação, para obter-se a invalidação de atos lesivos ao meio ambiente. Não há necessidade de o autor antecipar as custas e despesas processuais, e, ainda, não corre o cidadão o risco, que antes existia, de ter de suportar o ônus da eventual sucumbência, salvo em hipótese de comprovada má-fé.

Em apoucadas linhas, pode-se vislumbrar a esfera de tutela, material e processual, dos interesses ambientais difusos e coletivos, que se projetam como ônus sociais reais sobre a propriedade, pública ou particular.

5. Tutela de interesses ambientais privados

Alguns interesses de ordem ambiental têm caráter privado. Em vista disso, os deveres que tais, orientados a pessoas em particular, podem ser classificados como obrigações *propter rem*.

(25) Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. "A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina da ação civil pública". *Livro de Teses do 9.º Congresso Nacional do Ministério Público*, Salvador, 1992. p. 400, apud Édis Milaré. "Tutela jurídico-civil do ambiente", *Revista de Direito Ambiental* 0/43-44. RT, 1996.

(26) Lei 7.347/85, art. 5.º.

Serpa Lopes recorda que tais obrigações distinguem-se dos direitos reais pois, "enquanto estes são oponíveis *erga omnes*, as obrigações *propter rem* contêm uma oponibilidade que se reflete precipuamente no titular do direito rival".[27]

Com efeito, alguns reflexos da proteção ambiental projetam-se sobre os direitos de vizinhança (*jura vicinitatis*), especialmente quando tocam ao uso nocivo da propriedade, ao direito de construir, ao uso de águas, à emissão de fumaça, à produção de ruídos etc.[28]

Logicamente, em que pese a existência de exaustiva disciplina legal para prevenção de tais conflitos, volta e meia surgem contendas entre vizinhos, com nítido caráter de tutela ambiental. Se os interesses são privados, é evidente que não têm cabimento os instrumentos de tutela coletiva e difusa. Deve o interessado valer-se das ações inerentes ao direito de vizinhança – cominatórias ou condenatórias – para resguardo de sua pretensão.

Se, todavia, a amplitude dos interesses ambientais extrapolar o nível privado, alçando o degrau da coletividade, caberá o acesso às vias de tutela transindividual.[29]

Quanto à faceta preventiva, também há espaço para o exercício do poder de polícia, em geral na fiscalização de posturas municipais, no tocante ao adequado uso da propriedade particular pelo seu titular. A Administração Pública, também na esfera ambiental, não deve olvidar de seu dever de prevenir os conflitos de interesses. E isso, obviamente, não apenas no contexto dos conflitos de interesses particulares, mas também, e sobremaneira, ante os perigos que rondam os interesses mais largos, como já dissemos acima, tratando dos interesses transindividuais.

6. Conclusões

Não há como entender o sentido e o alcance de qualquer norma jurídica senão, debruçando-se sobre ela, dissecar as sutilezas que iluminaram a elaboração do texto legal. O aforismo *in claris cessat interpretatio*, ao contrário do que se costuma crer, ensina que a interpretação sempre é necessária e somente é concluída quando conduziu à clareza. Nada é claro *ab initio*. Sem exegese, só há penumbra.

Meu objetivo era fomentar a discussão a propósito da natureza jurídica do meio ambiente, bem como dos direitos e deveres afetos ao seu contexto. A locu-

(27) Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de direito civil.* 4. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. vol. VI, Direito das coisas, p. 309-310.

(28) CC, arts. 554-555, 563-568, 578, 594.

(29) Veja-se, na *Revista de Direito Ambiental* 0/225, RT, 1996, acórdão sobre a emissão de ruídos por casa noturna, em que se reconheceu a legitimidade do Ministério Público.

ção "bem de uso comum do povo" me intrigava e, a bem da verdade, ainda intriga. Por isso, buscando identificar o reflexo do princípio constitucional nos atuais delineamentos dos direitos reais, propus-me a este ensaio.

O meio ambiente é, sim, um bem, na medida em que sua preservação interessa à coletividade, para sua subsistência e desenvolvimento. Contudo, o meio ambiente não é uma coisa, embora a proteção ambiental projete seus efeitos sobre as coisas. A Magna Carta, no art. 225, utilizou a expressão "bem" para traduzir um valor de importância social, a ser agasalhado.

Por isso, a natureza jurídica das relações envolvendo o ambiente cinge-se das vestes que decorrem de sua destinação, de sua finalidade no contexto da vida humana. O equilíbrio do meio ambiente, necessário à sadia qualidade de vida, é de ser preservado, para resguardo das futuras gerações de brasileiros. Por isso mesmo, enfim, devem ser evitados todos os empreendimentos que exponham o meio ao perigo de degradação, desde a utilização dos recursos naturais, passando pelo desenvolvimento e o emprego de técnicas e métodos, pela realização de obras, até o implemento de experiências. Este o escopo das restrições à propriedade.

Na verdade, como bem lembrou Cristiane Derani, "inexiste proteção constitucional à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente. (...) O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exposto no art. 225 se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no art. 170, VI. A positivação deste princípio ilumina o desenvolver da ordem econômica, impondo sua sustentabilidade".[30]

Tais restrições destinam-se a conservar intacto o exercício do direito de uso que se defere, quanto ao objeto da tutela ambiental, ora a toda a coletividade, ora a pessoas ou grupos determinados. Além disso, as restrições encontram guarida na existência de instrumentos de garantia processual, para proteção, individual e transindividual, do ambiente.

Caso se dirijam à satisfação de interesses transindividuais – difusos ou coletivos – as restrições à propriedade, sem afetar o domínio do titular, podem ser caracterizadas como ônus sociais reais, de natureza indivisível e indisponível.

Se se projetam sobre interesses privados, configuram obrigações *propter rem*. Têm caráter divisível, atento aos pólos subjetivos envolvidos, e são por excelência disponíveis.

Em ambos os casos, as tutelas materiais e instrumentais lhes são peculiares, conforme a categoria.

Com esses argumentos, encerro a presente exposição. Em meu espírito, um ponto-e-vírgula.

(30) Cristiane Derani, op. cit., p. 238.

Bibliografia

CABANA, Roberto M. Lopes. "Derecho de propiedad y medio ambiente". *Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental*, edição do Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993. vol. VII.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo : Max Limonad, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, São Paulo : Atlas, 1994.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo : Max Limonad, 1997.

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal. *Breves anotações à Constituição de 1988*, São Paulo : Atlas, 1990.

LAZZARINI, Álvaro. "Sanções administrativas ambientais", *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano I, vol. 3, São Paulo : Apamagis, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo : RT, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed., São Paulo : Malheiros, 1993.

MILARÉ, Édis. "Tutela jurídico-civil do ambiente", *Revista de Direito Ambiental*, vol. 0, São Paulo : RT, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed., São Paulo : Saraiva, 1997. vol. 3, Direito das coisas.

MORAN, Maria Regina Pagetti. "Função social e legitimidade à atribuição do direito de propriedade", *Revista de Estudos Jurídicos Unesp* 5, ano 3, 1998.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., São Paulo : RT, 1991. vol. 2.

REALE, Miguel. *Memórias*. São Paulo : Saraiva, 1987.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. vol. VI. Direito das coisas.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1994.

————. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo : RT, 1981.

4. DOUTRINA INTERNACIONAL

4.1

CONVÊNIO TÉCNICO E CIENTÍFICO CELEBRADO ENTRE IRIB, ANOREG-BR E COLÉGIO DE REGISTRADORES DA PROPRIEDADE E MERCANTIS DA ESPANHA*

4.1.1

SOBRE A PUBLICIDADE IMOBILIÁRIA NA GRÉCIA CLÁSSICA SEGUNDO TEOFRASTO**

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Liceu e a obra de Teofrasto. A publicidade imobiliária, manifestação da *Koiné* jurídica – 3. Teoria da perfeição do contrato e da transmissão dominical em Teofrasto – 4. A *Katagrafe* e a *Anafre*. Sistemas de publicidade imobiliária.

1. Introdução

Há tão poucos trabalhos sobre as origens da publicidade imobiliária na Espanha[1] que se deve agradecer qualquer estudo novo. Contribuíram para a publicação deste ensaio, em primeiro lugar, a minha curiosidade histórica e também o desejo de tornar acessível, ao público não especializado, uma série de estudos recentes sobre a matéria. A metodologia seguida foi a seguinte: a apresentação do texto de Teofrasto e sua tradução e, em seguida, um pequeno estudo crítico sobre os pontos, que, a meu ver, são de maior interesse.

A escolha do texto foi tarefa fácil. Com uma clareza excepcional, o excerto da obra desaparecida de Teofrasto, conservada em outra muito posterior e helenística, oferece-nos um testemunho contemporâneo e singularíssimo sobre um assunto cujas outras fontes (literárias e epigráficas) são tão escassas quanto controvertidas. Por outro lado, ainda que um texto tão importante fosse habitual-

(*) Vide *RDI* 46/272.

(**) Artigo publicado na *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 629/1.143-1.160, año LXXI, jul.-ago. 1995. Trad. Profa. Tereza Jardini, Tradutora Juramentada. Rev. técnica: Sérgio Jacomino, Registrador.

(1) Muito meritório o trabalho do nosso colega Antonio Moro Serrano, "As origens da publicidade imobiliária", e *RCDI* 603/535 *et seq.*, mar.-abr. 1991.

mente citado pelos autores, não encontrei dele, em espanhol, tradução ou comentário detalhado. Para traduzi-lo segui a tradução clássica de Dareste, em sua conhecida obra do século passado *Le Traité des Lois de Théophraste*, a qual procurei confirmar com amigos helenistas.

Quanto ao breve comentário crítico, preferi enfatizar a clareza, evitando a confusão das citações de textos epigráficos ou literários contraditórios ou sobre cuja leitura ou interpretação exista controvérsia. Sobretudo evitei, na medida do possível, a tentação do sistema (ou sistemas) registral helenístico do Egito ptolemaico e isto por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o seu estudo pode ser encontrado em outros lugares e até nesta revista[2*] e porque sua rápida exposição (se for considerada possível uma exposição mais ou menos simples, não considerando as acirradas discussões científicas sobre a interpretação dos documentos conservados) só contribuirá para confundir o leitor a respeito do modesto objetivo deste artigo: proporcionar informação suficiente para compreender o texto, objeto de uma análise breve. A bibliografia examinada não é, obviamente, toda a que existe, porque começa a ser muito rica e de difícil obtenção para o não especialista. Em espanhol, praticamente não existe. Peço desculpas pelas possíveis interpretações errôneas, que serão devidas unicamente à minha falta de habilidade. Procurei utilizar a doutrina mais moderna, uma vez que os estudos clássicos foram afetados em parte pelas brilhantes contribuições de Pringsheim (e seus desafetos), Préaux e outros.

"Certas legislações querem que as vendas sejam proclamadas por um arauto público e que sejam anunciadas com vários dias de antecedência; outras, exigem que estas se realizem diante de um magistrado. Desta maneira, a Lei de Pitacos regulamenta que a venda seja realizada perante um magistrado. Existem as que prescrevem que a venda seja publicada no local onde o magistrado tenha sua sede, por pelo menos sessenta dias, como em Atenas e que o comprador pague a centésima parte do preço, para que se livre daquele que venha a reclamar e discutir seu direito e para que se saiba, pelo pagamento do preço, quem é o justo adquirente. Em outras legislações, as vendas devem ainda ser anunciadas durante cinco dias consecutivos antes de serem confirmadas, com o objetivo de dar aos interessados o tempo de intervir e reclamar a propriedade ou a casa.

(2) Pode-se consultar o trabalho pioneiro de Ramos Folqués, "Registro egípcio da propriedade de acordo com a literatura papirológica registral egípcia", em *RCDI*, 1961, número do Centenário da Lei Hipotecária de 1861, p. 317 *et seq.* e o de Wolff: "Controle público da legitimação de disposição no Egito na época ptolemaico-romana", em *RCDI*, 1962, p. 290 *et seq.* As conclusões destes trabalhos, porém, somente devem ser aceitas criticamente uma vez que já existe uma bibliografia muito rica, sendo as interpretações históricas e lingüísticas muito divergentes. Indico aos que se interessem C. Préaux, *El mundo helenístico. Grecia y Oriente (323-146 a.C.)*, tradução feita por Labor, da Nueva Clio, Barcelona, 1984. Aí encontrarão informação bibliográfica atualizada.

(*) O autor refere-se à *Revista Crítica de Derecho Inmobiliário*; (N.E.).

São assim as Leis de Cízico. Os turianos suprimiram todas essas formalidades e não publicam nem as vendas em praça pública nem outros atos, mas obrigam o vendedor e o adquirente a reunir-se e dar para três dos vizinhos mais próximos uma pequena peça de moeda em memória e testemunho do fato. Deixando bem claro que os magistrados em um caso, e os vizinhos em outro, devem ser tidos como responsáveis se se negarem a receber ou se receberem duas vezes da mesma pessoa, ou se, tendo recebido, negarem-se a indicar o nome do comprador. Além disso, não se deve esquecer que os anúncios, proclamas e tudo o que concerne aos concursos, não são mais do que, na maior parte dos casos, recursos empregados para suprir a falta de outra norma. Efetivamente, em todos os lugares onde se estabelece a inscrição das propriedades e dos contratos é fácil saber por meio dela se os bens estão liberados e sem ônus, e se o vendedor é realmente o proprietário, porque o magistrado inscreve imediatamente o comprador no lugar do vendedor.

Uma vez que, às vezes, existem intermediários nas compras e vendas, quando alguém quer alienar seus bens, é conveniente que existam normas sobre este particular. Elas existem em alguns povos onde há precauções para evitar este abuso e, ao mesmo tempo, para assegurar a publicidade do direito de propriedade. De acordo com estas normas, aquele que compra uma casa deve oferecer sacrifício sobre o altar de Apolo patrono em seu distrito; aquele que compra umas terras deve oferecer sacrifício no local onde mora jurando, na frente do magistrado encarregado da inscrição e diante de três casas do povoado, que adquiriu na justiça, sem fraude, simulação ou vício de qualquer espécie. O vendedor também deve jurar que vende sem dolo. Quem não viva no lugar deve fazer sacrifício e prestar juramento sobre o altar de Júpiter *Agoraios*. Os necessitados podem ficar livres do juramento com uma oferenda de perfumes. O magistrado denega a inscrição se faltarem estas formalidades."

2. O Liceu e a obra de Teofrasto. A publicidade imobiliária, manifestação da *Koiné* jurídica

O texto que estudamos é um fragmento de uma obra desaparecida de Teofrasto (aproximadamente 372-288 a.C.): o chamado "Tratado sobre as leis". A sua conservação deve-se ao antologista do século V (d.C.) Juan Estobeo, que reuniu em uma famosa obra, *A antologia* ou *Florilégio*, trechos de caráter educativo procedentes de toda a literatura grega, especialmente, sentenças éticas. A autoria indiscutível do discípulo de Aristóteles não pode deixar de ser notada. É exatamente Teofrasto, como aluno do Liceu, quem sucederá o Estagirita e quem continuará a grande obra de compilação do mestre. Porém, não está ainda muito clara a contribuição exata do discípulo ao *Corpus aristotelicum*,[3] sendo sabido que, entre ou-

(3) Dados obtidos no *Diccionario de filosofía*, de José Ferrater Mora, 5. ed., Barcelona : Alianza Editorial, 1986, verbete "Teofrasto".

tros temas, voltou-se para o campo de pesquisa da teoria aristotélica do Estado e das Constituições da Grécia.

Ao contrário da Academia, preocupada principalmente com questões filosóficas, às quais subordinou todas as outras tarefas de investigação, o Liceu caracterizou-se por ser um centro científico das mais diversas disciplinas. Outro traço distintivo relevante foi a procedência de muitos dos membros da escola, oriundos dos mais diferentes lugares da Hélade. Vem daí a sua preocupação com o comparatismo. Ainda que, como escola do Liceu, fosse neutra em questões de política, isto não impediu o progresso do estudo científico da política, orientado especialmente para a pesquisa histórica (mostra disso é a grande empresa voltada para a recopilação das cento e cinqüenta e oito constituições gregas).

Neste contexto e neste tipo de escola, ao mesmo tempo cosmopolita e enciclopédica, situa-se a obra de Teofrasto, à qual pertence o fragmento.

O mestre, Aristóteles, mostrou sua preocupação política em duas obras fundamentais: a *Constituição de Atenas* e a *Política*, esta última composta de oito livros. Nela (*Pol.* VI 1321 b34, 1322 b34) ao enumerar as funções que o Estado deve desempenhar segundo a experiência política, assinala como magistratura especial a que se encarrega do registro dos contratos privados e as resoluções dos tribunais e, no resumo com que finaliza o capítulo e o livro, não se esquece de mencionar o cargo do funcionário no quinto lugar entre as seis primeiras magistraturas políticas indispensáveis para o bom funcionamento de um Estado.[4] Não se pode minimizar esta informação, que se torna muito mais importante, pelo menos atualmente, diante do fato de que, ao que parece, a pólis ateniense carecia de tal magistratura. Evidentemente, Aristóteles não a havia inventado e, se aponta o registrador como magistrado necessário do Estado, é porque esta função era muito difundida entre as cidades-estados da Grécia, se não de um modo universal, pelo menos de um modo bastante generalizado.

Em outro texto atribuído a Aristóteles, o segundo livro da Econômica mostra-nos um antecedente remoto do registro, na Chios do século IV a.C.[5] Narra-nos no livro como, em um momento de penúria, a cidade aproveitou-se da lei que exigia a inscrição das dívidas para colocar-se no lugar dos credores mediante a inscrição em seu nome dos créditos, para que deste modo lhe fosse pago o capital dos mesmos em troca do juro que a cidade pagaria aos primitivos credores. Ainda há precedentes mais antigos: em meados do século V a.C. uma

(4) Pode-se consultar a respeito dessa magistratura (arkhé), encarregada de fazer inscrever (anagrafesthai) os contratos e as resoluções judiciais, Stella Georgoudi, *Manieres d'archivage el archives de cités,* na obra dirigida por Marcel Detienne, "Les savoirs de l'écriture en Grèce Ancienne", nos *Cahiers de Philologie*, Presses Universitaires de Lille, p. 244 *et seq.* Também em Louis Gernet, "Sur l'obligation contractuelle dans la vente hellénique", em *Ver. Int. Dr. Ant.*, 1953. t. II, p. 234 *et seq.*

(5) Louis Gernet, op. cit., p. 234.

lei de Halicarnaso nos fala do ofício público que consiste na conservação de atos imobiliários.[6]

O sistema, certo sistema de publicidade/registro de alguns negócios imobiliários, é uma questão que pertence à Koiné jurídica do mundo helênico. Por isto, não devemos nos deixar levar pela aparente diversidade e heterogeneidade dos sistemas de publicidade existentes na Grécia clássica. Já em 1882, Dareste, famoso historiador francês do Direito grego, elaborou uma lista de instituições de publicidade ou registrais.[7] A publicidade no negócio jurídico a tal ponto era costume que se pactuava nas convenções e tratados internacionais, como nos mostra Políbio, a propósito do primeiro tratado entre cartagineses e romanos.[8] Devido a isso, Dion Crisóstomo, retórico e filósofo cínico, e portanto não especialista em Direito, chamava a atenção para as operações que têm lugar "em público" e sobre as que o interessado "coloca a cidade como testemunha". O filósofo expressa a opinião pública comum de seu tempo na parte oriental do Império, segundo a qual os "registros da cidade" asseguravam um certo tipo de "validade", acrescenta o autor, "que não é possível invalidar seus efeitos, tratando-se de uma venda, da liberação de um ônus, de um empréstimo ou de uma doação".[9] Mais um exemplo de outro retórico (o pseudo Demóstenes)[10] ilustrará o que digo: o orador em certa altura de seu discurso tenta provar que Protos é proprietário de um bom barco. Desde o primeiro momento é seu possuidor, no entanto, para o orador a coisa carece de transcendência especial. A defesa da propriedade de seu cliente fundamenta-se em três circunstâncias, a saber: que Protos comprou o barco; que o fato está registrado em seu nome em um uma repartição pública (a aduana, neste caso) e, por fim, que o preço foi pago. Esta certeza social expressa-se em termos de maior rigor jurídico em um famoso pleito conservado no Egito dos Lágidas. Encontramos aí um tal Hermias reivindicando a propriedade de uma casa. O seu advogado, em um momento do muito interessante processo, minuciosamente estudado por Wilcken,[11] alega a existência de uma lei segundo a qual "os

(6) Louis Gernet, op. cit., p. 236, nota 19.

(7) BCH VI (1882), p. 241 e seguintes. Também em *Nouv. Et. d'His. du Dr.*, p. 105 *et seq.*

(8) O texto está em Políbio, III, 22. Tratava-se do primeiro (?) dos tratados romano-cartagineses. Nele era proibido aos romanos (salvo casos de força maior) navegar além do cabo Calon e toda a operação mercantil permanente. Quanto aos comerciantes de passagem, é reconhecida às operações realizadas através de arauto ou diante de registrador, a "garantia pública" de suas dívidas. Vid Louis Gernet, op. cit., p. 229 *et seq.* Também em *The cambridge ancient history*, vol. VII, Part. 2, *The rise of Rome to 220 B. C.*, II ed., p. 520 *et seq.*

(9) Dion Chrys, 31, 50 *et seq.* Cf. Louis Gernet, *Droit et société dans la grèce ancienne*, Paris, 1964, p. 223 *et seq.*

(10) C. Zenoth., XXXII, 18. Vid. Josse Demeyere, "Le contrat de vente en droit grec classique: les obligations des parties", em *Rev. Int. Dr. Ant.*, 1953. t. II, p. 216.

(11) U. Wilcken, *Urkunden der Ptolemäerzeit*, n. 162, col. IV, 11.14-15. Uma referência crítica em Claire Préaux, *L'Economie royale des Lagides*, Bruxelas, 1939, p. 322 *et*

contratos egípcios não inscritos no Registro são sem valor". A expressão ἄχυρα εἶναί parece indicar que os contratos não registrados não constituem título hábil para fazer valer em juízo, um efeito certamente também típico do nosso Direito hipotecário histórico.

M. Wilcken sugere que a lei invocada no processo de Hermias é exatamente a de Ptolomeu Filométor; objeto de uma notável circular ministerial enviada por um registrador a um colega: "Paniskos a Ptolomeu, saudações. Recebemos a carta em que nos são pedidas explicações sobre o novo sistema de registro dos contratos egípcios na (região) de Peritebas. Também me perguntava se, como ordena Ariston, são os funcionários locais os que autorizam com seu visto os contratos e a partir de quando foi estabelecido o serviço. Quanto às formalidades, serão cumpridas de acordo com as instruções de Ariston, que é quem manda que seja copiado o contrato outorgado pelo notário, o qual deve ser apresentado a nós; que sejam registrados os nomes das partes a natureza do convênio e ademais, o nome de seus pais; em seguida que seja colocada uma nota de rodapé no contrato comprovando seu registro, na qual se indique a data de tal anotação, a da apresentação e a do próprio contrato. A data da circular é do primeiro dia (do mês) de *hathyr*. O registro funcionou desde o dia 9 de *choiak*. Informamos este detalhes para seu conhecimento. Desejamos que esteja bem. Ano 36. Décimo terceiro de *tybi*".

3. Teoria da perfeição do contrato e da transmissão dominical em Teofrasto

"O contrato de venda é perfeito no que se refere à propriedade quando o preço é pago e são cumpridas as formalidades legais, ou seja, a inscrição, o juramento ou a convocação dos vizinhos".

O texto, do qual realizamos um breve comentário, foi comumente citado por historiadores, filósofos e juristas de todos os tempos. O próprio Grotius em seu "De jure belli et pacis", Liv. II, Cap.12, 15 apelava, em apoio à sua teoria jusnaturalista dos riscos na compra e venda (*res perit domino*), à indiscutível autoridade do nosso autor. Tal atenção justifica-se perfeitamente pela ausência de outra informação complementar tão completa, fiável e extensa entre os autores gregos contemporâneos e, inclusive, posteriores (helenísticos) e pela escassez e heterogeneidade das fontes epigráficas e papirológicas. Além disso, o fragmento não parece haver sido aumentado e seu conteúdo parece fiável sem que se menosprezem os inconvenientes oriundos do método filosófico-enciclopédico do autor na composição da obra.

O art. 1.583 do CC francês estabelece um sistema rigorosamente consensual no que se refere ao regime de transmissão dominical. Separando-se da tradição romana e romanista (que trabalhosamente havia elaborado a teoria, nossa teoria,

seq. Também no livro desta última, *O mundo helenístico.Grécia e Oriente (323-146 a.C.)*, t. II, Nueva Clio, trad. espanhola da Ed. Labor, Barcelona, 1984, p. 364 *et seq*.

com materiais dispersos, do título e do modo) prescreve que a venda seria perfeita a partir do acordo sobre a coisa e o preço, ainda que a coisa não houvesse sido entregue nem o preço pago. O Código visava assinalar com a expressão "perfeita" que o contrato produz por si mesmo a transmissão da propriedade da coisa vendida. Com efeito, no próprio texto dispõe-se que a propriedade é adquirida de direito pelo comprador do vendedor: a mutação jurídico-real provém como efeito direto e imediato do contrato, fonte das obrigações. A doutrina científica não pode deixar de perceber a substancial diferença que existia entre este sistema e o romano, em que, segundo o Código (*de pactis,* Liv. II, Tit. 3,20): "traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur". A insistência dos textos romanos sobre a necessidade de tradição (sem o inconveniente da admissão de formas mais ou menos fictícias e simbólicas) fez com que a escola francesa de Direito grego do século XIX pensasse na possibilidade de que os juristas romanos pretendessem dessa maneira reafirmar a singularidade do próprio sistema diante de um pretenso sistema consensualista grego anterior, o qual seria o primeiro antecedente do francês. E, como não poderia deixar de ser, voltaram a atenção ao texto de Teofrasto.

Foi Dareste o primeiro que, em seu *Tratado das Leis de Teofrasto,*[12] expôs a sua interpretação consensual do sistema de transmissão dominical. Segundo esse autor: "em Atenas, tal como hoje entre nós, a propriedade era transmitida como efeito das obrigações, isto é, somente com o consentimento das partes. Se a propriedade não passava ao comprador senão depois do pagamento do preço, isto se devia a uma convenção tácita pela qual o vendedor se reservava a propriedade até o pagamento". Em uma carta dirigida a Caillemer,[13] completa esta opinião: "creio, como o senhor, que o contrato de venda em Atenas é puramente consensual e perfeito pelo próprio consentimento; somente quis dizer que a propriedade não se transfere, inclusive entre as partes, senão pelo cumprimento das formalidades de publicidade". Para Dareste, o *anagraphe* grego corresponderia à "transcrição" nos registros de hipotecas francesas. No entanto, existiria a seguinte diferença: no Direito francês a transcrição não é necessária a não ser em relação a terceiros, enquanto que no Direito grego as formalidades de publicidade eram consideradas como essenciais ao contrato e a propriedade transmitida somente depois de seu cumprimento. Curiosamente, a inscrição cumpre uma função constitutiva, em um sistema consensual.

Caillemer em seu estudo *Le contract de vente à Athènes,*[14] separa-se da tese consensualista de Dareste exatamente no que se refere à publicidade. De acordo com este autor, as diversas formas estabelecidas para a publicidade na venda de

(12) Em *Revue de Législation Ancienne et Moderne Française et Etrangère,* 1870-1871, p. 262-294.

(13) Carta de 09.11.1871, citada em uma nota por Caillemer, na *Revue de Législation Ancienne et Moderne Française et Etrangère,* 1870-1871, p. 635.

(14) Op. cit., p. 631-671, de 1870-1871, e p. 5-41, na revista de 1873.

imóveis não são essenciais para a perfeição do contrato. Quando Teofrasto declara que "o contrato de venda é perfeito no que concerne à propriedade quando o preço é pago e as formalidades legais cumpridas, ou seja com a inscrição, o juramento ou a convocação dos vizinhos", distingue entre a transmissão da propriedade e a perfeição do contrato. O autor coloca a publicidade no mesmo plano que o pagamento do preço e, segundo o autor, ninguém pretendeu que o pagamento do preço fosse uma condição essencial para a perfeição do contrato. Conseqüentemente, seria necessário ressaltar a diferença entre dois aspectos: o aspecto das relações *interpartes* e o da transferência *erga omnes* em "vis-à-vis des tiers".O contrato é perfeito entre as partes já pelo consentimento. Dessa maneira, Aristóteles apresenta a alienação como resultado do próprio ato da venda e, ainda mais claro, Pollux assinala que o comprador de imóveis do Estado tem ação contra o terceiro possuidor do imóvel,[15] com o que é evidente que não contempla a *traditio* para a transferência dominical.

Quanto ao preço, a lei supunha que o vendedor desejava transmitir a propriedade quando o mesmo lhe houvesse sido pago. Mas, um direito imobiliário assim, *solo consensu*, somente seria oponível de proposição a terceiros sob reserva de cumprimento das formalidades legais prescritas por Teofrasto para a sua publicidade. Quanto aos móveis, todo indica que não havia publicidade para a sua transmissão.

Da mesma opinião que Caillemer era Beauchet,[16] para quem a transmissão da propriedade não deveria recorrer ao cumprimento de fórmulas ou solenidades de publicidade. Faz citação do caso notável de uma inscrição de Mylasa, em que é relatado o ato pelo qual um vendedor, diante de testemunhas, havia entregue o imóvel aos representantes da divindade adquirente. A intervenção de testemunhas e essa posse solene e sacramental do bem não seriam senão requisitos para a oponibilidade *erga omnes* da nova titularidade dominical.

Não devem ser tratadas aqui as discussões que vieram depois a propósito de temas tão controvertidos quanto a função do preço e das arras, na transmissão da propriedade e na formulação do contrato. Desde a famosa obra de F. Pringsheim, *The greek law of sale*,[17] admite-se, geralmente, que no Direito grego clássico a transmissão da propriedade exigia como *conditio sine qua non* o pagamento do preço. Mais discutida é a questão referente à perfeição do contrato até o ponto de que o vendedor estaria desprovido de ação para reclamar o pagamento contra o comprador a crédito;[18] para seus detratores (entre eles, principalmente, J.

(15) Onomasticon, VIII, 59.

(16) *Histoire du droit privé de la république athénienne*, IV, p. 105.

(17) *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950.

(18) Há uma resenha do livro em Louis Gernet, "Le droit de la venta et la notion du contrat en Grèce d'après M. Pringsheim", na *Rev. Hist. de Dr. Franç. et. Etr.*, 1951, p. 573 *et seq.*

Demeyere),[19] seria necessário distinguir entre perfeição do contrato (desde que exista acordo de vontades sobre a coisa e o preço) e a transferência da propriedade que requeriria o pagamento do preço. Mas, no que se refere à função da publicidade imobiliária, parece existir um certo acordo na doutrina (Lipsius, Louis Gernet, Weiss, Pringsheim, Demeyere, Hoetink...): o cumprimento de rigorosas, ainda que diversas, segundo as *pólis*, formas de publicidade, era requisito da oponibilidade *erga omnes* da aquisição de imóveis (e, não tão evidente, de escravos).[20] Esta função é notada com muita clareza no episódio do conto de Chariton, tal como nos conta com elegância Pringsheim:[21] no caso de que o preço do escravo tenha sido pago e a propriedade do mesmo, a princípio, adquirida, o registro do contrato de venda permite excluir toda a reivindicação de outros possíveis adquirentes.

Em um artigo magnífico sobre o testemunho na Grécia e na Roma arcaicas,[22] Pringsheim assinala o que deve ser entendido por publicidade. A seu ver, a publicidade tem uma significação jurídica que pode ser entendida a partir de três ângulos diferentes. Em primeiro lugar, a publicidade opõe-se à clandestinidade; pode livrar o negócio de toda suspeita de fraude, de toda acusação de desonestidade: a transmissão realiza-se diante de todos, protegida da desconfiança de roubo ou delito. Em segundo lugar, publicidade quer dizer publicação, comunicação ou notificação: a publicidade pode suscitar os protestos de terceiros interessados no ato realizado, contra o qual podem opor-se e, em caso contrário, em certas condições, perder seus direitos. Enfim, a publicidade pode significar para os que participam uma certa garantia ou compromisso com a boa-fé do ato diante da comunidade: os deuses, a assembléia do povo, os conselhos locais, as testemunhas, a autoridade pública que recebe, controla ou intervém no ato, todos, de alguma forma são "fiadores" ou garantes do sucesso da transmissão que é produzida na sua presença e com o seu conhecimento.

Sempre existiu "um princípio de publicidade" na Grécia clássica. Tanto faz que suas formas tenham sido mais ou menos arcaicas, que a própria Atenas se tenha atrasado na criação de um registro público estatal quando existia tal registro em muitas cidades da Hélade,[23] recebendo a instituição coroação com a obra legislativa dos Lágidas no Egito; a publicidade das transmissões imobiliárias é tão comum no Direito grego quanto ausente no Direito romano.

(19) "La formation de la vente et le transfert de la proprieté en droit grec classique", na *Rev. Int. Dr. Ant.*, I, 1952, p. 215-266.

(20) Somente Dareste, *ut supra*, defendia o caráter constitutivo da inscrição para a transmissão da propriedade *inter partes* e *erga omnes*.

(21) Op. cit., p. 241.

(22) "Le témoignage dans la Grèce el Rome archaique", na *Rev. Int. Dr. Ant.*, 1951, p. 11-175

(23) V. Kahrstedt considera o ano de 403-402 a.C. como marco fundamental na história registral de Atenas: nesse ano são criados "os arquivos do Estado ateniense" (das

Tanto o Direito romano quanto o grego superaram a fase primitiva do formalismo ritual[24] e no entanto são orientados por diferentes soluções. No Direito romano, as fórmulas e solenidades que cercam certos modos de transmissão (a *mancipatio,* a *in iure cessio*) não livram o negócio transmissivo dos possíveis vícios que possam inquiná-lo. *Nemo dat quod non habet.* Se o transmitente não for o titular dos bens adquiridos, o adquirente não se torna o proprietário porque em princípio é contrário ao Direito romano todo sistema de aquisições *a non domino.* Para que o adquirente tenha uma posição absolutamente inatacável é necessário que esteja de posse da coisa transmitida e que essa posse se prolongue o tempo suficiente para a sua aquisição por usucapião. Para comprovar essa posse prolongada, segundo a regra do *usus auctoritas* das Doze Tábuas, são importantes as testemunhas concorrentes da *mancipatio*: eles podem testemunhar essa posse, base material da aquisição e, quando com a evolução for exigida *bone fides,* a presença desta no adquirente. Os testemunhos ou as formalidades que intervêm nos modos de transmissão jamais garantiram no Direito romano a propriedade ao adquirente. Parece ser pacífica a opinião de que o Direito romano, modelo para tantas coisas e exemplo de todos os Direitos, ignorou um princípio de publicidade imóvel.

Se do romano passamos ao Direito grego clássico observamos, em primeiro lugar, a ignorância da instituição da usucapião. Em contraposição, existem provas documentais e epigráficas que indicam o reconhecimento do jogo da aquisição *a non domino*. Em certas condições, cumpridas todas as rigorosas exigências de publicidade, o adquirente de boa-fé torna-se *ipso iure* proprietário do bem transmitido por quem não era o verdadeiro titular. Isto explica a necessidade de

athenische Staatsarchiv) no Métrôon do Ágora. Duvida-se, porém, que existisse somente um arquivo público na Atenas clássica. Porém, é certo que o Métrôon desempenharia um papel evidente na conservação dos escritos públicos (*demósia o koina grámmata*) ainda que nem todos os documentos públicos, como nos é confirmado por fontes tardias. Parece ser que a função do arquivo central estaria reservada ao depósito e guarda das leis e dos decretos, isto é, desempenharia as vezes de arquivo do Conselho e da Assembléia. Também existiria o costume de depositar os mais diversos documentos em poder de magistrados e instituições religiosas. Sobre tudo isto, *in extenso,* em E. Posner, *Archives in the Ancien World,* Cambridge, Mass., 1972, *passim*; Kahrstedt, "Untersuchungen zu athenischen Behörden", em Klio, 31, 1938, p. 25-32 e Stella Georgoudi, op. cit., p. 221 *et seq*. Foi confirmada, repetidas vezes, a originalidade negativa de Atenas que desconheceria na época clássica a existência da publicidade registral nas transações imobiliárias, tão comum em outras cidades da Hélade (vide sobre o assunto Louis Gernet, *Sur l'obligation contractuelle...*, op. cit., p. 241 e Alberto Maffi, "Ecriture et pratique juridique dans la Grèce Classique", em *Les savoirs de l'écriture...*, op. cit., p. 205).

(24) Estas conclusões sobre as diferenças entre o sistema romano de transmissão dominical e o grego são um resumo das idéias avançadas de J. Demeyere. *La formation et la vente et le transfert...*, op. cit., p. 253 *et seq.*, e Pringsheim, *Le témoignage dans la Grèce...*, op. cit., p. 173 *et seq.*

rodear o negócio transmissivo de uma exaustiva publicidade que implica uma autêntica proclamação à comunidade e, em alguns casos, uma investidura solene por autoridade ou magistratura.

De outra perspectiva, apresenta-se claramente a diferença entre o Direito romano e o grego. No Direito romano, a posse representa um papel fundamental na transmissão e constituição de direitos reais. A *traditio* é um dos elementos necessários para a transmissão dominical, a posse, com a proteção pretória da *actio publiciana*, é *imago dominii*, manifestação externa e portanto pública do domínio, a aparência sensível da propriedade. No entanto, o Direito grego não atribuiu significação especial à posse. O pagamento do preço nas compras e vendas era o requisito imprescindível para que a transferência da propriedade ocorresse. E, sem a publicidade que a posse encerra e com o objetivo de proteger os direitos de terceiros, preocuparam-se com a organização de sistemas mais ou menos perfeitos de publicidade das transmissões, sistemas que se aproximaram da mais moderna organização registral da Antigüidade, a egípcia dos ptolomeus.

O sucesso da publicidade imobiliária na Grécia é mais uma manifestação do espírito grego: como acertadamente assinala Vinogradoff,[25] no Direito grego é produzida uma surpreendente combinação do "mais completo desenvolvimento da iniciativa privada e da liberdade de decisão com a constante intervenção do Estado". A transferência imobiliária implica uma vocação à coletividade por parte dos cidadãos integrados nas *pólis* e a exigência da "cooperação da cidade ou do Estado". O Estado junta-se à coletividade como fiador da boa-fé e da certeza da aquisição. Em cidades como Rodes ou Alexandria existem provas suficientes da importância decisiva do aspecto fiscal no que se refere a essa questão. A publicidade é uma garantia de que as transferências serão conhecidas pela Administração, a qual pode por esse motivo receber o imposto indireto sobre as transmissões e, além disso, obter uma base cadastral da propriedade imóvel para uma atuação mais eficaz do Estado em todos os âmbitos (o arrecadador evidentemente). Por sua vez, o imposto se justifica como "contra-prestação" da função pública garantidora da aquisição devidamente formalizada. Ao lado dessa finalidade pública, os particulares obtêm a certeza das relações jurídico-imobiliárias.

4. A *Katagrafé* e a *Anagrafé*. Sistemas de publicidade imobiliária

O texto de Teofrasto é claro no que se refere aos dois pontos substanciais da teoria da publicidade imobiliária no Direito grego:

1. Que, não obstante a diversidade das formalidades, existe uma mesma função de publicidade. O elemento que reveste de autoridade pública as convenções privadas de maneira a que sejam contrapostas *erga omnes* é a *Katagrafé*.

(25) *Outlines of historical jurisprudence*, II, p. 264.

2. Que, naquelas legislações em que é conhecida a inscrição em registros públicos, a *Anagrafé*, sobram os outros sistemas de publicidade, ao ser este o mais perfeito.

A renda de imóveis pode ser oponível a terceiros graças à *Katagrafé*. Os efeitos e a natureza da *Katagrafé* são objeto de numerosos estudos que chegaram a conclusões diversas. Isto em parte pode ser explicado pela pobreza e heterogeneidade de nossas fontes. No IV Congresso Internacional de Papirologia, M. E. Schönbauer[26] classifica as teorias modernas sobre a natureza da *Katagrafé* em três grupos: a *théorie diplomatique*, segundo a qual a *Katagrafé* é o próprio instrumento de venda, que já pela simples vontade das partes pode fazer-se valer a terceiros, com o que a *Katagrafé* é questão de Direito privado; a *théorie de l'enregistrement* que assimila a *Katagrafé* à conservação do título do comprador em um registro público; e, finalmente, a *théorie du protocole*, segundo a qual pela *Katagrafé* a venda se insere no Direito público, revestindo-a de uma autoridade que a torna oponível a todos e, se a *Katagrafé* é essa operação que, diante de terceiros, consagra em nome do rei a convenção privada, o imposto sobre as transmissões é a partir daí a conseqüência desse serviço real.

Não vamos discutir se são ou não boas essas teorias.[27] É suficiente saber que os gregos chegaram a um grau notável de abstração teórica ao descobrir na diversidade de procedimentos de publicidade uma unicidade de propósito e de função. Por isso, Teofrasto coloca bem claro que "o contrato de venda é perfeito no que se refere à propriedade desde que seja pago o preço e *cumpridas as formalidades legais*, tais como a inscrição, o juramento ou o apelo aos vizinhos". Por esse motivo, os textos legais e epigráficos são eloqüentes ao colocar no mesmo plano diversos sistemas mais ou menos primitivos. Já vimos como o Tratado entre romanos e cartagineses, conservado por Políbio, põe no mesmo nível a publicidade dos arautos e a participação do funcionário registrador. Em Delos, por exemplo, a situação é muito similar: as adjudicações de domínios sacros deveriam ser publicadas por arautos, enquanto que as dívidas e as garantias eram objeto de uma publicidade dupla: inscrição e publicação em pedra. De fato, como veremos, é característica do Direito grego a dupla operação, designada pelo próprio verbo: "anagrafo" (inscrever) é tanto registrar um documento em um arquivo público como sua transcrição em uma lápide de pedra ou outro material durável para ser exposta ao público.

Isto porque o mundo grego conheceu uma variedade de meios ou "formalidades" para publicar suas transmissões de imóveis. Temos em primeiro lugar o *sistema da prokerisis ou publicação-proclama*. Por meio de editais, proclamas ou arautos públicos informa-se à comunidade ou *pólis* sobre a celebração de um

(26) "Zur Frage des Liegenschaftserwerbes im Altertume: das Recht der Katagrafe", em *Atti del IV Congresso Internazionale di Papirologia*, 1936, p. 435-468.

(27) Uma bibliografia sobre o tema em C. Préaux, *L'économie royale des Lagides*, op. cit., p. 325.

ato ou negócio imobiliário. Já demos alguns exemplos ao longo deste texto. Teofrasto, como bom doxógrafo, menciona uma autoridade: um dos "Sete sábios da Grécia", Pitaco de Mitilene, que teria decretado a intervenção de autoridade ou magistrado público nas vendas. A função da magistratura, funcionário público, é muito diferente segundo as cidades: testemunhas qualificadas, arrecadadores de contribuições ou impostos sobre as vendas, registradores e notários depositários de documentos públicos...

Pringsheim ocupou-se das *testemunhas* e sua função no Direito grego, em um brilhante artigo.[28] No princípio não havia testemunhas particulares.

Na *Ilíada*, os deuses são os melhores fiadores das convenções. Os deuses do Olimpo homérico atuam como "vigilantes", "guardiães dos juramentos", "árbitros e fiadores". Invocá-los faz com que através de sua intervenção seja selada solenemente uma transação de que a divindade se torna avalista e cujo não cumprimento é considerado um sacrilégio. Posteriormente, serão as testemunhas particulares, cidadãos da *pólis*, os que, convidados a participar ativamente nas transações e, empregando-se a si mesmos no negócio, garantirão a sua execução. A sua participação não se reduz a fornecer prova da celebração de um ato e a ausência de dolo ou de violência nos contraentes. Teofrasto não deixa lugar a dúvidas sobre a responsabilidade dos vizinhos-testemunhas que cooperam na compra de imóveis em Thurii e recebem uma pequena peça de prata. Análoga função parece existir no Direito municipal de Alexandria. Os vizinhos devem ser considerados responsáveis quando se negam a aceitar a moeda (e prestar testemunho) ou cometem fraude, testemunhando em venda dupla ou falso testemunho contra o comprador verdadeiro. Existe o dever de estar disposto a testemunhar no interesse do comprador. Aparentemente a moeda não é como em outros sistemas um símbolo de obrigação com o vendedor. É relativamente freqüente no Direito grego a presença de juízes ou magistrados como assistentes ou participantes, testemunhas qualificadas, em atos jurídicos prestando com seu juramento a garantia de sua execução e a correta celebração de acordo com as leis e as formalidades prescritas.

Atenas carecia de um sistema de registro de contratos, pelo menos na época clássica, mas a publicidade imobiliária articulava-se graças *ao sistema da* "prografe": a comunicação por meio de anúncios expostos em lugares públicos, um prazo necessário de antecedência (seis dias e não sessenta como os historiadores corrigem).[29] Isto além da necessidade de formalização perante magistrado

(28) *Ut supra.*

(29) Esta correção, proposta por Schwahn em "Des Hauskauf in Athen", em *Hermes*, LXIX (1934), p. 120, apoia-se em um texto de Plauto (em sua obra *Trinimus*): Lesbonikos fez com que se publicasse a venda da casa paterna durante a ausência de Kallikles durante seis, e não sessenta dias, sendo que tal espaço de tempo bastou para cumprir as formalidades. No Egito ptolemaico parece que também foi contemplado um prazo de seis dias para a publicação através de proclamas das vendas de terras do domínio real (Pap. Trasb. Inv. 297).

e o pagamento pelo comprador da centésima parte do preço. Partsch concluiu que a finalidade dos prazos visa a permitir ao proprietário real deduzir as reclamações contra a validade do ato a celebrar.[30] Do contrário, caducaria o seu direito e esclareceria a aquisição realizada pelo comprador de quem não era o verdadeiro proprietário.

O sistema mais perfeito de publicidade imobiliária consiste *na inscrição ou* "anagrafé". Na verdade, essa operação (do verbo "anagrafo") expressa duas realidades diferentes. Em dois capítulos fundamentais de sua obra *Griechisches Privatrecht*,[31] E.Weiss estudou essas duas ordens de práticas que ele relaciona às que denomina "princípio de publicidade" (Publizitätsprinzip) e "de arquivo" (Archivwesen). A inscrição-publicidade é a operação que consiste na proclamação mediante a exposição do escrito, em tornar público e conhecido de todos um direito real imobiliário: "a inscrição garante a aquisição da propriedade e pode em princípio garanti-la *erga omnes*; ela (a inscrição-publicidade) é um prolongamento, a consagração ou o substituto desses procedimentos de publicidade que Teofrasto nos dá a conhecer em suas formas elementares (e persistentes) que ele menciona junto àquela". A inscrição-arquivo consiste na conservação por um escritório ou magistratura mais ou menos especializada dos documentos que contêm transferências imobiliárias. As duas formas de *anagrafé* utilizam materiais diferentes: a inscrição-publicidade serve-se da pedra ou lápide geralmente exposta em um lugar reservado para isso (em igreja ou recinto sacro, por sua condição de lugar sagrado para obter a proteção dos deuses, que desta forma são invocados: na *ágora* ou praça pública para que o seu conteúdo seja conhecido por todos os cidadãos da *pólis* ; no campo ou propriedade afetada, para desse modo publicar o encargo ou servidão real de uma maneira aparente e sensível, como é o caso notório dos marcos hipotecários (*oroi*) da Ática).[32] A inscrição-arquivo utiliza as tábuas ou tabuletas ou o pergaminho (de sorte que o que for arquivado seja o próprio instrumento original de transmissão, uma cópia dele ou que, o instrumento propriamente dito seja confeccionado com a ajuda do funcionário encarregado de sua custódia). Parece estar historicamente demonstrado que a inscrição-publicidade é anterior à inscrição-arquivo, mesmo que, depois amparadas por uma mesma denominação, felizmente, venham a convergir com o passar do tempo.

(30) *Festschrift für O. Lenel*, p. 101.

(31) *Griechisches Privatrecht*, Leipzig, 1928, p. 394 e seguintes.

(32) Como se sabe, em Atenas e cidades vizinhas era costume a colocação de marcos (*oroi*) na propriedade hipotecada para afirmar a sua condição de hipotecada. No entanto, não constituíram um "sistema de publicidade" propriamente dito, nem garantiram, ao que parece, a eficácia constitutiva ou a publicidade *erga omnes*. *Vid.*, Ramos Folqués, "Os marcos da Ática ou a publicidade hipotecária no século IV antes de Cristo", em *RCDI*, jul.-ago. 1949, n. 254-255, p. 417 *et seq*. Além disso, se enganaria quem acreditasse que é a primeira forma de publicidade da história: a publicidade através da colocação de balizas era conhecida e muito praticada por babilônios (os "kudurrus" Kasitas) e egípcios (as lápides com esse propósito).

De acordo com Marcel Detienne[33] já no ano 600 a.C., a publicidade não era uma idéia nova. "Em sua dupla acepção de realidade que pertence à coletividade e, na sua qualidade do que se tem por público, é um dado constitutivo do Estado-cidade". Entre os anos 650-600, a escritura é um gesto político do qual são conscientes os próprios legisladores que em seguida se preparam para publicar as leis e os decretos. É por isso que a redação por escrito e a exposição pública das leis de Atenas são, no programa político de Sólon, uma ação homóloga à liberação da terra dos encargos e os homens da escravidão. É também lógico que, logo ao lado dessa publicidade "maior", surjam formas "menores" de publicidade: a dos casamentos, da apresentação de cidadãos às *phratias*, das vendas e negócios sobre imóveis. Na maior parte das cidades, a função da publicidade de decretos e atos jurídicos que se deseja públicos é conseguida através de sua exposição em um ou dois santuários, sob a proteção da divindade titular. Em Mileto, Apolo ocupa o primeiro lugar e o seu santuário, o Delfinion, reúne os tratados com outras cidades, os decretos honoríficos, os decretos atribuindo direito de cidadania, as leis sagradas. Em Argos, o santuário de Apolo Lykeios recebe os decretos que dão cidadania a benfeitores estrangeiros. Em Éfeso,[34] sob a invocação de Artemísia, em seu templo, eram publicadas as transações e participações imobiliárias, sendo tarefa dos pontífices cuidar para que o arquivista tivesse uma cópia do anúncio para comunicá-lo a qualquer pessoa que tivesse interesse.

Possivelmente, a origem do ofício ou escritório público de arquivo dos contratos (*khreofulakion*) que logo se torna comum na Grécia, seja o costume de depositar uma cópia do contrato, devidamente assinado pelas partes e testemunhas e selado, em poder de um terceiro imparcial em quem as partes depositam confiança (*pistis*), prática que nos é relatada por Demóstenes.[35] Assim, o contrato não pode ser alterado, "fazendo fé" do avençado. Desde então, o documento não pode ser reiterado unilateralmente sem o consentimento da outra parte. Para fazer valer o contrato perante os tribunais é necessário solicitar a autorização da contra-parte (*próklesis*) para que o depositário faça a entrega do mesmo a quem deva lê-lo em juízo. Portanto, se o depósito do contrato em posse de terceiro inspira confiança às partes, essa *pistis*, torna-se mais sólida e permanente quando o encarregado de guardar os contratos é um serviço da cidade, estando o documento sob a salvaguarda pública (*demosía pistis*). Por toda parte surgem, no domínio cultural grego, magistraturas encarregadas da custódia e do arquivo (*phulakê*) dos documentos ou escritos originais (*grámmata*) e da produção de

(33) "L'espace de la publicité: ses opérateurs intellectuels dans la cité", em *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, op. cit., p. 37 *et seq.*

(34) Morell y Terry, em seu clássico *Legislación hipotecaria*, t. I, 2. ed., p. 51, notas 2 e 3, cita esta e outras referências das obras de Dareste – ver *supra* – a partir do que tornaram-se citações freqüentes.

(35) Demóstenes XXXIII, *Contra Apatourios*, 36. Também em Isócrates, XVII, p. 19-23.

cópias. Inclusive em Atenas, e nas cidades sob a sua influência, sempre tão reticente à inscrição e ao arquivo, surge o costume de depositar os documentos em poder de um terceiro que costuma ser um magistrado, mas que atua a título gratuito e não desempenhando uma magistratura regular.

Um exemplo da prática de registro de documentos será suficiente, sendo este de uma inscrição helenística de Paros, publicada recentemente por Wörrle.[36] As cópias originais dos documentos vinha se realizando nos arquivos do santuário de Pythion. Ao que parece certos documentos desses foram falsificados ou danificados. Para não correr o risco da guarda de um exemplar único, a cidade de Paros decidiu fazer cópias dos *grámmata* em rolos de papiro. Os *mnémones*, responsáveis por essa operação, teriam a obrigação de entregar todas as vezes as cópias aos *arkontes*, que por sua vez as entregariam aos *apodektes*, um tipo de Registrador, que as depositava na presença dos *arkontes* nos arquivos do santuário de Hestia, onde eram guardadas em um cofre. O acesso ao arquivo era público sendo estabelecido um procedimento detalhado para o exame das diferenças entre o original e as cópias.

Em algumas ocasiões, os documentos deveriam ser redigidos diretamente pelo funcionário encarregado do arquivo ou outro funcionário público e, se desejarmos acreditar no testemunho de Cícero,[37] parece que os funcionários do arquivo exerceriam uma espécie de direito de exame para a sua custódia.

Como assinala Louis Gernet,[38] se for possível distinguir entre um "princípio de publicidade" (Publizitätsprinzip) e o "Archivwesen", isto é, "entre a garantia pública dos direitos reais em matéria imobiliária e a conservação dos documentos que interessam aos contratantes, é evidente que ambas as noções coincidem: o nome *anagrafé* aplica-se tanto a uma como a outra". Além disso, numerosas inscrições terminam efetivamente com uma ordem dupla: prescreve-se, por um lado, a transcrição em uma lápide de pedra ou de outro material duradouro para a sua exposição pública e, por outra, o arquivo em um registro público.

Teofrasto concebe o sistema de *anagrafé* como o mais perfeito e completo dos sistemas de publicidade imobiliária. Através da inscrição, o comprador pode saber a qualquer momento se a coisa pertence a quem diz ser o seu proprietário e se está livre de encargos. É interessante acentuar que o autor fala de dois tipos de registro: "o registro de propriedades" e "o registro de contratos". Sobre o "registro de propriedades" existem duas linhas de opinião: a dos autores que afirmam que estaria organizado pelo sistema do folio-real (registro por propriedades ou

(36) W. Lambrinoudakis-M. Wörrle, "Ein hellenistisches über das öffentliche Urkundenwesen von Paros", em *Cheiron 13,* 1983, p. 283-368.

(37) Pro Flacco, 30; citado por Ursicino Alvarez, "As origens da contratação escrita", em *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. IV, Madrid, 1948, p. 60 *et seq.*

(38) *L'obligation contractuelle...*, op. cit., p. 235.

registre foncier)[39] e a dos que defendem a sua organização por pessoas ou fólio-pessoal).[40] É impossível decidir-se por uma ou por outra solução, em nosso estado atual de conhecimentos, sendo mais que provável que as soluções foram diferentes segundo as cidades. Quanto ao "registro de contratos" possivelmente se trate das listas públicas de atos e transações imobiliárias ordenadas cronologicamente como a que nos conserva a famosa inscrição de Tenos [trata-se de quarenta e seis extratos de inscrições da ilha, datadas entre o ano 267 e 334 a.C. e que podem ser vistas publicadas em IG XII (5), 872].

(39) Hofmann, *Beiträge zur Geschichte der griechischen un römischen Rechts*, p. 95; Beauchet, op. cit., III, p. 320; Schönbauer, *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrecht*, p. 128.

(40) Kunkel, citado por J. Demeyere, *La formation de la vente...*, op. cit., p. 265.

4. DOUTRINA INTERNACIONAL

4.1.2
A PUBLICIDADE IMOBILIÁRIA NO DIREITO MESOPOTÂMICO ANTIGO

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A propriedade imobiliária no Direito sumério-acadiano antigo: 2.1 A propriedade dos templos; 2.2 O palácio; 2.3 Propriedade privada da terra? – 3. A publicidade imobiliária segundo os documentos de venda (kudurrus e tabuletas): 3.1 Elementos pessoais e reais; 3.2 A forma. A tabuleta de argila-dub; 3.3 As testemunhas lú-ki-inim-ma; 3.4 Cerimônias rituais; 3.5 A proclamação pública. O arauto-nigir; 3.6 A participação do escriba agrimensor e do escriba registrador; 3.7 Kudurrus e cravos (a cláusula Kag...dù) – Anexo.

1. Introdução

Em um artigo tão bom quanto oportuno, recentemente publicado nesta revista,[1] Antonio Moro Serrano denunciava a pouca atenção que é dada por nossa doutrina à História da publiciade imobiliária. Resenhou-se os estudos pioneiros de Ramos Folqués sobre as balizas da Ática,[2] as óroi, e sobre o Registro ptolemaico da propriedade.[3] Infelizmente, tanto interesse demonstrado, tanto entusiasmo exagerado pelo Direito contemporâneo comparado, contrastam com o aparente desdém dos nossos hipotecaristas pelo Direito histórico. Se, em 1952, dois eruditos de Oxford sentiram-se obrigados a justificar o esforço dedicado ao estudo de textos jurídicos de civilizações desaparecidas, (refiro-me a G. R. Driver e a J. C. Miles, no prólogo de seu clássico comentário sobre o Código de Hammurabi), atualmente quase sentimos a necessidade de pedir desculpas por ocupar, com o que parecem ser dissertações ociosas, algumas páginas que possivelmente poderiam ser dedicadas a questões mais proveitosas. É evidente que eu não penso dessa maneira e resisto a esse utilitarismo científico tão em voga.

(*) Artigo publicado na *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* 629/1.099-1.141, ano LXXI, jul.-ago. 1995. Trad. Profa. Tereza Jardim, Tradutora Juramentada. Rev. técnica: Sérgio Jacomino, Registrador.

(1) "As origens da publicidade imobiliária", *RCDI* 603/535-572, 1991.

(2) "As balizas da Ática ou a publicidade hipotecária no século IV a.C.", *RCDI* 254-255 (1949). p. 417 *et seq.*

(3) "O registro egípcio da propriedade segundo a literatura papirológica registral egípcia", *RCDI*, número do Centenário da Lei Hipotecária de 1861 (1961), p. 317 *et seq.*

Para progredir no estudo do Direito comparado histórico da publicidade imobiliária, como já expus em outra ocasião, são necessários estudos particulares detalhados sobre civilizações e épocas concretas. Qualquer esforço nesse sentido receberá as boas vindas da comunidade científica.

Faltava em nossa língua um estudo detalhado do Direito mesopotâmico antigo. Ainda que Ramos Folqués tivesse anunciado um trabalho sobre a Mesopotâmia e o Código de Hammurabi,[4] tal trabalho não chegou a ser publicado e, para saber qual seria então o regime de publicidade imobiliária, somente dispomos de referências breves em trabalhos gerais que infelizmente estão centralizados no período cassita.[5]

A escolha do período histórico (as dinastias cassitas foram sucessivas na Babilônia depois de Hammurabi) parece muito pouco acertada: a época não é recomendável devido à obscuridade e à escassez das fontes contemporâneas; ("De todos os povos que habitaram a Mesopotâmia antiga, os cassitas são sem dúvida os mais misteriosos", dirá Georges Roux[6]). Como se não bastasse, tudo leva a pensar que o aparecimento dos povos cassitas na cena mesopotâmica ocasionou uma fissura na evolução histórica e até uma regressão para formas socio-políticas antigas que pareciam superadas (retrocesso da propriedade imóvel particular e triunfo da propriedade coletiva da terra, por exemplo, e no que aqui interessa). Contudo, é compreensível que sejam os cassitas e seus kudurrus (as pedras miliares com função similar à das balizas na Ática) os preferidos dos nossos hipotecaristas. Não é à toa que o efeito de publicidade imobiliária que era alcançada graças a esses kudurrus (o "*ius publicitatis*"; francês, "*publicité*"; alemão, "*Publizität*") mereceu a atenção dos primeiros historiadores do Direito.[7]

Minha contribuição limita-se ao exame das fontes mais antigas e anteriores ao período cassita, sendo que para isto segui o método que apresentei em meu livro sobre o Registro da Propriedade no Egito faraônico e que consiste, em suma, em um cuidadoso e atento exame direto das fontes e da doutrina comparada. Este trabalho divide-se em duas partes: a primeira dedica-se ao traçado, provisório, dos traços distintivos da propriedade imobiliária na antiga Mesopotâmia e, a segunda, com mais atenção nos textos, centrada na publicidade imobiliária segundo dados fornecidos pelos documentos jurídicos conservados.

(4) Em seu artigo da revista de 1961 (número da homenagem), p. 321 na nota 7 bis.

(5) Vide especialmente: Ursicino Alvarez Suárez, "As origens da contratação escrita", em *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1948, t. IV, e em Moro Serrano, op. cit., p. 543 *et seq.*, de preferência as p. 51 *et seq.*

(6) *La Mesopotamie. Essai d'histoire politique, économique et culturelle*, Paris, 1985. p. 221.

(7) Refiro-me, sem dúvida, a E. Cuq e seus *Études sur le droit babylonien*, Paris, 1929, p. 85 *et seq.* e também a P. Koschaker, em *Neue keilschriftliche Rechtsurkunden aus der El-Amarna-Zeit*, Leipzig, 1928, p. 178 e ainda em seu *Über einige griechische Rechtsurkunden*, Leipzig, 1939. p. 101.

Seria conveniente saber o que se entende por "publicidade imobiliária". No que nos diz respeito, "publicidade imobiliária" é a atividade e o resultado de tornar cognoscível o que não deve ser clandestino, referente a negócios e situações jurídicas imobiliárias. Faz-se talvez um uso abusivo do termo, como afirma F. Pringsheim em um artigo famoso e em todo caso equívoco.[8] Deve-se a K.Popper a crítica demolidora dessa pretensa pseudo-ciência preocupada com a formulação de certas leis ou regras do devir histórico. Não posso por isso partilhar da crença geral em uma certa evolução linear na publicidade imobiliária a partir de estágios primitivos de "publicidade-notícia" (a publicidade persegue exclusivamente a cognoscibilidade) até outras formas mais elaboradas de publicidade probatória, legitimadora, constitutiva etc. Desde os tempos mais remotos, a publicidade procura, de uma forma ou de outra, a mesma coisa: a segurança jurídica em sentido amplo. Alteram-se, isso sim, os instrumentos de publicidade, sendo o registral o mais moderno (ainda que não o único) dos que até agora conhecemos e muda, certamente e isso é o fundamental, o sentido e a função da propriedade imóvel dentro de cada sistema socio-político de valores, como argumenta com clareza F. Mesa Martín, em um artigo magnífico sobre a publicidade imobiliária na Espanha medieval.[9]

2. A propriedade imobiliária no Direito sumério-acadiano antigo

Como é sabido, a História começa em Sumer. Na época dinástica arcaica, a Baixa Mesopotâmia, o país de Sumer, era uma região com apenas 30.000 quilômetros quadrados (uma extensão similar à superfície da Bélgica), que contava com pelo menos 18 cidades-estados de extensão reduzida (50 a 500 hectares); territórios formados pela cidade capital, os centros urbanos secundários dependentes e as respectivas jurisdições. O "principado" maior era o de Lagash que seria composto por 16 núcleos urbanos e oito cidades principais, entre as quais destacam-se Lagash-capital, Girsu, Nina e o porto marítimo de Eninkimar. Outras cidades-estados de norte a sul ao longo dos dois leitos do baixo Eufrates, que existiam na época, eram Sippar, Akshak, Kish, Marad, Isin, Nippur, Adab, Zabalam, Shuruppak, Uruk, Larsa, Ur, Eridu... Nesse limite geográfico, a princípio do III milênio, surge um ciclo da civilização ocidental que começa com um acentuado processo de sedentarização da população e com o nascimento dos primeiros núcleos urbanos; o controle hidráulico dos cursos de água e a construção de canais.[10]

(8) "Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque", em *RIDA*, 1951, p. 163.

(9) "O registro territorial na Espanha medieval cristã", em *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero,* Madrid : Centro de Estudios Hipotecarios, 1985. p. 999-1.030.

(10) Sobre a difundida e simplista tese do nascimento do estado nas "sociedades hidráulicas", pode-se consultar o excelente libro de Pérez Largacha, *O nascimento do Estado no Egito*, Aegyptiaca Complutensia II, 1993. p. 2-10.

Todos os historiadores apontam para uma "evidente continuidade" entre a civilização pré-histórica e a propriamente histórica arcaica que delimitam o quadro histórico desta exposição, através dos períodos de Uruk III (3000-2900 a.C.); primeiro e segundo períodos dinásticos antigos (2900-2600 a.C.); terceiro período dinástico de Fara (III EDa: 2600-2450); terceiro período dinástico ou pré-sargônico (III EDb: 2450-2340); período sargônico (2340-2159) e o da III Dinastia de Ur (2117-2008).

O período final desse ciclo histórico estaria representado por essa obra fundamental que é o Código de Hammurabi (c. 1700 a.C.).

O tema da propriedade imóvel como o referido problema jurídico é secundário nos mal denominados códigos mesopotâmicos. Na realidade, tais códigos são somente uma coleção de disposições normativas sobre os problemas jurídicos mais usuais sem pretensão de sistemática ou de universalidade de tratamento. Do chamado Código de *Ur-Nammu* (c. 2080 a.C.), o mais antigo dos conhecidos até agora, somente restam 24 disposições relativas ao Direito penal, à recompensa pela devolução do escravo foragido ao dono e os ordálios fluviais ao acusado de bruxaria. Do segundo deles, o de *Lipit-Ishtar* (c. 1873 a.C.) estão conservados cerca de 43 artigos com muito pouca repercussão imobiliária: somente cabe referir o que se refere ao cultivo de hortas (arts. 11-15) e ao estatuto das propriedades rurais com ônus reais em proveito do Palácio (art. 23). Contrasta com a extensão do Direito familiar (econômico-matrimonial/sucessório: arts. 25 a 35). Entre os códigos ácades anteriores ao de Hammurabi é preciso citar as chamadas *Leis de Eshunna*, erroneamente atribuídas ao rei Bilalama, cem anos anteriores ao Código de Hammurabi, do qual são antecedentes imediatas, e cujo conteúdo quase se esgota com o Direito penal (muito mais benévolo que o de Hammurabi) e o de família em sentido amplo. Acentuarei o retrato gentilício de bens de família (arts. 38-41).[11]

Se não quisermos cair em fáceis anacronismos, devemos evitar deixar-nos seduzir por essa idéia da propriedade imobiliária moderna, que recebemos por herança do Direito romano clássico. Os antigos habitantes dessas regiões explicariam de maneira mitológica o conceito do domínio sobre os imóveis como um resultado do plano divino da criação.

Os primitivos mesopotâmicos desenvolveram concepções surpreendentemente claras sobre a ordem do universo. Sua cosmologia, ainda que conhecida de forma imperfeita,[12] é surpreendentemente consistente.[13] De acordo com uma

(11) Vide Émile Szlechter, "Les anciennes codifications en Mesopotamie", *RIDA* 4, (1957). p. 73-93. Nota bibliográfica extensa em "Introduction bibliographique à l'Histoire du Droit suméro-Akkadien", *RIDA* 3 (1956). p. 41-81. Uma introdução muito útil na edição espanhola de F. Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, 1982.

(12) O livro básico é o de Kramer, *Sumerian Mythology*, New York, 1961, do qual tomo estas notas.

(13) Vide C. J. Gadd. *The Cambridge Ancient History*. 3. ed., vol. I, parte 2, p. 100.

explicação mitológica muito difundida, no princípio de tudo havia o caos, uma massa informe de água denominada Apsu ou "mar primordial". Desse nada surgiria o céu, An e a terra, Ki, divindades profundamente unidas na "montanha cósmica". Da união do casal nasceram os grande deuses, os Annunaki e, especialmente, Enlil. Enlil, nome que evoca a imensidão, o movimento e a força dos ventos, bem como o sopro de vida, seria o que separa o céu da terra. Ele é verdadeiro deus supremo dos sumérios, aquele que escolhe os soberanos e mantém a ordem no mundo.

Do processo gerador de deuses originaram-se certas divindades com traços distintivos próprios e, entre elas, uma que desempenha um papel fundamental: Enki ou Ea que é o inventor e protetor das técnicas, das ciências e das artes e o patrono dos magos. Enki detém os "me", conceito genérico que faz referência às noções básicas da civilização e que em um mito popular sumério incluem até uma centena de instituições que representam a bagagem mental dessa civilização. Entre elas, cita-se o papel proeminente das ordens de governo (a realeza e a hierarquia social e política) e os termos técnicos.

Enki é quem aplicará as leis de Enlil e a quem deve-se a idéia genial da criação da humanidade, o que fará com que se realize o plano divino sobre a terra. Para que os deuses não tivessem que trabalhar era necessária a existência dessas criaturas disciplinadas, ferramentas a serviço de seus donos.

As idéias básicas, a partir das quais os antigos construiriam sua noção de domínio, são as que os mitos expressam alegoricamente: propriedade das cidades-estados pelos deuses protetores e patronos; a indicação de um rei como enviado dos deuses para governar os seus súditos no interesse daqueles; uma sociedade organizada e disciplinada em cujo benefício o plano criador previu a concessão de habilidades e artes diversas que são a fonte de especialização econômica e estratificação social.[14]

Esta explicação mitológica concorda com os dados históricos e arqueológicos de que dispomos. Num primeiro momento é o Templo o núcleo da vida social, econômica e cultural. Como centro ritual e organizacional das primeiras comunidades urbanas, o templo desempenhou um papel fulcral. Pouco depois da metade do Terceiro milênio a.C., no período denominado pré-sargônico, é comum entre os eruditos a opinião que o controle do estado e da terra estaria centralizado nos templos. Esta explicação tradicional, mais válida para o sul mesopotâmico (o país de Sumer) do que para as regiões mais ao norte (o país de Akkad), responde ao que se denomina de Estado-templo. Em um sistema assim, a propriedade imóvel particular (entenda-se privada familiar) tem um caráter residual e muito secundário.

Pelo menos a partir do período sargônico (de Sargão de Akkad, o construtor do primeiro "império" mesopotâmico) os reis começaram a acumular grandes superfícies de terra que distribuíram entre seus seguidores, terminando o proces-

(14) *The Cambridge Ancient History*, cit., p. 103 *et seq.*

so de centralização com a III Dinastia de Ur, no que muitos chamam (de maneira anacrônica, é verdade) de "socialismo de Estado".[15]

No final do período, com o II Milênio já começado, a propriedade imóvel particular é uma realidade inegável.[16]

Para explicar os diferentes sistemas de exploração da terra seguiremos I. J. Gelb que descreve a Mesopotâmia como um país de pequenas cidades-estados, cada uma com uma praça fortificada, onde o governo central tem sua sede, de pequenas cidades com alguns centros administrativos e uma articulação de unidades domésticas ou "casas" (*óikos* em grego; *familia*, em latim; *pr*[17] em egípcio).[18]

O termo sumério é Ac., *bîtum* e apresenta polissemia similar ao seu equivalente espanhol "casa", uma vez que significa ao mesmo tempo coisas diferentes: uma casa-morada; uma família ou clã; uma dinastia e uma unidade econômica e patrimonial. Era tal o respeito que os antigos mesopotâmicos tinham com os conceitos que com freqüência escreviam "casa" com o determinativo "d" (sum., *dingir*) – dÉ – como um elemento "divino" em nomes pessoais compostos.

Os tipos de "casas" no período que estudamos são as seguintes:

1) públicas

a) o templo: por isso "é+nome da divindade" é a "casa do deus N" e as terras ou propriedades são *é dingir*, isto é: da casa do deus (ou deuses).

b) a Coroa, o Palácio, os centros administrativos "públicos".

Por esse motivo: *é-gal* é o palácio; *é-sag-du* (é+profissão), a casa do escriba-registrador etc.

2) as casas "privadas".

O chefe da casa (o "proprietário") recebia em sumério o nome de *lugal* ou *en* e *sărrum*, *bêlum* ou *ênum* em acádico; termos que denotam sempre a idéia de supremacia. Sob o seu comando e a serviço da casa delineia-se desde os primeiros tempos uma realidade social estratificada e muito hierarquizada que se explica na clara distinção terminológica *bêlum/wardum* (senhor/dependente).[19] Essa realidade social sustenta-se em um sistema de valores evidentemente "patriarcal" onde todos, do rei para baixo na escala social, são "escravos".[20] Não é por acaso

(15) Cf. Georges Boyer, "La vente dans l'Ancien Droit babylonien", *RIDA*, 1953, p. 50.

(16) Cf. J. Renger, "Interaction of temple, palace, and 'private-enterprise' in the Old babylonian Economy", em *State and Temple economy in the Ancient Near East*, I, Leuven, 1979. p. 249-256.

(17) *Vide* Fernández del Pozo, *La propriedad inmueble* y *el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico*, Colegio de Registradores, 1993. p. 59 *et seq.*

(18) I. Gelb em "Household and family in Early Mesopotamia", em *State and Temple Economy in the Ancient Near East*, I, op. cit., p. 1-98.

(19) Cf. por todos C.K.Maisels, *The emergence of civilization*, London and New York, 1993. p. 146 *et seq.* e também na p. 273.

(20) C. K. Maisels. *The emergence of civilization*, London and New York : Rouledge, 1993. p. 273.

que o primeiro escravo é o monarca como servo do deus nacional. Assim, por exemplo, no Norte, em Assur, o rei era chamado *išši' ak Aššur*, isto é: "o intendente ou representante de Assur" e o deus também chamado Assur, como a própria cidade, era o *lugal*, seu verdadeiro dono.

2.1 A propriedade dos templos

Desde a publicação de um famoso livro de A. Schneider, em 1920, seguido depois de um artigo fundamental de A. Falkenstein sobre a cidade suméria e o sistema econômico de exploração centralizado nos templos ("Sumerische Tempelstadt", "Sumerian Temple City"), é comum examinar a organização socio-econômica paleo-mesopotâmica do III Milênio a.C. referida à dicotomia Templo-Palácio: "Tempelwirtschaft" v. "Palastgeschäft".

A bibliografia básica que seguimos na exposição deve começar com a citação das duas obras nas quais se propõe o modelo da comunidade do templo: A. Schneider, *Die Anfänge der Kulturwirtschaft: Die sumerische Tempelstadt*, Essen, 1920 e o artigo de A. Falkenstein, "La cité-temple sumérienne", nos *Cahiers d'histoire mondiale 1/4* (1954), p. 784-815 do qual há uma tradução inglesa: *The Sumerian Temple City, Monographs on the Ancient Near East 1/1*, Los Angeles, 1974. Publicado anteriormente e referindo-se às reformas de Urukagina citamos o artigo pioneiro de Deimel, "Sumerische Tempelwirtschaft zur Zeit Urukaginas und seiner Vorgänger".

Uma revisão marxista por ocasião do estudo do "modo de produção asiático" com estimativas e cálculos muito discutíveis, na obra de I. M. Diakonoff, sobretudo no livro *Society and State in Ancient mesopotamia: Sumer*, Moscou, 1959 e também na coleção *Ancient Mesopotamia: A Socio-economic History. A collection of studies by Soviet Scholars*, Moscou, Nauka Publishing, 1969 e no artigo "On the Structure of Old Babylonian Society" no livro de H. Klengel, *Beïtrage zur sozialen Struktur des alten Vorderaisen*, Berlim, 1971, p. 15-31.

As contribuições soviéticas ocupam um lugar preferencial na exposição a partir da perspectiva antropológica de C. Keith Maisels, *The emergence of Civilization*, Rouledge, London and New York, 1993.

Por fim, pode-se consultar sobre o estado da questão: I. J. Gelb, "On the Alleged Temple and State Economies in Ancient Mesopotamia", na obra coletiva *Studi in onore di Edoardo Volterra VI*, Milano, 1971, p. 137-154. Uma versão nova em B. Foster, "A new look at the Sumerian temple state", JESHO 24, 1981, p. 225-241. Também em S. Kramer, "The temple in Sumerian literature", *Temple in Society*, Eisenbrauns, 1988, p. 1-16.

O exame dos arquivos do templo da deusa Baba, da cidade de Girsu, datados do Período dinástico antigo III B (c. 2400 a.C.) nos permite formular (mesmo que provisoriamente) um quadro com relativa coerência segundo o qual o Templo constituiria a unidade de exploração básica e o terreno de produção cerealista, demarcado dentro do mesmo uma posse exclusiva da divindade tutelar.

Os templos desempenhariam uma função "catalizadora" no complexo processo histórico de formação das cidades-estados no despertar do Terceiro milênio devido à fusão de três funções: o templo como centro de culto à divindade tutelar; como aglomeração urbana e como unidade econômica.

O templo constitui um núcleo de população sedentária, resultado da "afluência ao longo do segundo quarto do III milênio a.C., da população arruinada pelas guerras, calamidades naturais ou obrigada a emigrar de seus lares por disputas com seus parentes".[21] Para ali afluiria essa gente em deslocamento, visando acolher-se sob a proteção de uma "casa" mais poderosa. Membros do templo e seus servidores, a "casa de deus" é integrada por uma população livre e em menor medida servil, devidamente hierarquizada e com funções econômicas relativamente especializadas. População que é alimentada em atenção ao seu *status* e com recursos retirados do templo.

A propriedade "coletiva" das unidades familiares integradas no templo se cristalizaria em um conceito divino da titularidade do patrimônio do templo. Tal conceito lembra o medieval, segundo o qual os monastérios e seus domínios seriam propriedade do santo padroeiro.

Muito se tem especulado sobre a possível existência de uma "democracia primitiva".[22] O mais provável é que na origem da propriedade privada esteja a propriedade coletiva da terra pela comunidade. Esta determinava a terra comum em lotes para a sua exploração. Nestas condições é lógico que toda a comunidade demonstre direitos comuns sobre a terra, o que se traduz em sua participação em todo ato de alienação, segundo o sistema conhecido nas economias da zona do Oriente Médio com o nome de 'musa' ou propriedade "compartilhada", estudado pelos antropólogos.[23]

O patrimônio do templo (de cada templo) é a "casa de deus": *é-DN*. O templo cumpriria uma função própria ou de culto (alimentar e servir aos deuses) e de beneficência, desempenhando ainda um papel econômico fundamental como centro de produção e redistribuição de rendas.

Os ganhos do templo procedem da exploração, direta e indireta, de seu domínio agrícola; do gado do templo, dos recursos de piscicultura (pesca fluvial e marítima) e da elaboração "industrial" de produtos manufaturados a partir dos primários e do comércio (nada desprezível é o papel desempenhado pelos comerciantes, a grosso modo chamados de tamkarum, a serviço das instituições em tarefas de distribuição e intercâmbio de bens).

(21) Cf. Maisels, op. cit., p. 155.

(22) Consultar o artigo pioneiro de T. Jacobsen, "Primitive Democracy in Ancient Mesopotamia", em *JNES* 2 (1943). p. 159-172. Vide também: Henri Franfurt, *Reyes y dioses*, na tradução espanhola da *Revista de Occidente*, Madrid , 1976. p. 240 *et seq.*

(23) Cf. Foster, *Administration and Use of Institutional Land in Sargonic Sumer*, Copenhagen, 1982, p. 113, em citação de Gelb, *CRRAI* 18 (1970) (=*ABAW NF 75* (1972)), p. 91.

O solo é administrado pelo templo no interesse de seu titular (a divindade) e permanece vinculado: o templo não pode alienar os bens considerados como "mãos mortas" porque não são seus, mas do deus.

A terra estaria dividida em três partes. Uma, é constituída pela reserva própria do templo. Trata-se do "campo do senhor (deus)", *gán-en ó gán-níg-en-na.* Nos tempos sargônidas e neosumérios, receberia a denominação de "terra dos bois" (*GÁNA-gud*) porque são os bois da instituição os instrumentos de cultivo.[24] O solo reservado ao deus era cultivado no templo pelos agricultores vinculados a essas instituições (engar). Todos os membros da comunidade política-"templo" estariam sujeitos a deveres de cultivo e a prestações obrigatórias ("corvées") sazonais, como as derivadas dos trabalhos de irrigação e canalização da água (construção e limpeza de diques e canais). O que era produzido era guardado no armazém do templo. Também os instrumentos agrícolas e juntas de bois e burros usados nos trabalhos do campo, guardados em seus estábulos e armazéns, eram fornecidos pelo templo, bem como o grão para a semeadura.

O templo necessitava de um considerável número de pessoas para a exploração da terra cultivável. De 1000 a 1200 pessoas constituiriam o pessoal de Baba (chamados coletivamente *lú-ba-ba*, "as pessoas de Baba").

A posição na cadeia hierárquica determinava a categoria e a porcentagem de participação nas rendas, uma vez que o templo administrava um sistema muito complexo de divisão de rendas, pagáveis em espécie ("ration-system").[25]

Denise Cocquerillat que estudou as "prebendas patrimoniais" dos templos,[26] demonstrou que já na época babilônica os benefícios inerentes aos serviços religiosos nos templos eram transmissíveis e permutáveis. A prestação dos serviços religiosos pelos participantes no culto, na provisão dos templos ou na administração diária dos mesmos, dava direito a "alimentos" que consistiam em certa fração das oferendas rituais apresentadas à divindade e que depois revertiam aos beneficiários e, algumas vezes, à posse de "campos para alimentos" sobre os que recaía o encargo do serviço religioso.[27] Os campos eram transmissíveis por herança ou adoção e poderiam ser vendidos com o gravame ou permutados por outros.

Como demonstra A. L. Oppenheim: "o ato de consumo ritual da comida (oferecida aos deuses) (...) representa o *mysterium* central que proporcionou a

(24) Cf. Foster, "Commercial activity in Sargonic Mesopotamia", *Iraq* 13, p. 31-43; *Administration and Use of Institutional Land in Sargonic Sumer,* Copenhagen, 1982. p. 111 *et seq.*

(25) Cf. I. J. Gelb, "The Ancient Mesopotamia Ration System", em *JNES* 24 (1965). p. 230-243.

(26) Em "Les prébendes patrimoniales dans les temples à l'époque de la I dynastie de Babylone", *RIDA,* 1955. t. II, p. 39 *et seq.*

(27) Cf. R. M. Sigrist, em *RA* 71 (1977), p. 117-124, onde se demonstra a sobrevivência do sistema da economia do templo, em seu esquema de funcionamento básico (oferenda / reversão) no período paleo-babilônico.

efetiva *ratio essendi* da prática do culto diário e tudo o que isto significou nos aspectos econômico, social e político".[28] R. Marcel Sigrist, examinando centenas de documentos do templo de Ninurta em Nippur e datáveis do século XIX a.C., provou a equivalência essencial entre as rações de subsistência (šattukku) oferecidas às divindades da cidade de Nippur na época paleo-babilônica e as rendas diárias de um grande número de seus servidores.

Outra parte do solo seria constituída por lotes de tamanho variável, cedidos para exploração a certos colonos (ou talvez melhor, enfiteutas) em troca de uma renda a pagar à instituição em espécie e em uma parte da colheita (no período pré-sargônico em Lagash, apenas 1/7 ou 1/8 da colheita, frente a 1/3 dos tempos da III dinastia de Ur). Eram os "campos de cultivo" ou *gán-úru-lá* (o *eqlum erreshutum* das fontes ácades).

Havia também uma terra-*kur* ou *gán-kur*, concedida como dotação ou prebenda (o "beneficium" das fontes pós-clássicas) a certos servidores públicos (dignatários, funcionários e empregados) a título de dotação e que está vinculada à prestação de uma função. São os campos "para alimentos" ou de subsistência das fontes posteriores (*eqlum kurummatum*). No tempo dos sargônidas e dos neo-sumérios, o sistema popularizou-se com o nome de *shuku*. O serviço retribuído com o campo consistiria no cultivo no caso dos *engar*, ou o serviço próprio do cargo do titular.

A cidade-estado comporta vários templos (e várias unidades econômicas): o de seu deus principal ou protetor da cidade (Nanna em Ur, Zababa em Kish, Shara em Umma, Ningirsu em Girsu...) o de sua esposa e família e o de outras divindades menores em número variável. A extensão do domínio de cada templo variaria, pois, em função do número de templos existentes e da posição hierárquica de cada templo, a qual resultava de uma complexa evolução histórica. No principado de Lagash, por exemplo, existia o templo da deusa Baba (esposa do deus local), que era governado em seu nome por seu homólogo "terrestre", a esposa real do *ensi*, junto com outros templos que por sua vez eram governados por administradores ou grandes-sacerdotes ou *shanga*, todos sob a orientação final do soberano.

O sistema imobiliário revelado pelas fontes dessa época faz lembrar o da propriedade feudal com um "domínio eminente" ou superior e teórico da divindade. Os templos administram as grandes propriedades imóveis, autênticos *ager publicus*. O rei, seus governadores e o "Palácio" controlam os administradores dos templos (os *shabra* e *shanga*) os quais, por sua vez, mantêm sob suas ordens uma massa hierarquizada de funcionários.

2.2 O palácio

Dissemos que, de acordo com a explicação "tradicional", uma imensa proporção do solo (na estimativa de Diakonoff entre uma quarta parte e a metade do

(28) "The care and feeding of the gods" em *Ancient Mesopotamia*, 1964. p. 191.

principado de Lagash) seria explorada pelos templos; porém, resta uma parte nada desprezível de *ager publicus* não enquadrada no templo mas sim sob o controle do "Palácio" e uma propriedade privada (melhor, privada-familiar) que teria uma importância marginal (pequenas superfícies e pequeno número de imóveis "livres": casas, hortas ou jardins).

A posição do soberano no sistema econômico da cidade-templo é objeto de grandes discussões. Parece não restar dúvida de que, já desde o início do período dinástico arcaico, existiria junto ao chefe religioso (grande sacerdote ou rei-sacerdote primitivo) um chefe secular que, de maneira ainda pouco conhecida, vem a tornar-se o soberano do principado como "eleito" do deus de quem é mandatário. Logo o soberano obtém terras e empreende uma atividade econômica, possivelmente às custas dos templos e em paralelo ao sistema de exploração da terra por estes. Outra parte da riqueza imóvel dos reis, e também de nobres, procede da aquisição voluntária ou forçosa das terras privadas dos "clãs familiares" (o setor "private-communal" de Diakonoff: "community land in the hereditary possession of patriarcal extended families".[29]

Uma prova palpável de tudo isto são as primeiras leis conhecidas, as de "Reforma" do possivelmente usurpador rei Urukagina, último soberano antes da dinastia de Sargão de Akkad (c. 2350 a.C.).[30] Essas leis descrevem uma situação anterior ao seu reinado, marcada pela impiedade e pela injustiça, que o monarca pretende corrigir devolvendo as terras aos deuses que antes haviam sido despojados delas e voltando a uma situação tradicional, que existia em "dias distantes onde se perde a memória dos homens".

Um texto, que é citado muitas vezes, diz o seguinte: "Na casa do *ensi* da cidade, nos campos do soberano da cidade, [o rei Urukagina] reinstalou o deus Ningirsu como seu senhor". E o mesmo se repete em favor da esposa de Ningirsu, a deusa Baba e dos filhos dos dois esposos divinos.

Tudo leva a crer que o *ensi* se havia apropriado de terras destinadas ou reservadas ao culto dos deuses. Em seguida, é narrado como ele se havia servido dos bois do templo para cultivá-las; foram confiscadas as melhores juntas de bois e burros dos sacerdotes, repartindo-se o grão devido a eles entre sua "gente" (*erén*). O mesmo texto legal denuncia as infrações cometidas por funcionários e sacerdotes contra a população: os sacerdotes extorquiam os fiéis com dízimos incomuns pela celebração de certas cerimônias de culto, como as que se realizavam por ocasião dos funerais; o governador da cidade recebia uma taxa de cinco *shekels* de prata pelo registro dos divórcios e permitia ao grão-vizir (*sukkalmah*) a cobrança de uma taxa adicional...

Das leis de Reforma conclui-se, com clareza, que a população já deveria ser proprietária de terras, pois, entre as ofensas descritas estão as vendas forçadas de

(29) "The rise of the despotic state on Ancient Mesopotamia", op. cit., p. 176 *et seq.*

(30) M. Lambert, "Les réformes d'Urukagina", em *RA* 50, 1956. p. 169-184; "Recherches sur les réformes d'Urukagina", *Orientalia* 44, 1975. p. 22-51.

casas em favor de altos funcionários e por preço muito inferior ao real, reconhecendo-se o direito dos cidadãos mais humildes ou mais vulneráveis (mencionam-se os pescadores, os barqueiros, os sitiantes e os criadores de gado) a um preço justo.

É impossível saber quando se realizaria essa hipotética separação entre o templo e o Palácio, o que levaria o soberano a residir em uma casa fora do recinto do templo, conhecida como *é-gal* (o Palácio; *ekallum* em ácade). Para justificar este fenômeno histórico recorre-se a uma evidente especialização de funções: o Palácio se ocuparia das grandes obras públicas, das "relações exteriores" (a guerra e a paz com os Estados vizinhos e o comércio internacional) e de uma certa atividade "empresarial" própria (em Lagash, por exemplo, a indústria têxtil estava sob o controle do Estado).[31] O Templo, do culto e oferenda aos deuses, é claro, e das funções de beneficência[32] e do resgate de prisioneiros[33] também era um formidável centro econômico encarregado, entre outras tarefas, da exploração do solo agrícola, cuja renda redistribuía entre a população subalterna.

Em todo caso, o Palácio contaria com um notável pessoal especializado (como o pessoal do Templo) que retribuiria da forma habitual: "porções" (rendas "salariais" derivadas de seus rendimentos e em atenção à posição do beneficiário) ou por meio de campos arrendados ou em retribuição aos serviços prestados, reproduzindo assim o sistema de manutenção dos templos.[34]

No período neo-sumério, por exemplo, em Lagash, o Palácio contava com mais de 400 funcionários e pessoal masculino (*gurush*) e feminino (*gemé*) a seu serviço: numerosos servidores denominados pelo termo vago de "aqueles que estão perto do rei" (*lugal.ra.ús.as*), sob a responsabilidade de um funcionário superior ou *shabra.é* (equivalente ao *shabra*, funcionário superior dos templos).

A criação de um Estado-cidade, de um reino ou de um Império (se tomarmos estes últimos conceitos com muitas reservas), seria o resultado de uma complexa articulação: cidade/território; cidade-principal/cidades-subordinadas; cidade-Estado soberana/cidades-Estados vassalas e, em última instância da economia do Templo e do Palácio (as "casas de deus" e da Coroa).

Assim, exemplo de sistematização administrativa, na III dinastia de Ur, só haveria o de Ur, onde os núcleos urbanos somente eram centro de circunscrições administrativas sob as ordens de um governador com o título de *ensi* ou *shagin*: o primeiro representava a mais alta autoridade civil; o segundo, a mais alta autoridade militar.

(31) Pode-se ver os artigos de H. Limet, "Le rôle du Palais dans l'économie néo-sumérienne", p. 235-248 e o de Johannes Renger, "Interaction of temple, palace, and "private" enterprise in the Old babylonian Economy", ambos em *State and temple Economy in the Ancient Near East*, Leuven, 1979. vol. I.

(32) I. J. Gelb, "The Arua Institution", em *RA* 66 (1972), p. 1-32.

(33) I. J. Gelb, "Prisoners of war", em *JNES* 32 (1973).

(34) Cf. Georges Roux, *La Mésopotamie*, Paris, 1985. p. 156 *et seq*.

O exercício dos cargos por simples funcionários a serviço da Coroa, atribuía direitos econômicos sobre os territórios governados por seus titulares e cobrados como "impostos" (além dos remetidos à Coroa). Os governadores ocupavam-se de recolher as oferendas destinadas ao rei e aos deuses e da administração econômica do principado até nos mínimos detalhes, interferindo na gestão dos templos, dispondo ainda de seu próprio pessoal subalterno pertencente à "casa do governador"; em Lagash, por exemplo, a casa do *ensi* contava com 62 escribas-registradores, 11 geômetras, 21 gerentes de depósitos, 213 operários e 162 servos dependentes do chefe administrativo superior ou *shabra-é*, além de 132 *gurush* (homens) e 53 *gemé*.

Dentro de cada cidade, uma grande parte da terra estaria enquadrada nos templos e seus funcionários sob o controle do soberano por meio de seu representante que exerce sua autoridade utilizando o selo em numerosos atos realizados "por ordem do governador" (*inim.ensí.ka.ta*) ou sob a responsabilidade do governador (*gìri.ensí.ka*). Na direção de cada templo havia um grão-sacerdote com o título de *sanga* ou *sabra*, e um grande número de pessoal subalterno, devidamente hierarquizado.[35]

Havia uma rigorosa divisão hierárquica do pessoal do templo, segundo a ocupação de cada um. Gelb[36] propõe a seguinte descrição do pessoal dos templos de Lagash, na época da III dinastia de Ur:

a) pessoal da alta direção: categoria que inclui os "mais velhos" ou *ab-ba-ab-ba-me* à frente dos que, administrando o patrimônio do templo, estaria o sumo sacerdote ou *sanga* do templo ou o administrador *sabra*; os oficiais de alta qualificação entre os quais se destacam os arquivistas (*GÁ-dub-ba*); os *sag-du*, o supervisor do grão (*ka-gur*) e o chefe da equipe dos trabalhadores e soldados (*nu-banda er-in-na*) e os oficiais de menor categoria como escribas, tesoureiros...

b) capatazes *engar nu-banda gud-me* ou "chefes das equipes de trabalho agrícola e do gado".

c) Trabalhadores e profissionais *erín-me*: lavradores organizados em grupos sob o comando de um supervisor, soldados, canteiros, joalheiros, artesãos, pescadores, mensageiros e até comerciantes a serviço do templo (*dam-gàra* e *garash*).

d) Velhos, viúvas, crianças, pobres, vagabundos, aleijados etc. sob o cuidado do templo como instituição de beneficência ("The Arua Institution").

(35) Contamos com uma documentação admirável desse período, graças aos arquivos reais desenterrados de que dispomos. Até hoje foram publicadas mais de 18.000 tabuletas e o número das não publicadas é mais elevado. Para a administração neo-suméria são livros básicos os de T. B. Johns e J. W. Snyder, *Sumerian Economy Texts from the Third Dynasty of Ur*, Minneapolis, 1961; S. T. Kang, *Sumerian Economic Texts from the Umma Archive*, Urbana, 1973; J. P. Grégoire, *Archives Administratives sumériennes*, Paris, 1970.

(36) Em seu artigo, "Household and family in Early Mesopotamia", op. cit., p. 14 *et seq.*

É significativo que o título *lugal*, com o qual os monarcas sumérios gostam de ser chamados, (a primeira ocorrência certa data de 2700 a.C. e é referente à cidade de Kish) significa "grande homem" e indica etimologicamente uma relação de superioridade de categoria ou hierarquia, que também se aplica à propriedade sobre uma coisa ou um escravo.

Jacobsen afirma que, originariamente, o termo "lu-gal" designava o titular da mais alta potestade doméstica sobre a "família" (a "casa") e o qualificativo "grande" devia-se ao seu poder, que se estendia a toda a "grande casa" ou *é-gal*. Um poder que era realmente eminente porque incorporava o poder sobre a sua própria casa e sobre todas as outras casas subalternas, "his personal servants and retainers bound to him by exceptionally strong ties of dominance and obedience".[37]

No Direito sumério-acadiano, onde não existe um conceito técnico de "propriedade",[38] e em que a noção de domínio não foi objeto de elaboração doutrinal ou jurisprudencial (é só consultar o Direito positivo dos Códigos e o prototipo de todos eles que é o de Hammurabi), a expressão *lugal* é traduzida por "proprietário" e, em contratos e *kudurrus*, o dono da terra é o *lugal gán* ou o seu equivalente ácade *be-lu GÁN*, literalmente, "o senhor da terra".

Existe, entre os historiadores e juristas, uma convicção generalizada segundo a qual nota-se um claro processo de "secularização" da propriedade imóvel no ciclo histórico que começa com o período de Uruk (nascimento da civilização, 3750-3150 a.C.) e seus reis-sacerdotes "vicários dos deuses" e que termina com a afirmação decisiva do soberano na época de Hammurabi (I dinastia babilônica).[39] Reis e nobres iriam forjando o seu patrimônio pessoal às custas do dos templos (os textos distinguem o patrimônio pessoal da casa real e o do Palácio) e em seu conjunto todo o sistema seria dirigido pelo soberano através de uma cadeia piramidal de direitos sucessivos sobre as terras.

2.3 Propriedade privada da terra?

Um dos tópicos de discussão entre os orientalistas é o que se refere à existência de propriedade privada sobre os imóveis, uma vez que a propriedade particular sobre móveis sempre esteve documentada.[40] Independentemente do ponto de

(37) "Early political development in Mesopotamia" em *Zeitschrift für Assyriologie*, Neue Folge 18 (52), p. 119.

(38) Cf. Guillaume Cardascia, "Le concept babylonien de la propriété", em *RIDA*, 1959, VI, p. 19-32.

(39) Cf. R.Harris, "On the Process of Secularization under Hammurabi", *JCS* 15 (1961), p. 117-120.

(40) Em caráter geral pode-se consultar *Encyclopedia of Social Science*, New York, 1937, p. 74, o artigo de C. Brinkman no verbete "Land tenure", para quem o conceito de propriedade privada individual (não vinculada ao grupo) é noção recente e não aplicável à Mesopotâmia do III milênio.

vista que se adote em relação à suposta primazia do Templo ou da Coroa, durante todo o III milênio, uma convicção comum a todos os estudiosos é a de que no início do II milênio a.C. iria produzir-se uma modificação substancial da titularidade da terra: um grande número de documentos legais atesta, sem nenhuma dúvida, a existência de terras possuídas por indivíduos que as dão em pagamento, oneram, compram ou arrendam de outros indivíduos.

No esquema sempre provisório da cidade-templo suméria, virtualmente toda terra estaria enquadrada na administração dos templos.

O "setor-institucional" ("público") da economia estaria também representado pelos domínios da Coroa ou Palácio e os de certos nobres. Em todos estes casos, a terra está sob a administração da coroa, templo ou nobreza cujos representantes atuais a teriam como "fiduciários" e, teoricamente, como representantes do estado e por toda a duração do cargo.

São notáveis as diferenças entre as regiões. Tudo leva a crer que no distante Sul mesopotâmico (Uruk, Ur, Eridu e Larsa) a propriedade privada desempenharia um papel residual: papel proeminente do Templo na administração das terras; poucos documentos de vendas de lotes; extensão dos lotes comprados ou vendidos muito inferior à que aparece nos documentos do resto da Mesopotâmia e, como titulares, de maneira significativa, uma reduzida elite (o rei ou altos funcionários laicos ou dos templos).

A situação muda consideravelmente mais ao Norte (incluindo aqui não somente a Babilônia, a Assíria e a região do Diyala mas, também, a zona em torno de Nippur). Dessa zona temos mais documentação de propriedades privadas e com maior extensão. Os templos desempenham além disso um papel muito menor do que na economia do longínquo sul.

Percebe-se ainda a existência de uma notável evolução histórica. É possível que no período pré-sargônico, pelo menos na baixa Suméria, a grande parte da propriedade imóvel estivesse incluída no sistema da cidade-Templo; mas já não há dúvida de que, no final do período dinástico antigo, os monarcas dirigiam de fato como titulares definitivos todo o sistema econômico, evolução que culminaria com uma centralização estatalizadora na época da III dinastia de Ur. Em seu conjunto, pode-se dizer que o sistema de distribuição ou "ration-system" sobre as rendas dos templos terá uma grande evolução para o sistema de exploração imóvel, baseado principalmente na designação de terras aos particulares sob o sistema de benefícios ("feudos") ou em arrendamento, sistema muito próximo já da propriedade privada.

De onde vem, pois, a propriedade privada do indivíduo ou do grupo familiar? E. Szlechter recentemente formulou uma hipótese convincente.[41] Segundo esse

(41) "De quelques considérations sur l'origine de la propriété foncière privée dans l'Ancient Droit Mésopotamien", em *RIDA* 6 (1958), p. 121-136. Pode-se ver também do mesmo autor: "Le Droit de propriété et la possession (Codex Hammurapi)", em *RIDA* 36 (1987), p. 11-23.

autor, a propriedade privada é o resultado de um processo histórico de decantação progressiva ou de formação a partir das terras vinculadas originalmente aos templos: as terras de dote ou em *prebenda-kur* (os benefícios concedidos como contra-partida da prestação de um serviço ou uma função) e as terras dadas em arrendamento ou colonato. É possível conhecer o estado final da evolução examinando a propriedade no período paleo-babilônico (época de Hammurabi).

Os titulares dessas funções, próprias do pessoal dos templos, tornavam-se credores (em alguns casos e em atenção à hierarquia do sujeito beneficiário) da entrega em desfrute de certas parcelas de extensão variável que as fontes sumérias denominam de "campos para alimento". São terras de dotação da função primeiramente inalienáveis. Acontece que as funções exercidas nos templos tornam-se, se é que não o foram sempre, hereditárias. A posse da terra seria, conseqüentemente e dada a vinculação desejada entre terra e função, também hereditária. O beneficiário adquire um direito perpétuo e transmissível de desfrutar por herança, que é muito próximo ao de propriedade.

Como os templos, também o Palácio retribuía aos seus funcionários com "campos para alimentos" dando lugar a algo parecido a "feudos". No período sargônico aparece um novo tipo de terra, a "terra da coroa" ou a que seria distribuída em troca de serviços a serem prestados à coroa e resultado, muito possivelmente, de confiscos do domínio dos templos e expropriações. A partir do período neo-sumério (III dinastia de Ur) o Palácio nos é mostrado nos documentos desempenhando um claro papel "secularizador". Reis (*lugal*) e governadores (*ensi*) aparecem nas fontes como titulares de imóveis que exploram com colonos, ocorrendo o mesmo com muitos outros cargos com respeito a imóveis-"*sukusu*". Estas terras, bem como as funções e as terras dadas em prebenda aos funcionários dos templos, tendem a tornar-se hereditárias e patrimoniais ainda que o Palácio tentasse às vezes opor-se a que se tornassem patrimônio definitivo, como mostram as medidas adotadas por Hammurabi.

A regulamentação mais completa do sistema de terra beneficiária (a contida nos parágrafos 26 e seguintes do C.H. e textos concordantes) se parece *grosso modo* ao sistema feudal e responde a um esforço consciente da parte do rei de secularização e controle estatal da exploração das terras pertencentes à Coroa. Certos serviços chamados *ilkum* e diversos outros (profissionais, artesãos, militares, do Estado etc.) eram retribuídos em terras ou feudos que também recebiam o nome de *ilkum*. Os feudos de certos titulares – soldados, marinheiros ou "recebedores de rendas" (um colono ou feudatário lavrador) – não podem ser vendidos (&36) e em caso contrário, a venda é nula (&37). Estes mesmos feudatários não podem entregar os bens enfeudados à sua mulher ou à filha (em doações nupciais ou dotais), nem dá-los em pagamento de dívidas aos seus credores (&38), também para evitar que o Estado se veja privado dos serviços que interessaram quando foi concedida a terra gravada com o gravame. Não acontece isso com os bens particulares não sujeitos a oneração feudal e que são livremente transmissíveis (&39). Tratando-se de outros serviços diferentes dos enumerados antes e a que se refere o &36, parece que seria indiferente ao Estado quem os prestasse, pois o

&40 do C.H. permite a alienação dos feudos de funcionários religiosos, mercadores e qualquer outro feudatário desde que os serviços sejam prestados pelo adquirente. O Estado se reservará o domínio eminente da propriedade dada em feudo porque em certos casos ela volta à Coroa, que pode proceder à sua re-atribuição em favor de outros beneficiários, como ocorre em caso de comisso pelo não cumprimento das ordens reais (&26) ou abandono (&27 quando o feudatário é feito prisioneiro e até que volte) ou por falta de cultivo durante três anos (&28), sendo que nesse caso o sucessor será quem a cultivou. Supõe-se que o feudo reverteria à Coroa quando há a extinção da casa, não havendo descendência direta ou colateral.

Seja como for, desde a antiguidade mais remota a propriedade imóvel particular está documentada: hortas, casas e até campos "pertencem" a unidades domésticas sob a chefia de um *pater-familias*. Aqui não é o melhor o lugar para examinar o regime jurídico familiar e econômico matrimonial na época arcaica da cultura mesopotâmica (questão muito complexa). É suficiente saber que é a família, mais que o indivíduo, quem ostenta a titularidade sobre os bens da casa, inserindo-se as unidades domésticas em outras "casas" maiores que também ostentam direitos sobre os bens adscritos (o Templo, o Estado representado pelo *lugal* ou o *ensi* etc.).

O patrimônio da casa de um indivíduo está vinculado ao sustento da família (mulher principal, concubina ou concubinas, filhos de umas e de outras e, eventualmente, servas e servos em geral) e do culto doméstico. A alienação dos bens a estranhos é a exceção e não a regra e, nos primeiros tempos, seria necessário o compromisso dos diferentes ramos dinásticos que ostentam direitos sobre os bens incorporados ao patrimônio familiar, seja a título de co-proprietários (uma propriedade indivisa ou como donos de retratos gentilícios sobre os bens-tronco.

O art. 38 das "Leis de Eshunna" (séc. XIX a.C.) recolhe com toda a clareza o caso do retrato familiar de bens em "pro-indivisão" ao conceder ao irmão do vendedor de uma parte hereditária o direito de readquiri-la substituindo o terceiro vendedor pagando-lhe o preço combinado. O art. 39, por sua vez, recolhe um certo direito de reversão gentilícia de bens-tronco: o direito de recuperar a coisa imóvel familiar quando o proprietário pretende vendê-la a um terceiro.[42]

Como também afirma Diakonoff (*vide infra*), "a terra era vendida pelo cabeça da família ou por vários de seus membros não em sua capacidade de proprietários da terra mas em sua condição de representantes eleitos (*lu-sag-pad*) da comunidade familiar".[43] Com exceção destes casos, com a morte do cabeça de família ou "dono da casa", eram sucessores por ministério da lei na "propriedade da casa paterna" (sum. *NÍG^{GA}É A.BA; Bab. makkūr bît abim*) seus parentes consangüíneos mais próximos, tudo para evitar que a casa ficasse extinta (a "casa extinta" das fontes babilônicas[44]).

(42) Cf. E. Szlechter. "Les lois d'Eshunna", *RIDA* 25 (1978), p. 180 *et seq.*

(43) Op. cit., p. 176.

(44) Driver and Miles, *The babylonian Laws*, I, Commentary, 1952, Oxford, p. 330.

Para suceder o pai eram chamados, nesta ordem:[45] os filhos do pai não deserdados (a posição das filhas é muito discutível, mas parece que o que não recebiam por herança recebiam em dote ao casar-se e, em todo o caso, é diferente a posição das solteiras e das sacerdotisas),[46] sendo que mesmo os de escrava eram reconhecidos e, na falta destes, os colaterais. A posição da mulher dependia, em grande parte, do resultado dos pactos capitulares mas, como regra geral, parece que administrava a herança como usufrutuária enquanto não abandonasse a casa do marido, devendo restituir os bens aos filhos comuns no seu falecimento. Os filhos pré-mortos são representados por seus descendentes na herança do ascendente.

Em princípio, os filhos sucediam em partes iguais, mas o poder paterno era forte: o pai poderia deserdar os filhos que cometessem uma falta grave e poderia favorecer os filhos e realizar em vida doações sendo muito freqüente que o primogênito levasse na herança uma parte superior à de seus irmãos.

Não existia testamento, mas as adoções fictícias ou reais[47] cumpriam a sua finalidade por via indireta (a adoção visava a conseguir um sucessor).

(45) Evidentemente não podemos tratar aqui, nem sequer resumidamente, do Direito de família mesopotâmico. Sua exposição nos afastaria da linha argumentativa deste artigo, centralizado na publicidade imobiliária das transações sobre bens que saem da casa familiar. Existe, além disso, muita bibliografia recomendável para os interessados. Somente citaremos: A. Van Praag, *Droit matrimonial assyro-babylonien*, 1945; P. Koschaker, "Eheschliessung und Kaufnach alten Rehten", *Ar.Or.XVIII-3* (1950), p. 210-296; I. Mendelsohn, "The family in the Ancient Near East", *Biblical Theologist 11* (1948), p. 24-40; J. Klima, *Untersuchungen zum altababylonischen Erbrecht*, 1940; *Id.* "La position successorale de la fille dans la Babylonie ancienne", *An .Or.XVIII-3*, p. 150-186 e também em seu artigo sobre "Il diritto ereditario secondo le fonti giuridiche di Eshunna", *Iura* 4 (1953). p. 192-197. Tem grande mérito o artigo de F.Alonso Royano, "O contrato matrimonial no Direito paleo-babilônico" em *Separata de Memorias de Historia Antigua*, vol. XI-XII 1990-1991, p. 9-21. Sabe-se que o Direito de sucessão e o de família, em geral, ocupam uma importante parte do Código de Hammurabi. Para o conhecimento destes temas, pode-se ler com proveito os estudos específicos sobre essa magna obra e em particular neste ponto são recomendáveis o de Driver Miles, tantas vezes citado e o de Koschaker, *Rechtsgelehrte Studien zur gesetzgebung Hammurapis, königs von Babylon*, Leipzig, 1917. Uma longa nota bibliográfica em espanhol em Federico Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, op. cit., p. 77-82.

(46) Consultar os artigos dedicados à sucessão em *Leis de Eshunna*. Os arts. 16 e 38 pressupõem a sucessão de filhos ou irmãos em herança indivisa dos bens da casa paterna (*níg.ga.é.a.ad.da*, e os art. 20 e seguintes tratam de: a sucessão em geral (art. 20), a sucessão de filhas casadas (21), a de sacerdotisas (22), a de filhas não casadas (23) e a de dote o art. 29. É similar a estrutura conceitual no Código de Hammurábi.

(47) Émile Szlechter, "Des droits successoraux dérivés de l'adoption en droit babylonien", *RIDA* 14 (1967), p. 79-106.

3. A publicidade imobiliária segundo os documentos de venda (kudurrus e tabuletas)

No que se refere à venda de imóveis, nossas fontes documentais são tabuletas de argila e *kudurrus* de pedra relativamente abundantes nas épocas pré-sargônida e sargônida. Da III Dinastia de Ur só se conservam vendas de casas e pequenashortas, o que foi interpretado como prova da inalienabilidade de imóveis de plantio.[48]

Nossa sorte é que a matéria está suficientemente tratada em alguns livros "clássicos". O livro básico de referência é o publicado pelo Oriental Institute of the University of Chicago, em 1991, com o título, *Earliest land tenure systems in the Near East Ancient Kudurrus*, de I. J. Gelb, Piotr Steinkeller e R. M. Whiting.

Para a III Dinastia de Ur é fundamental o de Steinkeller, *sale documents of the Ur III Period,* Stuttgart, 1989 e o de Émile Szlechter, *Tablettes juridiques et administratives de la III dynastie d'Ur et de la I dynastie de Babylone*, Paris, 1963. Não se pode esquecer da obra de Pettinatto, *Untersuchungen zur Neusumerische Landwirtschaft*, Instituto Orientale di Napoli, 1967 e a de L. Legran, *Business Documents of the Third Dinasty of Ur*, 1937-1947. Há uma boa coleção de textos em A. L. Oppenheim, *Catalogue of the cuneiform tablets in the Wilberforce Eames babylonien Collection in the N. Y. Public Library. Tablets of the time of the 3d. Dynasty of Ur*, 1948.

Da literatura soviética consultei o artigo de I. M. Diakonoff, "Sale of land in Pre-Sargonic Sumer", Moscow, 1954, *Papers presented by the Soviet Delegation to the 23th International Congress of Orientalists*. Para a época sargônica o estudo recente de B. R. Foster, *Administration and use of Institutional Land in Sargonic Sumer,* Copenhagen, 1982 e, para um exame dos documentos de venda da época mais antiga (Fara): Deimel, *Wirtschaftstexte aus Fara*.

Para as comparações com o período paleo-babilônico consultei M. de J. Ellis, *Agriculture and the State in Ancient Mesopotamia: An Introduction to the problems of Land Tenure*, Philadelphia, 1976[49] e certamente, o clássico manual do Código de Hammurabi de G. R. Driver e J. C. Miles, *The Babylonian Laws*, Oxford, 1952-5. Mesmo estando superado, é às vezes útil o livro de E.Cuq, *Études sur le Droit Babylonien. Les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris, 1929.

3.1 Elementos pessoais e reais

Elementos pessoais do contrato de venda imobiliária são os vendedores e o comprador. É freqüente que participe uma pluralidade de vendedores familiar-

(48) I. J. Gelb, "On the Alleged Temple and State Economies in Ancient Mesopotamia", em *Studi in onore di Edoardo Volterra VI,* Milano, 1971. p. 146-153.

(49) Vide sobre essa obra a resenha crítica pouco caridosa de F. R. Kraus em *Bi.Or.*, maio-jul. 1977. p. 147-153.

mente vinculados e sobre um mesmo imóvel, o que revela a existência de situações de propriedade familiar na qual diversos membros e ramos da família demonstram direitos de maior ou menor importância sobre o *pro indiviso*.

Na época de Fara e na pré-sargônida é essa a regra geral com documentos que apresentam um grande número de vendedores (até nove). Não se conservam documentos de venda com só um vendedor e, por tanto, não existe prova da existência de uma propriedade imóvel individual (em oposição à coletiva). Comparecem como vendedores, o vendedor "principal", proprietário propriamente dito ou chefe da "casa" e vários parentes como vendedores "secundários", que invariavelmente recebem (talvez por renunciar aos seus direitos) presentes e pagamentos adicionais.

Na época da Dinastia de Sargão de Akkad, os documentos de venda contêm um número menor de vendedores que os dos períodos anteriores (até quatro) e começamos a encontrar em número significativo (na metade dos casos) um único vendedor. Podemos concluir com Gelb, cuja exposição acompanhamos aqui,[50] que esta seria uma fase de transição com o reconhecimento de uma propriedade coletiva e familiar (sobretudo na Babilônia Norte, com o exemplo arquetípico do Obelisco de Manishtushu) e outro tipo de propriedade individual.

O período culmina na fase final do ciclo histórico estudado. Mesmo que nossa documentação cresça muito com a III Dinastia de Ur, faltam vendas de imóveis como vimos e as únicas vendas imobiliárias (as de casas e hortas) refletem invariavelmente um quadro muito diferente: na grande maioria dos casos trata-se de vendas por um só sujeito e quando são vários, decresce o número de intervenientes, o que é sinal de propriedade coletiva de uma família não muito extensa (propriedade de família nuclear).

Nos contratos de venda com pluralidade de vendedores distingue-se entre o vendedor principal, que é o proprietário ou *lugal gán* (*-kam*) ("dono do campo": em ácade, *bêlu eqlim*) que é quem recebe ou "come" o preço (*lú-níg-šám-kú*); e os vendedores secundários de sua família:: os "filhos-donos do campo", *dumu-gán-me* e os "irmãos-donos do campo" ou *ses be-lu gán* (*ahu-bêlu eqlin*, em ácade). Estes recebem presentes e preços suplementares.

O *Obelisco de Manishtushu* que se conserva no Louvre, procedente das escavações realizadas na capital elamita de Susa e da época sargônida (do rei de Kish do mesmo nome), é possivelmente o monumento mais conhecido, e por certo, o *kudurru* antigo mais estudado e o melhor exemplo documentado da existência de uma propriedade imóvel familiar.[51]

Em pedra diorita negra, em suas quatro faces denominadas pelos eruditos "A", "B", "C" e "D" registra-se a aquisição pelo rei e por venda (expropriação?) de imóveis situados em Dûr-Sin, Girtab, Marda e Kish. Pelo menos 98 vendedo-

(50) I. J. Gelb, "Household and family in early Mesopotamia", em *State and Temple Economy of Ancient Near East*, I, Leuven, 1979. p. 68 *et seq.*

(51) Bibliografia sobre este famoso documento em *Earliest Land Tenure systems in the Near East Ancient kudurrus*, op. cit., p. 116.

res aparecem no texto para somente 8 transações: três na face A e C (as chamadas A1, A2 e A3; C1, C2 e C3); somente uma na B e na D. Os oito lotes vendidos totalizam 9.723 *iku* (medida de superfície) de terra (=3.430 ha.).

Tomemos como exemplo a transação A1. Estamos diante da venda de um imóvel situado em Dûr-Sin, em uma região denominada o "Campo de Baz". O imóvel (de 439 *iku* de terra) foi adquirido de uma família de descendentes de um ancestral comum, um tal Mezizi (o "clã Mezizi"). Gelb pôde reconstruir com cuidado a árvore genealógica (vide fig. 0).

Nem todos os vendedores estão em igualdade de condições: além do preço em conjunto (1.463 e 1/3 *shekels* de prata pagos em espécie, neste caso, cevada e 219 e ½ (15%) de preço suplementar) os diferentes ramos da família recebem presentes em espécie (panos) de importância variada: um "dono do campo" que recebe um presente imponente; três "donos do campo" com presentes menores e outros três sem presente; os outros, como "irmãos-donos do campo", sem presentes. É claro que existem linhagens de mais peso e com direitos melhores.

São *elementos reais* da compra e venda: a coisa vendida e o preço pago por ela. Os imóveis são classificados em três categorias, de acordo com os documentos da época: o *gán* ou campo (superfície pronta para o cultivo ou terra arável); *é*, casa e *GISkiri* ou horta. Precisamente, os parágrafos do Código de Hammurabi relativos aos imóveis, referem-se aos campos, hortas e casas (*Bab, eqlum Kirûm u bîtum*). A descrição completa do imóvel consiste na determinação de sua extensão, localização e confinância. Exemplo: *"20 ikus de terra arável ao preço de 60 shekels de prata nas marismas de ... e cujo lado norte faz divisa com a imóvel de N., o sul com a de N. e N., o oeste com N. e o leste com N."*.

O preço a pagar pelo imóvel inclui um "preço principal" (*šám* ou *níg-šám*) e "preços acessórios ou secundários": pagamentos em espécie se houver excesso do preço de venda e que satisfaçam aos vendedores "principais" e "secundários", testemunhas e funcionários intervenientes e como contrapartida de seus respectivos direitos ou serviços prestados. Os "pagamentos adicionais" ao "preço principal" são determinados, às vezes, com o termo específico *níg-ba* (Ac. *qishtum*); "presente".

A estes "preços" acrescenta-se, em certas ocasiões, um misterioso "preço suplementar"[52] (*níg-dirig, NÍG.KI.GAR* ou *iš-gán gán*), que de acordo com autores como Thureau-Dangin[53] ou Krecher[54] seria a contrapartida do valor dos prédios ou construções feitos sobre a imóvel vendido (um preço para o solo e outro para os acessórios e adjacências).

Tudo isto contribui para que os documentos sejam redigidos de forma um tanto pitoresca, em que entram e saem personagens, cada qual com seu papel e

(52) Vide L. Matous, *An Or. XXII* (1953). p. 434-443.

(53) *RA* 6 (1907). p. 154.

(54) *ZA* 63 (1974). p. 157.

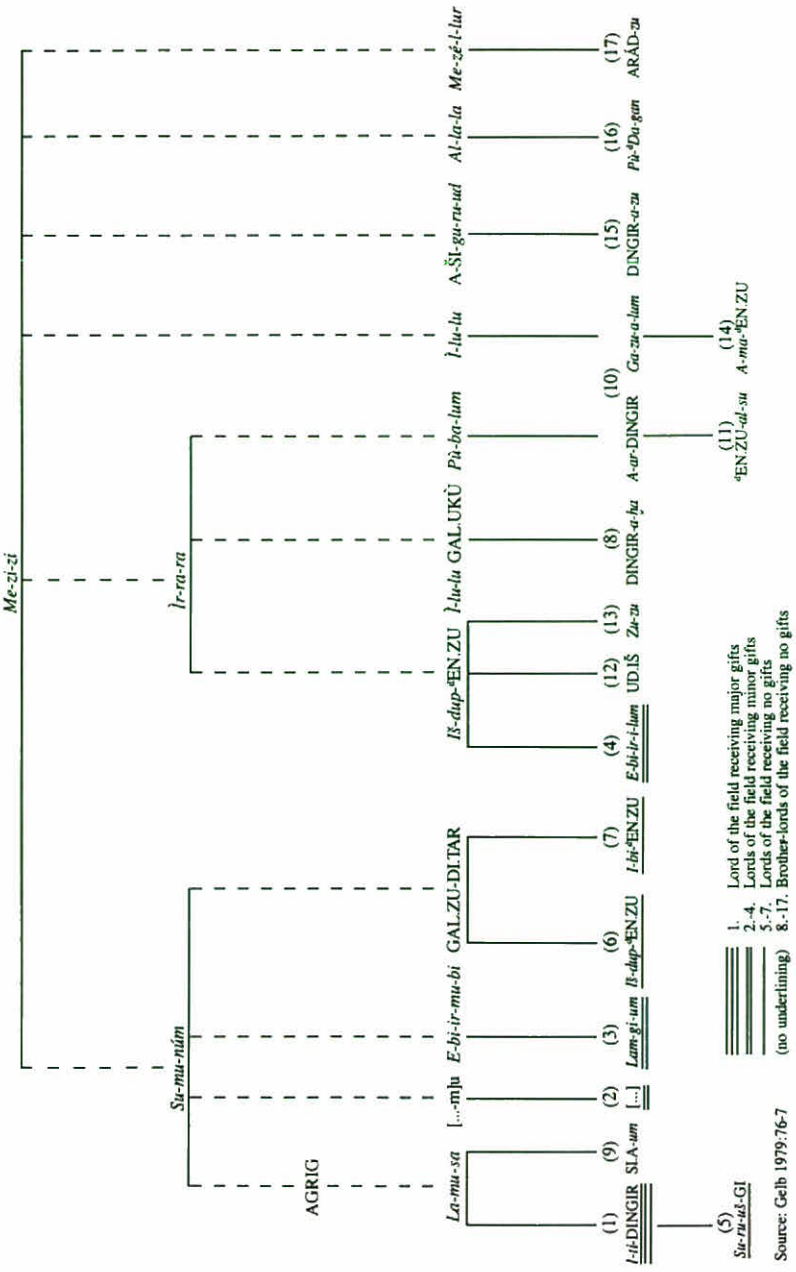


Fig. 0. Relações familiares e posição dos membros segundo o Obelisco de Manishutushu A_1.

seu preço. É assim, por exemplo, o documento conhecido como *Kudurru* de Adab 32, que recolhe duas transações. Com relação à primeira delas o documento reza o seguinte: "122 ikus de terra (consistente) no campo É-kas pelo preço de 80 2/3 shekels de prata; o campo é da família de Munsub; N, N... (e assim até nove nomes pessoais) (filhos de) Mansub, como vendedores, recebem um corte de pano e 5 libras de lã; N, N... (quatro nomes pessoais) cada um recebendo um corte de pano e N, N, N, N... (até cinco nomes pessoais) recebem cada um 5 libras de lã como 'vendedores secundários'; N, N, N (até 22) são testemunhas (da família de) Munsub".[55] A relação complica-se de maneira cansativa quando, como na Pedra de Lummatur I 22, são quatro as propriedades vendidas por quatro famílias a um tal L., filho de Enannatum, rei de Lagash.[56]

3.2 A forma. A tabuleta de argila-dub

A transmissão do imóvel que não ocorre em virtude da lei (como acontece, por exemplo, na sucessão familiar, sem prejuízo da eventual partição que estaria, é óbvio, documentada) pressupõe a redação e confecção de um documento em argila, a tabuleta ou *dub*, que era gravada com o estilete ou cunha em escrita cuneiforme (do latim *cuneus*) na língua de que se trate (em nosso caso, sumério ou acadiano).

A necessidade da tabuleta em argila, como requisito para tornar solene a transferência imobiliária, está confirmada pela vasta documentação que nos chegou de contratos sobre imóveis, das mais longínquas épocas (são muito menos numerosos os relativos a objetos móveis) e pelos próprios textos legais. É importante, por exemplo, que sempre que o Código de Hammurabi trate da transmissão de um campo, horta ou casa por qualquer título, pressuponha a tabuleta selada (*Bab. Kunukkam ushêzib*).

Deste modo, o art. 37 do C.H. quando sanciona com nulidade da venda ilícita a terceiros de fundo, horta ou casa ligados aos serviços próprios do "feudo" (a propriedade feudal não era alienável) manda que o comprador passe pelo sofrimento de ver que "a sua tabuleta seja quebrada" e, os arts. 150 e 165, tratam, respectivamente, das doações realizadas pelo marido à mulher e as doações intervivos do pai para favorecer a algum filho (o "favorito"), sempre sendo exigida a entrega do documento selado. Eram também registradas em tabuletas as decisões judiciais, conforme o Código (cf. art. 5) e os empréstimos a juros (art. 37).

Por certo, a confecção do documento é confiada a um funcionário letrado (conhecedor das letras), isto é: um escriba *dub.sar* que dá forma ao texto e o redige normalmente, seguindo um formulário mais ou menos padrão e variável segundo as cidades. Como no Egito, a civilização mesopotâmica é uma civilização amante da escritura e onde os escribas desempenham um papel formidável.

(55) *Earliest Land tenure systems...*, cit., p. 96 *et seq.*

(56) Ibidem, p. 74 *et seq.*

O notário autoriza a tabuleta com a fórmula "N (é) o escriba" (N *dub-sar-pi*) ou "N escreveu esta tabuleta". Por vezes, o notário recebia presentes que são anotados no documento e, ao que parece, desempenharia uma função adicional de testemunha com relação às outras testemunhas da transação.

As tabuletas de argila, às vezes, apresentam selos *kunuku* (das partes, testemunhas ou autoridades) e, em certas ocasiões, são "assinadas" por uma incisão com a unha na argila mole (*supru*), ou imprimindo-se a franja da roupa (*sissik-tu*). As tabuletas são conservadas em um estojo de argila, que funciona como "envelope", em cuja tampa está reproduzido o texto, de maneira que existe uma "cópia" de seu conteúdo (se se quebrar a tampa, ainda se conserva a tabuleta de dentro) .

As tabuletas de argila são entregues ao comprador como prova de seu direito e este as conservaria em seu arquivo (geralmente em um recipiente). Existiriam outras cópias, tais como as entregues à autoridade (registros públicos) e as que o vendedor eventualmente conservasse.

Na Bíblia, em Jeremias 32, estão contidas as formalidades relativas à compra de um campo pelo profeta, nos tempos neo-babilônicos (ano 18 de Nabucodonosor). No episódio bíblico, Javé diz ao profeta: "Eis Hanameel, filho de teu tio Selum, que virá ao teu encontro para dizer: "Compra o meu campo de Anatot, porque tu tens o direito de resgate para adquiri-lo". Temos aqui o retrato gentilício de bens-tronco. A venda é feita por escrito: "Redigi, então, o contrato e o selei, tomei testemunhas e pesei a prata em uma balança. Depois eu tomei o contrato de compra, o exemplar selado (com as estipulações e as cláusulas) e o exemplar aberto, e entreguei o contrato de compra a ... em presença de meu primo Hanameel e das testemunhas que assinaram o contrato de compra, e em presença de todos os judeus que se encontravam no pátio da guarda" (Jer. 32:10-12). Em seguida Javé ordena a Jeremias: "Toma estes documentos, este contrato de compra, o exemplar selado e a cópia aberta, e coloca-os num vaso de argila para que se conservem por muito tempo. Porque assim disse Iahweh dos Exércitos, o Deus de Israel: ainda se comprarão casas, campos e vinhas nesta terra" (Jer. 32:14-15) (N.T. A tradução da citação bíblica baseia-se na edição portuguesa da *Bíblia de Jerusalém*, São Paulo : Paulinas, [1980]).

Com relação à eficácia da forma documental não há argumentos para defender que fosse base do negócio de venda (*forma dat esse rei*) pela simples razão de que não faltam documentos referentes a pleitos em que se admitiu outros meios de prova dos direitos sobre imóveis, sobretudo, o depoimento das testemunhas instrumentais, mesmo que a tabuleta servisse como meio privilegiado de prova.[57]

(57) Vide sobre os efeitos probatórios do documento de argila ou "evidentiary purposes": Steinkeller, *Ur III sale documents*, cit., p. 139. S. Greengus em *JAOS* 89 (1969). p. 505-514, demonstrou de maneira convincente o mero caráter de prova do documento (as conclusões que se referem ao contrato de casamento são válidas para a venda imobiliária). Pode-se também consultar G. Boyer, "Nature et formation de la vente dans l'ancien droit babylonien", *RIDA*, 1953, p. 54 *et seq.*

O julgamento mais citado e também o mais estudado, é o relativo a uma pretensão de resolução de venda de imóvel por falta de pagamento do preço combinado. Trata-se de um documento da época de Ammiditana, um dos últimos reis da dinastia de Hammurabi. A venda solene de uma casa havia sido feita em tabuleta selada pela vendedora, em um ato realizado na presença de testemunhas. Ao que parece, o documento indicava que o preço havia sido pago. No entanto, a compradora afirmava o contrário e reivindicava a propriedade. Os juízes concordaram em inquirir a vendedora para que provasse o seu direito com testemunhas ou através de um título de crédito que afiançasse o preço não pago, o que ela não pôde conseguir, perdendo com isto o julgamento e a casa.

A mais completa estrutura de um documento da época que conhecemos é a reconstituída por P. Steinkeller, a partir de documentos de venda da III Dinastia de Ur e seria a seguinte:

1. Corpo do documento ("Operative section"): que identifica a coisa vendida, o preço e as partes.

2. Cláusulas adicionais que incluem outras, tais como: a cláusula de "haver completado o pagamento do preço"; a cláusula de "haver completado a transação" (isto é, as que registram o fato de que a transação consumou-se quando o comprador tomou posse da coisa vendida contra entrega de seu preço); cláusulas relativas a certos rituais ou solenidades (como a denominada *gish-gana... bala*); a cláusula de entrega; a cláusula da não oposição (o vendedor se desinteressa pela coisa vendida e declara-se "longe" dela comprometendo-se a não reclamá-la no futuro, o que é assegurado por juramento pelo rei ou pela divindade); a cláusula da evicção (se o comprador for privado da coisa vendida pelo *verus dominus* o vendedor promete-lhe uma indenização ou submete-se a um castigo corporal); os juramentos promissórios; a relativa ao peso do preço em prata pelo funcionário que leva a balança e as relativas à data e lugar de outorgamento.

3. As que se referem à intervenção de testemunhas, escriba e funcionário público autorizador (as vendas são realizadas com licença e por ordem de uma autoridade).

3.3 As testemunhas lú-ki-inim-ma

Um número notável de testemunhas participa nas transações de imóveis e seus nomes aparecem designados nos documentos.

O termo testemunha *lú-ki-inim-ma* significa "pessoa que está presente no ato", sendo testemunhas os funcionários públicos e outros, que são chamados para isso. Há testemunhas do ato em si e também das suas formalidades rituais e há os que vêm à festa que o comprador realiza às suas custas e onde "come-se pão e bebe-se cerveja"; os que presenciam a medição do campo (*shiddatum)* etc.

Tudo leva a crer que seriam procuradas testemunhas qualificadas, especialmente interessadas na venda: os do local, os de maior autoridade e probidade e, principalmente, os vizinhos e moradores próximos e a família do vendedor, uns

donos e outros por direito de retrato ou, inclusive, no segundo caso, de direitos gentilícios (propriedade familiar coletiva).

Em alguns documentos fala-se de testemunhas do vendedor e de testemunhas do comprador. Os próprios deuses, invocados com juramento, são convidados a testemunhar o ato e a serem garantes do fiel cumprimento do que foi prometido.

É evidente que a função das testemunhas é a de garantes do ato e a de poder atestar a realidade da venda. Em outros casos, mais do que testemunhas, são titulares de direitos sobre o imóvel que comparecem para renunciar a eles (é o caso típico dos familiares do vendedor).

3.4 Cerimônias rituais

A venda ou transação é rodeada de solenidades carregadas de simbolismo. Como muito bem assinala Steinkeller, referindo-se a documentos de Ur III, ainda que a sua apreciação seja válida para toda a época objeto de exame: "the data in hand indicate that the Ur III sale was effected by the performance of certain ritual actions and the recitation of solemn declarations". Ainda acrescenta: "The ritualistic charater of transactions is a general feature of primitive law".

Já havíamos mencionado a festa com que o vendedor comemora a aquisição, juntando-se a amigos e, de passagem, conseguindo numerosas testemunhas que poderão declarar, no futuro, sobre a veracidade e legitimidade da aquisição realizada. É curioso comparar com o que dispõe o Livro dos Foros de Castilha, 203: "Esto es por fuero: que (la) compra de heredat (se) debe probar con dos vecinos (de) derechos comportamientos y débeles dar a comer pan y vino".[58]

O famoso Obelisco de Manishtushu registra detalhadamente no lado C uma transação que foi testemunhada por grande número de pessoas: "52 homens de Marda constitui o total de testemunhas do campo; 600 homens comeram e beberam pão e comida em Kazalu; 600 homens em um dia só e outros seiscentos dois dias consecutivos...".

Em outros casos (e em todas as épocas objeto de estudo: paleo-babilônica, especialmente, mas também pré-sargônida (Adab e Nippur) e sargônida (Lagash), temos documentada a venda tornada solene por um ato em que o comprador jogava ao chão um bastão (*bukannu*), o que simbolizava a tomada de posse por este e a perfeição da venda, trazendo-nos imediatamente à memória, o papel desempenhado pela festuca romana na reivindicação, ou a própria festuca sálica atirada como símbolo da renúncia de direitos (cf. art. 46 da Lei Sálica, "Festucam in laisum jactare, rem alicui per festucam laesowerpire").

Entre as cláusulas dos documentos de venda destaca-se a chamada *ì-bi zag* (*ab-*) ou de "ungir a lateral da casa" que registra a constatação da celebração do rito que consiste em verter óleo no objeto comprado para simbolizar a aquisição.

(58) Citado por José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Breviario de Derecho Germánico*, Univers. Complutense de Madrid, 1993. p. 106.

O ritual, pelo menos nos textos de Lagash, seria realizado pelo vendedor ou pelo arauto, o primeiro tratando-se de campos e o segundo na venda de casas.

São muito interessantes a confecção e a fixação de *kudurrus* e cones nas propriedades ou nos templos, merecendo menção à parte.

3.5 A proclamação pública. O arauto-nigir

Celebrada a transação, esta seria exteriorizada de modo público mediante éditos ou proclamas. Entre os funcionários intervenientes nos documentos de venda existentes, desde o Período de Fara, os "arautos" (nigir) desempenham um papel fundamental, com uma variada diversidade de títulos: o *nigir-uru* ou *nigir-sila*, "pregoeiro da cidade"; o *gal- nigir* ou "chefe de pregoeiros". Tudo indica que desempenhariam uma função especializada e diferente da de outros funcionários em funções notariais, registrais ou de agrimensura, funções complementares porque seus titulares estão citados em conjunto nas fontes.

O arauto ou pregoeiro ocupa-se da "proclamação" ou "informação", procedimento que não era exclusivamente aplicável às vendas de imóveis.

Esta prática está documentada em outras civilizações e tem uma completa regulamentação nas Leis Assírias, como veremos. A intervenção do funcionário encarregado dos pregões é acompanhada em certas ocasiões pela de outro funcionário encarregado de tarefas de agrimensura e de registro de transferências.

3.6 A participação do escriba agrimensor e do escriba registrador

Os eruditos assinalam a presença, nos documentos de venda das épocas mais remotas, de funcionários com diversos títulos encarregados de tarefas que consistiam na medição e fixação de divisas nos campos vendidos e da publicidade das transações. Entre estes funcionários estão documentados os GU.SUR.NUN, os ENGAR.US e o denominado SAG.DU. Estes funcionários eram escribas (dub-sar) que aparecem mencionados em contextos relativos à transmissão de imóveis. Às vezes, constata-se no documento a retribuição de sua função com "presentes".

Infelizmente, são pouco numerosos os dados relativos aos registros de transferências imobiliárias, embora ninguém duvide de sua existência. A mesma evidência arqueológica é conclusiva: as escavações de Ur revelaram um edifício em ruínas chamado "o grande depósito de tabuletas" (Sum. É-DUB-LAL-MAH), possivelmente um desses registros públicos.

A existência de registros públicos onde se arquivariam as tabuletas que documentavam as transferências imobiliárias, está perfeitamente demonstrada em época posterior. Assim, permaneceu conservada uma coletânea de correspondências pessoais de Hamurábi[59] em que se encontram cartas dirigidas a altos funcio-

[59] Cf. a tradução de Thureau-Dangin, em *RA* XXI 1 *et seq.*

nários que cuidavam das terras de domínio real concedidas em "feudo". Algumas dessas cartas se referem a um registro de imóveis. A carta n. 15 da coleção está dirigida pelo rei ao alto funcionário real Shamas-hâsi,r e nela lhe é ordenado que ponha fim à usurpação de um benefício territorial concedido a um tal Lipit-Ishtar. Nela se lê: "Na ausência de Lipit-Ishtar, Lu-Ninshuburka, seu companheiro, fez apagar o nome de Lipit-Ishtar (da tabuleta) e em seguida pôs o campo em seu nome e o fez inscrever".

É possível reconstruir o procedimento administrativo de concessão dos direitos de exploração sobre as terras dadas em "feudo" no Direito de Hammurabi. O beneficiário deve primeiro obter do rei um título de concessão designado com o termo geral de *kaniku* ou *kaniktu* (lit. "documento selado"). Em seguida, seria preciso a entrega do domínio ao beneficiário (a entrega em possessão ou *nadâm*): o beneficiário, provido do título, devia dirigir-se às autoridades locais encarregadas de dar-lhe a posse do imóvel designado; autoridades que incorriam às vezes em atrasos de até oito meses (carta n. 1). A autoridade delimitava o imóvel de acordo com o título de concessão e dava posse dela mediante um ato simbólico que consistia em plantar uma estaca (*sikkata mahâsu*). O campo então diz-se em posse (*sibtu*) do beneficiário que o tem "em sua mão" (*ina qâtishu bashu*). As tabuletas em que se faz constar a entrega dos campos são arquivadas em um registro público (carta n. 22 e n. 15).

Um pouco depois da primeira dinastia da Babilônia, no período cassita, a situação revelada pelos *kudurrus* é substancialmente similar neste ponto – refiro-me à publicidade imobiliária – à de épocas anteriores: em um texto há referência à prática da proclamação oficial da venda de terras entre particulares com o objetivo de habilitar um prazo preclusivo para que terceiros objetassem quanto à licitude da transmissão e fizessem valer seus direitos (costume que também se conhece a partir da documentação conservada das cidades de Nuzi e Arrapkha, onde era denominado "informação" .

Compare-se, em nosso Direito medieval com o que dispõe o Foro de Cuenca ([capítulo XXXII, 4 (60)]): "Se alguém quiser vender alguma coisa raiz, deverá apregoá-lo durante três dias... e se algum de seus parentes quiser comprá-la, compre-a pelo preço caro que se lhe dê. Transcorridos os três dias, venda-se a quem a queira".

Contudo, a informação mais completa do procedimento de publicidade imobiliária encontra-se nas Leis assírias [art. 6, tabuleta B segundo a tradução e comentário de Driver-Miles[61]].

O texto de referência é esclarecedor e merece ser reproduzido em sua íntegra (na parte conservada): "... (tomará) posse por compra. Antes de que tome posse do campo (e) da casa por compra (se o campo ou a casa estão) dentro dos termos da cidade de Assur, ele (o comprador) fará com que o arauto realize (ali)

(60) Citado por F. Mesa, em seu trabalho citado acima, p. 999.

(61) Vide seu livro: *Assyrian Laws*, 1935. p. 311-320.

três proclamas durante um mês completo; porém (se estão situados) na jurisdição de qualquer outra cidade, fará com que a proclama se realize (ali) três vezes em relação à aquisição pendente de campo e de casa dizendo: 'Vou entrar na posse por compra (do) campo e casa de tal, filho de tal, dentro dos limites desta cidade'; que todos aqueles que pretendam ter algum direito ou pretensão à posse façam valer seus títulos e os apresentem diante dos registradores; que os apresentem (seus títulos e) provem seu melhor direito e (então) tomem posse.

Aqueles que durante o mês completo (enquanto) ainda há tempo para fazê-lo sem falta, apresentarem suas tabuletas diante dos registradores, (tal) pessoa ficará assegurada (na posse) de tal imóvel (e) tomará posse (dela).

Uma vez realizada a proclama dentro da circunscrição da cidade de Assur, um dos ministros próximos ao rei, o escriba da cidade, o arauto e o registrador real se sentarão em conselho (e no caso) de qualquer (outra) cidade em cuja circunscrição houvesse que tomar possessão de campo ou cidade, o prefeito (e) três anciãos da cidade se sentarão em conselho; farão com que o arauto realize o proclama, farão escrever suas tabuletas (e) as entregarão dizendo: 'Durante todo este mês completo o arauto realizou o proclama em três ocasiões. Aquele que não apresentou sua tabuleta dentro deste mês completo diante dos registradores perdeu todo direito ao campo e à casa; os que se interessaram pela proclama do arauto são livres para tomá-las (as tabuletas)'. Os juízes farão escrever três cópias do proclama do arauto, uma das quais entregarão ao registrador...".

Embora existam algumas dúvidas de interpretação (por exemplo a aparente referência a duas proclamações oficiais), parece claro o sentido do texto. O procedimento varia ligeiramente dependendo de onde se situe o imóvel: a capital ou "as províncias".

A proclamação oficial do propósito de venda por três jornadas consecutivas – os *tertiis nundinis* das XII Tábuas e os pregões em dias de festa ou de mercado dos foros municipais[62] – é um convite público a que todo terceiro que pretenda fazer valer melhor o direito sobre a propriedade cuja venda se propõe, apresente seu título escrito (sua tabuleta) diante de um conselho de magistrados da cidade. O citado conselho se integra (no caso da cidade de Assur, a capital) pelo registrador (As. Kipûtu ou qipûtu), o arauto, um ministro do conselho real (o que fala da importância concedida ao evento) além do escriba da cidade possivelmente em funções notariais (encarregado da redação do documento e da entrega das cópias). O conselho resolve as reclamações que se apresentem e de acordo com o que for procedente ordena outorgar os documentos de transferência em que se indica o cumprimento de todas as formalidades. Como ocorria na *Gewere* do Direito germânico, alienante e adquirente efetuavam a investidura que consistia

(62) Cf. por exemplo o Foro de Plasencia, que estabeleceu que quem quisesse vender uma herdade "fágala pregonar por tres días en la ciudad" ou o Foro Geral de Navarra, que dispôs o pregão, a toque de sino por três domingos consecutivos. (Capítulo XIV do Título XII do Livro III do Foro).

na deposição do primeiro e na investidura do segundo, diante dos magistrados, obtendo este último uma posição inatacável.

Do documento de "investidura" seriam feitas três cópias. Uma das cópias era entregue ao registrador, sem dúvida para seu arquivo nos registros públicos, e as outras cópias se entregariam aos outros magistrados ou, como parece mais provável, ao comprador e ao vendedor. A conseqüência do cumprimento de todas as formalidades é clara: o adquirente obtém de uma maneira firme e irrevogável, purgando de erros o título de seu transmitente. Sobre quem alegue ter direitos com relação à propriedade pesa o encargo da oposição à venda projetada (algo parecido ao que ocorre em nosso Código, art. 615, CC, a propósito do achado de coisa móvel perdida pelo seu dono).

O valioso texto resenhado apresenta tais paralelismos com os procedimentos de publicidade imobiliária existentes nas pólis gregas conforme informa o famoso texto de Teofrasto, que nos conserva o Florilégio de Estobeo (Floril. II 166-8 xliv 22) e que estudei em outro lugar,* que é lícito perguntar se existiu uma recepção no Direito grego. Em minha opinião, não parece que a recepção seja a única explicação possível. De fato, ordenamentos muito díspares como o hindu (Leis de Kautiliya, c. 300 a.C.) apresentam sistemas muito similares ao descrito e não é difícil associar um parentesco remoto no simbolismo da *mancipatio* do Direito romano.

Além disso, nosso Direito medieval nos fornece numerosos exemplos, em muitos foros municipais de sistemas similares de publicidade, que consistiam na proclamação ou "robración", em anúncios, pregões, "apellidos": [Dir. Antigo= causa ou processo em que, pela conveniência da publicidade, todos os que queiram podem participar como testemunhas ou declarantes"], alboroques [alburuk=presentes] ou outros meios para dar público conhecimento das transações imobiliárias e que são elementos típicos do Direito germânico.[63] Bastante característica também é a intervenção de conselhos locais.

3.7 Kudurrus e cravos (a cláusula kag...dù)

Cumpridas todas as formalidades e devidamente realizados os ritos, pareceu ainda necessário publicar a situação jurídica criada para que possa ser conhecida de todos os chamados a respeitá-la, de toda a comunidade política. É evidente que as tabuletas de argila que o comprador ou o vendedor conservam em seus domicílios, não são senão um suporte demasiado frágil; demasiado delicado... e pouco "público". Também não bastam os ritos solenes: a memória coletiva dos atos e solenidades realizados por ocasião da venda não se perpetua na coletividade por muito tempo; as testemunhas e vizinhos cedo ou tarde falecem. É necessário

(*) Vide nesta revista, p. 261 e ss.

(63) Cf. E. de Hinojosa y Naveros. *El elemento germánico en Derecho español*, edição facsímile de Marcial Pons, 1993. p. 24.

arbitrar um mecanismo para que a posição jurídica do adquirente da propriedade imóvel ou do titular de um direito sobre a mesma fique perante todos de uma maneira imperturbável, que vença o tempo e seja resistente à fraude. Para tanto, nada melhor do que a escritura em monumentos. Uma vez que essa situação tenha adquirido uma forma fixa, que se obtém com a redação do documento escrito, é mister que alcance uma segunda "imobilização", a de atingir sua presença imutável (inalterável ao passar do tempo e à fraude) e à vista de todos.

Desde que no princípio do século XX um erudito francês, E. Cuq, publicou um famoso artigo (depois recolhido em um também famoso livro – *Études sur le Droit Babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris, 1929) sobre os "kudurrus", têm eles chamado a atenção dos historiadores do Direito antigo como instrumento de publicidade imobiliária. Em ambos os casos, designa-se com o termo "kudurru" uma pedra-limite, um marco ou *miliar*.

Os "kudurrus" mais conhecidos (os estudados por Cuq) datam da época cassita e pós-cassita e são pedras em forma ovóide ou cônica em calcáreo negro, branco ou amarelo e de dimensões variáveis. Na parte superior, ou em uma de suas faces, tais pedras levavam gravados em vários registros, baixos-relevos de interpretação muito discutida, de natureza simbólica e mitológica que se correspondiam com um texto repleto de imprecações e maldições divinas contra quem destruísse o monumento ou contra "quem em épocas distantes desconhecesse o direito do adquirente".

Nem todos esses "kudurrus" seriam fixados no solo cravados em propriedades e divisas, como corresponde à sua etimologia, mas também, e fundamentalmente, se depositariam no templo. Efetivamente, é muito provável que os "kudurrus" clássicos cassitas que se conservam no Museu do Louvre e no British Museum procedam do templo de Shamash en Sippar de onde foram levados a Susa por soldados elamitas invasores.

O propósito da colocação do "kudurru" em um templo era duplo: a finalidade publicitária (dar a conhecer a situação jurídica que se proclama em um lugar público e à vista de toda a comunidade) e a de impetrar a proteção dos deuses, testemunhas fiadoras da transação e protetoras do direito do adquirente.

Os kudurrus "clássicos" normalmente refletiam a doação de terras pelo rei a particulares e deixam transparecer a existência de um regime de propriedade coletiva e tribal de terras mal conhecido e que, na opinião dos eruditos, supõe uma certa regressão histórica com respeito a épocas anteriores em que se reconheceu, de forma mais completa, certa propriedade privada.

Em tais pedras é imortalizado e sacralizado o trânsito, pela graça real, da propriedade coletiva para uma espécie de propriedade privada do beneficiário.

Junto a esses "kudurrus" não faltam outros, também chamados assim, e de épocas anteriores. São os "kudurrus" arcaicos, de formato diferente do daqueles: lousas de pedra de diversas formas (às vezes em forma de animal) aqui sem as maldições e imprecações presentes nos "kudurrus" posteriores e provavelmente também depositados nos templos ou edifícios públicos.

Os textos registram em pedra o conteúdo dos documentos de venda em tabuletas de argila da época, dos quais seriam cópia "monumental". Tudo parece indicar que o mesmo ato ou negócio documentava-se duplamente: em argila (nas tabuletas e estojos que ficavam de posse de compradores e também vendedores e autoridades públicas) e em pedra (o "kudurru"). Nossos "kudurrus" podem representar uma ou mais aquisições imobiliárias entre particulares.

Vamos deter-nos no aspecto publicitário de certas pedras cônicas chamadas "kag" em sumério ("sikkatum" em acadiano) e em certa cerimônia conhecida por uma fórmula que aparece nas tabuletas de venda, segundo a qual o vendedor (ou outra pessoa ou autoridade) "inseriu o cone na parede": *N. kag-bi é-gar(-ra) bí/ bi-du*. Tal cerimônia é acompanhada nos textos de outra que consiste em "ungir de azeite o lado" e que simbolizava a transferência da propriedade ao adquirente.

O *kag* sumério é na realidade uma peça cônica furada axialmente, com aproximadamente 60 mm de altura e 40 mm de diâmetro, atravessada por uma estaca de madeira (o "cravo" propriamente dito). O cone se fixava à estaca com cordas ou cintas de couro e se inseria (literalmente se cravava) cerimonialmente à parede da casa, ou à cerca situada na divisa do campo em questão, deixando livre uma parte exposta ao público, cuja superfície gravada em cuneiforme, reproduzia o conteúdo do documento de venda recolhido na tabuleta de argila que comprovava a prática da cerimônia.

A cerimônia de "cravar o cone" era efetuada pelo vendedor principal ou por um funcionário público (o arauto) e se celebrava solenemente acompanhada de juramentos pelo rei, de ritos como o do azeite etc.

Que os cravos protegeriam o título do comprador é uma dedução a partir de uma cláusula de evicção de um documento que estipula que, se o vendedor não é o verdadeiro proprietário da coisa vendida: "com este cravo se lhe atravessará a boca".

Uma aplicação prática da utilidade do rito está testemunhada em certos documentos elamitas da época contemporânea à de Hammurabi e inteiramente similar aos *horoi* da Ática para refletir os empréstimos hipotecários: em certos contratos de empréstimos de cevada de Susa diz-se que "sikkatum mahsat", "o cone foi cravado" pelo credor na casa, no campo ou na plantação do devedor e até que este pagasse a dívida.

Anexo

A Estela de Ushumbal[64] está conservada no Museu Metropolitano de Nova Iorque e é muito antiga: data do Período dinástico antigo I ou II (2900-2600 a.C.). Os quatro lados da lápide estão cobertos com representações de homens e mulheres, acompanhados de inscrições.

(64) Vide A. Parrot, *AOF* 12 (1937-39). p. 319-324, e também em *Syria* 38 (1961). p. 348; V. E. Crawford, *Bulletin of the Metropolitan Museum of Art 1960,* p. 245; Gelb,

A cena "A" mostra um homem com barba e cabelo longo, de pé e diante de uma construção urbana (um edifício público?). O indivíduo é o comprador e a legenda identifica-o como Ushumgal. Tal sujeito tem o cargo de sacerdote de Shara (?) e segura um objeto que se parece a uma taça de libações, talvez para celebrar a aquisição em uma festa ritual para tornar solene a venda de propriedades (450 *ikus* de terra localizados em várias propriedades) e gado. Os nomes pessoais associados às propriedades e ao gado, possivelmente representam os vendedores e os antigos donos das mesmas, das casas e dos animais adquiridos. O gravador teve o cuidado de representar o *cone-kag* fendido na parede do edifício com uma parte protuberante.

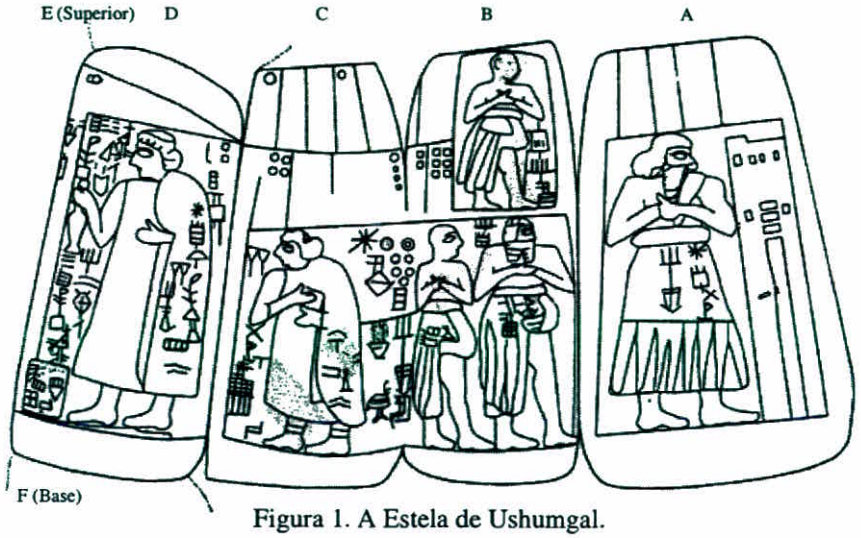


Figura 1. A Estela de Ushumgal.

No lado "D" está representada uma figura feminina com taça e roupa longa, identificada como a filha de Ushumgal que, possivelmente, era a encarregada da preparação da festa, antes mencionada, além de desempenhar o papel de testemunha. A inscrição completa-se com a transcrição dos juramentos separados de duas pessoas e com relação a certa propriedade denominada GI.LAGAB.

A face "C" apresenta um registro inferior, no qual aparece uma figura feminina identificada como "filha de Mesi", e cujo papel ignoramos.

A face "B", finalmente, apresenta dois registros. No superior, encontramos uma figura pequena de um homem calvo, identificado como Ag, chefe da assem-

Steinkeller e Whiting, *Earliest Land Tenures systems...*, op. cit., vol. I, p. 43 *et seq.*; Steinkeller, *Sale document of the Ur III Period*, op. cit., p. 238 *et seq.*

bléia. Sob a sua figura há outras duas: a primeira, a de um homem com barba, outra autoridade pública, uma vez que leva o título de "superior da assembléia". A outra figura, é a de um arauto ou pregoeiro idoso (*gal-nigir*).

Figura 2. Lado "D" do Obelisco de Manishutushu

Apresentamos aqui a tradução proposta na obra de Gelb, Steinkeller e Whiting, citada tantas vezes.

Side D (= old Side B)

(first three columns missing, here marked a, b, and c)

a	1) [4(BÙR.GUNU) 4(BÙR)	[794 iku of land];
		2(IKU) GÁN]
	2) NÍG.SÁM-*su*]	[its price is]
	3) [2646(GUR) 2(PI) 4(BÁN) SE GUR.SAG.GÁL]	[2646.2.4 gsg of barley];
	4) [NÍG.SAM]	[at the price of]
	5) [1 GÍN KUG.BABBAR]	[1shekel of silver for]
	6) [1 SE GUR.SAG.GÁL]	[1. gsg of barley],

b	1) [KUG.BABBAR-*su*]	[its silver (equivalent) is]
	2) [44 MA.NA 6 GÍN 2 MA.NA. TUR KUG.BABBAR]	[2646æ shekels of silver];
	3) [NÍG.SÁM GÁM]	[(this is) the price of the field];
	4) [17 GÚ 38æMA.NA SÍG]	[1058æ pounds of wool];
	5) [NÍG.SÁM]	[at the price of]
	6) [1 GÍN KUG.BABBAR]	[1 shekel of silver for]
	7) [4 MA.NA SÍG]	[4 pounds of wool],
c	1) [KUG.BABBAR-*si-in*]	[its silver (equivalent) is]
	2) [4Ù SA MA.NA 4 GÍN 2 MA. NA.TUR KUG.BABBAR]	[264æ shekels of silver];
	3) [NÍG.KI.GAR GÁN]	[(this is) the additional payment of the field];
	4) [1 *ki-li-lum* KUG.BABBAR]	[1 silver wreath],
	5) [KI.LAL.BI x GÍN KUG. BABBAR]	[its weight is x shekels of silver],
	6) [1 TÚG.SU.DU$_7$.A.BAL]	[(and) [TÚG.SU.DU$_7$.A.BAL cloth)
	7) [PN]	[(for) PN]
	8) [DUMU DINGIR-GÁR]	[son of I.],
i	1) [DUMU].DUMU [*Da*]-*tum*	[desce]ndant of D.;
	2) [1 *ki*]-*li*-[*lu*]*m* KUG.BABBAR	[1] silver 'wreath',
	3) [KI].LAL.BI 'x' GÍN KUG. BABBAR	its weight is 'x' shekels of silver,
	4) [1] TÚG.SU.DU$_7$.A.BAL	(and) [1] TÚG.SU.DU$_7$.A.BAL cloth
	5) *Sag-gul-lum*	(for) S.;
	6) '1' TÚG.SU.SÈ.GA	[1] TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	7) [A]-*hu-mu-bí*	(for) A.;
	8) [1] TÚG.SU.SÈ.GA	[1] TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	9) *Pú-pú*	(for) P.;
	10) [3 DU]MU È-*a-ra-bí*	[(these are) so]ns of E.;
	11) [1] TÚG.SU.SÈ.GA	[1] TÚG.SU.SÈ.GA cloth
ii	1) *Es$_4$-dar-al-su*	(for) E.
	2) DUMU *Is-tu-tu*	son of I.;
	3) 4 DUMU.DUMU *si A-pù-lum*	(these are) 4 descendants of A.;
	4) 1 TÚG.SU.SÈ.GA	1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	5) *Is-má*-DINGIR	(for) I.;
	6) 1 TÚG.SU.SÈ.GA	1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	7) *I-ti*-DINGIR	(for) I.;
	8) DUB.SAR	the scribe;
	9) 2 DUMU DINGIR-GÀR	(these are) 2 sons of I.;
	10) 1 TÚG.SU.SÈ.GA	1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	11) *É-a*-GÚ	(for) E.
	12) DUMU *Is-tu-tu*	son of I.;

iii	1) 1 TÚG.SU.SÈ.GA	1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	2) ARÁD-*zu-ni*	(for) A.
	3) DUMU *La-mu-um*	son of L.;
	4) 4 DUMU.DUMU *Da-tum*	(these are) 4 descendants of D.;
	5) 1 TÚG.SU.SÈ.GA	1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	6) PÙ.SA-^{d}*Za-ba*$_4$-*ba*$_4$	(for) P.
	7) DUMU *Mu-mu*	son of M.,
	8) DUMU.DUMU *Ir-am-*^{d} *Ma-lik*	descendant of I.;
	9) 1 TÚG.SU.SÈ.GA	1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
	10) *Nu-ra*	(for) N.,
	11) GEMÉ.DINGIR	the temple servant,
	12) DUMU.SAL PÚ.SA-*Nu-ni*	daughter of P.,
	13) DUMU.DUMU *Bu-im*	descendant of B.,
iv	1) MÁ.LAH$_4$	the boatman;
	(blank)	
	2) Su. NIGÍN 2 *ki-li-lum* KUG BABBAR	total of 2 silver wreaths,
	3) SU.NIGÍN 2 TÚG.SU.DU$_7$.A.BAL	total of 2 TÚG.SU.DU$_7$.A.BAL cloths,
	4) SU.NIGÍN 10 LAL 1 TÚG SU.SÈ.GA	total of 9 TÚG.SU.SÈ.GA cloths;
	5) NÍG.BA GÁN	(this is) the gift of the field;
	6) SU.NIGÍN 11 GURUS	total of 11 men,
	7) *be-lu* GÁN	the "lords of the field,"
	8) KÚ KUG.BABBAR	the recipients of the silver;
	9) 1 *Su*-AD.MU	9 PNs,
	10) DUMU *La-mu-um*	
	11) 1 *I-da-tum*	
	12) 1 *Su-ru-us*-GI	
	13) 2 DUMU DINGIR-*su*-GÁR	
	14) I *Zi-ra*	
v	1) DUMU DINGIR-dan	
	2) 1 A-da-da	
	3) DUMU ^{d}KA-*Me-ir*	
	4) 5 DUMU.DUMU *Da-tum*	
	5) 1 *Su-Es*$_4$-*dar*	
	6) DUMU ME-*Sá-lim*	
	7) DUMU.DUMU KA-KA	
	8) 1 DINGIR-*a-zu*	
	9) DUMU *I-zu*-GfD	
	10) 1 PÙ.SA-*Il-la*	
	11) DUMU *Ur-*^{d}*Nin-kar*	
	12) 2 DUMU.DUMU *A-pú-lum*	
	13) 1 DINGIR-*ga-lí*	
	14) DUMU *Í-lu-lu*	

	15)	DUMU.DUMU *Ír-am-^{d}Ma-lik*	
		(blank)	
vi	1)	Su.NIGÍN 10 LAL 2 GURUS	total of 9 men,
	2)	SES *be-lu* GÁN	the "brother-lords of the field";
		(blank)	
	3)	GÁN.NINDÁ	the field's border
	4)	IM.MIR	to the north is
	5)	DUMU.DUMU *ku-ku*	(the property of) the descendants of K.;
	6)	GÁN.NINDÁ	the field's border
	7)	IM.U_5	to the south is
	8)	*sa-at Gu-lí-zi*	(the field?) of ox-drivers;
	9)	GÁN.NINDÁ	the field's border
	10)	IM.KUR	to the east is
	11)	ME-*Sá-lim*	(the property of) M.,
	12)	DUMU LUGAL	son of the king;
	13)	GÁN.NINDÁ	the field's border
	14)	IM.MAR.TU	to the west is
	15)	Bar^{kl}	Bar;
	16)	GÁn *Ba-ra-az*-EDIN^{kl}	(this is) the field of Baraz-EDIN,
vii	1)	*in kis*^{kl}	(located) in Kish.
		(blank)	
	2)	80 DUMU.DUMU	80 citizens of
	3)	*Kis*^{kl}	Kish
	4)	*in Ga-za-lu*^{kl}	in Kazalu
	5)	NINDA Í.KÚ	ate bread.
		(blank)	
		(vii 6 to xiv 16 = A x 22 to xvi 17 = 49 citizens of Akkade)	
		(blank)	
xiv	17)	GÁn *Ba-ra-az*-EDIN^{kl}	Field of Baraz-EDIN,
	18)	*in Kis*^{kl}	(located) in Kish,
	19)	*Ma-an-is-tu-su*	M,
	20)	LUGAL	king of
	21)	KIS	the totality
	22)	I.SÁM	bought.

5. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização

SÉRGIO JACOMINO

5.1

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1.1 CRIME CONTRA O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. Ação penal. Falta de justa causa. Atipicidade. *Habeas corpus*. Impossibilidade.

Ementa: 1. Em se apresentando a denúncia obediente ao art. 41 do CPP, com descrição de conduta que caracteriza, em tese, delito de ação pública incondicionada contra a Administração Pública, incabe, na estreita via do habeas corpus, *exame de prova, necessário ao conhecimento de alegada atipicidade do fato, que, de plano, não se mostra evidente e é próprio de sentença por prolatar.*

2. Recurso improvido.

RHC 8.723/SP – 6.ª T. – STJ – j. 18.04.2000 – rel. Min. Hamilton Carvalhido – *DJU* 18.09.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 6.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do senhor Ministro relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Vicente Leal, William Patterson, Fontes de Alencar e Fernando Gonçalves.

Brasília, 18 de abril de 2000 – VICENTE LEAL, Presidente – HAMILTON CARVALHIDO, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Hamilton Carvalhido*: Recurso ordinário interposto contra acórdão da 6.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denegatório de *habeas corpus* impetrado em favor de Eduardo Alves Duarte, denunciado por crime contra o parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79, art. 50, I e III).

O pedido está fundado na atipicidade do fato, por isso que não houve venda, promessa ou proposta de venda de lotes; a aprovação do loteamento antecedeu à denúncia; aperfeiçoou-se já o seu registro; nada foi distribuído; nenhuma afirmação falsa foi feita; a Lei Municipal 385/97 autoriza o fechamento de loteamento e, de resto, inexistiu prejuízo de quem quer que seja.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Hamilton Carvalhido* (Relator): Senhor Presidente, recurso ordinário interposto contra acórdão da 6.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denegatório de *habeas corpus* impetrado em favor de Eduardo Alves Duarte, denunciado por crime contra o parcelamento do solo urbano (Lei 9.766/79, art. 5.º, I e III *sic*).

O pedido está fundado na atipicidade do fato, por isso que não houve venda, promessa ou proposta de venda de lotes; a aprovação do loteamento antecedeu à denúncia; aperfeiçoou-se já o seu registro;

nada foi distribuído; nenhuma afirmação falsa foi feita; a Lei Municipal 385/97 autoriza o fechamento de loteamento e, de resto, inexistiu prejuízo de quem quer que seja.

São estes os tipos legais dos delitos imputados ao paciente (Lei 6.766/79, art. 50, I e III):

"Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública:

I – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

(...)

III – fazer, ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade do loteamento ou desmembramento do solo, para fins urbanos ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo."

E é este, em parte, o teor da denúncia:

"1) Consta dos inclusos autos que, desde a aquisição da gleba por parte da sua empresa D. Duarte Empreendimentos S.C. Ltda., 04.02.1998, com área de 129.266,212m², registrada no C.R.I. sob o n. 14.532 (cert. f.), sita na Estrada Municipal, s/n, em Ibiúna, até 14.07.1998 (data da vistoria de f.), Eduardo Alves Duarte deu início ao loteamento do imóvel denominando-o 'Vila Real', para fins urbanos, por meio de abertura de vias de circulação e demarcação de lotes e quadras, indicados na planta apreendida e constatados pela Prefeitura à f., sem a prévia aprovação do projeto do parcelamento do Município, infringindo assim o art. 50, I, da Lei 6.766/79.

2) Consta ainda que Eduardo Alves Duarte desde 21.07.1998 até 31.08.1998 (data do flagrante), em nome da sua empresa D. Duarte Empreendimentos S.C. Ltda., passou a oferecer os lotes ao público em geral, por meio de anúncios de venda veiculados pelo jornal (f.); de panfletos (f. e demais apreendidos); bem como por meio da manutenção de local aberto ao público, sito no Km 65 da via Bandeirantes (local de apreensão dos documentos e realização do flagrante), neste Município, com material apto a ser utilizado nos atos negociais (propostas de compra em branco, apreendidas, cf. f. e tabela de preços, f.); dando início assim à alienação de lotes de loteamento não aprovado pelo Município e não registrado no Cartório de Registro de Imóveis, infringindo deste modo o art. 50, I, da Lei 6.677/79 *sic*).

3) Consta finalmente que Eduardo Alves Duarte, fraudulentamente, ocultou nos panfletos de propaganda do empreendimento (f.), no anúncio pela imprensa (f.) e na placa de venda de f., fato relativo ao loteamento, qual seja: falta de aprovação do parcelamento pelo Município; inexistência de registro imobiliário e falta de aprovação do empreendimento em forma de 'condomínio fechado', infringindo assim o art. 50, III, da Lei 6.766/79.

(...)" (f.).

Tem-se, portanto, que a denúncia, em forma obediente à regra do art. 41 do CPP, descreve conduta que, em tese, caracteriza delito de ação pública incondicionada contra a Administração Pública, incabendo, na via estreita do *habeas corpus*, o pretendido exame de prova, necessário à demonstração da alegada atipicidade objetiva e subjetiva do fato, próprio da sentença e não manifesta, de plano, na espécie.

De qualquer modo, gize-se que, no anúncio de f., fala-se em "loteamento tipo condomínio fechado" e que a aprovação do loteamento e o seu registro antes do oferecimento da denúncia, mas posteriores ao fato, em nada influem na caracterização da ilicitude penal, valendo invocar, de resto, precedente deste Superior Tribunal de Justiça, lavrado pelo eminente Min. Fernando Gonçalves (RHC 7.821/SP, *DJ* 13.10.1998):

"Segundo pacífico entendimento jurisprudencial, o parcelamento irregular do solo urbano, quando objeto de censura penal, é crime cuja consumação se dá com simples atividade, independente da produção do resultado danoso."

Nego, pelo exposto, provimento ao recurso.

É o voto.

CERTIDÃO: Certifico que a E. 6.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do senhor Ministro relator.

Votaram com o senhor Ministro relator os Srs. Ministros Vicente Leal, William Patterson, Fontes de Alencar e Fernando Gonçalves.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de abril de 2000.

5.1.2 SERVIDÃO DE PASSAGEM. Imóveis pertencentes a uma mesma proprietária. Não configuração do ônus. CC, art. 695. Mera tolerância da titular dos imóveis. Recurso especial. Prova. Reexame. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial não configurado.

Ementa: I. Inservível a divergência jurisprudencial pretendida demonstrar mediante simples transcrição de ementas e passagens doutrinárias que não permitem exata identificação da exata similitude das hipóteses confrontadas.

II. Firmado pelo acórdão, na interpretação da prova, que não se configurou a servidão, mas mera tolerância da antiga proprietária dos imóveis, o reexame da questão recai no óbice da Súm. 7 do STJ.

III. Caso, ademais, em que os imóveis pertenciam à mesma dona, de sorte que os pressupostos do art. 695 do CC não se acham configurados.

IV. Recurso especial não conhecido.

REsp 117.308/MG – 4.ª T. – STJ – j. 29.08.2000 – rel. Min. Aldir Passarinho Junior – *DJU* 09.10.2000.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos.

Decide a 4.ª T. do STJ, por maioria, não conhecer do recurso, vencido o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 2000 – RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente – ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior*: Inicio por adotar o relatório que integra a decisão de 1.º grau, *verbis* (f.):

"José Ranulfo de Queiroz e sua mulher Maria Dalva Lisbos Queiroz, qualificados às f. do Proc. 002/90, ajuizaram contra a Rede Ferroviária Federal S.A., ação de manutenção de posse de servidão de trânsito.

Os autores afirmam que, em 31.12.1985, adquiriram da ré uma casa residencial, de n. 162, com terreno e quintal, área de 361m², localizada na Rua Pátio do Depósito, também conhecida por Pátio da Rede, nesta cidade.

O imóvel em apreço faz parte de uma vila de casas situadas no Pátio da Rede, sendo servido por duas vias de trânsito, dando acesso a ele e pelas quais passam redes de água e esgoto da Copasa e iluminação pública da Cemig.

A principal e mais importante destas duas vias de acesso é a que vai em demanda

à Rua JK, através da qual os autores se dirigem ao centro da cidade e a seus locais de trabalho.

A outra via volta-se para a Zona Sul da cidade, contrapondo-se à via de acesso principal, pois, enquanto esta conduz ao centro, através da Rua JK, aquela outra conduz em direção oposta, no sentido dos Bairros Santa Rita, Morrinhos e outros.

As duas servidões de trânsito – prosseguem – existem há mais de trinta anos ininterruptos e foram instituídas pela União Federal, então proprietária dos prédios posteriormente vendidos.

Em 17.09.1986, a ré vedou a passagem que dava acesso à via pública Rua JK, em demanda ao centro da cidade, levantando um muro no alinhamento da Rua da Bahia, a qual se entronca com a Rua JK. Suspendeu a servidão de trânsito existente há mais de trinta anos, impedindo o acesso dos autores à sua residência.

Pediram, liminarmente, a manutenção da posse da servidão e, afinal, a concessão definitiva da medida, condenando a ré no ônus da sucumbência.

Juntaram documentos, deferida a liminar às f.

A RFFSA contestou às f.

Em preliminar, aduziu carência de ação, pois imóveis públicos não se sujeitam a usucapião, pedindo a extinção do processo.

No mérito, nega a instituição da servidão e postula o julgamento da improcedência do pedido.

Juntou documentos.

Os autores manifestaram-se às f.

O feito capengou, capengou e o saneador somente foi proferido em 25.02.1992 (f)!!!

Audiência de instrução e julgamento às f.

As partes apresentaram memoriais.

Nos autos em apenso (001/90), os mesmos autores ajuizaram ação de manutenção de posse de servidão contra Evandro Guedes da Silva e sua mulher, qualificados às f.

A servidão que pretendem ver tutelada é a mesma descrita anteriormente.

Afirmam os autores que o réu Evandro Guedes da Silva adquiriu a casa n. 68, no Pátio da Rede, da RFFSA. Empreendeu reforma no imóvel, mudando sua frente para a Rua Bahia, a qual outrora servia de fundo à residência.

Ergueu um muro nos fundos atuais do imóvel, o qual atravessou a via de trânsito que os autores utilizavam para ter acesso ao centro da cidade e seus locais de trabalho, vedando-a totalmente.

Pediram liminarmente a manutenção e, afinal, a concessão definitiva da medida, com a condenação dos réus no ônus da sucumbência.

Juntaram documentos.

A liminar foi concedida às f.

Os réus contestaram às f.

Renegam a aquisição da servidão por usucapião, pois o terreno era público e afirmam que os autores podem dispor de outra passagem para terem acesso às vias públicas. Pedem o julgamento da improcedência do pedido.

Os autores manifestaram-se às f.

Manoel Ramos e Waldir Ferreira do Rosário habilitaram-se como assistentes do réu, pretendendo obter decisão a este favorável (f.), sendo a intervenção somente deferida às f....

A requerimento dos réus, ainda, foi denunciada à lide a RFFSA, a qual contestou às f.

Preliminarmente, pede a sua exclusão da lide, pois o muro foi construído pelos réus, e a extinção do processo, porque bens públicos não se sujeitam a usucapião. No mérito, nega a existência da servidão, pedindo o julgamento da improcedência da pretensão dos autores.

A reunião dos processos foi determinada às f.

Audiência de instrução e julgamento às f.

As partes ofereceram memoriais."

A sentença julgou procedentes os pedidos formulados nas duas ações, mantendo os autores na posse da servidão de trânsito (f.).

Interpostas apelações, foram elas acolhidas pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, para julgar improcedente o pedido possessório, revogadas as liminares concedidas e invertidos os ônus sucumbenciais (f.).

Opostos embargos declaratórios pelos autores (f.), foram eles rejeitados às f.

Inconformados, os autores interpõem, pelas letras *a* e *c* do art. 105, III, da CF, recurso especial em que alegam ter movido duas ações de manutenção de posse, a primeira contra Evandro Guedes da Silva e a segunda em desfavor da Rede Ferroviária Federal S.A., objetivando a continuidade de servidão de trânsito instituída há 40 anos em favor dos moradores dos imóveis situados no Pátio da Rede, na chamada rua JK, em Montes Claros, MG; que adquiriram sua residência em 1985, portanto quando já preexistia a servidão; que em 1986 foi construído o muro, obstruindo o acesso, motivo das demandas.

Afirmam que deve ser afastada a conclusão do acórdão, no sentido de que inexiste servidão sobre dois prédios pertencentes a um só proprietário, uma vez que ela era utilizada pelos autores quando possuidores na qualidade de locatários-empregados da Rede, direito que sucederam como novos titulares, registrando que o desacolhimento de seus pleitos em 2.ª instância importou em ofensa aos arts. 695, 697 e 702 do CC.

Aduzem que a servidão é direito real que adere aos bens em definitivo, e ela é aparente e contínua, instituída pelo ex-proprietário e transmitida a seus sucessores.

Invocam a Súm. 415 do STF, observando que não se cuidava de mera tolerância do proprietário, porquanto se estendia a pedestres em geral e automóveis que por ali passavam, devidamente materializada por obras concretas.

Colacionam os recorrentes arestos paradigmas em apoio a sua tese.

Contra-razões pela Rede Ferroviária Federal S.A. às f., sustentando a inexistência de servidão, porquanto os prédios serviente e dominante eram dela própria, não se configurando, assim, a hipótese do art. 695 do CC, salientando, mais, que a situação não é a de prédio encravado, pois demonstrado que os autores dispõem de outros meios de acesso ao centro da cidade.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem, subindo à apreciação do STJ por provimento dado ao Ag 55.494/MG, pelo eminente relator originário, Min. Fontes de Alencar.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às f., pelo Dr. Adalberto Nóbrega, no sentido do não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior* (Relator): Como visto do relatório, os autores moveram duas ações de manutenção de posse julgadas conjuntamente. A primeira contra Evandro Guedes da Silva, que adquiriu da Rede Ferroviária Federal S.A. a casa n. 68 do chamado "Pátio da Rede", contígua à de n. 162, comprada pelos ora recorrentes (f.). Na segunda, a ré é a própria RFFSA. Ambas as ações discutem obstáculos físicos que, segundo os promoventes, impedem seu acesso ao centro da cidade de Montes Claros, MG, como dantes o faziam, quando locatários do imóvel e empregado, o cônjuge varão, da 2.ª ré.

Invoca-se no recurso especial, aviado pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, violação aos arts. 695, 697 e 702 do CC, a par do dissídio jurisprudencial.

Quanto à divergência, tenho-a como não configurada.

De efeito, os arestos paradigmáticos foram transcritos apenas por suas ementas e passagens doutrinárias que deles constam, o que é de todo insuficiente ao confronto que, como sabido, deve ser identificado

em relação a hipóteses rigorosamente idênticas.

Tão pouco se acha prequestionado o art. 702 do CC, mas exclusivamente os arts. 695 e 697, que rezam:

"Art. 695. Impõe-se a servidão predial a um prédio em favor de outro, pertencente a diverso dono. Por ela perde o proprietário do prédio serviente o exercício de alguns de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante.

(...)

Art. 697. As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no Registro de Imóveis."

O acórdão *a quo*, prolatado pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, diz em seu voto condutor, do eminente Juiz Sérgio Resende, o seguinte (f.):

"Há um ponto em comum nos dois recursos: ambos batem-se pela reforma da sentença de primeiro grau que acolheu o pedido possessório feito pelos apelados, José Ranulfo Queiroz e sua mulher.

Entre os vários aspectos levantados na primeira peça recursal voltados à revelação de inexistência de qualquer servidão de trânsito a favor dos apelados-autores, impõe-se destacar o que foi dito com inteira pertinência: 'no presente caso o apelado-varão fazia jus à moradia obrigatória, ocupando por diversos anos com sua família o imóvel objeto da demanda, situado dentro do pátio da estação de Montes Claros. Teve permissão de utilizar a área interna do mencionado pátio, enquanto em serviço, para facilitar o acesso as demais dependências da empresa. Agora, após adquirir a casa que ocupava durante anos, pretende reconhecida servidão de trânsito, jamais constituída'.

Com efeito, 'impõe-se a servidão predial a um prédio em favor de outro, pertencente a diverso dono' (art. 695 do CC) e que 'a servidão não se presume' (art. 696), vê-se que nunca poderia ser agasalhada a pretensão exposta na inicial. Ora, se até a data em que os autores adquiriram o imóvel (31.12.1985) toda a área pertencia unicamente a apelante, como falar-se em existência de alguma servidão? Como dito na defesa – f.-TA – 'a ré não poderia instituir servidão em coisa própria: *nemine res sua propria servire potest*'.

Nota-se, portanto, que os autores, como donos de um prédio diverso, somente começaram a utilizar o percurso a partir de dezembro/85, impondo-se salientar que, até então, tudo não passava de um ato de mera tolerância da proprietária única, Rede Ferroviária Federal S.A., e que, por óbvio, não outorga o direito pretendido pelos apelados.

A tentativa de demonstrar que o imóvel estaria 'encravado' caso não fosse destruído o muro edificado pela ré não encontra suporte nas provas feitas. O próprio demonstrativo de f.-TA anexado à inicial revela que os autores têm livre acesso à via pública (saindo do pátio) pela 'Praça Duque de Caxias' e daí ganhando a rua Monte Castelo... A insistência em querer estabelecer uma servidão de trânsito para ter acesso a 'rua JK' não pode ser aceita como já afirmado.

No julgamento da Ap 54.558/2 (vide acórdão de f.-TA) a Turma julgadora assentou que: 'é da mais evidente impertinência a discussão relativa à servidão, que não existe nem é mencionada nos títulos de domínio' e que 'não fosse o bastante, ambos, adquirindo do proprietário comum e omissos os títulos quanto a este aspecto, sabem inexistir o gravame'. Na oportunidade, é bom lembrar, este relator funcionou como Juiz-vogal...

Assim, se naquela ocasião já se afirmava a inexistência da servidão por não constar dos títulos e por ser o vendedor o único dono, não há motivos para uma mudança de posição diante dos mesmos fatos."

No tocante à situação de se achar encravado ou não o prédio, verifica-se que esse aspecto circunscreve-se ao reexame da

prova, e na interpretação desta, em que é soberano, o aresto concluiu que não procede de tal alegação. Sua revisão é impossível, ao teor da Súm. 7 do STJ.

Resta, assim, a examinar, a questão referente ao art. 695, qual seja, se pode ser instituída uma servidão relativamente a prédios pertencentes ao mesmo dono.

A RFFSA era a proprietária única de todos os imóveis, de sorte que o pressuposto previsto no citado dispositivo legal não ocorre.

É certo que a mera alienação do imóvel para novo titular não implica no desaparecimento da servidão. Mas isso, evidentemente, desde que ela já tivesse sido instituída anteriormente, situação aqui inocorrente. E não estava, justamente porque não poderia existir em relação a um mesmo dono.

O fato de os autores serem ex-inquilinos que vieram a adquirir o imóvel não lhes transmite esse direito, pois a relação locatícia não possui esse alcance. Não tem o condão de constituir direito real sobre coisa alheia, no caso sobre o próprio ou o outro imóvel contíguo que pertenciam à própria Rede Ferroviária.

Ademais, a questão também recai no reexame da prova, porquanto o Tribunal estadual concluiu pela existência de "mera tolerância da proprietária única" (f., *sic*) e a não caracterização da servidão, circunstância que induziria à reapreciação dos elementos fáticos contidos nos autos para chegar-se a entendimento semelhante ou diverso, incidindo na mesma vedação da antes citada súmula.

Nesse sentido foi o pronunciamento da E. 3.ª T., no julgamento do REsp 6.614/PR, a saber:

"Recurso especial. Direitos reais sobre coisa alheia. Servidão predial. Mera tolerância. Inexistência de ofensa a lei. Recurso não conhecido.

Declarando o acórdão, a examinar a causa sob o enfoque dos direitos reais sobre coisa alheia, inexistir servidão predial, mas mera tolerância de passagem, ofensa não acarreta aos arts. 695 e seguintes do Digesto Civil pertinentes àquele tema" (rel. Min. Cláudio Santos, unânime, *DJU* 12.08.1991).

Ainda, de acordo com o art. 696 do CC, "servidão não se presume".

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: No caso, trata-se de mera tolerância, e, assim sendo, não se enquadra na proteção postulada. Por outro lado, a espécie esbarra no Enunciado n. 7 da súmula deste Tribunal.

Em conclusão, acompanho o Ministro-relator.

CERTIDÃO: Certifico que a E. 4.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha, não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de junho de 2000.

VOTO VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: O Sr. Min. Aldir Passarinho Junior assim relatou e votou no presente recurso: (Leu).

Peço vênia para conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Quando adquiriram o lote localizado no "Pátio da Rede", em 1985, os recorrentes mantiveram o uso de uma rua que servia de passagem e ligava sua casa à Rua JK.

Não examino o acontecido antes dessa data, mas a verdade é que, pelo menos a partir de 1985, os autores utilizaram-se daquele caminho para se dirigirem à cidade, passagem que existia há muitas décadas e

era aparente ("As fotografias de f. (Proc. 1/90) e f. (Proc. 2/90) estão a demonstrar que o local tem formato de via pública, servido de postes de iluminação, inclusive" (sentença, f.)).

A construção do muro pelos réus impediu a passagem e caracterizou turbação ao exercício da posse do lote beneficiado pela servidão, ofensa essa que pode ser atacada pela ação possessória (Lafayette, *Direito das coisas*, 6. ed., p. 334).

Os autores demonstraram os requisitos necessários para o acolhimento do seu pedido (a posse sobre um caminho aparente, a turbação pela construção do muro, a data dessa turbação e continuação da posse do lote, embora turbada, art. 927 do CPC).

Portanto, não vejo como se lhes possa negar a proteção possessória.

A argumentação expendida a partir da disposição legal que apenas admite a servidão entre prédios pertencentes a diverso dono, e que a servidão resultava de mera liberalidade do único proprietário, tudo isso não se mantém a partir de 1985, quando houve a alienação dos lotes.

Ainda, não se pode desconsiderar o fato de que a RFFSA, proprietária, efetuou parcelamento da gleba e o implantou de fato, com a construção das casas e das vias de acesso, daí que o uso dessas vias pelos moradores do loteamento é uma realidade que não se elimina pela vontade unilateral do primitivo proprietário, como se fora simples precário, pois essas vias decorreram da construção da pequena vila.

Erguidos os muros em 28.06.1986 (por Evandro) e em 17.09.1986 (pela RFFSA), depois, portanto, de 31.12.1985, data da aquisição pelos autores do lote a que corresponde a casa n. 162, e proposta a ação contra Evandro em 06.08.1986, e contra RFFSA em 1.º.10.1986, concluo que as ações eram tempestivas, cabíveis (Súm. 415/STF) e procedentes.

Assim, com a devida vênia, conheço do especial pela divergência (Súm. 415/STF) e lhe dou provimento, para restabelecer a r. sentença.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 29 de agosto de 2000.

5.1.3 PARCELAMENTO DE SOLO. Regularização pelo Município. Poder-dever. Lei 6.766/79, art. 40. Legitimidade passiva do Município em ação civil pública.

Ementa: O Município tem o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino, sem que a Prefeitura Municipal tenha usado do seu poder de polícia ou das vias judiciais próprias, para impedir o uso ilegal do solo. O exercício desta atividade é vinculado.

REsp 124.714/SP – 2.ª T. – STJ – j. 22.08.2000 – rel. Min. Francisco Peçanha Martins – *DJU* 25.09.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 2.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Nancy Andrighi e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 22 de agosto de 2000 – FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Francisco Peçanha Martins*: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Município de São Paulo, com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado que, por unanimidade, deu provimento à apelação da Fazenda Estadual, deu parcial provimento à remessa de ofício e negou provimento à apelação do ora recorrente interposta nos autos da ação civil pública intentada pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Valdete Monteiro da Silva, Edmar Alves de Oliveira, Municipalidade de São Paulo, Estado de São Paulo, objetivando regularizar a ocupação desordenada de loteamento clandestino, denominado "Jardim Três Marias".

O acórdão rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, bem como a de ilegitimidade passiva da Fazenda Municipal, vez que a regularização de loteamentos é atividade atribuída à Prefeitura Municipal (art. 40 da Lei 6.766/79). Quanto ao mérito, reconheceu a omissão administrativa da Prefeitura, que não adotou as suficientes medidas capazes de impedir a implantação do loteamento irregular. Ademais, confirmou a multa diária de 10 salários mínimos com o objetivo de inibir o descumprimento das obrigações impostas pela r. sentença. Por fim, declarou a ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado.

Daí o apelo especial em que o ora recorrente alega ter o v. aresto violado o art. 40 da Lei 6.766/79, quando determinou a regularização do loteamento pelo Município.

Contra-razões às f.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Somente o recurso especial foi admitido no Tribunal *a quo*. Contra o despacho denegatório do apelo extremo foi interposto o cabível agravo de instrumento.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento do recurso especial, mas pelo seu improvimento, vez que não pode ser excluída a responsabilidade do Município de regularizar o loteamento.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Francisco Peçanha Martins* (Relator): Cuida-se, originariamente, de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Valdete Monteiro da Silva, Edmar Alves de Oliveira, Municipalidade de São Paulo e Estado de São Paulo, visando a regularização de loteamento clandestino, denominado "Jardim Três Marias".

A sentença de 1.º grau julgou a ação parcialmente procedente. Houve recurso oficial e recursos voluntários da Municipalidade e da Fazenda Estadual.

A Municipalidade, sustenta as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva da Fazenda Municipal.

A Fazenda do Estado reitera preliminares de inépcia da inicial e de ilegitimidade ativa *ad causam*, afirmando que o objeto e a causa de pedir das ações cumuladas são distintos, sendo inviável a cumulação. Insurge-se ainda contra a legitimidade do *Parquet* para propositura da ação civil pública se não adstrita aos limites constitucionais previstos. Sustenta, ainda, ilegitimidade passiva do Estado, por caber ao Município a regularização de loteamento.

O Tribunal de Justiça estadual decidindo os recursos proclamou (f.):

"Ação civil pública. Loteamento irregular. Regularização. Atribuição de competência municipal. Ausência de responsabilidade solidária do Estado quer pela regularização, quer pelos danos aos adquirentes de lotes e ao meio-ambiente. Ilegitimidade passiva *ad causam* da Fazenda do Estado."

Irresignada, manifesta a Municipalidade de São Paulo, este recurso especial sustentando afronta ao art. 40 da Lei 6.766/79, já

que a Administração Pública tem a faculdade, mas não o dever de regularizar o parcelamento de solo urbano, segundo o critério de conveniência e oportunidade, fundamentado na regra do preceito de lei federal já indicado.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso especial, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho, resumido na ementa de f.:

"Administrativo. Ação civil pública promovida pelo Ministério Público – São Paulo. Loteamento. Regularização pelo Município. Improvimento do recurso especial.

1. Loteamento irregular inserido em área de proteção dos mananciais com arruamento implementado, sem que a Prefeitura Municipal usasse do seu poder de polícia ou das vias judiciais para coibir o uso ilegal do solo.

2. A regularização de loteamento nestas condições faz-se imprescindível, seja de imediato assumido pela Municipalidade para evitar dano aos mananciais de Guarapiranga atingindo os interesses difusos e da comunidade local.

3. Segundo o STJ (REsp 194.732-SP) o Município 'tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição. O exercício desta atividade é vinculado'.

4. Pelo improvimento do recurso especial."

Nesta E. Corte, apreciando o REsp 194.732-SP (*DJ* 21.06.1999) a 1.ª Turma, por unanimidade, decidiu hipótese idêntica à dos autos, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"Administrativo. Processual civil. Parcelamento de solo. Município. Ação civil pública.

1. O Município, em se tratando de ação civil pública para obrigar o proprietário de imóvel a regularizar parcelamento do solo, em face do modo clandestino como o mesmo ocorreu, sem ter sido repelido pela fiscalização municipal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

2. O Município tem o poder-dever de agir para que loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição.

3. O exercício dessa atividade é vinculado.

4. Recurso provido para que o Município, conforme chamamento feito na inicial pelo Ministério Público, autor da ação, figure no pólo passivo da demanda."

Vale transcrito, ainda, trecho do voto condutor do v. aresto hostilizado, por sua clareza e lucidez (f.):

"A regularização de loteamento é atividade atribuída à Prefeitura Municipal, consoante se vê do art. 40 da Lei 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Daí decorre a legitimação da Municipalidade para figurar no pólo passivo de demanda que vise a regularização de loteamento.

No mérito, a r. sentença recorrida conferiu adequada solução à demanda, ao reconhecer a omissão administrativa da Prefeitura Municipal, que não adotou suficientes medidas capazes de impedir a implantação do loteamento irregular, de nefastas conseqüências urbanísticas e ecológicas.

A legislação outorga à Administração Municipal diversos instrumentos para coibir o surgimento de loteamentos clandestinos. Não obstante, não houve adoção de providências rigorosas e eficazes, tanto que o loteamento foi executado.

Como é intuitivo, a instalação do núcleo habitacional clandestino não se desenvolveu do dia para a noite. Se a Municipalidade houvesse agido com rigor, nos limites da sua competência, manejando os instrumentos de que dispõe, inclusive no âmbito jurisdicional, o loteamento não teria proliferado na intensidade em que se verifica neste caso.

De outro vértice, depois de implantado o núcleo habitacional, e apesar do tempo decorrido, não cuidou a Municipalidade de adotar providências tendentes à convalidação da ocupação, mediante regularização do loteamento, o que milita em favor do acolhimento da demanda."

Comungo do mesmo entendimento, assim como adoto, por inteiro, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República como razões para decidir este recurso especial, não o conhecendo.

Do exposto, não configurada a violação da lei federal indicada, não conheço do recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 2.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do senhor Ministro relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Nancy Andrighi e Franciulli Netto.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de agosto de 2000.

5.1.4 MULHER CASADA. Meação. Defesa.

Ementa: Os embargos de terceiro constituem a via adequada para que a mulher busque afastar a constrição que recaia sobre sua meação.

Em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo e tendo em vista o disposto no art. 250 do CPC, admite-se que, se o erro foi apenas de rótulo, possam os embargos, ditos de devedor, ser apreciados como embargos de terceiro. Hipótese em que, entretanto, se misturaram, em uma só petição, tema próprio de tais embargos e pedido formulado pelos devedores, atacando o título. Tal cumulação seria tumultuária e prejudicial ao andamento do processo.

Nota promissória.

A discussão da causa da dívida exige que o embargante formule petição, indicando com precisão as parcelas indevidas, não se podendo aceitar impugnação genérica.

REsp 141.821/GO – 3.ª T. – STJ – j. 06.04.2000 – rel. Min. Eduardo Ribeiro – *DJU* 21.08.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os senhores Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Menezes Direito.

Brasília, 6 de abril de 2000 – CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente – EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo Sr. Min. Eduardo Ribeiro*: Marco Antônio Reis, Marco Antônio Reis Júnior, Lívia Gomes da Silva Reis e Tânia Mara de Campos Reis opuseram embargos à execução, movida por BRB – Banco de Brasília S.A.

O Magistrado de primeiro grau julgou a quarta embargante carecedora de ação e improcedentes os embargos.

A 3.ª T. da 2.ª Câm. Civ. do TJGO negou provimento ao apelo dos devedores, em acórdão assim ementado:

"Embargos à execução. 1) Cerceamento de defesa e negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. 2) Ilegitimidade da esposa do devedor para embargar a execução. 3) *Causa debendi* comprovada. 4) Juros acima de 12% ao ano. Admissibilidade. 5) Excesso de execução incomprovado. 1) Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, é cabível o julgamento antecipado da lide, inocorrendo, portanto, o cercea-

mento de defesa, assim como, inconsistente se apresenta a tese de negativa de prestação jurisdicional, quando a sentença aborda as questões dos embargos, ainda que de forma suscinta. 2) Para a defesa de sua meação, a lei reserva à mulher do devedor, o meio próprio, qual seja, os embargos de terceiro. 3) Irrelevante a alegação de ausência da *causa debendi*, quando o crédito do exeqüente está amparado em contrato de empréstimo e nota promissória que preenchem os requisitos legais. 4) Necessitando o art. 192, § 3.º da CF, de regulamentação, tem-se admitido juros avençados acima de 12% ao ano entre os contratantes. 5) Embora consubstanciado em contrato de adesão, que prevê inúmeros encargos, previamente conhecidos e aceitos pelo aderente, distante a tese de excesso de execução, se os embargantes não demonstraram eficazmente quais as verbas acessórias excessivas."

Interpuseram os executados embargos de declaração, rejeitados. Apresentaram, então, recursos extraordinário e especial. Nesse último, apontaram a existência de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas anteriormente requeridas, que demonstrariam o excesso de execução e a inexistência de proveito da meeira, no tocante à dívida contraída por seu marido. Argumentaram que, sendo o ônus da prova da mulher, o procedimento adotado violaria os arts. 327, 330, 331, 332 e 333 do CPC e 1.º, 2.º e 3.º da Lei 4.121/62. Sustentaram, ainda, nulidade do acórdão proferido em embargos de declaração, pois o tribunal de origem não se teria pronunciado sobre o desequilíbrio entre as partes, ocasionado por tratar-se de contrato de adesão, a possibilidade de investigar-se a causa da nota promissória, o anatocismo e a usura praticados pelo credor, eventual contrariedade aos arts. 47 e 54 do CDC e os excessos, referentes à correção monetária, comissão de permanência, taxa de administração e outros encargos, cobrados cumulativamente. Afirmaram que o cônjuge meeiro poderia defender seus interesses, não só por meio de embargos de terceiro, mas, também, em embargos à execução. Ressaltaram que a meação da mulher não responderia por dívida firmada apenas pelo marido, pena de contrariarem-se os arts. 3.º da Lei 4.121/62 e 226, § 5.º, da CF. Ponderaram que, não demonstrada a origem da nota promissória, a sua validade estaria comprometida. Afirmaram que a cobrança de juros superiores a 12% estaria em desacordo com o *caput* do art. 192 da CF e asseverou que o contrato deixaria ao arbítrio do credor a fixação de diversos encargos, o que ofenderia o disposto nos arts. 47 e 54 do CDC. Apontaram, por fim, dissídio com julgados deste Superior Tribunal.

Ausentes contra-razões, foram os recursos admitidos, encaminhando-se os autos primeiramente a esta Corte.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro* (Relator): Sustentam os recorrentes que o julgamento antecipado da lide cerceou-lhes a defesa. Impediu-lhes a prova de excesso de execução, em virtude de sucessivas reformas e pagamento de vários acessórios. Obstou, ainda, que a mulher fizesse prova de que da operação de que resultou a dívida não lhe resultou proveito.

Em relação a esse último ponto, cumpre ter em conta que o acórdão se limitou a afirmar a impossibilidade de a defesa da meação fazer-se por meio de embargos à execução. O caso é de embargos de terceiro. Desse modo, não havia motivo para produção de provas.

Não se pode negar que correta a decisão quanto a isso. Se a mulher pretende sustentar que seus bens estão sendo atingidos indevidamente, a hipótese é própria dos embargos de terceiro.

Admito até, como o fez precedente da E. 4.ª Turma que, em homenagem ao princípio da instrumentalidade, não se deverá emprestar maior significado a tal erro, quando disso não resulte prejuízo. Assim

é que, se a mulher, objetivando afastar a constrição quanto a sua meação, rotula embargos de terceiro de embargos à execução, há que se aproveitar o processo, com fundamento no art. 250 do CPC. No caso, entretanto, misturam-se as duas coisas. Em uma mesma petição, são apresentados embargos pela mulher e pelos devedores, envolvendo questões própria de uma e outra via. A admissão dos embargos da mulher importaria retardamento e tumulto na apreciação dos embargos dos devedores. Em tais circunstâncias e considerando essa particularidade, não me parece possível o aproveitamento, nem existe divergência.

Também não têm razão os recorrentes, no que diz com o alegado cerceamento, na parte em que pretendiam discutir a causa da dívida.

A execução funda-se em título representativo de dívida líquida e certa. Para impugná-lo, haveriam os devedores de apontar com precisão em que teriam consistido o abuso e a ilegalidade. Não o fizeram, limitando-se a vagas afirmações que, em verdade, não ofereciam tema para a produção de prova, dada mesma sua generalidade.

Indica-se ementa de acórdão de que fui relator, onde se afirma que, fundando-se a execução em nota promissória, não poderiam ser considerados acessórios previstos em contrato de que a execução não cogita. Ora, no caso, vê-se da inicial que exatamente isso se pretende. Pediu-se o pagamento do principal com correção monetária e juros legais.

Observo, por fim, que as instâncias ordinárias não se abstiveram de fundamentar os julgamentos proferidos. Examinaram aquilo que seria necessário.

Não conheço do recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial."

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Menezes Direito.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 6 de abril de 2000.

5.1.5 HIPOTECA. Penhora. Indivisibilidade da garantia real.

Ementa: I. Hipotecado o imóvel, não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos arts. 757 e 758 do CC.

II. Precedentes do STJ e STF.

III. Recurso conhecido e provido.

REsp 143.802/SP – 3.ª T. – STJ – j. 09.12.1999 – rel. Min. Waldemar Zveiter – *DJU* 21.08.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os senhores Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Min. Eduardo Ribeiro, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Não participou do julgamento o Sr. Min. Ari Pargendler (art. 162, § 2.º, RISTJ).

Brasília, 9 de dezembro de 1999 – CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente – WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter*: Aristides Bertholini opôs embargos de terceiro, nos autos de execu-

ção promovida pelo Banco Nacional S.A. contra Dirceu de Oliveira Reis, alegando, em suma, que inadmissível, no caso, a penhora efetivada sobre metade ideal de imóvel, sobre o qual incide direito real de garantia de que é beneficiário, uma vez que ela interfere nos direitos decorrentes da hipoteca.

A sentença julgou procedente os embargos, com base no princípio da indivisibilidade da garantia real (f.).

Apelou o vencido (f.), tendo a 12.ª Câmara do C. 1.º Tribunal de Alçada Civil, à unanimidade, dado provimento ao apelo, aduzindo as razões de que inadmissível a penhora, na hipótese, ressalvada a subsistência integral da garantia, mesmo após a arrematação por terceiro (f.).

Irhaydes Greppe Bertholini, na qualidade de herdeira habilitada do falecido embargante (f.), opôs embargos declaratórios (f.), que foram rejeitados (f.).

Inconformada, interpôs a embargante recurso especial, alegando negativa de vigência dos arts. 535, II, e 849, VII, do CPC. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial com julgados de outros tribunais, inclusive do STF, trazendo à colação o RE 108.397 (*RTJ* 118/1.147) e EI em ApCiv 89.01.218 10-0-MG (*JSTJ* e *TRT, LEX* 7/300), este último do TRF da 1.ª Reg. Neles adotou-se orientação no sentido de que, "sendo hipotecado o imóvel, não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos arts. 757 e 758 do CC" (f.).

Sem contra-razões, o ilustre Presidente daquele Tribunal o admitiu, apenas, pela letra *a* (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter* (Relator): Dispôs o acórdão (f.):

"Em 12.11.1987, este E. 1.º TACivSP, por votação sufragada pela maioria absoluta de seus integrantes, em Sessão Plenária, firmou o entendimento que se converteu na Súm. 19, do teor seguinte:

'Admite-se a penhora sobre parte igual de imóvel hipotecado, ressalvada a subsistência integral da garantia, mesmo após a arrematação por terceiro' (Incidente de uniformização de jurisprudência 372.780, de São Paulo, rel. Juiz Scarance Fernandes, maioria, *JTA* 110/50).

Na ocasião, salientou o relator que a indivisibilidade da hipoteca em nada será alterada pela alienação parcial do bem, pois, enquanto não satisfeito integralmente o débito, o direito real de garantia subsiste, por inteiro, sobre todo o bem gravado, ainda que este seja indivisível.

Encampando tal orientação, dão provimento ao recurso para julgar os embargos improcedentes, com inversão da sucumbência."

Por outro lado, traz a recorrente a cotejo arestos de outros tribunais onde adotada tese no sentido de que, hipotecado o imóvel, não pode a penhora, em execução movida por outro credor, recair sobre parte do imóvel, em face do princípio da indivisibilidade da garantia real.

Examino, pois, o especial, ante o comprovado dissenso interpretativo.

No paradigma apontado do C. TRF da 1.ª Reg., o eminente Juiz relator, Dr. Leite Soares, em voto condutor, deixou consignado (f.):

"1. A embargante invoca o ensino de Humberto Theodoro Júnior, o qual me permito transcrever:

'10. Penhora apenas parcial do imóvel hipotecado.

É clássico o princípio de que a garantia real é indivisível.

Na verdade, não é o direito real que se considera indivisível, mas 'a coisa gravada que se considera indivisa para efeito de oferecer cabal segurança à solução total do crédito por ela assegurada', conforme esclarece Affonso Fraga (*Direitos reais de garantia*, 1933, n. 43, p. 91).

Não há, em face do princípio da indivisibilidade da garantia real, liberações parciais dos bens gravados, mesmo que a dívida garantida venha a sofrer grandes amortizações (art. 758 do CC).

Em razão disso, enquanto subsistir qualquer parcela da dívida garantida, íntegra subsistirá a hipoteca, sempre se possa impor ou reclamar redução da garantia.

Diz-se assim, que, não obstante a sua natural divisibilidade, a coisa gravada 'é, por força da lei, considerada indivisivelmente vinculada ao credor, para segurança não só da soma total do seu crédito senão ainda de cada uma das unidades que o constitui...'. Por isso, o credor goza do benefício de 'não ser obrigado a tolerar que a coisa se divida contra a sua vontade por meio de soluções parciais de crédito...' (op. cit., n. 43, p. 92).

Segundo lição de Lafayette, esposada pela jurisprudência, 'do atributo de indivisibilidade que a lei confere à hipoteca, decorre a regra de que o imóvel ou imóveis hipotecados e cada uma de suas partes ficam sujeitas à dívida toda e a cada uma das frações delas', como já julgou o TJSP (TJSP, ac. cit. por Tito Fulgêncio, *Direito real de hipoteca*, 2. ed., 1960, vol. 1, p. 55).

'O imóvel hipotecado, enfim, responde inteiro pela dívida inteira, e inteiro por qualquer parte da dívida, se esta vier, por acaso, a ser fracionada entre vários sucessores'. 'A hipoteca – ensina Tito Fulgêncio – é indivisível, a dizer, cada porção do crédito é garantida pela hipoteca inteira e cada porção da coisa garante o crédito inteiro' (op. cit., p. 54).

Resulta, pois, da indivisibilidade da coisa afetada à garantia real, que esta 'permanece vinculada no seu todo e em cada uma das partes, enquanto não for solvido o último ceitil do crédito: *tota e toto et toa in qualibert parte*, tal é notável e famosa fórmula de Demoulin dominante na matéria' (Fraga, op. cit., p. 426).

Aplicando-se, portanto, a regra da indivisibilidade da hipoteca aos casos de penhora do imóvel por outrem que não o credor hipotecário, chega-se à conclusão de que o terceiro não poderá pretender excutir apenas uma parte do bem gravado.

Isto porque a penhora parcial do imóvel hipotecado provocaria, na arrematação, uma redução da garantia real, através de um fracionamento da garantia contrário à sua índole jurídica.

É evidente que a partilha do imóvel gravado, mormente em cotas ideais, pode acarretar graves danos ao credor hipotecário, já que, com a formação de um condomínio sobre o imóvel, seu valor de mercado, máxime para efeito de execução forçada, tenderia a reduzir.

Independentemente de outras razões argüíveis, lícito se torna, em tal conjuntura, ao credor hipotecário, *o manejo dos embargos de terceiros para resguardar a indivisibilidade da hipoteca e impedir a penhora de parte apenas do imóvel gravado, por iniciativa de outros credores*' (grifo nosso). (Palestra sobre 'O imóvel hipotecado e a execução de terceiros', publicada na *Revista Jurídica Mineira*, vol. 19, p. 13, tópico n. 10).

'2. Realmente, o entendimento do Supremo Tribunal é consolidado no mesmo sentido, conforme RE 91.263, rel. Min. Thompson Flores, *RTJ* 93/890, com a seguinte ementa:

'Embargos de terceiro. Oposição pelo credor hipotecário.

Acolhimento para prevenir ato de alienação.

Exegese dos arts. 826, 2.ª parte, do CC, 615, II, 1.047, II, e 1.054 e seus incisos do CPC. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

II. Recurso extraordinário conhecido e provido.'

3. Declarou o eminente ex-Presidente da Corte Suprema, quanto ao entendimento jurisprudencial referente à matéria:

'Ademais, neste rumo se orientou esta Turma ao julgar em 18.05.1979, o RE

87.460, do Pará, quando afirmei em meu voto:

'Seus embargos não visam nem o domínio, nem a posse do bem em questão, pois deles não dispõem, mas prevenir a alienação.

Já na vigência do Código de 1939, propugnava Pontes de Miranda para o reconhecimento de tal prerrogativa do credor hipotecário, invocando julgados dos Tribunais (*Comentários ao CPC*, 1959, IX, p. 51 *et seq.*).

São expressivos os decisórios proferidos por esta Corte no RE 5.110, de 11.05.1942, e pelo Tribunal de Justiça Paulista, no Ag 11.159, em 11.03.1941.

No Código vigente este direito se fez expresso no art. 1.047, II, completado no art. 1.054 ao limitar a defesa do embargado.

Dispensável era a explicitação, segundo Pontes de Miranda, agora ao comentar o Código vigente, e justifica o porquê (*Comentários ao CPC*, 1977, XV, 120) e de forma conclusiva.'

E assim têm decidido os tribunais (*RT* 503, p. 134-135).

É o meu voto.'

4. Do RE 97.642, rel. Min. Soares Muñoz, *RTJ* 105/428, temos a seguinte ementa:

'Embargos de terceiro. Imóvel hipotecado penhorado em execução movida por outro credor.

'A circunstância de o imóvel hipotecado não constar do elenco dos bens absolutamente impenhoráveis, estabelecido no art. 649 do CPC, não significa que esse bem, em algumas hipóteses previstas noutros dispositivos legais, não possa tornar-se impenhorável. Recurso extraordinário não conhecido.'

5. Mais recentemente, assentou o E. Supremo Tribunal no RE 108.397, rel. Min. Carlos Madeira, *RTJ* 118/1.147, com a seguinte ementa:

'Embargos de terceiro. Sendo hipotecado o imóvel, não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos arts. 757 e 758 do CC.

Recurso não conhecido'" (*LEX, JSTJ* e *TRF*, 7/300).

Nesse mesmo sentido, foi a orientação adotada no precedente da Turma, quando do julgamento do REsp 67.858/PR, de minha relatoria, cujo acórdão restou, assim, ementado:

"Processual civil. Execução de título extrajudicial. Indivisibilidade da garantia real.

I. Sendo hipotecado o imóvel, não pode a penhora, em execução movida a um dos co-proprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real, a teor dos arts. 757 e 758 do CC.

II. Afirmado no acórdão a existência de erro material no termo da penhora, fundamento esse não atacado no especial, remanesce este íntegro no aresto eis que suficiente.

III. Recurso não conhecido" (*DJ* 06.05.1996).

Na doutrina, Maria Helena Diniz com suporte em Caio Mário da Silva Pereira, Levenhagem, Washington de Barros Monteiro, Darcy Arruda Miranda, Affonso Fraga, Dídimo da Veiga e Lafayette afirmam essa indivisibilidade do direito real de garantia ao dizê-lo aderente ao bem gravado por inteiro e a cada uma de suas partes (*Código Civil*, Saraiva, art. 758).

Como se vê, o acórdão recorrido, ao decidir como o fez, discrepou do entendimento da jurisprudência assente desta Corte do STF, e da doutrina.

Ante o exposto, conheço do recurso pelo dissídio interpretativo, e dou-lhe provimento para, cassado o aresto recorrido, aplicando o direito à espécie, restabelecer a r. sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu, seguinte decisão:

"Após o voto do senhor Ministro relator, Conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, solicitou vista dos autos o Sr. Min. Menezes Direito. Aguardam os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de março de 1998.

VOTO VISTA (VENCIDO) – *O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro*: Trata-se de embargos de terceiro, apresentados por credor hipotecário, visando a impedir seja levada à praça fração ideal do imóvel objeto do ônus real.

O E. 1.º TACivSP rejeitou os embargos. Teve como possível a alienação, firme em entendimento sumulado no sentido de que isso se faz com ressalva da "subsistência integral da garantia, mesmo após a arrematação por terceiro".

Não mais se controverte quanto à possibilidade de ser penhorado o bem hipotecado. A dúvida que poderia originar-se do que se contém no art. 1.047, II, do CPC facilmente se afasta com a consulta a diversos outros dispositivos que cuidam exatamente de normas a serem observadas nos procedimentos tendentes ao praceamento do bem onerado. Sucede apenas que o credor hipotecário pode opor-se a isso quando o devedor for solvente. Daí o constante do art. 1.054, I.

Outra questão a que diz com a subsistência da hipoteca quando a arrematação se der em execução movida por outro, que não o credor hipotecário. Resolve-se com o disposto no art. 619 do CPC. A alienação será ineficaz em relação a ele, se não houver sido intimado, como determina o art. 615, II. Trata-se aí, é certo, de interpretação a *contrario sensu*, nem sempre admissível, mas que, no caso, é perfeitamente possível. Intimado o credor, poderá embargar como terceiro, impedindo a alienação, se o devedor for solvente. Se não embargar ou ficar demonstrada a insolvência, far-se-á a alienação, ficando seu crédito sub-rogado no produto dessa. A hipoteca se extinguirá. Se não intimado, a alienação será ineficaz em relação a ele.

Essa última hipótese não deveria, em tese, verificar-se, em vista dos termos peremptórios do art. 698. Se ocorrer, entretanto, a conseqüência será aquela.

No caso, não há cogitar de falta de intimação, já que o credor apresentou embargos. Nesses não alegou fosse o devedor solvente. Cingiu-se a pugnar pela impossibilidade da alienação parcial.

Creio que toda a questão se prende à permanência do ônus. Se o devedor foi intimado, a alienação haveria de levar a que se extinguisse a hipoteca, em relação à parte ideal. O julgado recorrido, entretanto, deixou expressamente ressalvado o contrário. Como se vê de f., explicitou-se que, "não satisfeito integralmente o débito, o direito real de garantia subsiste, por inteiro, sobre todo o bem gravado, ainda que este seja indivisível".

Pode-se discordar do entendimento traduzido nessa ressalva. Não é dado negar, entretanto, que foi feita. Nos termos do acórdão, persistirá a garantia sobre todo o bem. O edital consignará a existência de ônus (art. 686, V). Bem poucos licitantes haverão de acorrer, por certo, para arrematar parte ideal de um imóvel hipotecado. De qualquer sorte, entretanto, e isso o que importa, o direito do credor em nada será afetado. Persistindo a hipoteca sobre todo o bem, nada importa que parte ideal dele passe à propriedade de outrem. Aliás, não poderia impedir a alienação voluntária dessa parte.

Dentro desse quadro, considero faltar interesse ao credor, que em nada será prejudicado. Por esse motivo e pedindo vênia aos eminentes julgadores que me precederam, não conheço do recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Min. Menezes Direito acompanhando o senhor Ministro relator, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Costa Leite e Nilson Naves, solicitou vista dos autos o Sr. Min. Eduardo Ribeiro."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de outubro de 1998.

VOTO VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Embargos de terceiro em execução ajuizada pela recorrida alegando o embargante que houve penhora de metade ideal de um imóvel sobre o qual pesa direito real de garantia de que é beneficiário, julgados procedentes. O 1.º TACivSP reformou a sentença ao fundamento de ser admissível a penhora sobre parte ideal de imóvel hipotecado, ressalvada a subsistência integral da garantia, mesmo após a arrematação. Os declaratórios foram rejeitados.

O eminente Min. Waldemar Zveiter, relator, conheceu do recurso pelo dissídio e lhe deu provimento. Para o voto do relator, estando o imóvel hipotecado, não pode a penhora recair sobre parte dele, pois indivisível a garantia real, a teor dos arts. 757 e 758 do CC, invocando precedentes do STF e desta Corte.

O embargante tem escritura de confissão de dívida dos executados, que ofereceram em hipoteca o imóvel objeto da penhora, tendo sido, diante da falta de pagamento, ajuizada pelo embargante a ação de execução hipotecária. O embargante pretende, exatamente, impedir a alienação judicial do objeto da hipoteca.

Pedi vista para examinar um aspecto do problema, assim o fato de não constar a hipótese dos autos do elenco dos bens impenhoráveis, tal como previsto no art. 649 do CPC.

Verifico, entretanto, que a ausência não é um óbice intransponível, diante da previsão dos arts. 757 e 758 do CC.

Na verdade, estando o bem hipotecado, a execução contra um dos co-proprietários não pode fazer recair a penhora sobre parte dele. A indivisibilidade da garantia real, em tal caso, estaria sendo atingida, o que não é possível.

Desse modo, acompanho o voto do senhor Ministro relator, conhecendo do recurso e lhe dando provimento para restabelecer a sentença.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto vista de Sr. Min. Eduardo Ribeiro, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, vencido a Sr. Min. Eduardo Ribeiro."

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Não participou do julgamento o Sr. Min. Ari Pargendler (art. 162, § 2.º, RISTJ).

O referido e verdade. Dou fé.

Brasília, 9 de dezembro de 1999.

5.1.6 RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. Acréscimo de área. Arts. 860 do CC e 213 da Lei de Registros Públicos.

Ementa: 1. Na linha de precedentes da Corte, é possível a retificação do registro, para acréscimo de área, de modo a refletir a área real do imóvel, desde que não haja, como no caso, impugnação dos demais interessados.

2. Recurso especial não conhecido.

REsp 203.205/PR – 3.ª T. – STJ – j. 06.12.1999 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 28.02.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os senhores Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Waldemar Zveiter.

Brasília, 6 de dezembro de 1999 – CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: O Ministério Público do Estado do Paraná interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 2.ª Câm. Cív. do TJPR, assim ementado:

"Apelação cível. Ação de retificação de registro de imóvel. Lote urbano. Ausência de impugnação dos confinantes. Área adquirida *ad corpus*. Meio idôneo para exercitar a pretensão. Adequação do registro à realidade fática. Pedido procedente. Recurso provido" (f.).

Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 213 da Lei 6.015/73 quando ampliou o conteúdo retificatório, permitindo autêntica aquisição de propriedade por via oblíqua, sem a necessária utilização da medida judicial adequada, qual seja o usucapião.

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando acórdão de TJSP.

Não oferecidas contra-razões, o recurso especial foi admitido (f.).

Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega, pelo conhecimento do recurso (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Os recorridos ajuizaram ação de retificação de registro de imóveis. A sentença indeferiu o pedido considerando que a retificação implica aumento de área, o que não é possível porque representa aquisição de propriedade, sendo imprópria a via escolhida. O TJPR proveu o apelo dos autores, presentes os elementos disponíveis nos autos, ao argumento de não existir impugnação dos confinantes e, ainda, de ter sido a área urbana adquirida *ad corpus* com medidas "meramente enunciativas".

Não vejo a inconveniência apontada pelo Ministério Público em seu especial. Em tese, é possível admitir que não se presta a retificação do registro para aumentar a área adquirida, à medida que o registro reflete a realidade do título. Todavia, se há a citação dos confrontantes e dos interessados e estes não apresentam impugnação, a meu sentir, não existe impedimento a que seja feita a retificação do registro. Em precedente de que foi relator o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar, decidiu a Corte ser possível utilizar o "procedimento previsto na Lei dos Registros Públicos para a retificação da área do imóvel, desde que inexistente fundamentada impugnação dos interessados" (REsp 94.216/MS, *DJ* 24.03.1997; do mesmo relator, no mesmo sentido, REsp 57.737/MS, *DJ* 02.10.1995). Em precedente anterior, relator o Sr. Min. Athos Carneiro, a 4.ª Turma assentou que o "pedido administrativo com vistas à alteração da área titulada, para maior, pode perfeitamente substituir o assim chamado 'usucapião de sobras', mas isso apenas se não houver oposição fundada" (REsp 8.856/SP, *DJ* 02.09.1991). Mais expressivo ainda é o precedente, também da relatoria do Sr. Min. Athos Carneiro, afirmando que as "partes devem ser remetidas às vias ordinárias se o pedido de retificação, em jurisdição voluntária, for impugnado fundamentadamente, por interessado legítimo. Não assim, todavia, se a prova dos autos demonstra que o pedido visou apenas adequar o título às reais dimensões do terreno, devidamente cercado e murado, sem prejuízo algum ao

condomínio impugnante. Neste caso, o procedimento em jurisdição voluntária apresenta-se adequado, coerentemente com a tendência de simplificação e eficiência que deve prevalecer no moderno sistema legal brasileiro" (REsp 9.297/RJ, *DJ* 07.10.1991).

Neste caso, a sentença, expressamente, fez constar que foram citados os "confrontantes, alienantes e o Município de Ponta Grossa", sem que apresentassem qualquer contestação. Da mesma forma, não se questionou a disciplina do Código Civil, art. 1.136, confinada a questão ao art. 213 da Lei de Registros Públicos e ao art. 860 do CC.

Diante dos precedentes da Corte, eu não conheço do especial.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Ari Pargendler.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Waldemar Zveiter."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 6 de dezembro de 1999.

5.1.7 HERANÇA JACENTE. Usucapião.

Ementa: Se a sentença de declaração de vacância foi proferida depois de completado o prazo da prescrição aquisitiva em favor das autoras da ação de usucapião, não procede a alegação de que o bem não poderia ser usucapido porque do domínio público, uma vez que deste somente se poderia cogitar depois da sentença que declarou vagos os bens jacentes (arts. 1.593 e 1.594 do CC).

A arrecadação dos bens (art. 1.591 do CC) não interrompe, só por si, a posse que as autoras exerciam e continuaram exercendo sobre o imóvel.

Recurso não conhecido.

REsp 209.967/SP – 4.ª T. – STJ – j. 06.12.1999 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJU* 21.02.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 4.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 6 de dezembro de 1999 – RUY ROSADO DE AGUIAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: Mercedes Soares de Arruda e outra ajuizaram ação de usucapião extraordinário, pretendendo a declaração de domínio sobre um imóvel de propriedade de Ondina Cumba, falecida em 19.09.1963, por exercerem a posse sem turbação há mais de 50 anos, acrescida a de seus antecessores. A USP e os confinantes foram citados.

Em contestação, a USP argumentou que "as autoras ajuizaram a presente ação de usucapião no ano de 1991, sendo certo que o imóvel objeto da lide foi arrecadado no procedimento da herança jacente de Pedro Cumba Júnior e Ondina Cumba, autos 2063/65, que teve curso na E. 7.ª Vara de Família e Sucessões, declarado vacante e transmitido à USP a título de adjudicação, homologada por r. sentença em 06.02.1984".

A ação foi julgada improcedente. A E. 7.ª Câm. Civ. do TJSP, por maioria, deu provimento ao recurso das autoras para jul-

gar procedente a ação. Consta do acórdão que o falecimento de Ondina Cumba aconteceu em 19.09.1963, e a declaração de vacância data de 14.10.1983, sendo certo que somente após esse momento passou o patrimônio da herança jacente ao domínio público (art. 1.143, parte final, do CC). "Entre 19.09.1963 e 14.10.1983 medeiam 20 anos e alguns dias. O interregno temporal está presente, enquanto o imóvel ainda não estava fora do comércio".

Os infringentes foram rejeitados, conforme a ementa que segue:

"Embargos infringentes. Usucapião. Extraordinário. Requisitos. Configuração. Reconhecimento antes da sentença declaratória de vacância do bem usucapiendo. Ausência de oposição eficaz à posse das prescribentes. Instituição do Estado como herdeiro não acarreta automaticamente sua chamada à sucessão. Hipótese de herança jacente, cuja titularidade é transitoriamente incerta. Necessidade de procedimento judicial para identificação do patrimônio hereditário e da busca de eventuais herdeiros das classes anteriores. Abertura da delação ao Estado ocorre somente se não encontrados herdeiros, sendo a herança declarada vaga. A arrecadação por si só não interrompe a posse de terceiro, dependendo de ato específico do curador da herança. Passagem da herança jacente ao domínio do Estado somente com a declaração de vacância, após o procedimento arrecadatório. Consolidação do domínio quando o bem ainda se encontrava no patrimônio particular. Embargos rejeitados" (f.).

Rejeitados os embargos de declaração, a USP manifestou recursos extraordinário e especial, este pelo art. 105, III, *a*, da CF, alegando violação aos arts. 1.572, 1.577, 1.591 e 1.603 do CC brasileiro. Segundo a Universidade, "os bens da falecida transmitiram-se ao Estado em razão da data do óbito e, por conseguinte, face ao disposto no Dec. 8.207/45 e Dec. Estadual 27219/57, à USP". "Ocorre com a Fazenda Pública o mesmo que com os demais herdeiros que necessitam do inventário para formalizar sua propriedade e não para adquiri-la"; "tendo adotado o Código Civil o *droit de saisine*, certo é que foi acolhida a doutrina da transmissão imediata da posse e da propriedade, da forma como estampada no já citado art. 1.572"; assim, "decorridos cinco anos da abertura da sucessão, como preconiza o art. 1.594 do CC brasileiro, o domínio e a posse do Estado são incontestáveis, sendo que o direito da citada autarquia remonta à data da abertura da sucessão e a partir dela começou a fluir o lapso temporal consignado no dispositivo legal; tanto isto é certo que, até em casos em que ainda não se instaurou ou não se terminou o processo arrecadatório, não se sabendo se é caso de vacância, o Estado detém os bens da herança a título provisório, mas de forma tal que se tornam insuscetíveis de serem adquiridos por usucapião"; não é a sentença declaratória de vacância que determina o momento em que os bens se transmitem ao Estado... é o evento morte que regula a transmissão, sendo que a sentença declaratória de vacância apenas declara uma situação jurídica preexistente. Enfim, "ainda que se aceite que os bens passem ao domínio do Estado somente com a efetivação da arrecadação e decorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 1.594 do CC brasileiro, certo é que o pretenso lapso de vinte anos que as autoras alegaram possuir foi, de maneira indiscutível, interrompido com a realização da arrecadação ultimada em 24.03.1982, ocasião em que, inequivocadamente, foi nomeada depositária do bem de Mercedes Soares Arruda. Contra esse ato não foi oposta qualquer medida judicial eficaz". Cita os arts. 1.142 e 1.145 do CPC e o RE 92352-SP.

Admitido apenas o especial, com as contra-razões vieram-me os autos.

O douto Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: A Universidade de São Paulo, ora recorrente, está desprovida de razão. Com efeito, no acórdão que julgou os embargos infringentes restou consignado que "ao se prolatar em 14.10.1983 a sentença de vacância, quando se abre a delação ao Estado, o lapso prescricional de 20 anos já se completara, eis que iniciado a 19.09.1963 com a morte de Ondina Cumba. Esse prazo se formou a despeito da arrecadação do bem ter ocorrido em 24.03.1982, pois esse ato não é apto a interromper o curso desse período".

De fato, "antes da declaração da vacância, o bem arrecadado não passa ao domínio do ente público" (REsp 3.998-SP, rel. eminente Min. Fontes de Alencar, *DJ* 24.02.1997), podendo, portanto, até ali ser possuído *ad usucapionem*, sem que o prazo seja interrompido pela arrecadação do bem, como quer a recorrente.

Sobre a possibilidade de incidência de usucapião sobre um bem que ficou vacante e se transferiu ao domínio da mesma USP, assim me manifestei no REsp 13.414:

"Herança jacente é aquela cujos herdeiros ainda não são conhecidos... mas 'o herdeiro, ainda que desconhecido, adquire a propriedade e a posse dos bens da herança, desde a abertura da sucessão' (Clóvis, *Código Civil*, vol 6/40, art. 1.591). Porém, em se tratando de herança jacente, depois de praticadas todas as diligências, não aparecendo os herdeiros, os bens serão declarados vagos e só então o Estado adquire deles a propriedade, a qual se consolida com o decurso de cinco anos depois da abertura da sucessão. Precisa a lição de Orlando Gomes: 'A circunstância de convocar-se o Estado na falta de parentes sucessíveis não basta à aquisição da herança. Em relação a esse sucessor, não se opera *ipso jure*. Entre a abertura da sucessão e a aquisição pelo Estado dos bens do defunto, medeia período em que a herança permanece jacente, isto é, sem titular atual' (...) 'A herança jacente é ponto necessário à passagem dos bens do defunto ao Estado. Este somente adquire o domínio dos bens hereditários após a declaração de vacância, admissível um ano após a conclusão do inventário' (...) 'conquanto somente se torna definitiva a aquisição depois de decorrido o prazo de cinco anos da abertura da sucessão, o momento em que o Estado adquire a herança é o do trânsito em julgado da sentença declaratória de vacância. O efeito dessa sentença, que converte a herança jacente em herança vacante, é a passagem dos bens para o domínio, ainda resolúvel, do Estado' (*Sucessões*, p. 73-76).

Neste Tribunal, na Remessa de Ofício 76.194, em ação de usucapião julgada procedente, apesar da oposição da União, a E. 1.ª T. repeliu o argumento de que 'decorrido o prazo legal, transformaram-se em vacantes os bens deixados, que podem ser arrecadados', afirmando: 'não houve o inventário, logo não se pode falar em vacância dele decorrente', mesmo porque, conforme constou do parecer ali mencionado 'a tradição de bens para o Poder Público não se concretiza apenas pelo decurso do tempo, o procedimento judicial é constitutivo e não somente declaratório'.

Isto posto, não encontro violação no acórdão que mantém sentença de procedência de ação de usucapião de bens jacentes, cuja prescrição aquisitiva verificou-se enquanto ainda não transitada em julgado a sentença de declaração de sua vacância, momento a partir do qual poderia ser considerada a propriedade estatal.

Não conheço" (No mesmo sentido: REsp. 27.328/SP).

No REsp 27.328/SP, julgado nesta 4.ª T., sendo relator o eminente Min. Cesar Asfor Rocha, no qual a USP sustentou a mesma tese de inadmissibilidade de usucapião de bem desde o momento da abertura da sucessão, assim ficou decidido: "A de-

claração de vacância é indispensável para que a herança possa ser incorporada ao patrimônio público".

A segunda alegação da ilustre instituição recorrente não merece melhor sorte. A guarda, conservação e administração dos bens arrecadados, na forma do art. 1.591 do CC, constituem providências acauteladoras do patrimônio, não significando a alteração do estado da posse de terceiros, nem interrupção da posse até ali exercida por terceiros, salvo se contra esses for adotada alguma medida, situação que não aconteceu no presente caso, em que as autoras continuaram a residir no imóvel quando da propositura desta ação de usucapião, sem qualquer impugnação.

Irrepreensível a fundamentação do r. acórdão, de lavra do ilustre Des. Leite Cintra:

"A arrecadação é um procedimento judiciário de jurisdição voluntária que interessa à sociedade enquanto voltado à preservação do patrimônio hereditário, quer quanto à continuidade de suas relações jurídicas, quer quanto à definição da sua titularidade, mas em nada se relaciona com o interesse na herança por parte do Estado-herdeiro.

A arrecadação propriamente dita se constitui em ato judicial que instaura o procedimento de arrecadação e visa à identificação do patrimônio hereditário, com arrolamento e descrição dos bens encontrados.

O procedimento de arrecadação envolve a colocação desse acervo sob a guarda, conservação e administração de um curador; pagamento de credores; diligências para apuração de herdeiros sucessíveis, culminando com a sua conversão em inventário (procedente a habilitação de herdeiros – CC, art. 1.153) ou sentença de vacância, do qual decorre a abertura da delação ao Estado.

Portanto, o ato judicial de arrecadação realiza um arrolamento dos bens, e não imissão de posse nos bens integrantes da herança para deles afastar a posse de terceiros assim encontrados (CPC, art. 1.145).

O curador nomeado pode, no entanto, se valer desse título para, se assim necessitar e por adequada ação judicial, se imitir na posse dos bens para o exercício dos atribuições recebidas.

O interesse social na herança jacente, como já frisado, está em que, considerada a transitória incerteza quanto a sua titularidade, sejam preservadas as relações jurídicas pertinentes ao acervo hereditário até a definição do sucessor.

Em conseqüência, eventual interrupção da posse de terceiro em bem do acervo decorrerá de ato específico promovido pelo curador da herança, pois o procedimento de arrecadação por si só não interrompe a posse, vez que decorrente de atuação sob jurisdição voluntária, em que não é possível, por isso mesmo, afastar-se eventual posse de terceiro para imitir-se nela o Juiz-arrecadador ou o curador já eventualmente nomeado.

E, por identidade de razão, a arrecadação não descaracteriza a posse até então exercida por terceiro sobre bem do acervo hereditário arrecado" (f.).

Isso posto, inexistentes as violações e por incidência da Súm. 83/STJ, não conheço.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 6 de dezembro de 1999.

5.1.8 FRAUDE À EXECUÇÃO. Não ocorrência.

Ementa: O registro da penhora é imprescindível à caracterização da fraude à execução, salvo se aquele que alega a existência da fraude comprovar que o terceiro adquiriu o imóvel ciente da constrição – mormente se o comprador não adquiriu o bem diretamente do executado, tal qual na espécie.

REsp 249.328/SP – 3.ª T. – STJ – j. 03.08.2000 – rel. Min. Ari Pargendler – *DJU* 09.10.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Pádua Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 3 de agosto de 2000 – CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente – ARI PARGENDLER, Relator.

RELATÓRIO – José Coelho e sua mulher Izabel de Castro Campos Coelho opuseram embargos de terceiro em face da penhora de imóveis a eles alienados por Waldemar Peres e sua mulher – que os haviam adquirido de Paulo Jorge Dib e sua mulher, por dação em pagamento, efetuada após a constrição dos bens (f.).

Os embargos de terceiro foram julgados improcedentes (f.), sentença mantida pela E. 7.ª Câmara de Férias julho/97 do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, relator o eminente Juiz Sebastião Alves Junqueira, em acórdão assim ementado:

"Fraude à execução. Dação do bem constrito em pagamento após a intimação da penhora ao devedor. Impossibilidade de defesa do negócio jurídico. Fraude caracterizada. Embargos de terceiro improcedentes. Decisão mantida" (f.).

Provocado, em embargos de declaração, a se pronunciar sobre o art. 649, § 4.º, do CPC, o Tribunal *a quo* assim se manifestou:

"Outrossim, ainda que não falando precisamente sobre o art. 659, § 4.º, do CPC, a questão foi abordada no início da f., quando fala que os embargantes poderiam verificar nos distribuidores judiciais, do que não cuidaram" (f.).

Daí o recurso especial, interposto por José Coelho e sua mulher com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, por violação dos arts. 167, I, n. 5, e 240 da Lei 6.015, de 1973, arts. 593, II, e 659, § 4.º, do CPC e art. 1.º da Lei 8.009, de 1990.

VOTO – A jurisprudência do STJ já se consolidou no sentido de que, inexistente o registro da penhora, não se há de falar em fraude à execução, salvo se aquele, que a alega, comprovar que o terceiro adquiriu o imóvel ciente da constrição. Mormente, se o comprador não adquiriu o bem diretamente do executado, como ocorre na espécie.

Como exemplo desse entendimento, destaca-se o acórdão proferido no REsp 77.161, SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in verbis*:

"Processo civil. Embargos de terceiro adquirente. Fraude de execução. Ausência de gravame no registro do imóvel. Prova da ciência. Sistema anterior à Lei 8.953/94. Ônus do credor. Orientação doutrinário-jurisprudencial. Recurso desprovido. Segundo entendimento acolhido no Superior Tribunal de Justiça, no sistema anterior à Lei 8.953/94, com lastro em orientação doutrinária, para a caracterização da fraude de execução, ao exeqüente, que não providenciou o registro do gravame, cabia provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem" (*DJU* 30.03.1998).

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para julgar procedentes os embargos

de terceiro, condenando o réu ao pagamento das custas e dos honorários de advogado, estes à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento."

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Pádua Ribeiro e Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de agosto de 2000.

5.1.9 PENHORA. Imóvel. Art. 669, par. ún., do CPC. Regime de bens. Separação total. Necessidade da intimação do cônjuge.

Ementa: I. Recaindo a penhora sobre bem imóvel, a intimação do cônjuge é obrigatória, nos termos do art. 669, par. ún., do CPC, ainda que casados com separação total de bens.

II. A intimação do cônjuge enseja-lhe a via dos embargos à execução, nos quais poderá discutir a própria causa debendi *e defender o patrimônio como um todo, na qualidade de litisconsorte passivo do(a) executado(a) e a via dos embargos de terceiro, com vista à defesa da meação a que entende fazer jus.*

REsp 252.854/RJ – 4.ª T. – STJ – j. 29.06.2000 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *DJU* 11.09.2000

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 4.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Min. Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 29 de junho de 2000 – CESAR ASFOR ROCHA, Presidente – SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Em vida, Maria Orlanda Menezes Gomes de Abreu Marques opôs embargos de terceiro contra o recorrido, pretendendo a meação sobre o imóvel penhorado em execução movida pelo réu contra o marido da embargante, sem que tenha havido a intimação do cônjuge.

A sentença acolheu os embargos, nestes termos:

"Por todo o exposto, acolho os embargos opostos por Maria Orlanda Menezes Gomes de Abreu e, em conseqüência, declaro nula a execução, a partir da penhora, exclusive, do imóvel situado na Rua do Couto, 310, prosseguindo-se, agora, ante a inegável ciência da requerente.

Condeno, ainda, os embargados ao ressarcimento à autora das despesas de custas e taxas. Condeno-os, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, no correspondente a dez por cento do aqui atribuído à causa" (f.).

O então Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro proveu a apelação do réu, em acórdão de cuja fundamentação se extrai:

"A intimação da penhora, como também da praça, seria totalmente despicienda, por não ter a apelada nenhuma meação a defender, o que somente ocorreria se o regime de casamento fosse o de comunhão universal, arts. 262 a 266 do CC, hipóteses em que a mulher pode defender a sua meação, desde que comprove não haver a dívida contraída pelo marido, deixou de ser em benefício do casal, ou da família.

Por outro lado, a Súm. 377 do STF, citada pela recorrida, segundo a qual – 'No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do ca-

samento' – acontece, porém que pela escritura de re-ratificação de f., ali ficou claramente consignado entre os cônjuges que o imóvel da rua do Couto n. 310, exatamente aquele que foi penhorado, e adquirido pelo marido, o regime era o de separação, o que importava dizer que a este somente pertencia" (f.).

Após esse julgamento, tendo falecido a embargante, houve a substituição pelo espólio recorrente, que opôs dois sucessivos embargos declaratórios, ambos rejeitados.

Adveio o recurso especial, fundado na violação do art. 669, par. ún., CPC e na divergência jurisprudencial com o Verbete Sumular 377/STF. Sustenta o recorrente que, ao exigir a intimação do cônjuge da penhora de bens imóveis, o texto legal não distingue o regime de casamento. E aduz que a escritura de re-ratificação, na qual se baseou o acórdão, não contém, ao contrário da conclusão do Tribunal, a declaração de que o imóvel pertencesse somente ao marido.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem apenas quanto à alínea *a* do permissor constitucional, uma vez incidente o Enunciado 7 da Súmula/STJ quanto ao dissídio.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira* (Relator): 1. Dispõe o art. 669, par. ún., CPC, cuja violação se apontou:

"Art. 669. Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor."

Silencia o dispositivo quanto ao regime matrimonial, se obrigatória a intimação do cônjuge casado com separação total de bens, como no caso. No ponto, disse o Tribunal da apelação que o imóvel penhorado se incluiria dentre os incomunicáveis, com base na "escritura de re-ratificação".

A necessidade de intimação do cônjuge deriva da sua qualidade de litisconsorte no processo de execução, como leciona Humberto Theodoro Júnior:

"332. Intimação do cônjuge. Qualquer causa que verse sobre direitos reais sobre imóveis provoca litisconsórcio necessário entre os cônjuges interessados. A execução visa à expropriação e quando atinge imóveis do devedor, obriga a participação do respectivo cônjuge.

Daí a imposição legal de que, após a penhora, seja também intimada a mulher do devedor (art. 669, § 1.º) [na redação dada pela Lei 8.953/94, consta apenas o parágrafo único].

A penhora torna a mulher litisconsorte do marido na expropriação executiva, mas não a transforma em co-devedora necessária do título exeqüendo. Por essa razão, embora parte necessária da execução, pode a mulher manejar embargos de terceiros para pretender excluir sua meação nos termos da Lei 4.121, de 27.08.1962, sempre que a dívida for de responsabilidade exclusiva do marido (CPC, art. 1.046, § 3.º).

(...)

Em outras palavras: como litisconsorte do marido, a mulher pode opor embargos à execução para discutir a *causa debendi*, como se devedora fosse. E como terceira não responsável, pode opor embargos de terceiro, para excluir bens que, juridicamente, não devem ser atingidos pela expropriação executiva.

Por se tratar de litisconsórcio necessário, a omissão da citação da mulher, nos casos de penhora de imóvel, acarreta a nulidade do processo executivo (art. 11, par. ún.)" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1978, vol. IV, arts. 566-795, n. 332, p. 426-427).

Do mesmo autor, v. *Curso*, 19 ed., edição após a Reforma, Forense, 1997, vol. 2, Intimação da penhora, n. 825.

A exigir a intimação, independentemente do regime de bens do casamento, Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

"Intimação do cônjuge. A Lei 8.953/94, que alterou a norma, fala corretamente na intimação do cônjuge do devedor, qualquer que seja o regime de bens do casamento. Ainda que os bens imóveis sejam daqueles que não se comunicam em virtude do regime de bens do casamento (CC, 263, I a XIII), o cônjuge deve ser intimado da penhora que pesa sobre o bem de propriedade do outro, porque a lei não permite a alienação ou a oneração real de bem de raiz sem a autorização do outro (CC, 235, I e 242, II). A lei pretende possibilitar que o cônjuge do devedor ofereça embargos e livre sua meação" (*Código de Processo Civil comentado*, 4. ed., RT, 1999, art. 669, nota 7, p. 1.153).

Nesta direção, também Araken de Assis em seu *Manual do processo de execução*, 6. ed., RT, 2000, n. 224, p. 625:

"A criação de litisconsórcio entre os cônjuges, na demanda executiva, prescinde e ultrapassa o nítido caráter pessoal da obrigação constante do título executivo. A necessidade de demanda conjunta não se origina deste elemento. Decorre ela, simplesmente, da lei, que impõe a obrigatória participação do cônjuge na expropriação de bem imóvel. A regra se revela simétrica à que exige vênia conjugal nos atos voluntários de alienação ou de oneração dessa espécie de bens. Trata-se, pois, de litisconsórcio obrigatório, por força de lei (art. 47, do CPC), e ulterior, porquanto se forma após a penhora e no curso da relação processual."

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte, como se extrai do REsp 44.459-GO (*DJ* 02.05.1994), com esta ementa, no que interessa:

"Execução. Penhora. Imóvel.

Recaindo a penhora sobre bem imóvel, impõe-se a intimação da mulher do executado. Não se supre a falta com a reserva de sua meação, pois aquela providência é necessária, não importa qual o regime de bens. Faz-se visando a que a mulher possa embargar a execução. Para a defesa da meação, se for o caso, a via adequada serão os embargos de terceiro."

Na oportunidade, assinalou o Min. rel. Eduardo Ribeiro:

"O núcleo da questão está em saber se a falta de intimação da mulher, recaindo a penhora em bem imóvel, conduz à nulidade. E não há dúvida de que sim, firme o entendimento jurisprudencial. Essa intimação corresponde à citação, passando a mulher a integrar a relação processual, com a possibilidade de oferecer embargos à execução, nos mesmos termos em que o pode fazer o marido. Não se trata aqui de defesa da meação, para o que são adequados os embargos de terceiro. Em nosso sistema a mulher pode embargar a execução, penhorado imóvel, ainda que casada no regime de separação total de bens, assim como sua outorga será sempre necessária para a alienação ou constituição de ônus real sobre imóvel (CC, art. 235, I).

Conclui-se, do exposto, que de todo irrelevante tenha-se reservado a meação da mulher, posto que, como dito, foi-lhe obstado, pela falta de intimação, apresentar embargos à execução, defendendo o imóvel como um todo. E o prejuízo não precisaria ser demonstrado, pois decorre do fato mesmo de a execução haver prosseguido até o final, sem ensejar-lhe o oferecimento de embargos. Desvaliosa a invocação, no recurso, do art. 244 do CPC. A intimação da mulher não se fez e os embargos não foram oferecidos. A hipótese é diversa de o ato haver sido realizado de outra forma, alcançando sua finalidade."

Ainda no âmbito da jurisprudência deste Tribunal, os Recursos Especiais 4545-RJ e 19.335-RS, ambos por mim relatados e assim ementados:

"Processo civil. Art. 669, CPC. Recaindo a penhora sobre bem de raiz, a intimação do cônjuge, ressalvada a hipótese de comparecimento espontâneo, é imprescindível, sob pena de anular-se a execução a partir da penhora, exclusive."

"Ao cônjuge do executado, uma vez intimado da penhora sobre imóvel, assiste du-

pla legitimidade: para ajuizar embargos à execução, visando a discutir a dívida, e embargos de terceiro, objetivando evitar que sua meação responda pelo débito exeqüendo."

Como se vê, a intimação do cônjuge não visa apenas a preservação da metade que lhe cabe sobre o patrimônio, mas também de todo o bem, como litisconsorte passivo na execução. Daí a viabilidade de valer-se dos embargos de devedor e dos embargos de terceiro, conforme o caso.

Na espécie, ainda que assentada a inexistência da meação, a falta de intimação da esposa do executado privou-a de oferecer embargos à execução, nos quais poderia discutir a própria *causa debendi*, ensejando-lhe a via ampla da defesa contra a execução.

3. Em face do exposto, conheço do recurso especial, pela violação do art. 669, par. ún., CPC, prejudicado o exame da divergência jurisprudencial, dando-lhe provimento para restabelecer a sentença.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, preferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu de recurso e deu-lhe provimento.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha o Aldir Passarinho Junior.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 29 de junho de 2000.

5.1.10 RESPONSABILIDADE ESTATAL. Reparação de danos. Serviço cartorário. Falsidade da procuração utilizada no ato de compra e venda de imóvel. Constituição Federal de 67 e EC 1/69. Exigência da qualidade de funcionário para deflagração da responsabilidade objetiva e legitimação passiva do Estado.

Ementa: I. Se o Tribunal a quo *reconhece a qualidade de "funcionário" ao serventuário de cartório a quem se imputa a prática de atos ilícitos nos idos de 1985, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, fundada no art. 107 da CF/67 e EC 1/69 e, por conseguinte, a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de reparação de danos, causados pelo agente de serviço público delegado, somente pode ser perseguido no Supremo Tribunal Federal.*

Agravo no agravo de instrumento a que se nega provimento.

AgRg no AgIn 295.969/RJ – 2.ª T. – STJ – j. 22.08.2000 – rela. Ministra Nancy Andrighi – *DJU* 25.09.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 2.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da senhora Ministra relatora. Votaram com a senhora Ministra relatora os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

Brasília, 22 de agosto de 2000 – FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente – NANCY ANDRIGHI, Relatora.

EXPOSIÇÃO – *A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi*: Cuida-se de agravo interno contra decisão monocrática que negou seguimento a agravo de instrumento em razão da matéria versada no recurso especial não ter sido devidamente prequestionada pelo Tribunal *a quo*.

Irresignado, afirma o recorrente que o recurso especial foi interposto pela alínea *a* do permissivo constitucional, sob o fundamento de que o v. acórdão estadual violou

o art. 3.º do CPC, tema que foi expressamente debatido naquele Sodalício, inclusive, com a decisão de que o Estado do Rio de Janeiro é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação indenizatória movida pela prática de atos ilícitos de escrevente de Cartório não oficializado.

É a exposição.

VOTO – *A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi* (Relatora): Assiste razão ao recorrente no que pertine ao cumprimento da exigência do prequestionamento, pois, muito embora, o acórdão recorrido não tenha feito menção expressa ao art. 3.º do CPC, tido pelo recorrente como supostamente malferido, houve pronunciamento do Tribunal *a quo* no sentido da legitimidade *ad causam* do Estado do Rio de Janeiro para figurar no pólo passivo da ação indenizatória movida com vistas a responsabilizá-lo pelos atos ilícitos praticados por escrevente de Cartório não oficializado, nos idos de 1985, quando este era – no entendimento acolhido pelo Colegiado – considerado funcionário público.

O recurso especial, entretanto, não vinga.

Eis que, *in casu*, a análise da legitimidade passiva do Estado confunde-se com o exame de sua responsabilidade civil, o que envolve tema constitucional a ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Isto porque, não obstante, aos auspícios da Constituição de 1967 e Emenda 1/69, fosse a responsabilidade do Estado considerada objetiva, o que significa a possibilidade deste ser acionado para compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionários ou agente seu, dispunha o art. 105 do Diploma de 1967:

"As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

Isto significa, que a deflagração da responsabilidade objetiva estatal estava, à época de dano, pela norma constitucional, condicionada não só ao evento danoso como também à qualidade funcional do causador do dano.

Assim, faz-se necessário estabelecer qual a extensão do termo "funcionários", contido no texto constitucional para concluir-se a respeito da legitimidade do Estado para figurar no pólo passivo da lide que busca responsabilizá-lo pelos danos advindos, *in casu*, da atuação supostamente ilícita imputada ao escrevente de Cartório.

Isto porque, segundo as precisas palavras de Rui Stocco:[1]

"Somente com a Constituição Federal é que o legislador constituinte deu o exato alcance e a dimensão correta ao conceito daqueles que gravitam em torno do Estado na condição de seus representantes ou delegados, substituindo todas as expressões anteriores por outra mais técnica e abrangente, qual seja, 'agente', assim dispondo:

'Art. 37

(... *omissis*...)

§ 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.'"

Como se vê, apenas com a Constituição Federal/88 a responsabilidade do Estado pela prática de atos ilícitos de seus agentes passou a depender unicamente do seu comportamento, sendo irrelevante o título jurídico da investidura.

Não se desconhece que a boa doutrina de há muito defendia a tese de que o sentido da norma estabelecida na Carta Constitucional de 1967 demandava interpretação

(1) *RT* 714/44-45, ano 84.

ampliativa, pois, não são os funcionários públicos os únicos agentes que prestam serviço público.

Assim, Maria Emilia Alcântara, na obra de Hely Lopes Meirelles,[2] já afirmava que:

"Temos para nós que a interpretação correta do termo 'funcionários' é a de considerá-los como agentes públicos, compreendendo os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares que desempenham funções do Estado."

Porém, a exegese de que os serventuários de cartórios detinham a qualidade de funcionários públicos à época da Constituição Federal/69 e EC/69 compete tão somente à Suprema Corte (*sic*).

Neste sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, do que é exemplo o seguinte julgado:

"Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. 1. EC 1, de 1969, art. 107. O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, fundada no art. 107 da EC 1, de 1969, só pode ser perseguido em recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. 2. Culpa. A responsabilidade civil fundada na culpa, assim como prevista nos arts. 15, 159 e 1.521, III, do CC, constitui tema próprio do recurso especial, enquanto não demande o reexame de provas, e desde que aqueles dispositivos legais tenham sido prequestionados no acórdão. Ressalvas não atendidas na espécie. Recurso especial não conhecido" (REsp 48202 PR, *DJ* 21.10.1996, rel. Min. Ari Pargendler).

Forte nestas razões, nego provimento ao recurso, mantendo, por outro fundamento, a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 2.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da senhora Ministra relatora.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de agosto de 2000.

---

(2) *Direito administrativo*, 3. ed., RT, 1975.

6. JURISPRUDÊNCIA NOTARIAL E REGISTRAL

Seleção e organização

ADEMAR FIORANELLI

6.1

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SÃO PAULO

6.1.1 CONTRATO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA E DE MÚTUO HIPOTECÁRIO. Interpretação do art. 38 da Lei 9.514/97.

Ementa: Imóvel adquirido com financiamento da Lei 9.514/97. Desnecessidade de escritura pública (art. 134, II, do CC), desde que o comprador, denominado beneficiário final da operação, seja pessoa física.

ApCiv 68.181-0/2 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 24.02.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Registro de imóveis. Imóvel adquirido com financiamento da Lei 9.514/97. Aplicação do art. 38. Desnecessidade de escritura pública. Recurso improvido.

Vistos, relatados o discutidos estes autos de ApCiv 68.181-0/2, da Comarca de Marília, em que é apelante o Banco Santander Noroeste S.A. e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e 1.º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso.

Trata-se de recurso interposto pelo Banco Santander Noroeste S.A., f., nos autos de dúvida suscitada pelo 1.º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Marília, julgada procedente pelo MM. Juiz Corregedor Permanente. Sustentou o recorrente que o contrato foi estipulado sob a égide da Lei 9.514/97, o que dispensa a obrigatoriedade da lavratura de escritura pública, f.

O Ministério Público nesta instância opinou pela manutenção da decisão recorrida, f.

É o breve relato.

A dúvida suscitada foi julgada procedente, gerando o presente recurso, que não merece provimento.

Quando do ingresso do pedido de registro, determinou a nota de devolução n. 99619 do serviço registral que o recorrente formalizasse o ato de compra e venda por escritura pública, nos termos do art. 134, II, do CC. Além dessa situação, constatou-se que na matrícula não se encontra averbado o nome do atual proprietário; não foram apresentadas as certidões de tributos; falta a guia do imposto de transmissão de bens, e o imposto predial, territorial e urbano.

As exigências para o ato de registro encontram-se previstas no art. 221 e seguintes da Lei 6.015/73. Cabe ao registrador observar atentamente seus preenchimentos, a ponto de não comprometer os princípios da especialidade e da continuidade que norteiam os atos de registro.

O princípio da continuidade garante que em cada imóvel individualizado haja uma seqüência de titularidade, a permitir que o ato registral só se efetive se o nome do titular outorgante constar da matrícula.

Nas matrículas em questão, 5249 e 5062, f., constam respectivamente nas averbações 8 e 13 as propriedades do Banco Noroeste S.A. O recorrente, pelo que consta dos autos, sucede o Banco Noroeste, e essa situação deve ser averbada nas matrículas de maneira a que seja identificado perfeitamente o titular do domínio, a permitir ao real proprietário a outorga da venda.

Quanto às demais exigências, a apresentação das certidões negativas de tributos federais, incluindo-se a CND do INSS, nos termos do art. 47 da Lei 8.212/91, são obrigatórias e o IPTU é necessário para discriminar-se o valor de aquisição do imóvel e cálculo dos emolumentos, considerando-se ainda o art. 289 da Lei 6.015/73.

Independente de ser o título uma escritura pública ou compromisso particular de compra e venda, o imposto de transmissão de bens imóveis é devido em razão do ato *inter vivos* de transferência de propriedade.

Todas essas exigências cartorárias são obrigatórias e impedem o registro do contrato particular de compra e venda de f., em que pese a dúvida não prosperar no tocante à obrigatoriedade da escritura pública.

O contrato particular de compra e venda de imóvel e de mútuo com pacto adjeto de primeira hipoteca e outras avenças, f., foi firmado de acordo com o art. 38 da Lei 9.514/97.

Essa lei objetiva o financiamento imobiliário e permite em seu texto legal a dispensa da escritura pública contida nos termos do art. 134, II, do CC, sendo-lhe cabível o registro com fundamento no art. 167, I, item 9, da Lei 6.015/73.

A exigência única para que os contratos particulares firmados nos termos da Lei 9.514/97 possam dispensar a escritura pública é a de o comprador ser pessoa física, denominado beneficiário final da operação. A operação firmada é de compra e venda e o beneficiário final Gilson Vidal Soares, pessoa física e beneficiário comprador.

Diante do não preenchimento dos demais requisitos para o registro, a dúvida deve persistir.

Ante o exposto, negam provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, Presidente do Tribunal de Justiça e Alvaro Lazzarini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2000 – LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e Relator.

6.1.2 FIDEICOMISSO. Formal de partilha. Apresentação por cópia. Inaptidão do título.

Ementa: Título judicial. Sujeição à qualificação pelo Oficial. Partilha realizada sem consideração a fideicomisso instituído sobre a metade ideal do imóvel. Ofensa aos princípios da disponibilidade e da continuidade. Recusa do registro do formal de partilha mantida.

ApCiv 75.104-0/9 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 22.02.2001 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 75.104-0/9, da Comarca de São José do Rio Preto, em que

são apelantes Iolanda Maria de Biasi Al-Haj e Fátima de Biasi Al-Haj Pereira e apelado o 2.º Oficial de Registro de Imóveis e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, Presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2001 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e Relator.

VOTO – Registro de imóveis. Dúvida inversa. Formal de partilha. Apresentação por cópia. Inaptidão do título. Recurso a que se nega provimento.

Registro de imóveis. Título judicial. Sujeição à qualificação pelo Oficial. Partilha realizada sem consideração a fideicomisso instituído sobre a metade ideal do imóvel. Ofensa aos princípios da disponibilidade e da continuidade. Recusa do registro do formal de partilha mantida. Recurso a que se nega provimento.

Trata-se de apelação (f.) interposta da sentença (f.) que julgou dúvida imobiliária mantendo a recusa do Oficial de registrar formal de partilha porque não observado o fideicomisso que gravava a metade ideal do imóvel.

Sustentam os recorrentes que: a) a testadora, *ex vi* de cláusula constante no testamento deixado por seu marido premorto, poderia dispor como quisesse dos bens que lhe foram deixados, razão pela qual poderia deixá-los para suas herdeiras testamentárias sem qualquer consideração ao fideicomisso instituído sobre parte do imóvel por seu finado cônjuge; b) o formal de partilha não poderia ter seu registro recusado porque: b1) julgada a partilha por sentença transitada em julgado e b2) e indeferida de plano, nos autos do inventário, a habilitação requerida pelos fideicomissários.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento (f.).

As recorrentes insistiram no registro do formal de partilha noticiando que compromissaram o imóvel a venda e o compromissário adquirente as notificou exigindo a lavratura da escritura definitiva de venda, sob pena de rescisão do negócio jurídico (f.).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em primeiro lugar, porque as recorrentes apresentaram apenas cópia não autenticada do formal de partilha, não o original, o que, segundo reiterados precedentes deste E. Conselho, já inviabiliza o acesso do título ao registro (cfr. Apelações Cíveis 43.729-0/1, 37.522-0/8, 34.253-0/8, 33.624.0/4).

A Lei dos Registros Públicos, saliente-se, enumera taxativamente, em seu art. 221, os títulos admitidos a registro, sem catalogar nesse rol cópias, ainda que autenticadas.

Na ApCiv 33.624.0/4-00, relatada pelo Des. Márcio Bonilha, a propósito, este E. Conselho reiterou tal entendimento nestes termos:

"Na espécie, apartada discussão a respeito da correção formal do processamento do feito, os títulos apresentados à requalificação são inaptos.

"Constam dos autos, meras cópias, algumas delas autenticadas e outras não, de todos os títulos que deveriam ter sido apresentados à qualificação e com os quais se pretende amparar a prática dos perseguidos atos de registro, o que não se justifica. Persiste a inarredável necessidade de exibição imediata do original e esta deriva, aqui, da efetivação de um exame do direito obtido com a prenotação do título.

"A cópia constitui mero documento e não, instrumento formal previsto como

idôneo a ter acesso ao registro e tendo em vista uma reavaliação qualificativa do título, vedado o saneamento intercorrente das deficiências da documentação apresentada, é imprescindível a exibição de certidão ou traslado do ato notarial, ou seja, do instrumento público.

"Neste sentido, é pacífica a jurisprudência deste Conselho Superior (Apelações Cíveis 288.403, 442-0, 1.338-0, 2.177-0, 4.318-0, 6.034-0, 12.865-0, 14.110-0 e 15.070-0), não restando outra solução, constatada deficiência formal, senão inadmitir o acesso dos documentos apresentados ao Registro."

Ainda que vencido fosse tal óbice, mesmo assim o formal de partilha dos bens deixados por Filomena de Fiori Lopes não mereceria ingresso no fólio real.

Frise-se, *ab initio*, que a origem judicial do título, segundo vários precedentes deste E. Conselho, não o forra da qualificação registrária, podendo o Oficial recusar seu registro na hipótese de incompetência absoluta da autoridade judiciária, de incongruência com o que se ordenou, de não preenchimento das formalidades documentais que a lei reputa essenciais e de desrespeito aos princípios que regem o sistema registrário (cfr.: Apelações Cíveis 30.657-0/2, 32.468-0/4 e 32.618-0/0 relatadas pelo Des. Márcio Bonilha).

A matrícula 23.761, em seus R2 e R3, refere-se à carta de adjudicação extraída dos autos de arrolamento dos bens deixados por Manoel Ross Lopes o consigna que o apartamento foi adjudicado em favor da viúva meeira Filomena de Fiori Lopes, instituído pelo testador sobre a metade ideal de tal imóvel fideicomisso, figurando como fiduciária, enquanto viver, a viúva meeira, e, como fideicomissários, os irmãos do testador e da fiduciária.

A propriedade da Filomena sobre a metade ideal do imóvel, em razão do fideicomisso, era, portanto, restrita e resolúvel (CC, art. 1.734), vale dizer, com sua morte, esse quinhão transmitiu-se aos fideicomissários, os irmãos do testador e da fiduciária.

O ingresso do formal de partilha extraído dos autos de inventário dos bens deixados pela finada fiduciária, com atribuição do apartamento todo às recorrentes, suas nas herdeiras testamentárias, afronta, em razão do aludido fideicomisso, os princípios registrários da disponibilidade e da continuidade.

Tal título judicial só poderá ter acesso à matrícula após a averbação do cancelamento ou da caducidade do fideicomisso, *verbi gratia* se falecidos todos fideicomissários antes da fiduciária, circunstância que deverá ser reconhecida, no presente caso, ante a ausência de identificação nominal daqueles na instituição do fideicomisso, por sentença, em procedimento adequado (CPC, art. 1.112, V), ou se os fideicomissários renunciarem ao fideicomisso.

E, nestes autos, não socorre as recorrentes a alusão à disposição do testamento feito pelo fiduciante no sentido de que a fiduciária poderia "dispor dos bens que lhe couberem da melhor forma que lhe aprouver", posto não se prestar este procedimento de dúvida, de natureza administrativa em que se decide apenas sobre a registrabilidade ou não do título apresentado ao Oficial, à interpretação da vontade do testador e nem ao reconhecimento de eventual caducidade ou cancelamento do fideicomisso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

(a) LUÍS DE MACEDO, Relator e Corregedor-Geral do Justiça.

6.1.3 COMPRA E VENDA. Certidões negativas de débitos do INSS e da Receita Federal. Interpretação do art. 47, I, *b*, da Lei 8.212/91.

Ementa: Apresentadas ao notário quando da lavratura do ato, desnecessárias certidões atualizadas para o registro do títu-

lo, só se justificando a exigência pelo registrador de forma alternativa, caso, por omissão do Tabelião, não as tenha exigido para a lavratura do instrumento. Responsabilidade solidária.

ApCiv 76.752-0/2 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 08.03.2001 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 76.752-0/2, da Comarca de Itápolis, em que é apelante José Haroldo Rodrigues Pinheiro e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da mesma Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, Presidente do Tribunal de Justiça, e Alvaro Lazzarini, Vice-Presidente do Tribunal Justiça.

São Paulo, 8 de março de 2001 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e Relator.

VOTO – Registro de imóveis. Dúvida. Ingresso de escritura pública de venda e compra. Apresentação das certidões negativas de débitos do INSS e da Receita Federal quando da escritura pública de compra e venda. Desnecessidade de apresentação de certidões atualizadas quando do registro do título. Pretensão de registro deferida. Dúvida procedente. Recurso a que se dá provimento.

Trata-se de recurso (f.) interposto da sentença (f.) que julgou procedente dúvida imobiliária relativa a escritura pública de venda e compra de imóvel urbano porque expirados os prazos de validade, na ocasião da recepção do título negocial pelo serviço de registro imobiliário, das certidões negativas de débito expedidas pelo INSS e pela Receita Federal apresentadas na ocasião da lavratura da escritura pública.

Pugna o recorrente pela reforma do *decisum* sustentando ser desnecessária a apresentação de novas CNDs na ocasião do registro do título, quando já fornecidos tais documentos para a lavratura da escritura pública.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f.).

É o relatório.

O recurso é consistente, impondo-se a reforma da decisão de primeiro grau, que manteve a exigência de apresentação de novas certidões negativas do INSS e da Receita Federal.

A questão a ser decidida refere-se ao momento da exigência da CND do INSS e da Receita Federal, expresso em lei como sendo o da alienação.

Exige a lei documento comprobatório de inexistência de débito relativo às contribuições sociais, fornecido pelos órgãos competentes, da empresa, entre outras hipóteses, "na alienação..., a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo" (Lei 8.212/91, art. 47, I, *b*).

"Alienar", segundo Rubens Limongi França, "quer dizer transmitir a outrem, passar o que é seu para o patrimônio alheio (de *alienus, a*, um)" (*Enciclopédia Saraiva do direito*, vol. 6.°, p. 40). "Do latim *alienare*, significa transferir o domínio para outrem, tornar alheio bem ou direito. A alienação é ato voluntário e *inter vivos* que tem por substância a passagem de um bem ou direito de uma pessoa para outra (CC, art. 589, I)" (op. cit., p. 96).

Alienação, na conceituação de De Plácido e Silva, "é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio da uma coisa para outra pessoa, seja por venda, por troca ou por doação..."

e "... somente se torna perfeita após a tradição da coisa, quando móvel, e pelo registro ou transcrição do título de transferência, quando imóvel..." (*Vocabulário jurídico*, 12. ed., Forense, 1993, vol. I, p. 132-133). "Alienar é verbo que significa a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou o gozo de direito que é nosso. Está assim o vocabulário, na tecnologia jurídica, em acordo com o radical de que se formou, *alius*, palavra latina que significa outrem. *Alierane* é, assim, tornar de outrem a coisa que era nossa e que se lhe transferiu por título *inter vivos*, seja gratuito ou oneroso" (op. cit., p. 134).

A alienação, iniciada na celebração válida do negócio jurídico translativo, completa-se e aperfeiçoa-se com a posterior inscrição do título, que o instrumentaliza, no registro imobiliário *ex vi* dos arts. 530, I, 531 e 533 do CC.

Orlando Gomes, a propósito, bem observava que: "Sem transcrição, não se adquire *inter vivos* a propriedade de bem imóvel. É seu principal modo de aquisição. Não basta o título translativo. Preciso é que seja registrado. Do contrário, não opera a transferência, a que, simplesmente, serve de causa. Assim é nos sistemas jurídicos, como o nosso, que não reconhecem força translativa aos contratos. Neles, o negócio jurídico, que tenha a função econômica de transferir o domínio, produz, tão-somente, a obrigação de a transferir. Quem quer adquirir a título oneroso um bem de raiz serve-se do contrato de compra e venda, instrumentado numa escritura pública, que é apenas o *titulus adquirendi*, da propriedade da coisa comprada. Para que a transferência se verifique, isto é, para que o comprador se torne o dono da coisa comprada, é preciso que o título de aquisição seja registrado no Ofício de Imóveis" (*Direitos reais*, 6. ed., Forense, 1978, p. 137).

O Código Civil, a propósito, ao arrolar a alienação como uma das causas extintivas da propriedade imobiliária (art. 589, I), dispôs que, nessa hipótese, a perda do domínio se subordina à transcrição do título transmissivo no registro do lugar imóvel (art. 589, § 1.º).

Assim, a apresentação das certidões da Receita Federal e do INSS ao registrador tem sido motivo constante de incertezas, em vista de várias situações, sendo uma delas exatamente a do presente caso, em que imóvel pertencente a pessoa jurídica é alienado sendo apresentadas, quando da lavratura do instrumento público, certidões negativas de débito.

Consta da escritura pública que a cedente exibiu ao notário certidão negativa de débito – CND 306.190, expedida pelo INSS, em 04.12.1998, a certidão de quitação de tributos federais e de contribuições federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, expedida em 18.09.1998 (f.).

Este Conselho Superior da Magistratura, até recentemente, posicionava-se, embora por maioria de votos, pela exigência das certidões atualizadas. Mostra-se, no entanto, mais razoável, considerando-se que a questão é de ordem fiscal, e como explanado, sendo a transmissão do domínio um ato complexo, apresentada a certidão quando do ato notarial, não se justifica reapresentá-la no momento do registro.

A Lei 8.212/91, em seu art. 48, dispõe que a prática do ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, anulando o ato para todos os efeitos.

Tais dispositivos levam ao entendimento de que é dever do notário exigir a certidão para a lavratura do ato, só se justificando a exigência pelo registrador de forma alternativa quando não for ela apresentada na ocasião em que lavrado o instrumento.

A lei obriga ao notário, em primeiro lugar, exigir as certidões para a prática do ato. Portanto, sendo necessária para a lavratura da escritura a apresentação das

certidões, não é de ser exigida novamente quando do registro. Estando o título público em observância à legislação vigente, porta aptidão para ingressar no fólio real.

Ressalte-se que a escritura pública de compra e venda espelha, outrossim, a transferência da posse do imóvel ao comprador, o que lhe outorga legitimidade para defendê-lo em embargos de terceiro contra eventuais penhoras em execução previdenciárias ou das Fazendas Públicas.

A atividade notarial e de registro há de ser exercida de forma a viabilizar o comércio imobiliário e a regularidade das mutações dominiais, não se justificando, mesmo em face da possibilidade de que entre a data da lavratura do ato notarial e o registro, tenham ocorrido fatos geradores de outros débitos tributários, a exigência da apresentação de novas certidões negativas para o registro, quando tal obrigação já foi satisfeita por ocasião da lavratura da escritura pública de compra e venda, ato integrante do complexo negócio jurídico tendente à alienação do bem imóvel, dotado de fé pública e que viabiliza ao fisco o pleno exercício da atividade fiscalizatória inerente à tributação.

Melhor examinando as questões postas, verifica-se, pois, a insubsistência do óbice pertinente à necessidade de apresentação de novas certidões negativas de débitos para com o INSS e a Receita Federal, uma vez válidas as apresentadas por ocasião da lavratura da escritura pública de compra e venda, o que impede a manutenção da r. decisão de primeiro grau.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o registro do título em questão.

LUÍS DE MACEDO, Relator e Corregedor-Geral da Justiça.

6.2

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6.2.1 CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO. Vias públicas. Rol taxativo do art. 167, I e II, da Lei 6.015/73.

Ementa: O contrato de concessão de uso de bens públicos municipais firmado entre a municipalidade e associação representativa de seus associados de manutenção, conservação e realização de serviços públicos nas vias públicas de loteamento, envolve mero direito pessoal e não direito real e não pode ingressar tábua registrária, quer sob a forma de registro em sentido estrito, quer como ato de averbação. O rol do art. 167, I e II, da Lei 6.015/73 é numerus clausus.

Proc. CG 195/2001 (90/2001-E) – j. 07.02.2001 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Eduardo Moretzsohn de Castro.

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça

Trata-se de apelação interposta pela "Albev – Associação de Proprietários nos Loteamentos Alpes da Cantareira e Beverly Hills Park" (f.) contra a decisão de f. que indeferiu a averbação do "contrato de concessão de uso de bens públicos" celebrado entre a recorrente e a Prefeitura Municipal de Mairiporã (f.), porque aque-

la é parte ilegítima para suscitar dúvida inversa e porque se objetiva o registro da lei municipal, daí a impossibilidade jurídica do pedido.

O registrador manifestou-se às f.

A Promotoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (f.), ao passo que a Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pelo seu não conhecimento (f.).

O C. Conselho Superior da Magistratura não conheceu do recurso por versar a espécie ato de averbação, determinando a remessa dos autos à E. Corregedoria-Geral (f.).

Sustenta, em suma, a recorrente: a) a nulidade da decisão uma vez que não permitida a produção de provas; b) no mérito, postula pela reforma pois o contrato em tela gera um direito real à luz do Dec.-lei 271/67 e deve ser prestigiada a autonomia administrativa municipal ao delegar à Associação a gestão e a conservação das vias públicas, via autorização legislativa (Lei Municipal 1.796, de 16.10.1997). Requer o provimento do recurso.

É o breve relatório.

Passo a opinar.

A decisão de f. merece ser mantida por fundamentação diversa.

Esclareça-se, de início, que não se cuida de ato de registro em sentido estrito que, em princípio, admitiria o processo de dúvida, mas de ato de averbação, ensejando processo administrativo perante a Corregedoria Permanente, com recurso administrativo para a E. Corregedoria-Geral de Justiça.

Por outro lado, não há que se falar em nulidade, uma vez que as provas que se pretende sejam produzidas em nada alteram a decisão final, nem prejudicam o direito da recorrente na pretensão almejada.

O "contrato de concessão de uso de bens públicos municipais" pactuado entre a Municipalidade de Mairiporã e a recorrente, com autorização legislativa (Lei Municipal 1.796, de 16.10.1997), pelo qual esta ficou com o direito de, no prazo contratual, manter, conservar e realizar serviços públicos nas vias públicas que especifica no loteamento, não pode ingressar na tábua registrária, quer sob a forma de registro em sentido estrito, quer como ato de averbação.

Certo que compete ao Município, autorizar, via decreto ou lei, o uso de vias de comunicação, praças e espaços livres integrantes do loteamento (art. 22, da Lei 6.766/79) instrumentalizando-o por intermédio dos institutos da permissão de uso ou da concessão de uso. No entanto, a averbação desse documento é que encontra óbice.

1. Já se firmou entendimento na Corregedoria-Geral no sentido de que o rol do art. 167, I e II, da Lei de Registros Públicos é *numerus clausus*, não sendo, pois, viável o registro ou a averbação de outras ocorrências aí não arroladas (*v.g*, *RT* 500/104, Processos CG 1.084/95 e 961/97). Nem outro diploma legal confere a natureza de direito real ao contrato em questão, para a postulada averbação. Como bem lembra Maria Helena Diniz: "Se não houver previsão legal, impondo o registro, ele não poderá ser efetivado" (*Sistema de registros de imóveis*, Saraiva, 1992, p. 210).

Preleciona Afrânio de Carvalho a respeito do tema:

"A *ratio legis* da registrabilidade dos direitos, acima esboçada, não é invocável, porém, para estender, por analogia, a lista dos que são expressamente admitidos por lei no registro. Quando a lei prevê, em disposição especial, os atos compreendidos no registro, quer em enumeração genérica, como no Código Civil (art. 856), quer em enumeração casuística, como na Nova Lei de Registro (art. 167), deixa de fora todos os omitidos. Os direitos registráveis são taxativamente fixados pela lei, constituem um *numerus clausus*" (*Registro de imóveis*, 4. ed., Forense, 1998, p. 84).

Em antigo aresto extrai-se que: "Em suma, no direito brasileiro, a exemplo do que ocorre noutros sistemas, como nos dos Códigos francês e alemão, *os direitos reais enumerados na lei não podem ser ampliados pela vontade das partes*" (Lafayette, *Direito das coisas*, Prefácio, n. 4; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, vol. 4/12; Orlando Gomes, *Direitos reais*, p. 398) (ApCiv 2.272-0-São Paulo, rel. Des. Bruno Affonso de André) (g.n.).

Mais recentemente decidiu-se pela taxatividade do rol do art. 167 da Lei 6.015/73 "... devido à tipicidade marcante no âmbito do regramento dos direitos reais". E que: "Não cabe, portanto, ao Juiz ou a qualquer outro interessado ampliar o rol dos atos inscritíveis no sistema registrário, vedada a aplicação da analogia para alterar as hipóteses legais" (ApCiv 32.930-0, Marília, rel. Des. Márcio Martins Bonilha, j. 15.08.1996, *JTJ-Lex* 183/342).

Também o art. 246 da Lei 6.015/73 que dá amparo a averbação na matrícula de outras ocorrências, enfraquecendo a regra da taxatividade já referida, não beneficia a recorrente, uma vez que a providência em pauta não modifica, de qualquer maneira, o registro imobiliário. Apesar de cedida a posse direta dos bens públicos aos munícipes, conserva-se o domínio em nome do(s) atual(ais) proprietário(s).

E, assim deve ser, não obstante opiniões em contrário, uma vez que os títulos passíveis de registro (incluindo-se aqui os atos de registro *strictu sensu* e os de averbação) "estão subordinados ao critério inspirado no princípio da legalidade, que informa o direito resgistrário" (ApCiv 19.209-0-Campinas, rel. Corregedor Antonio Carlos Alves Braga, j. 07.07.1994, *JTJ* 167/345).

2. Inadmissível, por outro lado, o registro do contrato em tela uma vez que gera apenas entre as partes direito obrigacional, insuscetível de provocar mutação, substancial ou acessória, de direito real.

3. Não se está negando validade ao negócio jurídico pactuado e noticiado nos autos, mas apenas não se reconhecendo nele direito real passível de ingresso na tábua registral.

4. Não se cuida, por outro lado, de concessão do direito real de uso de terreno público ou particular, regrado pelo Dec.-lei 271/67 (art. 7.º), na qual "se transfere, a título de direito real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social" (*Elementos de direito urbanístico*, de Ricardo Pereira Lira, Renovar, 1997, p. 232). Diferentemente, no caso, há uma concessão de uso de bem público, na qual há "outorga ao particular da faculdade de utilizar um bem, segundo sua destinação específica, como, por exemplo, um hotel, um restaurante, um logradouro turístico ou uma área de mercado pertencente ao poder público". O mesmo autor arremata seu pensamento: "*Essa concessão gera apenas direito pessoal em favor do concessionário*" (op. cit., p. 236-237, grifamos). Conseqüentemente, inviável o seu registro no fólio real.

5. Se se pretende com a averbação, dar-se a publicidade ao ato, tal finalidade pode ser obtida com o registro do título junto ao Registro de Títulos e Documentos.

6. Explicita-se, finalmente, quanto à impossibilidade de discussão na esfera administrativa, relativamente à alegada inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.796, de 16.10.1997 feita pelo registrador (f.) conforme tem entendido o C. Conselho Superior da Magistratura (Apelações Cíveis 3.346-0, 4.936-0, 20.932-0/0), uma vez que decisões dessa natureza teriam um alcance extraordinário por força do seu caráter normativo. Assim, tal questionamento deve ser buscado pelas vias jurisdicionais próprias. O próprio C. Conselho Superior da Magistratura não tem admitido no procedimento administrativo da dúvida

registrária a discussão sobre inconstitucionalidade de lei (*v.g.*, Apelações Cíveis 43.694-0 e 47.638-0).

Portanto, o parecer que me permito, respeitosamente, submeter ao elevado exame de Vossa Excelência, é no sentido de negar provimento ao recurso de f. pela fundamentação ora adotada, dando-se ciência à recorrente e ao registrador.

Sub censura.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2001 – EDUARDO MORETZSOHN DE CASTRO, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso. Dê-se ciência a recorrente e ao registrador.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2001 – LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça.

6.2.2 LOTEAMENTO. Proibição de vendas em razão de determinação judicial resultante de ação ordinária. Alcance da determinação que deve ser discutida na via jurisdicional.

Proc. CG 2357/2000 (18/2001-E) – j. 05.01.2001 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Mario Antonio Silveira.

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral,

Trata-se de recurso interposto por Terrasul Participações e Comércio de Pedras Ltda. à sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Mairiporã, proferida à f. Sustenta, em síntese, que o Oficial equivocou-se em cumprir a ordem judicial de averbação das matrículas do Loteamento Sierra Madre, bloqueando as dos imóveis de sua propriedade. Argumenta que possui alguns lotes no loteamento e que não foi citado no processo que gerou a ordem judicial, postulando a procedência do recurso (f.).

O v. acórdão de f. determinou a remessa dos autos a esta E. Corregedoria-Geral da Justiça.

Em diligência, foram acostados os documentos de f.

É o breve relato.

Opino.

Nos termos da sentença proferida pelo Juízo da 2.ª Vara da Comarca de Mairiporã, ficou determinado o bloqueio das vendas dos imóveis do loteamento e a proibição de desmatamento da área, onde os mesmos se encontram. A certidão de f. acentua que a sentença transitou em julgado em 29.10.1996.

Os mandados de averbação (f.) determinaram a não efetivação de vendas na área da matrícula 13.439 e naquelas abertas após o registro das citações dos réus na ação ordinária, cujo mandado de registro foi expedido em setembro de 1993 (f.).

Elucida o Juízo sentenciante que se deve ter como limítrofe o dia 16.09.1993, data da citação, ressaltando-se que neste consta que todos os réus foram devidamente citados (f.).

À luz do que consta na matrícula 13.439 em confronto com aquelas acostadas à inicial, a partir da averbação das citações nos termos do art. 167, II, 12, da Lei 6.015/73, os bloqueios de venda foram efetuados em obediência a decisão jurisdicional transitada em julgado.

Assim, quatro situações diversas se apresentam no quadro do loteamento.

A primeira refere-se à matrícula 13.439 isoladamente.

A segunda situação refere-se às matrículas abertas por venda dos lotes constantes na R.3 da matrícula 13.439 (f.). Neste caso, a certidão do Oficial de Registro de Imóveis de f. assegura que parte dos lotes pertencentes às quadras 1 a 39 já possuem

matrículas próprias, abertas que foram até 1990.

Alguns lotes dessas quadras, 1 a 39, também continuam no corpo da matrícula 13.439, a saber: quadra 19, lotes 1 a 4 e 20 a 23; quadra 20, lote 14; quadra 21, lotes 3 a 17; quadra 22, lotes 1 a 25; quadra 23, lotes 1 a 3; quadra 24, lotes 1 a 9; quadra 25, lotes 1 a 6; quadra 26, lotes 2, 3, 4 e 15; quadra 27, lotes 6, 7 e 9; quadra 28, lote 4; quadra 29, lotes 5 a 8, 13, 15 e 16; quadra 32, lote 8; quadra 33, lotes 1 e 3; quadra 34, lote 1; quadra 35, lotes 1, 3, 4, 5 e 6; quadra 36, lotes 1 a 7; quadra 37, lotes 1, 5 a 8; e quadra 38, lotes 1 a 7.

A terceira situação refere-se aos lotes das quadras 40 a 46 e "A" a "H", que continuam no corpo do loteamento e portanto na matrícula 13.439.

A quarta situação prende-se às matrículas 20.561 e 20.562, áreas denominadas como "reservadas" do Loteamento Sierra Madre. São essas áreas globais e reservadas de uma área a ser preservada.

As titularidades do recorrente nas matrículas 20.562 e 20.561 ocorreu em 1993 e 1996, ambas no curso da ação ordinária de proibição do desmatamento e a segunda após a ordem de vedação às vendas. A recorrente assumiu essa titularidade fruto de alteração contratual de sociedade, o que lhe acarreta a assunção dos deveres e obrigações correspondentes à anterior, tornando sua participação ou não na ação ordinária questão jurisdicional.

O processo jurisdicional referiu-se ao Loteamento Sierra Madre (f.) como todo, e conforma nele decidido a área do loteamento foi abrangida para preservar o desmatamento, ordenando a comunicação ao Oficial de Registro de Imóveis.

A ação principal que gerou o bloqueio data de 1988 e a medida cautelar que a antecedeu e determinou a proibição de desmatamento e arruamento é de 1987. Há em razão disso que ser apreciada a extensão das ordens judiciais quanto à vedação de vendas, arruamento e desmatamento.

Cumpre-se ressaltar parte do decidido jurisdicionalmente à f., com o objetivo de demonstrar que essa extensão não pode ser efetivada no campo correcional.

"Diante do exposto, julgo procedente a ação ajuizada para condenar as rés à obrigação de não proceder a qualquer tipo de desmatamento no local sem autorização dos órgãos estaduais e municipais competentes, paralisando os que houver, nem proceder a vendas de lotes no local, por ser o loteamento insuscetível, hoje, de regularização. Determino, ainda, que se expeça com o trânsito mandado de averbação ao Cartório de Registro de Imóveis local para que seja a presente sentença averbada para constar estas proibições, nos termos do art. 167, item 12, da Lei 6.015/73."

Diante de tais situações, não cabe na esfera administrativa-correcional analisar ou discutir a eficácia e o alcance da decisão judicial, que deve ser dirimida em ação própria no âmbito jurisdicional.

Assim, as almejadas liberações das limitações da mencionada decisão que determinou a vedação das vendas e desmatamento do Loteamento Sierra Madre deverá ser buscada pelo recorrente na esfera jurisdicional, nos autos de ação civil própria, não neste procedimento correcional registrário, que tem natureza administrativa.

Isso porque, como bem acentuou o ilustre Des. Narciso Orlandi Neto, então Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça, em parecer lançado nos autos do Proc. 2/83, não é possível "... discutir, administrativamente, o alcance da coisa julgada, sua eficácia em relação às partes e a terceiros, a forma, enfim, pela qual deve ser executada a sentença" ("Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça 1982/83", *RT*, p. 107-109).

Constata-se da análise da matrícula 13.439 e da certidão de f., que na quadra 4 há o registro de lote 4, porém inexistente no

loteamento, nos termos da R.3 de f. Diante de tal fato, opino, preliminarmente, no sentido de serem extraídas cópias e encaminhadas ao Corregedor Permanente para abertura de processo administrativo para análise do ocorrido.

Quanto ao mérito, opino no sentido de ser negado provimento ao recurso.

Este é o parecer que submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Sub censura.

São Paulo, 5 de janeiro de 2001 – MARIO ANTONIO SILVEIRA, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar desta Corregedoria e, por seus fundamentos que adoto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

São Paulo, 8 de janeiro de 2001 – LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça.

6.3

1.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO – CAPITAL

6.3.1 REGISTRO DE IMÓVEIS. Mandado judicial. Cancelamento de registro. Ineficácia.

Ementa: Mandado judicial que ordena o cancelamento do registro da doação feita em fraude à execução, com declaração de ineficácia, quando, também, deveria mencionar os demais registros posteriores. Desnecessidade. O cancelamento do registro anterior, suporte de outros registros, rende ensejo a um vício superveniente do trato sucessivo. Cancelado um, os demais também são atingidos. Princípio da continuidade que deve ser preservado.

Proc. 000.00.587655-9 – j. 23.10.2000 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

Vistos etc.

A senhora 4.ª Oficial de Registro de Imóveis da Capital, a pedido de Guaracy da Silveira Neto, suscitou a presente dúvida aduzindo, em síntese, que lhe foi apresentado mandado de cancelamento de registro extraído dos autos do Proc. 1.156/88 da 20.ª Vara Cível da Capital para o cancelamento dos registros 3 e 4 da matrícula 100.045, quando deveria mencionar os registros 3 e 7, para em seguida ser possível o registro da carta de adjudicação. Observa que o R/4 já se encontra cancelado, conforme Av/5 da matrícula, em virtude do falecimento da usufrutuária.

Concomitante com o mandado foi apresentada carta de adjudicação, expedida nos autos do arrolamento dos bens deixados por Maria Victoria Seoane Welch, Proc. 544/95 que teve curso perante a 4.ª Vara da Família e das Sucessões, cuja qualificação não teve aprovação, em atenção ao princípio da continuidade, vez que pelo R/7 da matrícula 100.045 o imóvel foi alienado a Salvador Fortes.

Argumenta que não é dado ao Oficial Registrador tirar dos títulos conclusões, o que equivaleria julgar, e assim, sem o respectivo mandado judicial, proceder ao cancelamento do registro 7 relativo a venda feita por Enrique Carlos Vidal Y Seoane e sua mulher a Salvador Fortes, seria ultrapassar os limites de sua competência.

Prenotada, na mesma data, certidão expedida pela Diretora de Divisão da 4.ª Vara da Família e das Sucessões dos autos de arrolamento sob n. 544/95, constando que Salvador Fortes move em face de Guaracy da Silveira Neto e Enrique Carlos Vidal Y Seoane ação, que se encontra em fase de citação.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

O suscitado apresenta impugnação, sustentando a registrabilidade da carta de adjudicação expedida em seu favor nos autos do arrolamento dos bens deixado por Maria Victoria Seoane Welch, alegando, em resumo, que cancelado o R/3 da matrícula, como determinado no mandado apresentado, os registros que deste derivam podem ser cancelados e assim, observado o princípio da continuidade, registrar o título, já que com o cancelamento do R/3 o bem retornou ao domínio de Maria Victoria.

O Ministério Público se manifesta às f., opinando pela procedência da dúvida.

É o relatório.

Decido.

A senhora 4.ª Oficial de Registro de Imóveis da Capital, na mesma data, recepcionou e prenotou: mandado expedido pelo Juízo de Direito da 20.ª Vara Cível da Capital, determinando o cancelamento dos registros feitos na matrícula 100.045 da Serventia sob números 3 e 4; carta de adjudicação extraída dos autos do arrolamento dos bens deixados por Maria Victoria Seoane Welch, em favor do suscitado; certidão expedida pela Diretora de Divisão da 4.ª Vara da Família e das Sucessões dos autos de arrolamento sob n. 544/95, constando que Salvador Fortes move em face de Guaracy da Silveira Neto e Enrique Carlos Vidal Y Seoane, ação que se encontra em fase de citação, negando acesso de todos ao fólio, em atenção ao princípio da continuidade. Entende que há necessidade de constar do mandado determinação de cancelamento do R/7 da mencionada matrícula, para que seja possível o registro da carta de adjudicação.

A certidão da matrícula 100.045 da Serventia juntada às f., indica que tem por objeto vaga de garagem localizada no 1.º pavimento térreo do Edifício Cristalia, situado na Alameda Ribeirão Preto, 267, 17.º subdistrito Bela Vista, que por força do R/1 foi adquirida por Maria Victoria Seoane Welch, que doou a seu filho Enrique Carlos Vidal Y Seoane e sua mulher, reservando para si usufruto vitalício do imóvel, registrados a doação e o usufruto, respectivamente, sob números R/3 e R/4. Com o falecimento da doadora foi cancelado o R/4 conforme Av/5, sendo o imóvel vendido pelo donatário e sua mulher, conforme R/7, a Salvador Fortes.

Os elementos carreados indicam que o suscitado promoveu em face de Maria Victoria Seoane Welch ação de procedimento sumário perante a 20.º Vara Cível da Capital, e na fase de execução penhorou a vaga de garagem matriculada, sob n. 100.045, depois de ter sido reconhecida a doação feita pela titular de domínio a seu filho como em fraude de execução, sendo declarada a ineficácia da doação em relação ao exeqüente, aqui suscitado.

Na época não foi expedido mandado para registro da penhora e para averbação da ineficácia da alienação em relação ao exeqüente.

Ocorrido o falecimento da executada, o suscitado, na qualidade de credor, promoveu a abertura do arrolamento dos bens por ela deixados e após regular processamento foi o imóvel a ele adjudicado, sendo expedida a carta de adjudicação apresentada ao Registro de Imóveis.

A certidão expedida pela Diretora de Divisão da 4.ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central da Comarca da Capital revela que várias medidas judiciais foram decididas até que expedida a carta de adjudicação.

Consta da referida certidão, que na decisão proferida em embargos ajuizado por

Enrique Carlos Vidal Y Seoane e Gessy Vidal, entendeu o digno Juiz prolator que a venda feita por Enrique a Salvador tornou-se sem qualquer efeito, uma vez que o ato pelo qual Enrique recebeu o bem em doação foi dado por nulo.

A toda evidência diante dos documentos acostados aos autos, claro está que houve decisão judicial a respeito da doação feita pela titular de domínio, sendo reconhecida a ineficácia do ato em relação ao suscitado, bem como foi a doação reconhecida como sendo nula.

Após todas as demandas, o suscitado apresenta para registro mandado determinando o cancelamento do R/3 e R/4 da matrícula 100.045 da Serventia, cujo acesso foi negado por entender a senhora Oficial necessário constar, também, determinação do cancelamento do R/7, que se refere a alienação feita a Salvador.

Sem razão a senhora 4.º Oficial de Registro de Imóveis. A doação feita por Maria Victoria a seu filho Enrique Carlos, registrada sob n. R/3 da matrícula 100.045, foi reconhecida como ineficaz pelo Juízo competente, que expediu o mandado para cancelamento deste registro.

Cancelado o registro, rompido está o elo da corrente filiatória e os registros que nele se originaram tornam-se viciados, não podendo subsistir.

Rompido o elo em face do cancelamento do R/3 da matrícula, não vislumbro razão para que seja determinado no mandado o cancelamento do R/7, como quer a senhora Oficial, já que por conseqüência do cancelamento, em razão do princípio de continuidade, este não encontra mais suporte nos assentos registrários.

A presunção de higidez do registro feito sob n. 7, diante do cancelamento e ruptura do elo da corrente filiatória lançado nos assentos registrários, à evidência não subsiste já que quebrada a continuidade.

O acesso da carta de adjudicação apresentada, a seu turno, encontra o elo da corrente filiatória no R/1, já que reconhecida a ineficácia da alienação por doação feita por Maria Victoria Seoane Welch, a seu filho Enrique Carlos Vidal Y Seoane e sua mulher, pelo Juízo da execução determinado o cancelamento do R/3, e como conseqüência, viciados os que dele se originaram; registrariamente, o imóvel é de titularidade de Maria Victoria Seoane Welch, sendo o único registro hígido na matrícula.

A carta de adjudicação foi expedida nos autos do arrolamento dos bens deixados por Maria Victoria Seoane Welch e, sendo esta a titular de domínio constante dos assentos registrários, em razão do cancelamento do R/3, e tendo sido reconhecida a doação feita pela titular de domínio a seu filho como em fraude de execução, sendo declarada a ineficácia da doação em relação ao exeqüente, aqui suscitado, não há necessidade do cancelamento do R/7, exigido pela senhora Oficial.

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente dúvida.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no art. 203, II, da Lei de Registros Públicos, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P.R.I.

São Paulo, 23 de outubro de 2000 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de Direito.

6.3.2 REGISTRO DE IMÓVEIS. Princípio da unitariedade matricial. Descrição.

Ementa: Transcrição aquisitiva que encerra dois imóveis distintos. Impossibilidade da abertura de matrícula abrangendo ambos, por ferir o princípio da unitariedade. Não é possível, também, a abertura de duas matrículas, uma para cada imóvel, porque um deles está perfeitamente descri-

to, outro não, causando insegurança quanto às suas medidas e posição física.

Deficiência da especialização objetiva e da subjetiva quanto à qualificação dos titulares de domínio. Procedimento judicial indispensável para a perfeita identificação dos imóveis.

Proc. 000.00.614564-7 – j. 28.11.2000 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

6.3.2.1 Termo de dúvida.

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital.

Suscitante: 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital.

Suscitada: Leontina de Oliveira Bueno de Camargo.

Prenotação 164.290 em 04.09.2000.

O 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, infra assinado, atendendo requerimento de Leontina de Oliveira Bueno de Camargo, e nos termos do art. 198, da Lei de Registros Públicos, vem, respeitosamente, suscitar a presente dúvida, pelos seguintes fundamentos:

1. A suscitada apresentou a inclusa escritura pública lavrada em 7 de janeiro do corrente, no Cartório do 11.º Tabelião de Notas da Capital, pela qual adquiriu por compra feita do Espólio de Michelino Carbone o imóvel assim descrito:

"Uma casa e seu respectivo terreno na rua Ubajara n. 17, antigo n. 24, antiga Travessa Serra de Jairé, no 10.º Subdistrito-Belenzinho, medindo construção e terreno 6,70m, de frente, inclusive a construção, de ambos os lados mede 16,30m, tendo nos fundos a mesma metragem da frente, sendo que ao lado e na parte dos fundos há mais uma faixa de terreno medindo 1,90m, mais ou menos, por 3,35m, que corresponde a um aumento de área de 6,36m², mais ou menos, confinando por um lado por paredes de meação com o prédio n. 22, de propriedade de José Melloni Rossi, e de outro lado por parede de meação com o prédio n. 26, de Orozimbo Pavani, e nos fundos com propriedade de Serafino Fileppo Leto."

2. A recusa do registro se deu pelos motivos indicados na nota devolutiva, grampeada na contra-capa do título.

3. A descrição do imóvel dada no título é idêntica àquela que consta da transcrição aquisitiva de n. 43.443, deste Cartório.

Examinando-se a descrição, parece não restar dúvida que ela encerra dois imóveis distintos. Um medindo 6,70m, de frente, com a mesma metragem nos fundos, e 16,30m de ambos os lados, e, outro, constituído de pequena faixa de terreno, medindo 1,90m, mais ou menos, por 3,35m, com a área de 6,36m², mais ou menos. As confrontações, todavia, abrangem os dois imóveis, onde, sem dúvida, estaria edificada a casa n. 17, antigo n. 24, da rua Ubajara, inclusive cadastrado hoje por um único contribuinte municipal (n. 029.082.0002-3). O prédio estaria a ocupar uma única base imobiliária.

4. Como, ao contrário da técnica anterior da transcrição, apoiada em base documentária e com assentamento cronológico, de sorte que uma só transcrição poderia concernir a diversos imóveis, e um só imóvel podia ser objeto de diferentes transcrições simultaneamente eficazes, o fólio real adotado com a Lei de Registros Públicos vigente, deve se referir a um único imóvel, dado o princípio da unitariedade.

5. Não havendo possibilidade da abertura de matrícula abrangendo os dois imóveis, ato precedente ao registro do título, também não se vislumbra possibilidade de abertura de matrículas individuais para cada um deles. Um está descrito e o outro, a pequena faixa com a área de 6,36m², com 1,90m, mais ou menos, por 3,35m, não esclarece se as medidas (1,90 x 3,35) são de ambos os lados, já que as confrontações dadas é do todo, base única ocupada pelo imóvel principal.

Se constasse que as medidas seriam de ambos os lados e identificados os confinantes da faixa, até que se poderia abrir matrícula desse pequeno imóvel, para ao depois de registrada a escritura unificá-lo ao outro, através de requerimento da atual proprietária, com aproveitamento do título sem qualquer retificação.

Mas não se pode admitir criação de nova unidade imobiliária contendo descrição perfeita, por fusão de imóveis, quando um deles não dispõe de todos elementos necessários para o ato, como medidas e confrontações.

Há total insegurança quanto às medidas da faixa e até mesmo quanto à sua posição física, não podendo ser definido com exatidão o espaço por ela ocupado no solo, pois não se sabe se ela fica do lado direito do imóvel maior ou do lado esquerdo, e situada nos fundos, se mais à direita ou mais à esquerda, e, dependendo de como situá-la poderia existir riscos a invasão de imóveis lindeiros, o que demandaria o procedimento judicial administrativo retificatório para a apuração da real descrição dos imóveis e do todo ocupado pelo prédio.

6. Não foi apresentada, como antes exigida, a certidão de casamento do assentamento civil de Michelino Carbone, já que na transcrição aquisitiva de n. 43.443, foi qualificado, apenas, como sendo brasileiro, casado, mecânico, domiciliado e residente nesta Capital, para a indispensável averbação esclarecedora quanto ao nome do respectivo cônjuge e, assim, permitir a satisfação e cumprimento dos princípios da continuidade e especialidade subjetiva, exigência calcada em reiteradas decisões desse d. Juízo e do C. Conselho Superior da Magistratura.

7. De igual forma, não foram apresentadas as cédulas de identidade e os cartões de identificação de contribuintes (CIC/MF) de Michelino Carbone e Elvira Vaz de Oliveira Carbone, para suprir a falha de qualificação, mediante averbação na aludida transcrição.

Os dados omitidos, como vem sendo decidido, podem ser colmatados por documentos pessoais, desde que haja certeza da identidade, evitando-se o procedimento judicial retificatório (cf. Apelações Cíveis 40.014-0/7; 42.485-0/0, entre outras).

8. Tendo intimado a suscitada para, querendo, impugnar a dúvida em Juízo, remetem-se os autos à elevada apreciação de Vossa Excelência, acompanhado de certidão atualizada da transcrição n. 43.443, e cópia da planta de Setor Fiscal Municipal.

São Paulo, 13 de setembro de 2000.

6.3.2.2 Parecer do Ministério Público.

Processo 000.00.614564-7 (CP 705)

Meritíssimo Juiz

Trata-se de dúvida suscitada pelo senhor 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, aduzindo, em síntese, que foi apresentada a registro, por Leontina de Oliveira Bueno de Camargo, escritura pública, lavrada em 07.01.2000, mediante a qual adquiriu do espólio de Michelino Carbone o imóvel descrito e caracterizado no título, havido pelo transmitente por força da transcrição n. 43.443.

O título, porém, teve sua qualificação para registro denegada porque:

– não há dúvidas de que encerra dois imóveis distintos. Em razão disso e em face do princípio da unitariedade, pelo qual não há possibilidade de abertura de matrícula abrangendo os dois imóveis, ato precedente ao registro do título. Ressaltou que também não há possibilidade de abertura de matrículas individuais para cada um deles, já que um esta perfeitamente descrito, mas o outro não, carecendo de medidas e confrontações, o que somente pode ser apurado através de ação de retificação de área;

– não lhe foram apresentados certidão de casamento e documentos de identidade, (RG) e CIC de Michelino Carbone, qualificado apenas como brasileiro, casado, mecânico, domiciliado e residente na Capital,

em atendimento ao princípio da continuidade e especialidade subjetiva.

A inicial de f., veio acompanhada dos documentos de f.

Impugnação foi apresentada às f.

É o relatório.

A dúvida é procedente, uma vez que a pretensão do suscitado contraria os princípios da unitariedade, continuidade e especialidade, que norteiam os registros públicos.

Dispõe o art. 176, I, § 1.º, da Lei de Registros Públicos:

"A escrituração do Livro n. 2 obedecerá às seguintes normas: cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei."

Nesta esteira de raciocínio, a lição de Walter Ceneviva:

"Cada imóvel indica a individualidade rigorosa da unidade predial. Na sistemática da lei, 'cada' é interpretado em sentido estrito. Tratando-se de imóveis autônomos, mesmo negociados em um só título, cada um terá matrícula individual. Traço assinalador da matrícula é o de referir-se exclusivamente ao imóvel, exigindo perfeita caracterização deste, distinguindo-o dos demais."

No mesmo sentido, a jurisprudência:

"Sem que haja certeza de estar encadeada com todas as transcrições relativas às partes ideais do todo, abrir matrícula assim implicaria em potencial ofensa aos princípios da continuidade e da unitariedade, os quais informam o direito registral. Com o advento da Lei 6.015/73, que instituiu o fólio real, determinando o cadastramento de cada unidade imobiliária em uma matrícula, imperativo, para o seu descerramento, seja ela filiada a todos os registros anteriores. (...) O procedimento de dúvida não admite a retificação de erros registrários pretéritos, cujo acertamento venha proporcionar o acolhimento do título para registro. Busca-se na dúvida provimento que tenha em conta a registrabilidade do título na ocasião da apresentação. Se o seu acesso ao cadastro imobiliário depender de prévia retificação do registro-suporte, deve o ingresso do título ser denegado, até que se faça a retificação que o ensejará. Essa providência escapa aos estreitos limites do provimento judicial possível no procedimento de dúvida, que deve estar adstrito à registrabilidade do título. Quaisquer nulidades que impeçam o registro merecerão solução em procedimento próprio. Inadmissível se conheça delas no âmbito da dúvida" (Apelações Cíveis 1590-0, de Campinas e 9266-0/9, de Caçapava, ambas deste Conselho Superior da Magistratura) (ApCiv 22983-0/6, Santa Cruz do Rio Pardo, *DOJ* de 23.06.1995).

"Um dos princípio básicos do direito registrário é o da unitariedade, pelo qual se exige que a matriz abranja a integralidade do imóvel e que a cada imóvel corresponda uma matrícula (art. 176, § 1.º, I, da Lei 6.015/73). Não mais compadece o atual sistema, fundado no fólio real, com o descerramento de matrícula de parte ideal de prédio" (ApCiv 029141-0/5, Mogi das Cruzes, 31.05.1996, rel. Márcio Martins Bonilha).

Verifica-se, pois, que impossível, como bem disse o Senhor Registrador, a abertura de matrícula abrangendo os dois imóveis.

Incabível, ainda, no presente caso, a abertura de matrículas distintas, uma vez que um dos imóveis não encontra-se perfeitamente descrito.

Há precariedade e deficiência na descrição de um dos imóveis. Não tendo a Serventia condições de certeza acerca da localização do imóvel e suas medidas perimetrais, impossível se torna a abertura de matrícula do imóvel, sem que antes seja providenciada a retificação e apuração judicial da referida transcrição.

A descrição precária, impede a perfeita identificação do imóvel.

A pretensão, pois, do suscitado, em ver seu registro efetivado é incabível, pois a

descrição do imóvel não obedece ao rigorismo dos elementos registrários, devendo ser precedido da necessária retificação, sob pena de ferir-se o princípio da especialidade, onde a determinação dos direitos inscritos supõe a exata individualização dos imóveis, sem o que será equívoca a informação prestada pelo registro e ineficaz a proteção que visa dispensar a terceiros.

Nesse sentido, a ApCiv 39.188-0/7, da Comarca de Cândido Mota:

"... É entendimento iterativo deste Conselho Superior da Magistratura que a criação de nova unidade imobiliária, decorrente de unificação ou desmembramento de imóveis diversos, deve se afeiçoar ao princípio da especialidade, com observância de todos os requisitos previstos no art. 176, II, da Lei 6.015/73 (...).

Quando (...) criam-se novos imóveis decorrentes de desmembramentos ou desfalques (ainda que sem o concurso da vontade do proprietário), as unidades segregadas devem subordinar-se aos requisitos do art. 176 da Lei 6.015/73. Não há razão, em tais casos, para tolerar a imprecisão, porque o novo prédio não mais tem identidade descritiva com o registro de origem.

Deve, portanto, a parte alienada, assim como o remanescente, conter todos 'os dados geográficos que se exigem para individuar o imóvel, isto é, para determinar o espaço terrestre por ele ocupado' (Afrânio de Carvalho, *Registro de imóveis*, 3. ed., Forense, p. 423).

Como constou da citada ApCiv 12.189-0/4, quando da criação de novas unidades imobiliárias, 'não há nenhuma razão para se conceder temperamento à regra imperada pelo art. 176, par. ún., II, n. 3, da Lei 6.015/73 que, ao prever os requisitos objetivos da matrícula, não se compadece com a mera indicação das confrontações do imóvel, senão que exige também a referência às suas características, suficientes e necessárias a estremar o espaço geográfico por ele ocupado, tornando-o inconfundível com outros imóveis; tudo isso de molde ao aperfeiçoamento do sistema cadastral idealizado pelo legislador de 1973, e de maneira a contribuir para maior segurança dos atos de registro, propiciando-se efetivo controle da disponibilidade do direito real e evitando-se o risco de sobreposição das atuais e futuras'.

No caso concreto, não basta fazer o abatimento quantitativo da área expropriada. A descrição do imóvel de origem era absolutamente pobre, sem nenhuma medida perimetral, contendo apenas nomes de confrontantes e a área de superfície.

Não se sabe, pois, onde se situa a parte expropriada e muito menos o remanescente. Em termos diversos, o controle da disponibilidade não é somente o quantitativo, mas também qualitativo. Para tanto, imprescindível seria conhecer as figuras exatas do todo, do desfalque e da sobra. A imprecisão descritiva da gleba maior torna a sobra geodesicamente indeterminada e, portanto, incompatível com o princípio da especialidade.

Imprescindível, pois, a prévia apuração judicial do remanescente e sua averbação no assento imobiliário."

Ainda, a pretensão do suscitado, fere os princípios da continuidade e da especialidade subjetiva. A alienação do bem só é possível por aquele que conste do registro como seu titular, que deve estar adequadamente qualificado nos assentos registrários e no título, para preservação do princípio da continuidade.

Ensina Afrânio de Carvalho em sua obra *Registro de imóveis* (4. ed., Forense, p. 253) que o "princípio de continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individualizado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente".

Esse encadeamento sucessivo de titularidade é que confere segurança ao registro.

No caso em exame, diante da ausência de qualificação do anterior adquirente, impossível o registro com a segurança e certeza, indispensáveis aos atos registrários.

Diante do exposto, opino seja julgada procedente a presente dúvida, em atenção ao princípio da continuidade e especialidade.

São Paulo, 18 de outubro de 2000 – CINTIA MITICO BELGAMO PUPIN, Promotora de Justiça.

6.3.2.3 Sentença.

Processo 000.00.614564-7

Vistos etc.

O senhor 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, a pedido de Leontina de Oliveira Bueno de Camargo, suscitou a presente dúvida aduzindo, em resumo, que adiou o registro da escritura pública lavrada em 07.01.2000, no 11.º Tabelionato da Capital, pela qual a suscitada adquiriu do Espólio de Michelino Carbone o imóvel objeto da transcrição 43.443 da Serventia, exigindo para o registro a apresentação de certidão de casamento do titular de domínio e documentos pessoais dele e de sua esposa para averbação dos dados identificadores na transcrição aquisitiva.

Examinando a descrição do imóvel dada no título, de forma idêntica àquela constante da transcrição aquisitiva, não resta dúvida que ela encerra dois imóveis distintos, o imóvel situado na rua Ubajara n. 17, mais uma faixa de terreno medindo 1,90m, mais ou menos, por 3,35m, que corresponde a um aumento de área de 6,36m², mais ou menos.

Considerado o princípio da unitariedade da matrícula, que obriga a que cada imóvel deva corresponder a uma matrícula e cada matrícula a um único imóvel, não vê como abrir uma matrícula descrevendo o imóvel tal como consta, entendendo indispensável a fusão dos dois imóveis para permitir a abertura de única matrícula.

Observou a impossibilidade de abertura de matrículas individuais para cada um dos imóveis, já que um está perfeitamente descrito, mas outro não, carecendo de medidas e confrontações, o que somente pode ser apurado através de ação de retificação.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

Impugnação apresentada às f., sustentando a suscitada a registrabilidade do título, argumentando que a escritura foi lavrada observando, no que concerne às metragens, o contido na transcrição 43.443, feita em 23.11.1951, que até a presente data são respeitadas, com espaço físico devidamente delimitado.

Quanto a apresentação de documentação dos vendedores, não tem condições de obtê-la, mesmo porque não sabe o atual paradeiro do representante do espólio.

O Ministério Público se manifesta às f., opinando pela procedência da dúvida.

É o relatório.

Decido.

O senhor 7.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital negou o registro de escritura pública de compra e venda que tem por objeto o imóvel transcrito na Serventia sob n. 43.443 com a seguinte descrição:

"Uma casa e seu respectivo terreno na rua Ubajara n. 17, antigo n. 24, antiga Travessa Serra de Jairé, no 10.º Subdistrito-Belenzinho, medindo construção e terreno 6,70m, de frente, inclusive a construção, de ambos os lados mede 16,30m, tendo nos fundos a mesma metragem da frente, sendo que ao lado e na parte dos fundos há mais uma faixa de terreno, medindo 1,90m, mais ou menos, por 3,35m, que corresponde a um aumento de área de 6,36m², mais ou menos, confinando por um lado por paredes de meação com prédio n. 22, de propriedade de José Melloni Rossi, e de outro lado por parede de meação com o prédio n. 26, de Orozimbo Pavani, e nos fundos

com propriedade de Serafino Fileppo Leto."

Ressalta o senhor Oficial, no que é acompanhado pela digna Promotora de Justiça, que dois imóveis distintos compõem mencionada transcrição, sendo que um deles perfeitamente descrito e outro não, com medidas imprecisas.

A Lei de Registros Públicos estabelece em seu art. 176, I, § 1.°, que: "A escrituração do Livro n. 2 obedecerá às seguintes normas: cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta lei". Vale dizer, a Lei determina o cadastramento de cada unidade imobiliária em uma matrícula, adotando o princípio da unitariedade, no qual calcou o senhor Oficial sua recusa.

Assim, tratando-se de dois imóveis não há como se proceder a abertura de matrícula abrangendo ambos, pois feriria o princípio da unitariedade. Não é possível, também, a abertura de duas matrículas, uma para cada imóvel, porque um deles está perfeitamente descrito outro não, causando insegurança quanto às suas medidas e até mesmo de sua posição física.

O registrador ao qualificar o título deve observar os princípios que norteiam o registro imobiliário, dentre estes o da continuidade, que na lição de Afrânio de Carvalho, em sua obra *Registro de imóveis* na p. 252: "que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente".

Esse encadeamento sucessivo de titularidades, confere segurança ao registro e inspira confiança ao público.

Os princípios que regem o sistema registral brasileiro, que tem como escopo conferir ao cidadão absoluta segurança aos atos registrários, não podem ser desprezados, sob pena de se ferir a credibilidade dos registros e segurança do serviço.

No caso em exame além da deficiente especialização objetiva, ante apontada, existe também deficiência na qualificação dos titulares que deve ser completada em atenção ao princípio da especialidade subjetiva.

Corretos os óbices impostos pelo senhor 7.° Oficial com o que expressamente concorda a digna Promotora de Justiça, a impor a procedência da dúvida.

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, acolhendo as razões do senhor 7.° Oficial de Registro, bem como da digna Promotora de Justiça, julgo procedente a presente dúvida.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no art. 203, I, da Lei 6.015/73, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P.R.I.

São Paulo, 28 de novembro de 2000 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de Direito.

6.3.3 REGISTRO DE IMÓVEIS. Doação modal. Compra e venda acoplada com doação do numerário para a aquisição e imposição de cláusulas restritivas do domínio. Divergência na doutrina e jurisprudência.

Ementa: Possível o registro de títulos que espelham negócios jurídicos compatível com o sistema jurídico pátrio, sem nenhuma ofensa aos princípios registrários.

Proc. 000.00.618758-7 – j. 1.°.02.2001 – Juiz Oscar José Bittencourt Couto.

6.3.3.1 Suscitação de dúvida.

Ao Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito Corregedor Permanente da Vara de Registros Públicos de São Paulo – SP

Suscitação de dúvida.

Interessados: Luiz Synésio Lopes de Oliveira e s/m.

Ementa: Doação modal.

Data: 18.09.2000.

Sérgio Jacomino, 5.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital de São Paulo, atendendo expresso requerimento Luiz Synésio Lopes de Oliveira, devidamente qualificado na petição anexa, vem suscitar dúvida, nos termos do art. 198 da Lei 6.015/73, devolvendo a qualificação do título a Vossa Excelência, expondo abaixo os motivos que, a meu ver impedem o acesso do título ao registro predial.

Em 14.09.2000 me foi apresentada para registro a escritura pública de compra e venda, lavrada em 14.07.2000 pelo 7.º Tabelião desta Capital (livro 5437, p. 179 *et seq.*), tendo por objeto o imóvel matriculado sob n. 67.616, deste Registro. O título foi protocolado sob número de ordem 151.703, em 14 de setembro, estando em vigor a sua prenotação.

Representações Comerciais Tabapuã Ltda., devidamente qualificada, alienou, a título de compra e venda, o imóvel objeto da matrícula 67.616 a Maria Carolina Lopes de Oliveira, recebendo o preço avençado diretamente de Luiz Synésio Lopes de Oliveira e sua mulher Berenice de Melo Freire Lopes de Oliveira, progenitores da adquirente. Pelos doadores do numerário foi declarado na escritura que "forneceram o numerário necessário à aquisição do imóvel". E mais, que por aquele ato "determinavam que a aquisição do imóvel em tela ficasse gravada com as cláusulas vitalícias de incomunicabilidade e impenhorabilidade".

Instrumentou-se, portanto, a compra e venda de bem imóvel conjugada com doação de numerário para sua aquisição e conseqüente imposição de cláusulas restritivas de impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Exsurgem dois cenários para quadrar o negócio aqui celebrado nas figuras jurídicas correntias. Em primeiro lugar, a escritura notarial, omitindo qualquer referência a doação conjugada com encargos, preferiu explicar que os intervenientes "forneceram o numerário necessário à aquisição" e, *ipso facto*, determinaram que o imóvel ficasse gravado com cláusulas restritivas.

Embora a escritura tenha nominado tal negócio jurídico de simples compra e venda, tal fato não infirma a interpretação possível de que o negócio encerra o que a *praxis* cartorária identifica e qualifica como *doação modal*. A esta primeira conclusão se chega por ilação, pois a compra e venda se viabilizou pela entrega do numerário pelos doadores, que condicionaram o negócio pela imposição das tais cláusulas. Veja-se o didático exemplo que se pode haurir da doutrina registralista.

Aponta Ademar Fioranelli o caso em que por escritura pública doa-se a descendente determinada quantia em dinheiro, destinada à compra de imóvel. O negócio é celebrado entre outorgante vendedor e outorgado comprador, figurando o doador da pecúnia como interveniente-doador. Para possibilitar a aquisição em nome de descendente, impõem-se os vínculos de impenhorabilidade e incomunicabilidade. Conclui Ademar Fioranelli: "surge, aqui, a doação modal, perfeitamente possível numa escritura de venda e compra, desde que realizadas simultaneamente" (*Boletim do IRIB* 91, 1984, artigo em parceria com o registrador Jersé Rodrigues da Silva).

Outra possibilidade que se abre à exegese do escrito notarial seria descartar a idéia de doação modal e simplesmente admitir que a compra e venda aperfeiçoou-se independentemente de outro negócio jurídico que se desenvolve *a latere*.

Partindo-se do pressuposto de que se está diante de uma *doação modal*, S.M.J., ainda é possível discutir a viabilidade jurídica de tais negócios, arrimando-se em respeitáveis doutrina e jurisprudência aqui citados e que sancionam e dão plausibilidade a esse entendimento.

De outra maneira, admitir-se a imposição de cláusulas restritivas, sem qualquer conexão com a doação do numerário e a aquisição daquele bem determinado – afastando-se da chamada doação *sub modus* – seria afrontar expressa disposição legal do Código Civil (art. 1.676), pois a restrição não estaria sendo imposta nas estritas hipóteses em que se na admite. A menos que se consinta com a imposição de cláusulas restritivas em bens fungíveis e consumíveis, aventando-se original e heterodoxa sub-rogação de vínculos extrajudicial, em tudo muito difícil de se sustentar, com se verá *infra*.

Procurando compreender o negócio jurídico entabulado nas duas hipóteses vislumbradas, vamos expor a Vossa Excelência, e ao culto suscitante, as razões que nos impedem de dar seguimento ao registro – seja num ou noutro sentido.

Doação modal

O *modus* constitui um dos elementos acidentais do negócio jurídico. A vontade expressa no contrato, ao invés de irradiar-se livremente tão-só com base nos elementos essenciais do ato, reveste-se de modalidades secundárias – *accidentalia negotii* – elementos que podem ser adicionados livremente pelo declarante, salvo quando o próprio negócio jurídico não os comporte, ou quando a lei não os permita. São determinações acessórias da vontade e têm como conseqüência direta modificar a eficácia do negócio jurídico (Roberto Ruggiero, Fulvio Maroi. *Instituzioni...*, 8. ed. Milano : Giuseppe Principato, 1951. p. 132). Esses elementos acidentais se acrescentam à figura típica do ato para atingir exatamente seus efeitos. São "instrumentos de eficácia à disposição do agente para adaptar os efeitos de sua manifestação de vontade a circunstâncias futuras. Esses elementos acidentais são expressos em cláusulas acessórias, modificativas, donde também chamar-se-lhes modalidades. Seu número é infinito, mas os mais freqüentes, e por isso mesmo disciplinados em lei, são a condição, o termo e o modo ou encargo, que as partes podem incluir nas cláusulas dos negócios jurídicos" (Francisco Amaral. *Direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 450).

Dentre as disposições acidentais, distingue-se o *modus* – elemento acessório próprio dos atos de liberalidade, sejam eles *mortis causa* ou entre vivos. Deve ter um fim possível e lícito. O *modus*, jungido ao negócio principal, limita a medida da liberalidade, criando uma restrição para o beneficiado à vantagem decorrente do ato. Sendo um encargo anexo e acessório aos elementos essenciais de um negócio gracioso, não opera neles qualquer modificação, antes lhes acrescenta outros, que entretanto não reagem sobre os primeiros (Orlando Gomes. *Introdução...*, 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 407).

Atentos aos caracteres gerais do *modus*, a *doação modal* é definida pelos autores como aquela que contém imposição de um dever ao donatário, o qual tem de cumpri-lo nas mãos do próprio doador, nas de certa pessoa, ou de alguém indeterminado. É uma obrigação que o donatário assume com o só fato de aceitá-la, e que lhe pode ser exigida e até sancionada com a revogação do benefício, como aponta Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições...*, 10. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000, vol. III, p. 158).

Do ponto de vista legal, a chamada doação com encargo modal, ou onerosa, (*donatione sub modo*), consoante dispõe o art. 1.180, do CC, é a incumbência cometida ao donatário pelo doador, em favor deste, de terceiro ou no interesse geral. Na justa síntese de Agostinho Alvim, é simples-

mente *obrigação* imposta ao gratificado, sem prejuízo do *animus donandi* (Agostinho Alvim. *Da doação*. São Paulo : RT, 1963. p. 240-241).

Por outro lado, as cláusulas restritivas de domínio, impostas eventualmente pelo doador, constituem-se em *limitação do poder* de dispor pois, consoante doutrina Carvalho Santos – especificamente no que nos diz respeito – "o que o Código denomina cláusula de inalienabilidade não é senão uma limitação de poder; não constitui *modus*" (J. M. de Carvalho Santos. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11 ed. São Paulo : Freitas Bastos, 1986. vol. XXIII. p. 320). A advertência nos vem de Pontes de Miranda: não se deve confundir *encargo* com *limitação de poder*, razão pela qual a maioria dos doutrinadores considera a doação com imposição de cláusulas simplesmente uma doação pura (por todos, Agostinho Alvim, op cit., n. 18, p. 239).

Segundo preleciona a esmagadora maioria dos doutrinadores, o *modus* ou *encargo*, representa um elemento acidental da manifestação de vontade, distinto das condições resolutivas ou suspensivas. Consiste em vínculo a cargo do onerado, manifestação de vontade anexa. Importante notar, com Pontes de Miranda, que incidem a seu respeito as regras jurídicas gerais sobre capacidade, forma e validade (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro : Borsoi, 1955, t. 5, p. 217).

De outra parte, as restrições de poder – como o são as cláusulas restritivas de alienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade – distinguindo-se da condição (falta-lhe suspensividade e resolutividade) e do *modus* (a cláusula atua contra a vontade do beneficiado) supera-as todas, numa original e peculiar natureza jurídica. Como assinala Pontes de Miranda "trata-se de fenômeno autônomo, à altura da condição como do *modus*, que precisa – depois do nome que lhe deu F. Regelsberger – ser estudado, sem as exóticas referências ao *modus* e à condição. Se fosse condição, seria condição que não suspende, nem resolve: condição que não é condição. O *modus* obriga, mas o não cumprimento só autoriza o pedido de perdas e danos. Tal não é o efeito das cláusulas. Se fosse *modus*, seria um *modus*, que é mais do que o *modus*, que não seria *modus*" (op. cit., t. LVII, p. 64).

Perfilando-se com a tese de Regelsberger, através da releitura de Pontes de Miranda, também Agostinho Alvim registra que as cláusulas restritivas apresentam a nota característica de limitação de poder, e não um encargo: "tais cláusulas não se consideram encargos, pois não são impostas em benefício do doador, nem de terceiro, nem da coletividade, sendo estas as três hipóteses da lei (CC, art. 1.180). Por isso mesmo, tais doações se consideram puras, para os efeitos daí decorrentes. Ainda que se considere a inalienabilidade e suas variações como ônus real, ainda assim não estamos diante de uma obrigação" (op. cit., p. 223 e 239, especialmente § 18).

Gostaria de concluir que a imposição de cláusula de inalienabilidade não pode ser considerada como encargo, pela simples razão de que não encerra qualquer obrigação. É restrição que favorece o próprio donatário. Aliás, é categórica a conclusão de Pontes de Miranda: "não há *modus* se o interesse no cumprimento é exclusivamente do donatário" (op. cit., t. XLVI, p. 206. Cfr. também, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso...*, 3. ed., São Paulo : Freitas Bastos, 1960, vol. III, p. 414, n. 288 passim. Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, *Derecho de obligaciones*, Barcelona : Bosch, 1966, vol. II, p. 228 passim. Os tratadistas alemães advertem que a "intenção dos doadores se dirige ao nascimento de uma obrigação efetivamente vinculante, e esta intenção não existirá, quase nunca, quando o cumprimento seja exclusivamente do interesse do donatário").

Jurisprudencialmente, a compreensão do exato sentido do encargo nessas espécies de doações foi atingida pelo Min. Sydney

Sanches, quando então Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, no AgIn 29.925-1, 2.ª Câm., assim ementado: "Doação. Encargo. Inexistência. Cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade e reserva de usufruto que não o constituem. Aceitação. Inteligência de artigo do CC. As cláusulas de inalienabilidade ou de impenhorabilidade de bens são simples limitação ou restrição de poder e o usufruto é restrição ao direto de propriedade, não constituindo encargos para fins de aceitação da doação" (*RT* 594/103).

Estabelecido que as cláusulas restritivas não podem ser consideradas encargos, mas tão-só limitação de poder, desnatura-se, destarte, a idéia da doação modal nos termos aqui propostos. Por uma razão muito simples: o negócio jurídico, não encerrando encargo qualquer, seria, no exemplo analisado, doação pura.

A doação, dirigida à obtenção de um determinado resultado, sem a anexa imposição de qualquer obrigação ao donatário, seria o caso de *nudum præcepetum*, simples conselho, recomendação, desarmado das sanções jurídicas do encargo. (Cfr. por todos Carmelo Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, Catania : N. Giannotta, 1909, p. 117, passim).

Mas, se deste ponto de vista não se poderia falar propriamente em encargo, *modus*, vamos verificar que, no caso de doação de numerário para aquisição do bem e, concomitantemente (*simultaneamente*, no mesmo ato notarial, na lição de Fioranelli) a imposição de cláusulas restritivas, exsurge então um novo elemento, dissociado do complexo que forma doação modal. Sob o ângulo dessa indispensável conexão – que na opinião de Agostinho Alvim é liame essencial que deve existir entre a doação e a obrigação imposta – observaremos que a dissociação que se identifica na imposição de cláusulas acarreta a desnaturação da doação modal. Assim é que, "se a restrição ou a obrigação for imposta em ato posterior, não haverá associação alguma, e sim dissociação; por isso mesmo, encargo não existirá, ainda que se lhe dê esse nome" (op. cit., p. 224). A mais típica das *determinações anexas*, na didática de Pontes de Miranda, é justamente o encargo ou *modus*, que se apõe ao lado de outra manifestação de vontade, classificada como principal.

A indispensabilidade dessa conexão, que num só momento une a doação à obrigação imposta é que permitiria a subsunção à regra do art. 1.180 do CC, o que se não verifica no caso presente.

Vejamos graficamente. É preciso distinguir as várias etapas que se sucedem na doação modal que eventualmente pode existir na entrega do numerário para aquisição de bem imóvel. Aproveitando-nos do exemplo oferecido, é razoável identificar-se os seguinte momentos: (a) doação do numerário; (b) imposição do encargo (adquirir determinado bem imóvel); (c) aquisição do bem imóvel e (d) imposição das cláusulas.

A conexão que existe entre o ato de liberalidade e a obrigação se aperfeiçoa, no máximo, na aquisição do bem imóvel. Esse o encargo. Esse o *modus*. Aqui a doação modal. É bastante razoável identificar o interesse do doador na aquisição do bem de raiz e não a dissipação dos recursos em outro qualquer emprego, ainda que lícito. Mas nem mesmo isso, muitas vezes, pode ser considerado uma doação modal, já que aqui se pode vislumbrar o que os autores antigos denominavam *modus simplex* (Carmelo Scuto, já citado). Neste caso, a inexecução da obrigação anexa não acarretaria, S.M.J., a rescisão nos termos do art. 1.180 do CC.

Se a doação modal, segundo a interpretação que me permito desenvolver, seria passível de se admitir – *cum granus salis* – não o é, entretanto, a imposição de cláusulas. É que se faz necessário verificar atentamente um aspecto crucial: cogitando-se de manifestação de vontade do beneficiado no adimplemento do encargo, incidindo aqui,

portanto, as regras jurídicas sobre validade do negócio jurídico anexo, patenteia-se a nulidade de imposição de cláusulas pelo próprio titular de domínio: é cediço que ninguém pode tornar inalienável bem de seu domínio. (Por todos, Ulpiano, op. cit., p. 175, n. 121; *RT* 200/374 e sentença de Gilberto Valente da Silva, *RDI* 6/158.)

Não passou despercebida aos olhos atentos do grande registrador paulista Elvino Silva Filho a vacilação jurisprudencial que está na origem da dissensão: "O assunto mereceu decisões divergentes do E. Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Em uma primeira decisão, entendeu-se não ser possível a vinculação do imóvel com a cláusula de inalienabilidade em uma escritura de compra e venda, em que o dinheiro para aquisição tivesse sido doado por terceiro, mesmo que comparecente na escritura de compra e venda. Posteriormente, o mesmo E. Conselho, integrado pelos mesmos Desembargadores, em decisão relativa ao mesmo assunto, apenas alterada a natureza da cláusula que passou a ser a de incomunicabilidade, modificou a sua orientação, entendendo ser essa espécie de doação uma doação modal" ("Efeitos da doação no registro de imóveis", *RDI* 19/20-19).

Os acórdãos a que se refere o registrador paulista são o AgPet 227.817, *DJ* 09.01.1974, rel. Des. José Carlos Ferreira de Oliveira e AgPet 237.990, rel. Des. Márcio Martins Ferreira, *Acórdãos do CSM*, biênio 1974/75, p. 122.

No primeiro deles, apreciando caso de doação de numerário para aquisição de bem imóvel, com concomitante instituição de usufruto e cláusulas, o C. Conselho deixou consignado que é impossível a instituição de vínculos em contrato de compra e venda. *Verbis*: "na verdade, o contrato contém cláusula de inalienabilidade, somente admissível quando imposta em testamento ou doação". A decisão mais recente (AgPet 237.990), enfrentando diretamente o problema, deixou consignado ser perfeitamente possível tal negócio jurídico, qualificado de doação modal. Esta última delas, trazendo excelente doutrina nacional e alienígena, tornou-se referência posterior.

Entre as duas manifestações pretorianas, expressão da cultura e inteligência jurídica daqueles que forjaram o que alguém qualificou de "Escola Paulista de Direito Registral", inclino-me francamente à primeira delas, no que pese a sua extrema concisão e síntese. E o faço com a devida vênia, pois o tema encerra reconhecidas dificuldades.

Em primeiro lugar, concordando com a afirmação preambular de que na doação modal o donatário é vinculado ao *modus*. Unicamente é de se salientar que a determinação vinculada à liberalidade se torna de fato nítida, no caso em comento, na consecução da aquisição do bem imóvel. O *modus* se consubstancia, adquire visibilidade e se concretiza, quando se identifica a conexão da aquisição do bem conforme a determinação anexa ao ato de liberalidade do doador. Quando não haja essa necessária conexão, que num só momento une a doação à obrigação imposta, não há encargo. A imposição de cláusulas, embora instrumentada no mesmo contrato notarial, é negócio jurídico que se alheia da doação modal, conforme salientado supra.

Depois, não se nega que se trata de típica doação modal o negócio jurídico consistente em liberalidade em pecúnia para ser empregada de maneira determinada. E os exemplos, citados no v. acórdão, recolhem-se fartamente na doutrina.

Mas o próprio Pontes de Miranda, advertindo-nos de que não há *modus* se o "interesse no cumprimento é exclusivamente do donatário", conforme já referido, reconhece que não é fácil a distinção. E conclui, "não há doação modal se o doador apenas exprimir conselho, ou sugestão, ou desejo, ou opinião" (op. cit., t. XLVI, p. 206, § 50).

Fundado na doutrina de Agostinho Alvim, o aresto aponta o exemplo de doa-

ção pecuniária para compra de uma fazenda, acrescentando, à guisa de explicação, que a espécie "não é em tudo idêntica à dos autos, porque aqui o *modus* ainda exige que o bem adquirido com o dinheiro seja clausulado de incomunicabilidade, *modus* que não beneficia somente a donatária, mas também a prole, porquanto com a cláusula é evitada a dilapidação do bem que refoge do patrimônio comum" (texto do referido AgPet 237.990, já citado).

Aqui se aninha, precisamente, a dificuldade referida por Pontes de Miranda, apontada ainda por Hedeman (*Tratado...*, vol. III, Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, p. 289, IV) quando salienta que a concepção jurídica do instituto cria certas dificuldades e que é, muitas vezes, difícil vincar os limites do simples desejo ou conselho do verdadeiro e próprio *modus*.

As conclusões do v. acórdão repousam no exemplo haurido da obra de Agostinho Alvim, que na parte assinalada tratava de circunscrever em elenco exaustivo os possíveis beneficiários dos encargos impostos na doação – o próprio doador, terceiros ou o *interesse geral*, na dicção restritiva do art. 1.180 do CC. Conclui, sem titubear, que além das três hipóteses consideradas no Código, "somente resta o caso de imposição visando a favorecer o próprio donatário. E pelo argumento de exclusão, conclui-se que unicamente neste último caso não lhe assiste obrigação de sujeitar-se ao que foi imposto". O emérito professor da Católica de São Paulo remata o raciocínio dizendo que "há, nessa hipótese, mero conselho, ou recomendação" ou ainda "mera exortação (...) como, por exemplo, dou-te tanto, para comprares uma fazenda". (O v. acórdão refere-se à 2.ª edição do conhecido livro do Prof. Agostinho Alvim, São Paulo, Saraiva, 1972, p. 246, na edição utilizada por mim, p. 236, item 14.)

Note-se que na hipótese apontada no v. aresto, como exemplo e referência, não se reconhece a doação modal. Ocorre, ali, o que os autores qualificam, na linguagem antiga, como sendo o *modus simplex*, ou seja, somente um conselho, desejo ou exortação, contraposto ao *modus qualificatus*, que é o autêntico encargo (Ludwig Enncerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, op. cit., p. 228, § 125). Sendo a doação feita exclusivamente no interesse do donatário, a fim de se obter tão-somente um resultado, sem imposição de uma obrigação, temos, eventualmente, o caso especial de *datio ob causam*, e não doação *sub modo*.

Mas é do texto da r. decisão que o encargo (*in casu* de imposição de cláusulas) beneficiaria a prole, "porquanto com a cláusula é evitada a dilapidação do bem que refoge do patrimônio comum". Mas, se tal ocorre, é em razão dos efeitos e não da causa. Fosse a intenção do doador proteger e beneficiar prole do donatário, teria à sua disposição – adquirindo o próprio imóvel – a figura do fideicomisso. Ademais, como bem observado por Agostinho Alvim, a inalienabilidade em tais casos não impediria que o donatário dispusesse livremente do bem por testamento (art. 1.723 do CC). Portanto, a imposição das cláusulas não pode ser considerada em benefício de terceiros, mas tão-somente em favor do próprio donatário.

Enfim, inclino-me inteiramente à orientação esposada pelo C. Conselho Superior da Magistratura de São Paulo no AgPet 227.817, em que foi relator o Des. José Carlos Ferreira de Oliveira, em tudo consentâneo com o decidido por Serpa Lopes. Peço vênia a Vossa Excelência e aos interessados para citar o professor longamente: "o que, antes de tudo, cumpre indagar é se a escritura de f., nos termos em que se acha concebida, facultava a cláusula de inalienabilidade que ali figura. O que se permite concluir da leitura do texto do instrumento aludido, é que o imóvel foi diretamente vendido às outorgadas. Assim sendo, não houve doação do imóvel, mas do dinheiro necessário à sua aquisição. Para que houvesse doação do imóvel, mister se fazia que este pertencesse aos doadores ou que estes

tivessem feito um contrato de compra e venda em favor das donatárias. Mas tal não se deu, conforme se verifica claramente da escritura de compra e venda. Uma comissão nela interveio para entregar o preço ao comprador, enquanto o contrato de compra e venda se estabeleceu diretamente entre as demais partes. Conseqüentemente, não tendo sido o objeto da doação o imóvel e sim o dinheiro, o dinheiro necessário à sua aquisição, a conclusão lógica é que nenhuma cláusula de inalienabilidade, nenhum ônus podia recair sobre o dito imóvel como efeito de uma doação que sobre ele não versou, de vez que, como bem ensinam Aubry et Rau: 'la defense d'aliener ne pourrait pas avoir pour objet d'autres biens que les biens donnés'" (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5. ed., 1919, XI, not. 32 bis, § 692, p. 191) (Miguel Maria de Serpa Lopes. *Tratado dos registros públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro : A Noite, 1950. vol. III. § 567. p. 396.).

Finalmente, a fim de ilustrar o debate aqui travado, socorro-me de recentes decisões da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

Decidindo caso concreto que versava sobre incomunicabilidade de bens pela regra do art. 269, I e II, do CC, o Juiz Francisco Eduardo Loureiro deixou consignado, de passagem, que "cumpre consignar, finalmente, a fim de evitar futuros problemas, que a observação consignada em ata de correição não guarda a menor contradição com o presente parecer. O que se determinou em correição é que a imposição de cláusulas voluntárias restritivas à transmissão imobiliária (impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade) fossem impostas somente no próprio ato da liberalidade (doação ou testamento). O que se não admitiu é que a imposição de cláusulas atingisse imóvel adquirido a título oneroso, por venda e compra, somente porque o dinheiro relativo ao preço tivesse sido doado em anterior oportunidade" (Proc. CG 431/96, de 26.02.1996, parecer aprovado pelo Des. Márcio Martins Bonilha, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo. Cfr. também, ApCiv 24.858-0/0, Araçatuba, *DJ* 26.01.1996).

A determinação consignada na ata de correição, referida pelo parecerista, foi vazada nos seguintes termos: "o registro n. 1 refere-se a aquisição de nua propriedade por venda e compra. Consta apenas que o numerário para a aquisição foi doado por terceira pessoa, que adquiriu o usufruto. Averbaram-se, porém, cláusulas restritivas com relação à nua propriedade. Incorreto o proceder, uma vez que o negócio jurídico de doação do dinheiro correspondente ao preço não se confunde com o negócio jurídico da aquisição onerosa da nua propriedade. As cláusulas restritivas não poderiam ter sido impostas" (Ata de correição geral ordinária de 26.05.1993, da Comarca de Araçatuba, SP). A registradora, por seu turno, sustentou a viabilidade de seu proceder baseada no escólio de Afrânio de Carvalho, Elvino Silva Filho, Ademar Fioranelli, Jersé Rodrigues da Silva, além dos precedentes jurisprudenciais aqui referidos.

Mais recentemente, o E. Conselho Superior da Magistratura de São Paulo deixou de apreciar um caso em tudo idêntico ao tratado neste procedimento. Não se conheceu do recurso por falta de capacidade postulatória. Mas o v. acórdão deixou antever que o enfoque do problema poderia ser reapreciado. Após o relatório, o Des. Antônio Carlos Alves Braga deixou consignado que "a hipótese é de negativa de registro de escritura pública de venda e compra acoplada à doação modal, vedando-se o acesso ao cadastro predial, em virtude de estipulação, no aludido ato, de cláusulas restritivas de inalienabilidade, e incomunicabilidade, o que descaracterizaria a natureza do negócio celebrado" (ApCiv 26.713-0/4, *DJ* 06.12.1995).

O próprio Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou sobre o tema: "veri-

fica-se dos termos da escritura referida, que os ali constantes como 'intervenientes doadores', não doaram o bem, mas, sim, o dinheiro equivalente ao seu preço, e, assim, estavam impossibilitados de gravar o imóvel com as cláusulas restritivas. Sabe-se que para que prevaleçam e produzam os seus efeitos, as restrições voluntárias ao direito de propriedade devem ser subordinadas a determinados requisitos: hão de provir de doação ou testamento e deverão constar de registro público (...). Ora, os intervenientes à escritura nunca possuíram aquele bem, que foi transmitido diretamente pelos vendedores ao comprador, e, como conseqüência, estavam impossibilitados de instituir as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, já que não o doaram ao apelante". As cláusulas foram canceladas por determinação judicial. (ApCiv 135.598-1, Barretos, 15.01.1991, rel. Leite Cintra).

Pecúnia clausulada?

A escritura apresentada traz em seu bojo dois negócios jurídicos nitidamente identificados e tipificados – de um lado a compra e venda, de outro a doação com imposição de cláusulas. Admitido esse discrímen, seria possível conceder que essa doação de numerário pudesse ser agravada com a imposição de cláusulas restritivas incidindo justamente sobre o numerário? Além disso, seria possível operar-se uma sub-rogação desses vínculos no bem imóvel adquirido? E mais, seria possível essa sub-rogação por ato extrajudicial?

Consente-se que a cláusula restritiva possa ser imposta gravando bem móvel – embora a restrição nesse caso seria inegavelmente uma extravagância. Porém, o dinheiro é bem fungível por excelência e neste caso seria mais do que uma extravagância. Na opinião do Prof. Alvim seria mesmo uma cláusula írrita. Nas suas palavras: "não repugna que tal cláusula figure na doação de um bem móvel, desde que ela conste do respectivo título". E continua: "não vejo por que fosse nula a cláusula, a não ser que recaísse em coisas fungíveis, e sobretudo consumíveis ou destinadas à alienação" (Agostinho Alvim, op. cit., p. 240-241).

Depois, é cediço que a sub-rogação pode ser deferida em certos casos estritos, quando demonstrada a sua necessidade. Mas igualmente certo é que deve ser sempre autorizada judicialmente (Orlando Gomes. *Sucessões*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 163-164. Clóvis Bevilácqua. *Código Civil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1933. vol. VI, p. 137, nota 1, *in fine*).

Por todas essas razões entendemos, S.M.J., que a doação de pecúnia para aquisição de bem imóvel, com imposição de cláusula de incomunicabilidade e impenhorabilidade não traduz doação modal nem permite que se viabilize o registro, dê-se-lhe o nome que se der. As cláusulas restritivas de domínio traduzem limitação do poder de dispor. Não constituem *modus*. Este, por sua vez, é obrigação imposta àquele em cujo proveito se constitui um direito nos atos de liberalidade. A restrição, favorecendo o próprio donatário não pode configurar encargo, não sendo razoável admiti-la como elemento da doação modal nem do negócio jurídico que, prescindindo do nome, apresente toda a sua tipologia básica.

Depois, se a restrição – ou a obrigação, no caso de se entender uma possível *donatio sub modus* – for imposta em ato posterior, não haverá associação alguma, e sim dissociação; não existirá encargo, ainda que se lhe dê esse nome.

Finalmente, o dinheiro não pode ser clausulado, segundo autorizada doutrina. Com muito mais razão não se sustenta a idéia de que pudesse ser concretizada uma sub-rogação extrajudicial de bens incomunicáveis e impenhoráveis.

Enfim, exposta a divergência doutrinária e jurisprudencial, o momento se faz propício e oportuno para que Vossa Excelência, sopesando os argumentos que se contradis-

tinguem, possa dar a melhor interpretação, firmando orientação para os casos que se repetem diuturnamente nos registros prediais da Comarca de São Paulo.

Essas as razões que estão impedindo o acesso do título ao registro.

São Paulo, 18 de setembro de 2000 – SÉRGIO JACOMINO, Registrador.

6.3.3.2 Sentença.

Processo 000.00.618758-7

Vistos etc.

O senhor 5.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, a pedido de Luiz Synésio Lopes de Oliveira, suscitou a presente dúvida aduzindo, em resumo, que apresentada escritura pública de compra e venda, tendo por objeto o imóvel matriculado na Serventia sob n. 67.616, negou acesso do título ao fólio em virtude de ter sido instrumentalizado compra e venda de bem imóvel, conjugada com doação de numerário para sua aquisição e conseqüente imposição de cláusulas restritivas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, sendo impossível no entender do senhor Oficial o registro, uma vez que os doadores não poderiam estabelecer cláusulas restritivas, por não serem proprietários já que as cláusulas somente podem ser estabelecidas nos atos graciosos ou de mera liberalidade, em benefício de terceiros.

Consta do título que o imóvel matriculado na Serventia sob n. 39.312 foi vendido por Representações Comerciais Tabapuã Ltda. a Maria Carolina Lopes de Oliveira, recebendo o preço avençado de Luiz Synésio Lopes de Oliveira e sua mulher Berenice de Melo Freire Lopes de Oliveira, genitores da adquirente, e que compareceram ao ato como intervenientes declarando que doaram o dinheiro para a aquisição e por aquele ato, determinavam que a aquisição em tela ficasse gravada com as cláusulas vitalícias de incomunicabilidade e impenhorabilidade, ficando assim gravado o imóvel por quem não é titular.

Expõe o senhor Oficial os fundamentos que servem para afastar a registrabilidade do título, trazendo doutrina e jurisprudência, revelando ter ciência de que o tema encerra reconhecidas dificuldades. Lembra decisões do E. Conselho Superior da Magistratura, admitindo que a decisão proferida no AgPet 237.990, deixou consignado ser perfeitamente possível tal negócio jurídico, qualificado de doação modal, tornando-se referência posterior.

A inicial veio acompanhada dos documentos de f.

Impugnação apresentada às f., sustentando a registrabilidade do título, que está de acordo com doutrina e jurisprudência, colacionando decisões desta Vara a respeito da matéria.

O Ministério Público, que se manifesta às f., opinando pela improcedência da dúvida.

É o relatório.

Decido.

Apresentada escritura pública que instrumentaliza doação de dinheiro e compra e venda de imóvel, com imposição de cláusulas restritivas vitalícias de impenhorabilidade e incomunicabilidade, incidentes sobre o imóvel adquirido por Maria Carolina Lopes de Oliveira, de Representações Comerciais Tabapuã Ltda., com numerário que lhe foi doado por seus genitores Luiz Synésio Lopes de Oliveira e Berenice de Melo Freire Lopes de Oliveira, negou o senhor 5.º Oficial de Registro de Imóveis acesso do título ao fólio.

Entende o senhor Oficial que não se trata de doação modal, porque, a imposição de cláusulas restritivas é limitação de poder de dispor e não encargo.

A questão agitada pelo senhor Oficial não é nova, como ele mesmo reconhece em suas razões quando assevera que: "o tema encerra, reconhecidas dificuldades".

Inegável o profundo conhecimento do Registrador suscitante a respeito do tema, revelado pelos argumentos expostos na inicial.

A matéria já mereceu debate profundo entre doutrinadores, que aliás é mencionado pelo senhor 5.º Oficial de Registro de Imóveis, e na jurisprudência várias decisões a respeito do tema existem, já tendo o E. Conselho Superior da Magistratura apreciado a questão, restando razoavelmente pacificado o tema, no sentido de ser possível o registro de título que contenha tal negócio jurídico, qualificado de doação modal.

Algumas foram as decisões a respeito da matéria proferidas nesta Vara de Registros Públicos, dentre estas merecer destaque as lançadas nos Processos de Dúvida 38/89 e 518/91, respectivamente pelos Drs. José Renato Nalini e Kioitsi Chicuta, quando aqui judicaram, em que as dúvidas foram julgadas improcedentes, que foram mencionadas pelo suscitado em sua ponderada impugnação.

Inclino-me pelo entendimento pretoriano que admite o acesso ao fólio de títulos que instrumentalizam negócio jurídico de doação de dinheiro para aquisição de imóvel, com imposição de cláusulas restritivas incidentes sobre o imóvel, por entender compatível com o sistema jurídico pátrio, espelhando a real vontade do contratantes, inexistindo qualquer vedação expressa na legislação que impeça a realização de tais ajustes e o conseqüente acesso ao registro imobiliário.

Vale aqui transcrever lição de Afrânio de Carvalho, lançada na famosa obra *Registros de imóveis*, 4. ed., Forense, p. 91, a que se reportou a digna Promotora de Justiça em sua manifestação opinando pela improcedência da dúvida, bem como o suscitado: "Além desse condicionamento, a compra e venda de imóveis recebe, por vezes, as cláusulas restritivas de inalienabilidade, comunicabilidade e impenhorabilidade, impostas pelos doadores de numerário utilizado no pagamento do preço, geralmente pais ou avós do adquirente, que para esse fim comparecem como intervenientes no ato da escritura. Há, nesse ato, uma doação modal acoplada com a compra e venda, pois o dinheiro é fornecido para que com ele seja feita a aquisição do imóvel clausulado, a qual, ao consumar-se, satisfaz ao *modus* incumbido ao donatário. Em vez de serem celebradas duas escrituras, com excesso de formalismo, celebra-se uma única, em que se reúnem a doação e a compra e venda, tendo o título plena validade para o registro".

A posição sustentada pelo Registrador decorre de exame extremamente rigoroso do tema, com exacerbado tecnicismo, que embora demonstre erudição e cultura jurídica, desatende ao interesse do cidadão, que tendo adotado solução já admitida pela jurisprudência, e que espelha de forma cristalina a sua real vontade, encontra dificuldade para o registro do título face ao interesse do Registrador em ver agitada a questão.

O senhor Registrador deixa evidente seu interesse em reabrir a discussão a respeito da matéria quando na inicial afirma: "Enfim, exposta a divergência doutrinária e jurisprudencial, o momento se faz propício e oportuno para que Vossa Excelência, sopesando os argumentos que se contradistinguem, possa dar a melhor interpretação, firmando orientação para os casos que se repetem diuturnamente nos registros da Comarca de São Paulo".

Salvo melhor juízo, a matéria é razoavelmente tranqüila na Comarca da Capital, havendo consenso entre os Registradores da Comarca, que vêm adotando os precedentes jurisprudenciais, no sentido de ser possível o registro de títulos que espelhem negócios jurídicos semelhantes ao aqui tratado, além do escólio de Afrânio de Carvalho, e trabalhos dos senhores Oficiais de Registro de Imóveis da Capital, Elvino Silva Filho, Ademar Fioranelli e Jersé Rodrigues da Silva.

Mesmo que não seja a melhor interpretação da divergência doutrinária e jurisprudencial e dos argumentos que se contradistinguem, o registro do título é possível, vis-

to inexistir qualquer ofensa a princípios registrários e legais, estando em consonância com o nosso sistema jurídico.

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, acolhendo as razões da Curadoria de Registros Públicos, bem como do suscitado, julgo improcedente a presente dúvida.

Transitada esta em julgado, cumpra-se o disposto no art. 203, II, da Lei de Registros Públicos, arquivando-se oportunamente os autos, observadas as cautelas de praxe.

P.R.I.

São Paulo, 1.º de fevereiro de 2001 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz de Direito.

CERTIDÃO – Ruth Mazzacoratti da Silva, Escrivã-Diretora do Cartório do Primeiro Ofício de Registros Públicos da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, na forma da lei etc.

Certifica, em cumprimente ao disposto no art. 203, II, da Lei de Registros Públicos que, revendo em Cartório a seu cargo os autos sob n. 000.00.618758-7, dúvida de registro de imóveis na qual figura como suscitante o 5.º Oficial de Registro de Imóveis e como suscitado Luiz Synésio Lopes de Oliveira e outro, distribuída a este Juízo e Cartório do 1.º Ofício de Registros Públicos em 05.10.2000, referente à prenotação n. 151.703, de 14.09.2000 deles verificou constar que a Dúvida foi julgada improcedente por sentença proferida em 1.º.02.2001, pelo Dr. Oscar José Bittencourt Couto, MM. Juiz de Direito, então em exercício na 1.ª Vara de Registros Públicos, com trânsito em julgado em 05.03.2001, conforme 5 (cinco) cópias reprográficas, autenticadas, numeradas e rubricadas que seguem anexo e ficam fazendo parte integrante da presente certidão. Nada mais. O referido é verdade e dá fé. São Paulo, 2 de abril de 2001. Eu, (José Marcelo Jursa), Escrevente, digitei. Eu, (Luis Gustavo Pereira Alves Maia), Escrevente-Chefe Substituto da Seção da Coordenadoria Permanente, conferi. E eu, (Ruth Mazzacoratti da Silva), Escrivã-Diretora, subscrevi, dou fé e assino.

RUTH MAZZACORATTI DA SILVA, Escrivã-Diretora, por ordem do MM. Juiz de Direito.

6.4

2.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO – CAPITAL

6.4.1 NOTARIAS. Retificação de escritura pública.

Ementa: Inadequada a via administrativa judicial para a retificação de erro na lavratura do ato notarial relativamente ao estado civil de uma das partes contratantes. Qualquer falha ou erro requer a lavratura de novo ato, com a participação das mesmas partes. Isto é, escritura pública só se retifica por meio de outra, não sendo dado ao Juiz substituir as partes na relação negocial. Indeferimento. Doutrina e jurisprudência.

Proc. CP 05/01-TN – j. 23.02.2001 – Juiz Márcio Martins Bonilha Filho.

Vistos.

Espedito Candido da Silva, qualificado nos autos, formula pedido de retificação de

escritura pública, lavrada perante o 23.º Tabelionato de Notas da Capital, sustentando que referido ato notarial contém dado incorreto, relativamente ao seu estado civil.

O requerente alega que jamais foi casado, ressalvando apenas ter estabelecido sociedade de fato, por mais de trinta e oito anos, com a Sra. Diamantina Fernandes, já falecida

A pretensão, inicialmente distribuída à r. 6.ª Vara Cível de Santo André, foi instruída com os documentos de f.

Após inúmeras diligências, sobreveio a redistribuição do feito para esta 2.ª Vara de Registros Públicos, tendo em vista a natureza do pedido (f.).

Vieram aos autos manifestação do representante do Ministério Público (f.) e do Tabelião (f.).

É o breve relatório.

Decido.

Cuida-se de pedido objetivando retificação de escritura pública, que conteria dado incorreto do interessado, cuja competência para julgamento do feito está mesmo afeta à Corregedoria Permanente da Capital, tendo em vista o local em que lavrado o ato notarial objeto da controvérsia.

Pese embora a dilação probatória ordenada pelo r. Juízo da Comarca de Santo André, forçoso é convir, na espécie, que o ato notarial que se pretende retificar já está aperfeiçoado e consumado, inexistindo possibilidade jurídica, no âmbito administrativo, para a alteração pretendida.

Não se deve perder de vista que escritura pública é ato notarial que reflete a vontade das partes na realização de negócio jurídico, observados os parâmetros fixados pela Lei e pelas Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, reproduzindo, portanto, exatamente aquilo que outorgantes e outorgados declararam ao Escrivão ou ao Escrevente.

No dizer do eminente Magistrado Ricardo Henry Marques Dip (Processos CG 112/86 e 115/86), "o notário exterioriza, nas escrituras, a representação dos fatos jurídicos (*lato sensu*). O fato histórico na escritura – ensina Carlos Pelosi – é o da outorga; o Tabelião somente reproduz a situação de fato que, no exercício das funções de notário, presencia ou apreende pela declaração dos outros, e é por isso que a autenticidade dos atos notariais abrange apenas a outorga, sem estender-se ao negócio jurídico, que fica desamparado da fé pública (*El documento notarial*, Buenos Aires, 1980, p. 125). Cabe ao Tabelião representar o fato presenciado ou apreendido, como redator fiducial, sem acrescentar elementos volitivos não colimados pelos comparecentes; o elemento essencial da outorga, como estádio do procedimento notarial, é o da prestação do consentimento pelos comparecentes (v. Pedro Avila Alvares, *Estudos de derecho notarial*, Madrid, 1982, p. 223 *et seq.*), com que se admite a conformidade da escritura representativa com o fato representado". E continua: "Não podem o Tabelião nem posteriormente o Estado, ressalvada a via jurisdicional própria (sem caráter retificatório, entretanto), intervir para alterar fato representado no assento notarial, por isso que essa pretendida interferência transporia os limites funcionais da atividade do notariado" (*Decisões...*, 1987, verbete 56).

É princípio assente que qualquer falha ou erro em escritura pública só pode ser emendado mediante a lavratura de novo ato, com a participação das mesmas partes outorgantes e outorgadas.

A retificação judicial da escritura pública é juridicamente inviável. O Tabelião ao lavrar o ato de venda e compra apenas reveste a manifestação de vontade das partes da forma prescrita em lei (arts. 134, II, e 145, III, ambos do CC).

A escritura pública só se retifica por meio de outra (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III/361; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 3/444; Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. VI/533; Sebastião Luiz Amorim

e José Celso de Mello Filho, "Aspectos da escritura pública", *RJTJSP* 45/13; Valmir Pontes, "Registro de imóvel", *RT* 456/124-125, ano 85, *RJTJSP* 103/231).

O desfecho desta pretensão retificatória do requerente não o deixa em situação incontornável para solução do seu problema fático, representado pela pendência registrária do título apresentado no 1.º Registro de Imóveis da Comarca de Santo André.

Afinal, aberta está a via jurisdicional para a tutela do interesse indevidamente manifestado na esfera administrativa.

Aliás, em diligência, o Tabelião apurou que o título já teria sido registrado (f.).

De qualquer forma, inviável a retificação. O óbice está em se dotar o notário, Registrador ou mesmo o Juiz Corregedor Permanente, como tal atuando no âmbito administrativo, de poder retificatório unilateral.

Nesse sentido, já se decidiu que: "permitir essas correções, ainda que indícios apontem no sentido da ausência de prejuízo potencial a terceiros, seria munir o agente administrativo de poderes que não dispõe, capazes de interferir com a manifestação da vontade da parte que já a deixou consignada formalmente no título causal" (*Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça*, RT, 1989, p. 242, n. 127).

Bem por isso, não se legitima o acolhimento da pretensão deduzida pelo peticionário.

Por conseguinte, rejeito o pedido formulado por Espedito Candido da Silva.

P.R.I.C.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2001 – MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO, Juiz de Direito.

6.4.2 REGISTRO CIVIL. Escritura pública de adoção entre avó e neto. Averbação no assentamento civil.

Ementa: Não há óbice legal a impedir a averbação de adoção simples prevista no art. 368 e seguintes do CC, com preservação do registro primitivo do adotando e alteração do nome. Ato que não representa alteração dos elementos do assento do nascimento, preservadas as relações de parentesco decorrentes da filiação biológica, bem como os direitos correlatos. Deferimento.

Protocolo 183/01 – RCPN do 17.º Subdistrito-Bela Vista – j. 03.04.2001 – Juiz Márcio Martins Bonilha Filho.

Vistos.

Cuida-se de pedido de averbação, lastreado em escritura de adoção, formulado pelo outorgado-adotado Fabio Venturelli Oliveira, figurando como outorgante-adotante sua avó, Rosa da Conceição Rego Venturelli.

O requerimento veio instruído com os documentos de f.

O representante do Ministério Público ofereceu manifestação, opinando pelo indeferimento do pedido (f.).

É o breve relatório.

Decido.

Versam os autos sobre requerimento de averbação de escritura de adoção junto ao Registro Civil das Pessoas Naturais do 17.º Subdistrito da Capital, referente a Fabio Venturelli Oliveira, o adotado, neto da adotante, Rosa da Conceição Rego Venturelli.

A pretensão formulada comporta acolhimento, dado que não incide, na espécie, óbice legal a impedir a averbação.

De início, verifica-se que a matéria diz respeito à adoção simples, prevista no art. 368 e seguintes do CC, cuja repercussão registrária, na hipótese de deferimento do pleito, implicará na preservação do registro primitivo do adotando Fabio Venturelli Oliveira, ressalvando-se apenas a averbação da adoção simples, com a alteração do nome.

A propósito do tema, destaco o estudo sobre a matéria, em parecer lavrado pelo

eminente Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça, Antonio Carlos Morais Pucci, nos autos do Proc. CG 148/98, abaixo transcrito:

"Prevalece na doutrina o entendimento de que passaram a coexistir, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, dois regimes de adoção, a saber: (a) o estatutário, aplicável se o adotado for criança ou adolescente, ou, se tiver idade entre dezoito anos e vinte e um anos, estiver sob a guarda ou a tutela dos adotantes, e (b) o do Código Civil que continua a regular a adoção de pessoa adulta, com idade de dezoito a vinte e um anos, se o adotado não estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes, ou maior de vinte e um anos (cf. Artur Marques da Silva Filho, *O regime jurídico da adoção estatutária*, RT, 1997, p. 12-13; Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2. ed., Malheiros, 1993, p. 31; Antonio Chaves, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, vários autores, 2. ed., Malheiros, 1996, p. 137; José de Farias Tavares, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, Forense, 1992, p. 40; Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, 2. ed., Saraiva, 1993, p. 55; J. Franklin Alves Felipe, *Adoção, guarda, investigação, paternidade e concubinato*, 8. ed., Forense, 1996, p. 76; Cury, Garrido & Marçura, *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*, RT, 1991, p. 29; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro – Direito de família*, 10. ed., Saraiva, 1995, p. 281; Silvio Rodrigues, *Direito civil – Direito de família*, Saraiva, 21. ed., 1995, p. 321).

Discutem, porém, os doutos se as normas constitucionais estabelecedoras da assistência à adoção, pelo Poder Público, na forma da lei (art. 227, § 5.º), e da igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6.º) aplicam-se apenas à adoção estatutária ou, também, à adoção regida pelo Código Civil.

Wilson Donizeti Liberati (op. cit., p. 31), José de Farias Tavares (op. cit., p. 40), Cury, Garrido & Marçura (op. cit., p. 29) entendem que permanece a adoção regida pelo Código Civil, restrita às hipóteses supra mencionadas, com seus efeitos modificados *ex vi* do art. 227, § 6.º, da CF.

Já Antonio Chaves ensina que: 'Pelo menos com relação aos menores, só pode ser considerado revogado o art. 336 do CC, restringindo a meramente civil, entre o adotante e o adotado, o parentesco estabelecido pela adoção' (op. cit., p. 140); Maria Helena Diniz, por seu turno, entende que: 'A adoção simples, ou restrita, é a concernente ao vínculo de filiação que se estabelece entre o adotante e o adotado, que pode ser pessoa maior (*RT* 628/229; *Ciência Jurídica*, 51/122) ou menor entre 18 e 21 anos (Lei 8.069/90, art. 2.º, par. ún.), mas tal posição de filho não será definitiva ou irrevogável. É regida pela Lei 3.133, de 08.05.1957, que atualizou sua regulamentação pelo Código Civil...' (op. cit., p. 282), e aponta entre os efeitos pessoais de tal adoção 'o estabelecimento de um vínculo legal de paternidade e filiação civil entre adotante e adotado, surgindo um parentesco civil entre ambos, não abrangendo os parentes do adotante...' (p. 286).

A E. Corregedoria-Geral de Justiça sobre tal questão já se posicionou, esposando o entendimento de que o art. 227, § 6.º, da CF não alcança as adoções de adulto, que continuam regidas pelo Código Civil. O eminente Magistrado Marcelo Fortes Barbosa Filho, em parecer lançado nos autos do Proc. CG 1.410/96 (590/96), aprovado pelo Exmo. Corregedor-Geral da Justiça, assim discorreu sobre a matéria: 'Com o advento do art. 39 da Lei 8.069/90 (ECA), a adoção simples, tal como prevista pelos arts. 368 *et seq.* do CC pátrio, teve seu âmbito de aplicação restrito, impossibilitada esta quanto aos menores de dezoito anos de idade. O ins-

tituto continua, no entanto, mantido em nosso ordenamento positivo, operando os mesmos efeitos originais, isentos da influência do disposto no § 6.º do art. 227, da Constituição da República, viabilizada sua utilização, por exclusão, quando o adotado ostentar idade superior a dezoito anos (Antonio Chaves, *Adoção*, Belo Horizonte : Del Rey, 1995, p. 102-103), como aliás, é o caso'.

A C. 1.ª Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça deste Estado, a propósito, julgando o AgIn 230.826-1, rel. Des. Roque Mesquita, já decidiu que: '... o art. 227 e seus parágrafos, da Constituição da República, têm por objetivo assegurar os direitos da criança e do adolescente, ou seja, de pessoas cuja idade varia desde o nascimento até os dezoito anos, no dizer do estatuto respectivo. Conseqüentemente, para os adultos vigoram as regras estabelecidas no Código Civil. É claro que o dispositivo constitucional é auto-aplicável mas ele não atinge os adultos, *data venia*'" (*JTJ* 163/92).

No caso em exame, o deferimento do pedido não terá o condão de estabelecer nova filiação entre o adotante e o adotado, na consideração de que não haverá inserção no assento de nascimento do adotado, alterando o parentesco biológico.

Configurou-se, na espécie, o preenchimento dos requisitos formais e legais a que se referem os arts. 368 a 370 do CC, para a consecução da adoção simples, em quadro de amplo consentimento do adotado, nascido em 25.10.1965.

A adotante, por outro lado, nasceu em 08.02.1915, existindo, destarte, diferença etária muito superior ao mínimo exigido em lei.

Portanto, presentes os requisitos do ato negocial questionado.

Resta a questão referente à possibilidade da adoção entre avó e neto.

Nesse particular, forçoso é reconhecer que o art. 42 da Lei 8.069/90 (ECA) é inaplicável ao caso, visto que as restrições mais amplas lá previstas não se estendem à adoção simples, disciplinada pelo Código Civil.

Frise-se que a natureza contratual do ato não induz à ruptura de todos os laços, conforme disposto no art. 378 do CC.

Na espécie, a adoção regulada pelo Código Civil não representa alteração dos elementos do assento de nascimento, visto que as relações de parentesco decorrentes da filiação biológica ficam preservadas, bem como os direitos correlatos.

Não há, portanto, óbice à averbação pleiteada, ante o preenchimento dos requisitos legais e a inexistência de impedimentos, certo que a matéria não dá margem à indagações de natureza subjetiva a respeito do aspecto subjacente do ato.

A propósito, em precedente jurisprudencial sobre o tema, o Pretório Excelso (RE 89.457-8, 2.ª T., rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 17.11.1981; *RT* 558/222), de modo indireto, admitiu a adoção entre avós e netos, assim como o E. Tribunal de Justiça de São Paulo (AgIn 230.826-1, 1.ª Câm. Civ., rel. Des. Roque Mesquita, j. 16.08.1994; *JTJ* 163/92), que de forma expressa sufragou a possibilidade da averbação.

Por conseguinte, defiro o pedido de averbação formulado pelo interessado Fabio Venturelli Oliveira, observando-se, para tanto, as diretrizes traçadas nos Processos CG 148/98, 1483/99 e 1778/99.

P.R.I.C.

São Paulo, 3 de abril de 2001 – MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO, Juiz de Direito.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Adoção – Escritura pública – Averbação no registro civil, 377

Afetação – Patrimônio de, 113, 128

Anagrafé e katagrafé – Sistemas de publicidade na Grécia, 271

Aqüestos, 186, 193

Assinatura – Conceito, 26

Assinatura digital – Vide: Firma digital

Autenticação de documentos, 87

B

Bens de uso comum do povo – Meio-ambiente, 246

Bens públicos – Inscrição registral – Matriculação, 81

Bens reservados – Mulher casada, 177

C

Cadastro – Lote, 72

Cancelamento de registro – Ineficácia – Cadeia dominial, 356

Casamento – Bens – Sub-rogação, 239
- Bens excluídos da comunhão, 233

Certidão eletrônica, 44

Cláusulas restritivas de domínio – Doação modal, 364

CND do INSS e Receita Federal, 348

Compra e venda, 53

Concubinato – Doação – Nulidade, 152
- História, 137
- Jurisprudência, 152
- Sociedade de fato – Pressupostos, 152

Condomínio – Comissão de representantes, 105

Consumidor – Incorporação imobiliária, 93

Continuidade – Fideicomisso, 346

Contratos – Autonomia da vontade, 95
- Boa-fé objetiva, 98
- Cláusulas gerais, 99
- Função social, 93
- Incorporação imobiliária, 102

Contratos de adesão – Incorporação imobiliária, 94

Cópia reprográfica do título – Inadmissibilidade, 346

Criptografia, 27
- Assimétrica, 27

Cybernotary, 39

D

Direito de propriedade – Proteção jurídica, 51

Direito real de uso, 253

Disponibilidade – Fideicomisso, 346

Doação – Concubinato – Nulidade, 152
- Ante união – União estável, 198
- Cônjuges – Incomunicabilidade, 198
- Modal – Cláusulas restritivas de domínio, 364
- União estável, 171

Documento eletrônico e firmas digitais, 11

Documentos – Autenticação notarial, 87

Domínio – Posse – Distinções, 207
- Restrição – Ônus social ambiental, 254

E

Escritura pública – Adoção – Averbação no registro civil, 377

- Eletrônica, 33
- Eletrônica – Requisitos, 34
- Retificação, 375

Especialidade subjetiva – Qualificação dos proprietários, 358
- Unitariedade da matrícula, 358

Execução – Fraude – Penhora – Registro, 338

F

Falência – Compromisso de compra e venda, 114

Favelas, 77

Fé pública, 87
- Registral, 51

Fiança – União estável, 170

Fideicomisso – Disponibilidade e continuidade, 346

Firma digital – Atividade notarial, 16
- Conceito, 27
- Diretiva União Européia, 16
- Documentos eletrônicos, 11

H

Habitação – Direito real de – União estável, 191, 192

Herança jacente – Usucapião, 334

Hipoteca – Instrumento particular – Lei 9.514/97, 345
- Penhora – Indivisibilidade da garantia real, 327

I

Imóvel registral, 72

Incorporação imobiliária, 92
- Ajuste preliminar – Averbação, 106
- CDC, 119
- Cláusula de arrependimento, 125
- Cláusulas gerais, 121
- Consumidor, 93
- Contratos de adesão, 94
- Falência do incorporador, 128
- Patrimônio de afetação – Segregação, 128
- Resilição, 125

Ineficácia – Cancelamento do registro – Cadeia dominial, 356

Instrumento notarial, 87
- Particular – Hipoteca – Lei 9.514/97, 345

K

Katagrafé e anagrafé – Sistemas de publicidade na Grécia, 271

Kudurrus – Vide: Publicidade imobiliária mesopotâmica.

L

Lote – Cadastro, 72

Loteamento – Proibição de alienação, 354

M

Matrícula – Bens públicos, 81
- Unitariedade – Especialização objetiva, 359

Meação – Defesa – Embargos, 236
- Mulher casada – Defesa, 325

Meio-ambiente – Bens de uso comum do povo, 246
- Restrições ambientais – Ônus reais, 254
- Sanção administrativa ambiental, 255

N

Notariado português – Reforma, 20

Notários – Autenticação de documentos, 87
- Internet – Segurança jurídica, 25
- Responsabilidade do Estado – Procuração falsa, 342
- Retificação de escritura pública, 375

– Serviços eletrônicos, 42

Numerus clausus – Concessão de uso – Não registrabilidade, 351

O

Obrigações *propter rem*, 254, 256

Ônus reais – Restrição ambiental, 254

Ônus social ambiental – Restrição ao domínio, 254

P

Pacto ante união, 188
– Regime de bens, 184
– Registrabilidade, 187
– União estável, 181

Parcelamento do solo urbano, 75
– Crime contra a administração pública, 315
– Matriculação de bens públicos, 81
– Proibição de alienação – Determinação judicial, 354
– Regularização pelo município, 322

Patrimônio de afetação, 113
– Incorporação imobiliária, 128

Penhora – Bens imóveis – Intimação do cônjuge, 339
– Fraude à execução – Terceiro adquirente – Boa-fé, 338
– Garantia real – Indivisibilidade, 327

Posse – Conceito, 207
– Domínio – Distinções, 207
– Exceção de domínio, 213
– Juízos petitório e possessório, 213

Propriedade – Função social, 74, 252

Publicidade imobiliária – Direito mesopotâmico, 278
– Grécia clássica, 261

Publicidade registral – Ilicitude urbanística, 83

Q

Qualificação registral – Atos urbanísticos, 83
– Título judicial, 346

R

Reconhecimento de firmas – Abolição, 88

Regime de bens, 229
– Comunhão parcial, 229
– Irrevogabilidade, 185, nota 19
– União estável, 184

Registrador – Qualificação – Atos urbanísticos, 83

Registro civil – Adoção – Escritura pública, 377

Registro de imóveis – Custos – Comparação, 64
– Funções, 109

Registros públicos – Serviços eletrônicos, 44

Responsabilidade do Estado por ato de notário, 342

Retificação de escritura pública, 375

Retificação de registro – Acréscimo de área, 332

S

Servidão de passagem – Imóveis de mesmo proprietário, 317

Sucessões – União estável, 191, 192, 194

T

Título – Cópia reprográfica, 346
– Judicial – Qualificação registral, 346

U

União estável, 136
– Alienação de bens imóveis, 169
– Aspectos patrimonias, 148
– Bens reservados, 177
– Direito real de habitação, 191, 192

– Doação – Consentimento, 171
– Doações ante união, 98
– Elementos, 144
– Fiança – Consentimento, 170
– Pacto ante união – Registrabilidade, 181
– Prazo para configuração, 138
– Regime da comunhão universal de bens, 192
– Regime da separação convencional ou legal, 193
– Regime de bens, 165, 179
– Regime de bens – Comunhão parcial, 189
– Regime de bens – Pacto ante união, 184
– Regime de bens dotal, 195
– Usufruto – Sucessões, 191, 194

Unitariedade da matrícula – Especialização objetiva, 358

Urbanismo – Ilicitude – Publicidade registral, 83
– Qualificação registral, 83

Uso – Concessão, 348
– Direito real de, 253

Usucapião – Herança jacente, 334

Usufruto – Sucessões – União estável, 191, 194

V

Vias públicas – Concessão de uso – Taxatividade dos fatos inscritíveis, 351

Normas de publicação para os autores

1. Os trabalhos para publicação nos periódicos editados pela Editora Revista dos Tribunais *deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local*. Uma vez publicados pela editora, também poderão sê-lo em outros lugares desde que citada a publicação original.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas, acompanhados de prova impressa dos mesmos. Recomendamos a utilização do processador de texto *Microsoft Word 97*. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato .RTF *(Rich Text Format)* que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.

3. Os trabalhos deverão ter entre 20 e 50 laudas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *email*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo : RT, 1999.

6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* do mesmo (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva ...

7. Deverão ser destacadas as palavras-chaves (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho. Vide exemplo:

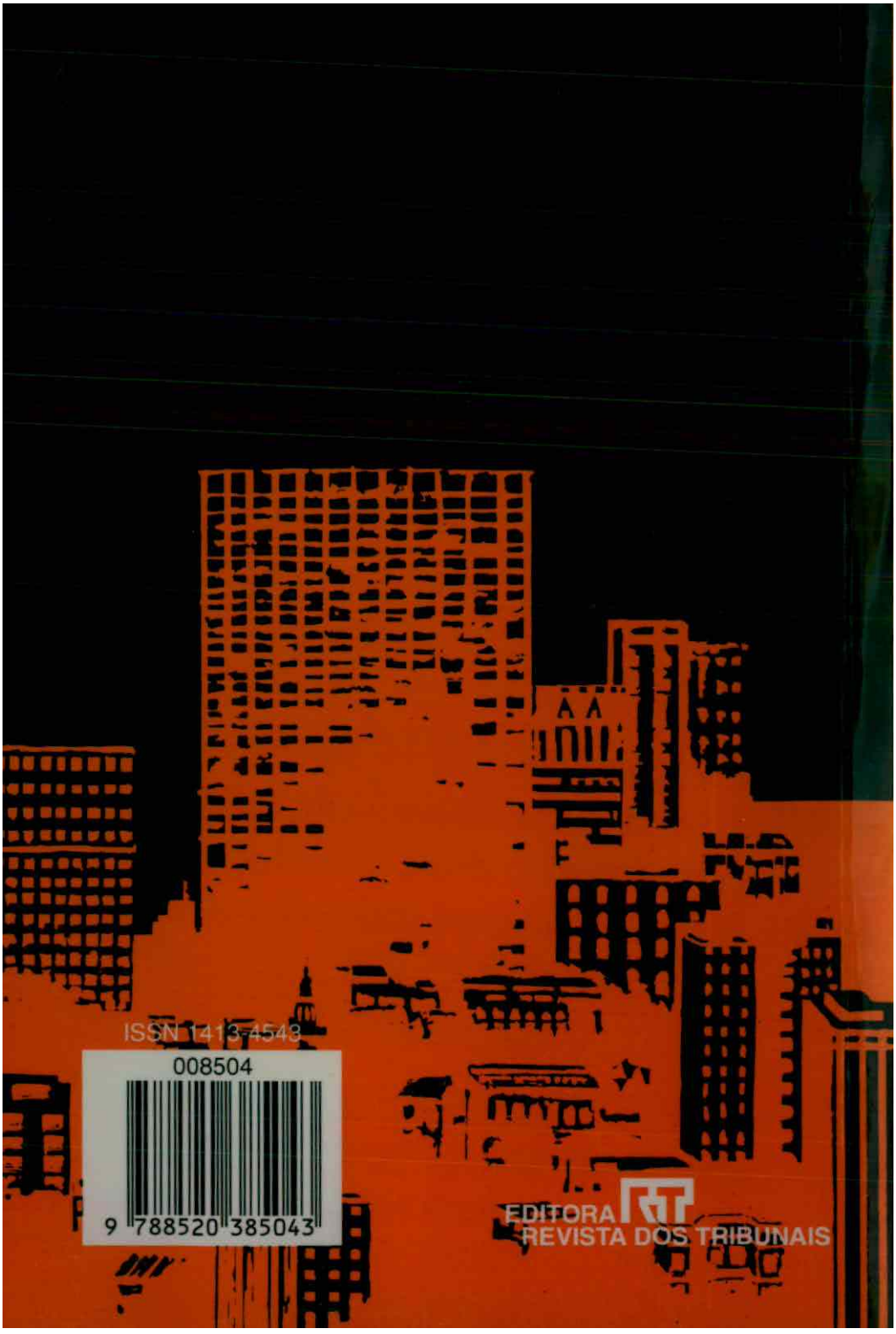
PALAVRAS-CHAVE: criminologia; criminalidade organizada; lavagem de dinheiro; deliqüência econômica etc.)

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos em nossas revistas, em qualquer tipo de mídia (papel, eletrônica etc.). O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da revista. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.



ISSN 1413-4543
008504
9 788520 385043

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS