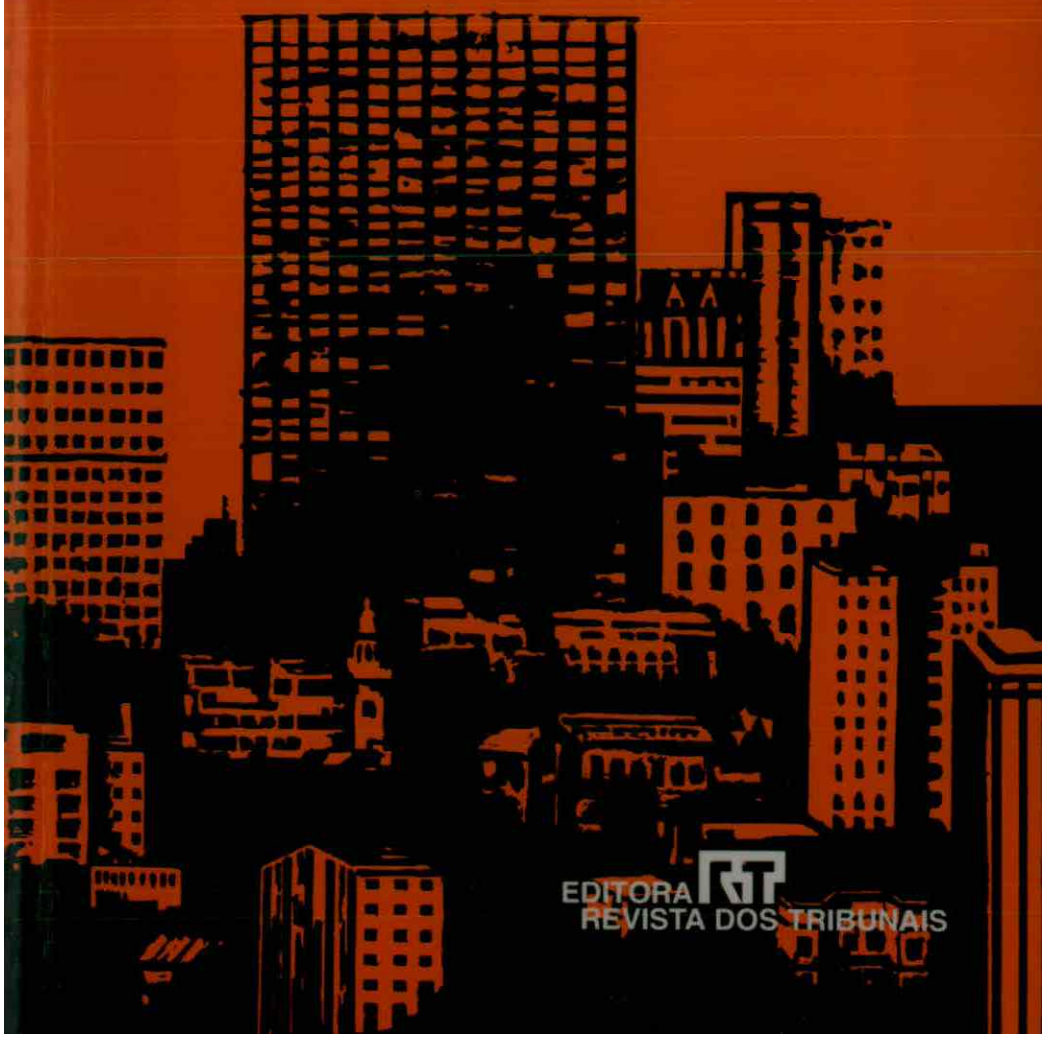
IRIB

REVISTA DE

DIREITO IMOBILIÁRIO

Nº 52 ANO 25 JANEIRO-JUNHO DE 2002



EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

IRIB

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

52

Ano 25 • janeiro-junho de 2002

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 25 • n. 52 • janeiro-junho de 2002

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
Coordenador de Revistas: LUIZ EDUARDO ALVES DE SIQUEIRA

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

Diagramação eletrônica e revisão: Microart Com. Editoração Eletrônica Ltda. - CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento: Editora Parma Ltda. - CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

COLABORADORES 7

APRESENTAÇÃO 9

1. SEMINÁRIO O ESTATUTO DA CIDADE

1.1 Plano Diretor Estatuto da Cidade – Instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza – RAQUEL ROLNIK 11

1.2 O que fazer com a cidade ilegal? – ERMINIA MARICATO 19

1.3 Estatuto da Cidade e condomínio especial – PAULO EDUARDO FUCCI 32

1.4 Estatuto da Cidade e improbidade administrativa – WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR 36

2. ESTUDOS

2.1 Do registro do protesto contra a alienação de bens móveis e imóveis – DÉCIO ANTÔNIO ERPEN 51

2.2 As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária – LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES 61

2.3 A tipicidade dos direitos reais – HENRIQUE FERRAZ CORRÊA DE MELLO 75

2.4 Os tabeliães e os registradores e a aposentadoria compulsória – HERMANN HOMEM DE C. ROENICK 136

2.5 Princípio da publicidade (mitigada) nos registros públicos – MIRIAM AZEVEDO HERNANDEZ PEREZ 148

2.6 Registro da penhora – Código de Processo Civil sofre alteração – Valorização do registro imobiliário na *reforma da reforma* – ADEMAR FIORANELLI, FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS e SÉRGIO JACOMINO 156

3. ESTUDOS NOTARIAIS

3.1 Atuação notarial em uma economia de mercado. A tutela do hipossuficiente – LEONARDO BRANDELLI 165

3.2 Função notarial criadora de direito – JOSÉ FLÁVIO BUENO FISCHER e KARIN REGINA RICK ROSA 209

3.3 Documento digital – Autenticação notarial ou ato de registro? – PAULO ROBERTO DE CARVALHO RÊGO 264

4. PARECERES

4.1 A aplicação da Lei 4.591/64 em relação à Lei de Registros Públicos e seus reflexos na tabela de custas aplicável aos serviços de registros imobiliários no Estado de São Paulo – WALTER CENEVIVA 279

5. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização: SÉRGIO JACOMINO

5.1 Superior Tribunal de Justiça

5.1.1 Separação judicial. Requerimento de inventário e partilha. Aquisição imobiliária posterior ao rompimento de fato da relação conjugal. Efeitos. Titulação de área de terras. Consideração, baseada em exame documental, de aquisição. Parcela – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR 293

5.1.2 Fraude à execução. Alienação na pendência de ação de cobrança. CPC, art. 593, II. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Embargos de terceiro. Procedência – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR 297

5.1.3 Usucapião. Aquisição do imóvel por contrato de promessa de compra e venda. Bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Aquisição por usucapião. Possibilidade. Precedentes. Recurso provido – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA 300

5.1.4 Execução. Cédula de crédito industrial. Citação dos garantes-hipotecários. Legitimidade. CPC, art. 585, III – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR 302

5.1.5 Retificação de registro. Regularização administrativa sem participação dos confrontantes. Anulação da ampliação por acórdão. Execução que alcança o que adquiriu área maior do que a registrada no Ofício Imobiliário. Limites subjetivos da coisa julgada – Min. ARI PARGENDLER 304

5.1.6 Compra e venda. Retrovenda. Simulação – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 307

5.1.7 Direito real de habitação. Viúvo que constitui nova família em união estável. Desocupação do imóvel. Alteração da causa de pedir, baseada no fato novo da mudança. Admissibilidade – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 309

5.1.8 Registro de imóveis. Arrematação do imóvel em praça. Impossibilidade de registro da carta de arrematação. Cabimento, enquanto houver a indisponibilidade judicial – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR 311

5.1.9 Compromisso de compra e venda quitado e não registrado. Incorporação imobiliária irregular. Hipoteca constituída pela construtora promitente. Vendedora sem a interveniência dos adqui-

rentes. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do CDC – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO 312

5.1.10 Execução fiscal. Penhora. Bem gravado com hipoteca. Cédula de crédito rural. Art. 69 do Dec.-lei 167/69. Possibilidade. Prevalência do crédito tributário – Min. JOSÉ DELGADO 316

5.1.11 Compromisso de compra e venda não registrado. Imóvel hipotecado ao Sistema Financeiro da Habitação. Penhora decorrente de execução movida contra a construtora – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR 321

6. JURISPRUDÊNCIA NOTARIAL E REGISTRAL

Seleção e organização: ADEMAR FIORANELLI

6.1 Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

6.1.1 Registro de imóveis. Dúvida inversa. Apresentação de cópias do requerimento e das certidões levadas a registro. Inaptidão para fins registrários de tais cópias. Usufruto vidual. Requerimento da viúva visando o registro nas matrículas relativas aos imóveis deixados pelo finado marido do direito ao usufruto previsto no art. 1.611, § 1.º, do CC – Corregedor LUÍS DE MACEDO 323

6.1.2 Registro de imóveis. Dúvida. Cópia de instrumento particular de cessão de quotas de sociedade comercial com caução de imóveis. Inaptidão de cópia de instrumento contratual para ingressar no fólio real – Corregedor LUÍS DE MACEDO 325

6.1.3 Usufruto. Aquisição da nua-propriedade pela mulher e usufruto pelo marido. Comunicação dos aqüestos em virtude do regime de separação legal – Corregedor LUÍS DE MACEDO 327

6.1.4 Ingresso de escritura de compra e venda. Comprovado o recolhimento do ITBI calculado em 2% sobre o valor venal total do imóvel. Nua-propriedade e usufruto alienados para pessoas diversas. Viabilidade – Corregedor LUÍS DE MACEDO 330

6.1.5 Registro de imóveis. Dúvida. Pedido de registro de "escritura pública de cessão de exercício de usufruto em anticrese" – Corregedor LUÍS DE MACEDO 332

6.2 Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo

6.2.1 Cancelamento de hipoteca. Incidência do disposto no art. 817 do CC. Perempção que se opera pelo simples decurso do prazo legal. Desnecessidade de ordem judicial para o cancelamento do registro da hipoteca – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria MARCELO FORTES BARBOSA FILHO 334

6.2.2 Condomínio especial. Emolumentos. Reclamação. Prévio registro da incorporação e de atos de alienação de frações ideais do terreno vinculadas às futuras unidades autônomas. Averbação,

posterior, da construção e registro da instituição do condomínio – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI 336

6.2.3 Condomínio horizontal precedido de incorporação. Emolumentos. Reclamação – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI 339

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

6.3.1 Alienação Fiduciária. Contrato de mútuo que tem como garantia a propriedade resolúvel – Juiz VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES 347

6.3.2 Registro de imóveis. Carta de sentença de adjudicação compulsória. Vedação do registro se não comprovada regularidade fiscal, ainda que previdenciária. Ausência de responsabilidade do notário ou registrador. Obrigatoriedade do registro – Juiz VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES 349

6.3.2.1 Dúvida inversa. Suscitação 349

6.3.2.2 Sentença 355

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

6.4.1 Propaganda indevida. Tabelionato de Notas que divulga folheto prometendo prática que é estranha as suas atribuições. Serviço que, embora privado, advém de delegação estatal. Observância do cumprimento da estrita legalidade – Juiz MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO 362

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 367

COLABORADORES

ADEMAR FIORANELLI

7.º Registrador Imobiliário de São Paulo.

DÉCIO ANTÔNIO ERPEN

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Conferencista em Direito Notarial e Registral.

ERMINIA MARICATO

Professora Titular da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação.

FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS

1.º Registrador Imobiliário de São Paulo.

HENRIQUE FERRAZ CORRÊA DE MELLO

Advogado em São Paulo.

HERMANN HOMEM DE C. ROENICK

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Professor universitário e da Escola Superior da Magistratura-Ajuris. Advogado.

JOSÉ FLÁVIO BUENO FISCHER

Notário na Comarca de Novo Hamburgo-RS.

KARIN REGINA RICK ROSA

Advogada especialista em Direito Processual Civil.

LEONARDO BRANDELLI

Notário. Mestrando em Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense.

MIRIAM AZEVEDO HERNANDEZ PEREZ

Advogada no Rio de Janeiro.

PAULO EDUARDO FUCCI

Advogado em São Paulo.

PAULO ROBERTO DE CARVALHO RÊGO

1.º Registrador de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de São Paulo.

RAQUEL ROLNIK

Urbanista. Professora do Mestrado em Urbanismo da FAU da Pontifícia Universidade Católica Campinas. Técnica do Instituto Polis. Ex-Diretora de Planejamento da Cidade de São Paulo (1989-1992).

SÉRGIO JACOMINO

5.º Registrador Imobiliário de São Paulo. Presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil.

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR

4.º Promotor da Cidadania da Capital. Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Univerisdade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília (Santos-SP) e do Curso de Direito Público da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

WALTER CENEVIVA

Advogado em São Paulo.

APRESENTAÇÃO

Apraz-me introduzir esta edição da *Revista de Direito Imobiliário* 52, que compreende o período de janeiro a julho de 2002.

Esta vem a ser a primeira edição desde que assumimos a Presidência do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, sufragados pelo voto dos registradores imobiliários de todo o Brasil.

Desde os primórdios da revista, no longínquo ano de 1978, venho acompanhando, com interesse técnico e profissional crescente, o curso desta publicação que se tornou, sem favor algum, porta-voz dos profissionais que atuam nos registros públicos imobiliários, além de fonte de pesquisa para todos os estudiosos e demais profissionais do Direito.

Tendo conseguido reunir toda a coleção – com a ajuda inestimável de alfarrabistas, já que há alguns números esgotaram – pude verificar que a *Revista* preenchia uma lacuna no mercado editorial brasileiro, mirando, desde então, o ambicioso projeto de refundar, em solo pátrio, uma base doutrinária consistente para o Registro de Imóveis.

Visto em perspectiva, observa-se que as milhares de páginas já publicadas enfrentaram o desafio com bastante êxito. A publicação colheu a reforma da Lei 6.015/73, que entrou em vigor justamente em 1976, assentando os fundamentos para a profunda transformação experimentada pelos registros públicos brasileiros nas últimas décadas, fato que é comprovado pela farta jurisprudência selecionada e publicada, em tudo conforme com a firme orientação doutrinária que se expandiu por essas mesmas páginas.

Contudo, as mudanças não param. As transformações seguem seu infinito ciclo. As atividades registrais e tabelioas também se renovaram. E a *Revista de Direito Imobiliário* deveria igualmente mudar.

E isso tem ocorrido, desde as novas propostas apresentadas na edição de 1996, pelo meu antecessor, o nobre registrador paulista Dr. Lincoln Bueno Alves.

Desde 1997, já na prestigiosa função de coordenador editorial desta *Revista*, até a presente data, ainda como editor das publicações do Irib, tenho buscado ampliar os nossos horizontes, estabelecendo convênios técnicos e científicos no Brasil e no exterior, articulando um diálogo com outras categorias profissionais e emprestando à publicação um caráter multidisciplinar, sem deslocar seu eixo fundamental; que é, e sempre foi, o direito privado.

Nesta edição damos seguimento à publicação dos textos apresentados no Seminário Estatuto da Cidade, realizado no Maksoud Plaza Hotel, em São Paulo-SP, nos dias 31 de outubro e 1 de novembro do ano passado, promovido pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil em parceria com o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SecoviSP.

Damos continuidade, também, ao diálogo com o importante segmento do notariado brasileiro, que ressurge com vigor pela doutrina de Leonardo Brandelli (SP) e José Flávio Bueno Fischer (RS).

Os notários brasileiros igualmente experimentam uma profunda transformação. Sua atividade é considerada, por todos os registradores brasileiros, essencial e indispensável para a sociedade brasileira, especialmente numa época de contratação em massa, em que os direitos dos consumidores, alçados à categoria de direitos constitucionais, reclamam uma tutela efetiva. Aliás, é esse o eixo dos excelentes textos que temos a honra de publicar.

Nesse contexto, a definição dos justos limites da atividade notarial é posta em cheque por um registrador de títulos e documentos, Dr. Paulo Roberto de Carvalho Rêgo, que põe em pauta a discussão sobre os documentos eletrônicos e sua eficácia probatória.

Os estudos, pareceres e jurisprudência que robustecem esta edição foram distribuídos nas respectivas seções, dando mais conforto para o leitor e mais clareza na distribuição das matérias.

Ultimando a revisão dos textos que preenchem esta publicação, na expectativa da chegada de minha pequena Helena, desejo a todos os nossos leitores grande proveito na leitura destas páginas, reafirmando meu compromisso editorial – e agora diretivo – de fortalecer a atividade notarial e registral brasileira, convencido de que os livros são os tijolos fundamentais de qualquer monumento.

Franca, inverno de 2002.

SÉRGIO JACOMINO
Presidente

1. SEMINÁRIO O ESTATUTO DA CIDADE

1.1

PLANO DIRETOR ESTATUTO DA CIDADE – Instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza

RAQUEL ROLNIK

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A articulação da política urbana municipal: o Plano Diretor – 3. Concepção tradicional dos planos diretores – 4. Concepção de Plano Diretor contida no Estatuto da Cidade – 5. Plano Diretor como base para aplicação do Estatuto – 6. Plano Diretor e participação cidadã.

1. Introdução

Depois de 11 anos de negociações e adiamentos, o Congresso Federal aprovou o Estatuto da Cidade, lei que regulamenta o capítulo de política urbana (arts. 182 e 183) da CF de 1988. Encarregada pela Constituição de definir o que significa cumprir a função social da cidade e da propriedade urbana, a nova lei delega essa tarefa para os municípios, oferecendo para as cidades um conjunto inovador de instrumentos de intervenção sobre seus territórios, além de uma nova concepção de planejamento e gestão urbanos.

As inovações contidas no Estatuto situam-se em três campos: um conjunto de novos instrumentos de natureza urbanística voltados para induzir – mais do que normatizar – as formas de uso e ocupação do solo, uma nova estratégia de gestão que incorpora a idéia de participação direta do cidadão em processos decisórios sobre o destino da cidade e a ampliação das possibilidades de regularização das posses urbanas, até hoje situadas na ambígua fronteira entre o legal e o ilegal.

No primeiro conjunto – dos novos instrumentos urbanísticos – a evidente interação entre a regulação urbana e a lógica de formação de preços no mercado imobiliário é enfrentada por meio de dispositivos que procuram coibir a retenção especulativa de terrenos e de instrumentos que consagram a separação entre direito de propriedade e potencial construtivo dos terrenos atribuído pela legislação urbana. A partir de agora, áreas vazias ou subutilizadas situadas em zonas dotadas de infra-estrutura estão sujeitas ao pagamento de IPTU progressivo no tempo e à edificação e parcelamento compulsórios, de acordo com as destinação prevista para a região pelo Plano Diretor. A adoção deste instrumento pode representar uma luz no fim do túnel para as cidades que em vão tentam enfrentar a expansão

horizontal ilimitada, avançando vorazmente sobre áreas frágeis ou de preservação ambiental, o que caracteriza nosso urbanismo selvagem e de alto risco. Que cidade média ou grande de nosso país não tem uma ocupação precocemente estendida, levando os governos a uma necessidade absurda de investimentos em ampliação de redes de infra-estrutura – pavimentação, saneamento, iluminação, transporte – e, principalmente, condenando partes consideráveis da população a viver em situação de permanente precariedade? Que cidade média ou grande de nosso país não é obrigada a transportar cotidianamente a maior parte da população para os locais onde se concentram os empregos e as oportunidades de consumo e de desenvolvimento humano, desperdiçando inutilmente energia e tempo?

Ainda no campo dos instrumentos urbanísticos, o Estatuto consagra a idéia do Solo Criado, por meio da institucionalização do Direito de Superfície e da Outorga Onerosa do Direito de Construir. A idéia é muito simples: se as potencialidades dos diferentes terrenos urbanos devem ser distintas em função da política urbana (áreas que em função da infra-estrutura instalada devem ser adensadas, áreas que não podem ser intensamente ocupadas por apresentarem alto potencial de risco – de desabamento ou alagamento, por exemplo), não é justo que os proprietários sejam penalizados – ou beneficiados – individualmente por esta condição, que independeu totalmente de sua ação sobre o terreno. Dessa forma, separa-se um direito básico, que todos lotes urbanos devem possuir, dos potenciais definidos pela política urbana.

Vozes críticas em relação a esses novos dispositivos tentaram, durante o longo processo de tramitação, caracterizar esses instrumentos como "mais um imposto" ou "confisco de um direito privado". Esse discurso procura inverter o que realmente ocorre em nossas cidades – a apropriação privada (e na mão de poucos) da valorização imobiliária decorrente dos investimentos públicos e coletivos, pagos pelos impostos de todos... Além de configurar um confisco, esse mecanismo perverso é de tal forma alimentado pela desigualdade de condições urbanas que caracteriza as nossas cidades, que acaba sendo responsável também por instaurar um urbanismo condenado a um modelo excludente: as poucas áreas que concentram as qualidades de uma cidade bem desenhada e equipada são destinadas para os segmentos de maior renda. Para os mais pobres, em nosso país as maiorias, resta a ocupação das franjas, das áreas longínquas ou pouco aptas para urbanizar, como as encostas de morros, as beiras de córrego, os mangues. Dessa forma, uma poderosa máquina de exclusão territorial é posta em operação, monstro que transforma urbanismo em produto imobiliário, negando à maior parte dos cidadãos o direito a um grau básico de urbanidade.

Mas não reside apenas na regulamentação desse conjunto de instrumentos a importância do Estatuto da Cidade. Na verdade, pela primeira vez em nossa história, temos uma regulação federal para a política urbana que se pratica no país, definindo uma concepção de intervenção no território que se afasta da ficção tecnocrática dos velhos Planos Diretores de Desenvolvimento Integrado, que tudo prometiam (e nenhum instrumento possuíam para induzir a implementação do modelo idealizado proposto!).

2. A articulação da política urbana municipal: o Plano Diretor

A Constituição de 1988 define como obrigatórios os planos diretores para cidades com população acima de 20.000 habitantes. O Estatuto da Cidade reafirma essa diretriz, estabelecendo o Plano Diretor como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (arts. 39 e 40). Conforme estabelece o Estatuto, a partir de agora o Plano Diretor é instrumento obrigatório para municípios com população acima de 20.000 habitantes; para aqueles situados em regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas; para aqueles que se situem em áreas de interesse turístico; ou para aqueles situados em áreas sob influência de empreendimentos de grande impacto ambiental. Municípios que não se incluem em qualquer dessas categorias precisam dispor obrigatoriamente de um Plano Diretor se o poder público pretende aplicar os instrumentos previstos no capítulo de Reforma Urbana da Constituição de 1988.

3. Concepção tradicional dos planos diretores

A legislação anteriormente disponível quase sempre se restringia a um caráter normativo, definindo as utilizações que *poderiam* ou *não poderiam* ser aplicadas a cada região da cidade.

A maior parte dos planos reconhece a maneira como a cidade é ocupada de fato e transforma essa situação em lei. Por exemplo, uma região onde se instalaram casas de alto padrão tende a corresponder a uma zona onde os usos e os coeficientes de aproveitamento são restritos; zonas centrais onde as atividades comerciais já caracterizavam o espaço tendem a corresponder a zonas comerciais, com índices de ocupação mais intensa, permitindo a verticalização; assim por diante. Esse tipo de abordagem da lei – recorrente em todo o Brasil em quase todas as cidades onde a regulação urbanística é presente e expressada nas conhecidas Leis de Zoneamento – significa apenas uma cartografia dos mercados já operando e existentes no espaço urbano, sem discutir se realmente essa é a melhor forma de uma cidade crescer.

A partir do mapeamento das ocupações existentes, o zoneamento tradicional define os usos e as formas de ocupação permitidos e os índices considerados satisfatórios para cada zona – coeficientes de aproveitamento, taxas de ocupação, recuos etc.

Esse modo de operação da legislação urbanística, que declara aquilo que é permitido ou proibido para cada região da cidade, na verdade, é um instrumento que dá ao mercado um grande poder, porque fica a seu critério – que é evidentemente orientado para a obtenção das maiores rentabilidades e lucros com a terra e a edificação urbana – usar ou não usar as oportunidades que a lei oferece. O crescimento da cidade, portanto, fica totalmente dependente da ação do mercado.

Além disso, essa maneira de operar a regulação urbanística não possui vínculos com a dinâmica de grande parte do mercado real. A população de baixa renda

constrói seu *habitat* de forma muito distinta das lógicas, tempos e formas de investimento contemplados na legislação urbanística. Essa parcela da população – que em muitas cidades é a maioria – é condenada então a instalar suas atividades de moradia, comércio e serviços de maneira ilegal. A ilegalidade dos assentamentos não é apenas expressão da desigualdade, ela também significa seu aprofundamento, pois a irregularidade urbanística provoca impedimentos à chegada de infra-estrutura, como as redes de água, luz e esgoto, de equipamentos, como escolas e postos de saúde, de serviços, como a coleta de lixo. As ruas desenhadas a partir da ocupação de fato impedem o escoamento adequado das águas, provocando enchentes, enxurradas e erosão. Do ponto de vista da arquitetura, essa ocupação irregular traduz-se quase sempre em edifícios mal iluminados, insalubres e sob permanentes riscos de várias ordens.

Como o zoneamento tradicional concentra-se apenas na regulação das partes ricas e salubres da cidade, sua aplicação na cidade real acaba por provocar distorções também do ponto de vista da distribuição do território para as diferentes parcelas da sociedade. Normalmente, ocorre uma superoferta de terras para os mais ricos, desconsiderando que a maior parte do mercado de habitação não será capaz de ocupar os territórios regulados. Esse descompasso entre o tamanho dos mercados e a oferta de terras para os diferentes segmentos provoca situações absurdas como as que existem em algumas grandes cidades, onde os bairros mais densos são justamente partes da periferia ilegal, onde os mais pobres precisam obter a maior rentabilidade possível dos lotes. Enquanto isso, as áreas mais centrais e providas de infra-estrutura apresentam densidades muito mais baixas e terrenos vazios à espera de oportunidades de valorização.

4. Concepção de Plano Diretor contida no Estatuto da Cidade

O Estatuto de Cidade permite uma ruptura com as práticas tradicionais de planejamento e regulação urbanística, propondo uma ação pública de *indução*, isto é, o poder público não apenas define o que seria desejável acontecer em cada pedaço da cidade, mas também adota um conjunto de instrumentos para fazer com que isso realmente aconteça, interagindo com o mercado e intervindo diretamente em seus mecanismos.

Um pressuposto para essa intervenção é reconhecer que a maior demanda por localização vem de segmentos de mercado com muito pouca capacidade de investimento, sobretudo porque a terra e os imóveis são bens de alto valor. É preciso também que se compreenda o funcionamento global dos mecanismos de crescimento da cidade: a pressão da demanda de baixa renda, se não atendida no interior das áreas melhor dotadas de infra-estrutura e equipamentos, portanto mais aptas para a ocupação, vai gerar a ocupação de terrenos impróprios, em periferias longínquas ou em regiões ambientalmente frágeis – beiras de córregos, morros, mangues, áreas de mananciais. A intervenção indutiva no mercado, ampliando a oferta para as camadas de menor renda, vai portanto muito além da simples provisão de habitação de interesse social. É fundamental para garantir a sustentabili-

dade ambiental e o uso adequado dos investimentos já realizados – com recursos públicos – no espaço da cidade.

5. Plano Diretor como base para aplicação do Estatuto

A base para a aplicação de todos os instrumentos do Estatuto da Cidade é o *projeto de cidade* que se produzirá no nível municipal – projeto que deve estar explicitado no Plano Diretor.

Pelo texto da Constituição de 1988, o Plano Diretor é o instrumento básico da política municipal de desenvolvimento urbano (art. 182, § 4.º). Cabe ao Plano Diretor cumprir a premissa constitucional da garantia da *função social da cidade e da propriedade urbana*. Ou seja, é justamente o Plano Diretor o instrumento legal que vai definir, no nível municipal, os limites, as faculdades e as obrigações que envolvem a propriedade urbana. Tem, portanto, uma importância imensa.

O Plano Diretor deverá explicitar de forma clara qual o objetivo da política urbana. Deve partir de um amplo processo de leitura da realidade local, envolvendo os mais variados setores da sociedade. A partir disso, vai estabelecer o destino específico que se quer dar às diferentes regiões do município, embasando os objetivos e as estratégias. A cartografia dessas diretrizes corresponde a um *macrozoneamento*, ou seja, a divisão do território em unidades territoriais que expressem o destino que o município pretende dar às diferentes áreas da cidade.

O macrozoneamento estabelece um referencial espacial para o uso e ocupação do solo na cidade, em concordância com as estratégias de política urbana. Define inicialmente grandes áreas de ocupação: zona rural (por exemplo, para produção de alimentos, exploração de minérios, produção de madeira) e zona urbana (residências, indústrias, comércio e serviços, equipamentos públicos). Dessa maneira, circunscreve-se o perímetro urbano, ou seja, a área em cujo interior valem as regras da política urbana.

A partir da definição do perímetro urbano, o macrozoneamento define, ainda em grandes áreas de interesse de uso, as zonas onde se pretende incentivar, coibir ou qualificar a ocupação. Essa definição deve ser feita partindo do princípio da *compatibilidade* entre a capacidade da infra-estrutura instalada, as condições do meio físico, as necessidades de preservação ambiental e de patrimônio histórico e as características de uso e ocupação existentes. De uma forma geral, deve-se obedecer a um princípio genérico: as áreas mais centrais e providas de infra-estrutura devem ser aquelas onde a densidade demográfica deve ser mais alta. É a partir das estratégias explicitadas no macrozoneamento que os instrumentos de indução contidos no Estatuto (Edificação e Parcelamento compulsórios, IPTU progressivo no tempo, outorga onerosa do direito de construir, transferência de potencial construtivo, operações urbanas consorciadas, direito de preempção) devem ser aplicados.

Mas o macrozoneamento não se restringe à atribuição de densidades demográficas satisfatórias: ele pode qualificar os usos que se pretende induzir ou

restringir em cada macrorregião. Pode indicar, por exemplo, as regiões de esvaziamento populacional que se quer repovoar; as regiões com infra-estrutura completa e altos índices de vazios urbanos a serem adensadas; as regiões de interesse ambiental ou paisagístico a serem preservadas.

O ideal é que o macrozoneamento produza um conjunto claro e altamente legível de regras fundamentais que orientarão o desenvolvimento da cidade. Por exemplo, pode definir que a urbanização não ultrapasse determinada cota, que determinadas partes da cidade devam ser adensadas, que se promovam usos mistos nas regiões-dormitório. Essas grandes diretrizes servirão de base para a aplicação dos instrumentos da política urbana.

6. Plano Diretor e participação cidadã

A definição desse conjunto de diretrizes e instrumentos tradicionalmente era feita como se se tratasse de um processo puramente técnico, produzido em gabinete e muitas vezes encomendado para escritórios especializados, sem qualquer vínculo com os atores reais e os processos reais de disputa pelo território da cidade. O plano, quando aprovado pela Câmara, era então engavetado, enquanto a gestão tratava de se relacionar diretamente com esses interesses reais. A concepção presente de Plano Diretor no Estatuto é diametralmente oposta a esta: trata-se de um processo público de discussão e negociação na cidade sobre seu destino, envolvendo os atores econômicos, sociais e políticos reais.

Assim, mais do que um documento técnico, normalmente hermético ou genérico, distante dos conflitos reais que caracterizam a cidade, o Plano é um espaço de debate dos cidadãos e de definição de opções, conscientes e negociadas, por uma estratégia de intervenção no território. Não se trata aqui da tradicional fase de "consultas" que os planos diretores costumam fazer – a seus interlocutores preferenciais, "clientes" dos planos e leis de zoneamento, que dominam sua linguagem e simbolização. O desafio lançado pelo Estatuto incorpora o que existe de mais vivo e vibrante no desenvolvimento de nossa democracia – a participação direta (e universal) dos cidadãos nos processos decisórios. Audiências públicas, plebiscitos, referendos, além da obrigatoriedade de implementação de orçamentos participativos, são assim mencionados como instrumentos que os municípios devem utilizar para ouvir, diretamente, os cidadãos em momentos de tomada de decisão sobre sua intervenção sobre o território

Ainda no campo da ampliação do espaço da cidadania no processo de tomada de decisões sobre o destino urbanístico da cidade, o Estatuto da Cidade prevê o Estudo do Impacto de Vizinhança para empreendimentos que a lei municipal considerar como promotores de mudanças significativas no perfil da região onde se instalar e inclui a obrigatoriedade de controle direto, por representação da sociedade civil, das Operações Urbanas.

Operações Urbanas, de acordo com o Estatuto, são definições específicas para uma certa área da cidade que se quer transformar que prevêem um uso e uma

ocupação distintos das regras gerais que incidem sobre a cidade e que podem ser implantados com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores privados. O Estatuto da Cidade admite a possibilidade de que essas operações ocorram, entretanto exige que em cada lei municipal que aprovar uma operação como esta deva ser incluído obrigatoriamente: o programa e o projeto básicos para a área, o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação e o estudo de impacto de vizinhança. Com essas medidas se procura evitar que as operações sejam somente "liberações" de índices construtivos para atender a interesses particulares ou simples operações de valorização imobiliária que impliquem expulsão de atividades e moradores de menor renda.

O terceiro conjunto de instrumentos trata da regularização fundiária de área ocupadas – e não tituladas – da cidade. Os números não são precisos, porém podemos afirmar que mais da metade de nossas cidades é constituída por assentamentos irregulares, ilegais ou clandestinos, que contrariam de alguma maneira as formas legais de urbanização. Uma parte significativa desses assentamentos é composta por posses de propriedades públicas ou privadas abandonadas ou não utilizadas. Desde os anos 70, os municípios vêm investindo nas chamadas favelas, reconhecendo sua existência como parte da cidade. Entretanto, embora a urbanização das favelas venha sendo defendida e praticada há décadas, a titularidade definitiva dessas áreas para seus verdadeiros moradores vem esbarrando em processos judiciais intermináveis e enormes dificuldades de registro junto aos cartórios. Para enfrentar essa questão, o Estatuto aprovado no Congresso previa o usucapião (inclusive coletivo) para regularizar posses em terrenos privados e a concessão do direito real de uso para imóveis públicos ocupados por posseiros. Tanto o usucapião como a concessão só se aplicariam para imóveis até 250 metros quadrados, que são a única moradia do ocupante, que se encontra na terra há mais de 5 anos, sem contestação por parte do proprietário legal. Infelizmente, o Presidente, ao sancionar a lei, vetou todos os artigos referentes à concessão, permanecendo apenas o usucapião. Isso quer dizer que as ocupações de imóveis públicos – que são na verdade a maior parte das terras onde se encontram as favelas em nossa cidades – ainda não estão sendo tratadas por lei federal.[1] É lamentável que esses artigos tenham sido vetados, já que sabemos que, embora nada impeça que as prefeituras façam a concessão de terrenos de sua propriedade, as cidades urbanizam, mas não conseguem regularizar a propriedade de bairros inteiros que estão assentados sobre terras pertencentes a entes estaduais ou federais. Neste ponto, as críticas, temores ou justificativas que fundamentaram as posições contrárias à permanência da Concessão no Estatuto se apoiaram em um discurso ambientalista para defender uma possível tomada massiva de áreas frágeis ou de preservação ambiental de propriedade de entes públicos. Ora, se os imóveis, públicos ou privados, têm outra destinação

(1) V. MedProv 2.200/2001 (N.E.)

(inclusive permanecer vazios para fins de preservação ambiental), seus proprietários podem solicitar a reintegração e as áreas passam a não ser mais passíveis de usucapião ou concessão...

Muitas cidades no Brasil não esperaram o Estatuto para aplicar – com êxito – essas inovações. Um Movimento Nacional pela Reforma Urbana, que desde a Constituinte vem lutando pela aprovação do Estatuto, tem também atuado em nível local para romper o cinismo dominante na política urbana que se pratica no país, que de um lado reitera nos planos e leis uma regulação urbanística excludente e de outro negocia, na administração do dia-a-dia, com os interesses pontuais e corporativos por meio de práticas clientelistas e de compra de votos. O Estatuto abre uma nova possibilidade de prática, apresentando uma nova concepção de planejamento urbano, mas depende fundamentalmente do uso que dele fizerem as cidades. Boa parte dos instrumentos, sobretudo urbanísticos, depende dos Planos Diretores; outros, de legislação municipal específica que aplique o dispositivo na cidade. Os cidadãos têm, entretanto, o direito e o dever de exigir que seus governantes encarem o desafio de intervir, concretamente, sobre o território, na perspectiva de construir cidades mais justas e belas.

1. SEMINÁRIO O ESTATUTO DA CIDADE

1.2

O QUE FAZER COM A CIDADE ILEGAL?

ERMINIA MARICATO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O universo urbano ilegal – 3. Ausência de políticas públicas para incluir e legalizar moradias irregulares – 4. O que fazer com a cidade ilegal? – 5. Regularização fundiária de favelas e loteamentos – 6. As contribuições do Estatuto da Cidade – 7. A MedProv 2.220 e a concessão de uso especial – 8. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

Na década de 40, com 31% da população urbana do Brasil, as cidades eram vistas como o lado moderno e avançado de um país predominantemente agrário e atrasado. Entre 1940 a 1980 o PIB brasileiro cresceu a 7% ao ano, aumento excepcional sob qualquer ponto de vista, acompanhado de urbanização e industrialização do país. Esse processo parecia representar um caminho para a independência de séculos de dominação da produção agrário-exportadora e de mando coronelista.

No início do século XXI, 82% da população do país é urbana. A imagem das cidades, especialmente das metrópoles, contrasta com aquela de sessenta anos antes: violência, enchentes, poluição do ar, poluição das águas, favelas, desmoronamentos, infância abandonada, entre outros. Em nove metrópoles brasileiras moram 50 milhões de pessoas, mais do que a população da maior parte dos países da Europa ou da América Latina. Em 50 anos, a população urbana brasileira cresceu em mais de 100 milhões de indivíduos. Hoje, a sociedade apenas começa a perceber que o avassalador processo de urbanização foi acompanhado de modernização do modo de vida, do ambiente construído, das comunicações, mas também reproduziu seu lado arcaico. A modernização, assim como a cidadania e os direitos, aconteceu apenas para alguns.

Alimentar a noção da cidade dual ou fraturada poderia facilitar a compreensão da segregação e da exclusão, mas conduz a uma falácia: a de que o atual modelo de desenvolvimento poderia ser estendido a todos. Há uma relação biunívoca entre o moderno e o arcaico no Brasil. Os aparelhos eletroeletrônicos chegam às favelas antes da unidade sanitária completa (e evidentemente antes da moradia digna). A relação de favor e o clientelismo continuam a mediar as relações sociais, como ocorre há séculos. A aplicação da lei ainda se subordina às relações de poder.

A questão fundiária urbana é um nó não desatado, como sempre no campo ao longo dos séculos. Eliminado nos Estados Unidos no século XVIII, o latifúndio sobreviveu impassível no Brasil até o início do século XXI. A aplicação da função social da propriedade encontra obstáculos de várias origens: judiciário, correlação de forças locais, precariedade dos cadastros ou dos registros de propriedades.

Durante os anos 80 e 90, sob novas relações internacionais, a desigualdade se aprofunda. O desemprego cresce, as políticas sociais recuam, a população de rua aumenta, assim como a quantidade de crianças abandonadas. O Censo de 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE mostra (embora de forma bastante subdimensionada) um aumento exponencial no número de favelas. Levantamentos científicos comprovam o que nossos olhos constatam diariamente. Talvez a maior novidade seja a explosão de um novo tipo de violência: a chamada violência urbana. Alguns indicadores sociais continuam a evoluir positivamente desde os anos 40, como a queda da mortalidade infantil e o aumento da esperança de vida ao nascer. Mas, nos anos 90, o aumento no número de homicídios passa a influir até mesmo a expectativa de vida dos homens em nível nacional, em especial dos jovens, pretos e pardos (Maricato, 1996).

A segregação territorial estabelece a relação entre violência e *habitat*, onde regiões inteiras são ocupadas ilegalmente. A ilegalidade urbanística convive com a ilegalidade na resolução de conflitos: não há lei, não há julgamentos formais, não há Estado. Às dificuldades de acesso aos serviços de infra-estrutura urbana – transporte precário, saneamento deficiente, drenagem inexistente, difícil acesso aos serviços de saúde, educação, cultura e creches, maior exposição à ocorrência de enchentes e desabamentos – somam-se menores oportunidades de emprego, maior exposição à violência (marginal ou policial), difícil acesso à justiça oficial, difícil acesso ao lazer, discriminação racial. A exclusão é um todo: social, econômica, ambiental, jurídica e cultural.

No meio urbano, o investimento público orientado pelos *lobbies* bem organizados alimenta a relação legislação/mercado imobiliário restrito/exclusão social. A população pobre vai se instalar nas áreas desprezadas pelo mercado imobiliário, nas áreas ambientalmente frágeis, cuja ocupação é vetada pela legislação, e nas áreas públicas de encostas dos morros, beira dos córregos, áreas de mangue, áreas de proteção aos mananciais. A invasão de terras é uma regra na cidade e não uma exceção. Mas a invasão não é ditada pelo desapego à lei ou por lideranças que querem afrontá-la, mas pela falta de alternativas.

2. O universo urbano ilegal

Somando a população moradora de favelas com a população moradora de loteamentos ilegais, teremos aproximadamente metade de todos os habitantes de São Paulo e do Rio de Janeiro (Castro e Silva, 1997; Andrade, 1998). Em termos de legislação urbanística (parcelamento do solo, zoneamento, meio ambiente, para citar as principais) e legislação edilícia (código de obras), estamos diante de

uma "situação na qual a regra se torna mais exceção do que regra e a exceção mais regra do que exceção".[1]

Essa gigantesca ilegalidade não é percebida nem pelas instituições brasileiras, nem pela mídia e nem pela própria universidade. Nas maiores cidades brasileiras – São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte –, mais de um quinto dos habitantes mora em favelas. Em Salvador e Fortaleza, essa cifra chega a um terço e em Recife a 40% da população. Mesmo a mitificada Curitiba tem um anel de invasões que praticamente cerca todo o município e que agride fortemente as áreas de proteção dos mananciais.

O loteamento ilegal e a favela são as alternativas mais comuns de moradia da maior parte da população urbana de renda baixa e média baixa. Foi a "solução" dada no Brasil ao desenvolvimento urbano para grande parte dos moradores das grandes cidades. O que define a favela é a completa ilegalidade da relação do morador com a terra: são áreas invadidas. Já nos loteamentos ilegais, também chamados de loteamentos clandestinos, o contrato de compra e venda garante algum direito ao morador. Muitas são as variantes que o loteamento ilegal pode assumir.

Em geral, a ilegalidade pode estar na burla às normas urbanísticas: diretrizes de ocupação do solo, dimensão dos lotes, arruamento, áreas públicas e institucionais que devem ser doadas para o poder público estão entre as mais comuns. Entretanto, há casos em que a ilegalidade está na documentação de propriedade, na ausência da aprovação do projeto pela prefeitura ou no descompasso entre o projeto aprovado e sua implantação. A irregularidade na implantação do loteamento impede seu registro pelo cartório de registro de imóveis, conseqüentemente prejudicando os compradores.

Como destacado anteriormente, essa ilegalidade não é resultado de uma atitude de confronto com a legislação, mas resultado da falta de opções para habitação. Até a década de 80, as favelas não constituíam uma forma importante de moradia na cidade de São Paulo: no início dos anos 70, menos de 1% da população paulistana morava em favelas. Essa situação evoluiu de tal modo que em meados dos anos 90 a cidade apresentava aproximadamente 20% de sua população morando em favelas. Já as cidades do Rio de Janeiro e do Recife tiveram, desde o começo do século XX, proporção expressiva de moradores de favelas, como mostra a literatura, incluindo um dos clássicos estudos da sociedade brasileira, *Sobrados e mocambos*, de Gilberto Freyre.[2]

Além das favelas e loteamentos ilegais, o cortiço é a outra forma predominante de moradia popular. No começo do século XX, esta era a forma principal de

(1) A expressão, usada por Roberto Schwarz em vários de seus escritos, é original da peça "A exceção e a regra", de Bertold Brecht.

(2) Além das favelas e loteamentos ilegais, a moradia popular assume a forma de cortiços, que em geral são ocupados sob a relação de locação. Essa era a principal forma de moradia.

moradia dos trabalhadores urbanos. Os grandes planos (que previram uma legislação urbanística modernizante) e obras de reformas urbanas de áreas centrais das principais cidades brasileiras combateram, nesse período, a falta de saneamento e simultaneamente expulsaram essas populações de áreas urbanas centrais. O cortiço é quantitativamente importante em cidades que apresentam bairros desvalorizados pelo mercado imobiliário e constitui outra ilegalidade (a lei do inquilinato dificilmente é aplicada), mas não será discutido aqui.

A partir dos anos 40, os loteamentos ilegais tornaram-se a forma predominante de moradia dos trabalhadores em São Paulo. Enquanto os investimentos em moradia de aluguel (como os cortiços) foram desestimulados pelas medidas de congelamento dos aluguéis, os parcelamentos de solo na periferia urbana combinaram-se com os transportes sobre rodas. A implantação do transporte público rodoviário (ônibus) viabilizou a expansão periférica de baixa densidade propiciada por loteamentos populares, e a periferia da cidade se expandiu.

3. Ausência de políticas públicas para incluir e legalizar moradias irregulares

Determinada pelo processo da chamada reprodução da força de trabalho, a evolução das favelas acompanhou o processo de urbanização da sociedade brasileira. Na sociedade escravocrata, a moradia do trabalhador e os demais itens de sua subsistência eram providos pelo patrão. A emergência do trabalho livre dá origem ao problema da habitação, pois o patrão está livre dessa incumbência. A partir da abolição, caberia ao trabalhador pagar por sua moradia. Essa mudança deveria ter implicado assalariamento e formação do mercado urbano de moradias, como ocorreu nos países capitalistas centrais, não sem muito conflito.

A moradia legal não é apenas uma questão de rendas baixas, como muitos crêem. Há uma correspondência entre salário e preço graças a medidas amplas que deveriam ser tomadas em busca de soluções para habitação. De fato, três condições garantiram a realização do direito generalizado à moradia nos Estados Unidos, Canadá e em países da Europa:

- Subordinação da propriedade privada ao capital produtivo (combate aos ganhos rentistas decorrentes da propriedade fundiária e imobiliária).
- Regulação do financiamento com subsídios destinados a inserir camadas da população no mercado, ou atendimento pela promoção pública.
- Expansão da infra-estrutura e equipamentos urbanos via controle sobre o desenvolvimento urbano e sobre o uso e ocupação do solo.

Ao contrário de tais países, nos países periféricos e semiperiféricos (como o Brasil) a industrialização se deu com salários deprimidos. A grande parte dos trabalhadores não se integrou ao mercado de trabalho formal, e a moradia não é também obtida via mercado formal. Freqüentemente, falta poder aquisitivo ao trabalhador empregado na indústria fordista (a moderna indústria automobilística) para comprar sua moradia no mercado legal privado. Até mesmo trabalhado-

res regularmente empregados de classe média/média baixa têm dificuldade para entrar no mercado imobiliário residencial. Bancários, professores secundários, policiais civis e militares e outros funcionários públicos não ganham o suficiente para contrair um financiamento que, num mercado como São Paulo, em geral exige mais de 10 salários mínimos de renda familiar. Essa renda mínima exclui 60% das famílias da região metropolitana, e para elas restam as políticas públicas ou a informalidade.

O fato de o mercado legal não atingir as camadas de renda média inviabiliza as políticas públicas voltadas para as faixas de renda menor – cinco salários mínimos para baixo – em que se concentra o déficit habitacional brasileiro. As políticas públicas de moradia dificilmente conseguem fugir do destino de atender às faixas de renda média e média baixa, como se viu com o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e seu organismo executor central, o Banco Nacional de Habitação (BNH) em seus 22 anos de existência, de 1964 a 1986. O mesmo acontece com o Plano de Arrendamento Residencial (PAR) em todo o Brasil no início do século XXI. A incompatibilidade entre projeções e realidade objetiva salta aos olhos: o discurso de prioridade para baixa renda evidencia a irracionalidade de um sistema incapaz de atender nem sequer às necessidades de moradia das camadas de renda mais acima.

Ausência de uma política pública que abranja a ampliação do mercado legal privado é a essência das ocupações ilegais e da produção da cidade informal. Em outras palavras, é preciso baratear o produto, prevendo a participação de agentes lucrativos e não-lucrativos e a promoção pública subsidiada para as famílias cujas rendas estejam abaixo dos 5 salários mínimos. Enquanto o mercado privado e os governos não apresentarem alternativas habitacionais, as favelas e os loteamentos ilegais continuarão a se reproduzir. A ilegalidade urbana e as alternativas de moradia legal são questões de política urbana – função social da propriedade e investimento voltado para a ampliação e a democratização da infra-estrutura – e de regulação do financiamento imobiliário. Juntamente com transportes públicos e saneamento urbano, a habitação deve ser tema prioritário do urbanismo brasileiro. Mas, como em outras áreas de conhecimento no Brasil, o urbanismo continua a se guiar por modismos provenientes do exterior, cujos problemas partem de realidades bastante diferentes da nossa (Maricato, 2000).

4. O que fazer com a cidade ilegal?

Simplesmente afirmar que é preciso produzir moradias para a população há muitas décadas privada de opções senão as formas ilegais não ajuda a dar solução para a habitação popular. A cidade se formou sem que leis fossem consideradas, sem acesso a recursos financeiros e técnicos (engenharia, arquitetura, urbanismo, paisagismo, saneamento básico). A solução mais lógica e racional seria remover todos os moradores de favelas e áreas ambientalmente frágeis para novas localizações, mas os números mostram que isso é impossível.

Na bacia do Guarapiranga, manancial de água que serve um terço da população do município de São Paulo, moram mais de 600 mil pessoas. Na bacia Billings, outro manancial localizado também na região sul do município, moram mais de 750 mil pessoas. Aproximadamente 2 milhões de pessoas moram nas favelas de São Paulo. Em capitais mais pobres como Belém, Maceió, Recife, São Luís, onde as condições de saneamento são mais críticas, os problemas são proporcionalmente maiores.

Após relutar em reconhecer esta realidade no Brasil, o Estado abandonou o discurso da remoção e o substituiu pela urbanização de favelas. Isto se consolidou nos anos 80, quando muitos governos municipais perceberam que a urbanização das favelas era mais viável economicamente e medida mais urgente se levarmos em conta as normas de saúde pública. No mínimo, a urbanização implica: iluminação, água tratada, esgoto, drenagem, coleta de lixo, circulação viária e de pedestres e eliminação dos riscos de vida.

Sem dúvida, um motivo que impulsionou essa nova atitude foi econômico. O custo da urbanização por família é de 10% a 50% (nas urbanizações mais caras) do custo de uma nova moradia. Em grande parte das favelas os moradores já investiram muito de seus recursos na construção da casa. Portanto, o problema principal não é a unidade habitacional, mas o ambiente urbanizado. A moradia pode ser construída por meio da chamada autoconstrução, ainda que muitas vezes de forma precária. Já a infra-estrutura, os equipamentos coletivos e os serviços públicos podem ser providenciados somente pelo Estado, e nunca pelas famílias individualmente.

Desde 1963, quando do Seminário Nacional do Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB), a questão urbana se sobrepõe à questão da unidade habitacional. A primeira sempre requer um tratamento por meio de políticas públicas e, portanto, coletivas. A segunda, como um bem de consumo privado (ainda que constituindo uma mercadoria especial), pode, em muitos casos, ser adquirida no mercado. É claro que a unidade habitacional exige regulação pública para não comprometer a saúde do morador e do meio ambiente. Mas ambas as questões são de naturezas diferentes.

Outro o motivo que impulsionou a urbanização de assentamentos ilegais (favelas e loteamentos clandestinos) é a preferência dos moradores em permanecer na área ocupada por conveniência de localização – oferta de trabalho, rede de amigos e familiares, oferta de equipamentos e serviços urbanos. Não vem ao caso detalhar os aspectos econômicos, sociais, urbanísticos e ambientais que envolvem o problema, tão bem estudados em diversas pesquisas e teses (Bueno, 2000; Labhab, 2000).

O acúmulo de conhecimento em políticas de urbanização de favelas e de loteamentos ilegais é bastante razoável no Brasil, especialmente após os esforços feitos durante os anos 90 em diversos municípios. Rio de Janeiro, Diadema, Recife e Belo Horizonte foram pioneiros neste processo, seguidos de São Paulo, Porto Alegre, Fortaleza, Goiânia, Salvador, entre outros. Os programas Favela

Bairro no Rio de Janeiro e o Projeto Integrado de Diadema buscam somar a intervenções na habitação a outros programas sociais de educação, trabalho, qualificação profissional, meio ambiente.

Em contraposição ao chamado urbanismo funcionalista, ortogonal e impositivo, essas experiências criaram novos padrões de urbanização que buscam tirar proveito das formas espontâneas e orgânicas surgidas da construção informal. Grosso modo, essa urbanização tem muito mais a ver com a cidade medieval do que com a cidade moderna. A circulação viária se combina com uma rede de vias de pedestre que busca resolver de forma adequada o acesso da ambulância, do gás engarrafado (bujão), da coleta do lixo. Após as obras de urbanização, é comum os moradores passarem a investir na melhoria de sua casas, especialmente fachadas e acabamentos. O sentimento de segurança, a elevação da auto-estima e a satisfação são notáveis (Bueno, 2000). Iluminação, limpeza e circulação de veículos contribuem para a diminuição da violência.

Esta é a tendência genérica do processo de urbanização de favelas, mas nem todos os casos seguem esse rumo promissor. A saída do poder público do local após as obras pode acarretar um retorno ao clima de "terra de ninguém" ou "faroeste" – ausência da regulação das relações sociais e do espaço, que é atribuição do Estado – com depredação das construções, ocupação de vias e áreas públicas, amontoamento de lixo. Não cabe detalhar tais casos aqui, mas apenas destacar que para sustentar a urbanização das favelas é preciso a manutenção e a presença do poder público na área, como em qualquer outro bairro da cidade.

No entanto, não é toda favela que pode ser urbanizada. Este é o caso dos assentamentos que colocam em risco seus moradores ou que tornam irrecuperáveis áreas ambientalmente frágeis e estratégicas para o interesse difuso.

Rara é a obra de urbanização que não exige remover parte da população da favela. A implantação das redes de água, esgoto, drenagem e circulação viária assim o exige. A remoção de famílias situadas em áreas de risco também requer novas moradias para onde sejam levadas. É importante que a remoção se dê para lugares próximos, de forma a não interromper as rotinas (escola, trabalho) e relações sociais dessas famílias relacionadas. Dado o alto custo de uma nova moradia e a dificuldade de encontrar áreas adequadas para a remoção, projetistas e administradores públicos procuram diminuir as despesas ao mínimo possível, que não comprometa os padrões mínimos de qualidade de vida urbana. Esses padrões ainda dependem de muita reflexão.

A questão das áreas públicas deve ser considerada na urbanização de favelas. Em algumas regiões de São Paulo e do Rio de Janeiro, a maior parte das áreas destinadas a praças foram ocupadas por favelas: bairros inteiros praticamente não têm áreas livres e verdes, fator fundamental de rebaixamento da qualidade de vida. A maior parte das favelas se localiza em áreas públicas ou ambientalmente frágeis. Sua requalificação exige um plano urbanístico: parte das favelas pode ser parcial ou completamente urbanizada, e parte precisa ser removida. As diretrizes de intervenção em cada núcleo de favela devem apontadas por diagnóstico deta-

lhado baseado em critérios geotécnicos, ambientais, econômicos e sociais, oferecendo como prognóstico um plano a ser implementado ao longo do tempo e de acordo com as condições de investimento do poder público.

Somente no Brasil ou em países semelhantes ao nosso esse importante conhecimento sobre urbanização de área irregulares pode ser desenvolvido. Sistematizar esse conhecimento endógeno é uma importante tarefa da universidade.

5. Regularização fundiária de favelas e loteamentos

A urbanização dos assentamentos ilegais é a única forma de melhorar as condições de vida de grande parte da população urbana no país. Não é exagero admitir que as soluções para os assentamentos ilegais constituem, por excelência, iniciativas voltadas para atenuar a desigualdade social brasileira plasmada nos espaços urbanos. A dimensão dos números envolvidos e a escassa disponibilidade de recursos é o que determina, em última instância, optar pela urbanização de favelas e loteamentos clandestinos.

A regularização fundiária é o complemento natural da urbanização, e não se trata de mero apego à norma legal. Apenas a regularização jurídica reconhece, perante os olhos da sociedade, os moradores dessas áreas como cidadãos.

Um endereço oficial é elemento fundamental para a qualidade de vida e para a satisfação pessoal. Além de conferir dignidade aos moradores, facilita a entrega de correspondência, a procura por trabalho e a entrega de bens adquiridos no comércio.

Um documento de posse ou propriedade dá mais segurança e tranqüilidade ao seu possuidor. Só quem viveu situação de moradia instável percebe a real dimensão desta angústia. Tal sentimento é mais agudo porque a previdência social não assegura um futuro sereno para a maior parte da população brasileira.

No entanto, a regularização de assentamentos ilegais vem enfrentando mais problemas do que a própria urbanização. Enquanto a urbanização de favelas constitui uma experiência generalizada em todas as grandes cidades do Brasil, a localização de iniciativas de regularizações bem sucedidas exige cuidadoso trabalho de busca. Talvez existam mais exemplos que encontraram resistências do que exemplos bem sucedidos, como revela vasta literatura técnica e acadêmica: Maricato, 1997; Cunha, 1991; Fernandes, 1998; Denaldi, 2000, entre outros.

Durante o governo de Luiza Erundina em São Paulo, 134 favelas passaram por processos de urbanização parciais ou completos, mas nenhuma delas foi regularizada. Um projeto de lei fixando a Concessão de Direito Real de Uso da Terra foi enviado pelo executivo à Câmara Municipal em 1989. O projeto de lei previa que, a cada ano, o executivo municipal enviaria à Câmara uma relação das favelas a serem urbanizadas – que, devido às obras a serem executadas, deveriam compor o orçamento anual da prefeitura –, a Câmara autorizaria a relação e aprovaria a regularização ao final das obras. Após intensas discussões com associações de moradores de favelas e vereadores, um substitutivo definiu a compra e

venda da terra por valor simbólico, em vez da concessão gratuita. Negociado na Câmara Municipal, o substitutivo ficou em discussão até o final do governo, em 1992, e não foi votado.

Em Belo Horizonte, com a finalidade de legalizar essas áreas irregulares a Câmara Municipal aprovou a Lei 3.532, de 1983, proposta pelo programa municipal Profavela, mas encontrou "séria resistência a sua implementação dentro e fora da prefeitura" (Somarriba e Afonso, 1987, citado em Fernandes 1998, p. 152). Sobre a luta dos moradores de favelas e sobre a lei, Fernandes comenta: "Eles lutaram muito pela lei, e agora precisam continuar lutando para vê-la aplicada" (Fernandes, 1998, p. 165).

Em Porto Alegre, uma bem sucedida urbanização de vilas (como são conhecidas as favelas no Rio Grande do Sul) não logrou dar finalização ao programa com as respectivas regularizações. Segundo depoimentos dos dirigentes do Departamento Municipal de Habitação (DEMHAB) em 2000, a resistência vinha mais da máquina municipal do que do próprio judiciário.

No seminário Gestão da Terra Urbana e Habitação de Interesse Social, Rosana Denaldi, a diretora de Habitação da Prefeitura de Santo André (região metropolitana de São Paulo), detalhou as dificuldades para implementar a regularização, mesmo quando a lei municipal para essa finalidade foi criada (para os casos nos quais a base legal para a competência municipal é indiscutível) e o executivo municipal empenha-se em resolver o problema. Segundo Rosana, a principal causa é a fragmentação das instituições que participam do processo de regularização: vários setores da prefeitura, Ministério Público, cartórios de registro de imóveis e judiciário. Em Santo André, merece destaque ainda o forte preconceito social contra a regularização das favelas, que parte não só dos vizinhos, mas também de vereadores, autoridades e funcionários públicos.

Entre as experiências bem sucedidas de regularização de favelas anteriores ao Estatuto da Cidade estão as pioneiras PREZEIS (Zona Especial de Interesse Social) de Recife e Jaboatão e a iniciativa do município de Diadema, que ampliou largamente a abrangência da Concessão de Direito Real de Uso da Terra nas favelas urbanizadas (Pinho, 1998; Diadema).

6. As contribuições do Estatuto da Cidade

A usucapião especial de imóvel urbano foi inserida na Constituição Federal de 1988, art. 183. Ela busca assegurar a posse efetiva de uma área ou edificação urbana de até 250m² para o morador que a ocupa ininterruptamente e sem oposição por cinco anos. Além da exigência de área máxima e da ausência de contestação, o beneficiário não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A usucapião especial urbana não se aplica às áreas públicas. Sob argumentação de defesa do meio ambiente e do patrimônio público, as forças políticas que se opuseram à regularização de assentamentos ilegais em áreas públicas lograram

não inserir a possibilidade de regularização da ocupação dessas áreas, por usucapião, na CF de 1988.[3]

O Estatuto da Cidade traz a possibilidade da usucapião coletiva para onde seja constatada dificuldade de definir a demarcação de cada lote e seu possuidor, situação bastante freqüente. Devido ao custo financeiro do levantamento e à complexidade da definição dos limites individuais, isto torna muitos processos de regularização excessivamente morosos ou mesmo os inviabiliza.

Para uma visão essencialmente urbanística da legislação, cabe destacar os seguintes parágrafos do art. 10 do Estatuto da Cidade:

"§ 2.º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3.º Na sentença o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas."

A possibilidade da usucapião coletiva deverá facilitar e tornar mais rápidos muitos dos casos de regularização, especialmente dos loteamentos ilegais cuja documentação de propriedade apresente contradições e os cortiços. Mas ela também poderá facilitar o processo de regularização nas favelas, onde a excessiva fragmentação ou superposição de moradias dificulta a demarcação de lotes individuais.

O possuidor, o conjunto dos possuidores ou uma associação de moradores são as partes legítimas para requerer a usucapião especial urbana. A intervenção do Ministério Público é obrigatória e "está prevista a assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis" (art. 12, § 2.º).

O estranhamento que a lei suscita ao urbanista é o fato de um núcleo de favela ou de loteamento ilegal ser passível de regularização em condições urbanísticas totalmente inadequadas, como aquelas que abrigam moradias em situação de risco geotécnico (desmoronamentos), ou com ausência de saneamento ou rede de drenagem. Dificilmente uma ocupação espontânea, que não contou com a aplicação de qualquer conhecimento técnico de engenharia e arquitetura, apresenta condições adequadas de moradia para seus ocupantes. A inserção dessa ocupação na malha urbana existente no entorno é outro aspecto relevante. É importante haver uma continuidade no arruamento e nos acessos de veículos ou de pedestres.

A circulação urbana e da própria área é um imperativo.

Melhor seria se o executivo apresentasse um plano de urbanização desses núcleos concomitantemente à sua regularização. A intervenção obrigatória do

(3) Infelizmente, essas mesmas forças não lutam pelas alternativas habitacionais para a população que invade áreas públicas, única solução eficaz para a salvação do patrimônio público.

Ministério Público poderá assegurar essa condição, pois a lei não garante que a prefeitura vai ser ouvida no processo de regularização, e nem mesmo que a sentença judicial seja embasada em laudo técnico urbanístico esclarecendo os aspectos acima apontados. Esses argumentos não devem ser usados para protelar ainda mais a situação de subcidadania e de exclusão social de vastas camadas da população urbana. O que se afirma aqui é que a pura e simples regularização sem as necessárias condições adequadas de vida urbana não resolve o problema de habitação.

As questões aqui apontadas são potencializadas na redação da MedProv 2.220, de 04.09.2001, que trata da concessão de uso especial (art. 183, § 1.°, da CF/88), como vamos ver. Elas ganham mais ênfase quando se trata da regularização de assentamentos sobre áreas públicas, pois, apesar de todas as resistências, há alguma dificuldade em defender propriedades privadas ocupadas por causa do estado de abandono em que se encontravam.

7. A MedProv 2.220 e a concessão de uso especial

Repetem-se muitas das condições observadas na usucapião especial urbana: terá direito à concessão gratuita de direito especial para fins de moradia o ocupante, por no mínimo 5 anos, de imóvel público situado em área urbana, medindo no máximo 250m² de área, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Essa figura jurídica repete a condição da concessão coletiva como para a usucapião urbana.

Na medida provisória foi corrigido o lapso constituído pela ausência do executivo municipal. A forma de sua inserção pode dificultar, porém, a aplicação da medida provisória em alguns casos.

O art. 4.° reza que, "no caso da ocupação acarretar risco à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os art. 1.° e 2.° em outro local". Por mais óbvia, ética e humana que se afigure essa determinação, levando em conta a dimensão do número de ocupantes de áreas públicas em situação conceituada como "risco à saúde" (desmoronamentos, enchentes, insalubridade) nas grandes metrópoles brasileiras, o cumprimento dessa determinação – os termos utilizados são "o Poder Público garantirá" – é extremamente difícil.

Nos parece que um plano de urbanização e remoção de moradores de favelas e áreas de risco, acompanhado de cronograma elaborado pelo poder público, pode distribuir no tempo a tarefa de dar solução a um quadro construído durante décadas de ausência de políticas públicas de moradia para a população de baixa renda. Não há como resolver essa situação rapidamente, seja pela dimensão dos recursos financeiros necessários, seja pela multidão de indivíduos cujo cotidiano será atingido, seja ainda pela falta de capacidade administrativa dos executivos municipais para uma tarefa que exige mais profissionais capacitados do que existem no país.

Já no art. 5.º, a intervenção do Poder Público é facultativa: "É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os artigos 1.º e 2.º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: I – de uso comum do povo; II – destinado a projeto de urbanização; III – de interesse de defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV – reservado à construção de represas e obras congêneres ou V – situado em via de comunicação".

Ao contrário da situação anterior, nesse caso é de se estranhar que o poder público possa se eximir de responsabilidade. Repetimos: o melhor seria exigir um plano de investimento público distribuído ao longo de um certo tempo e que a Câmara Municipal fosse, de alguma forma, co-responsável pelo mesmo. Esse caminho asseguraria os recursos necessários para que o executivo providenciasse novas moradias destinadas aos removidos dessas áreas.

O art. 6.º garante que a administração pública possa outorgar o título de concessão especial para fins de moradia e no caso da recusa ele poderá ser obtido por via judicial. Também é atribuída, e corretamente neste caso, ao poder público municipal a tarefa de dar uma certidão que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para fins de moradia para instruir o requerimento de concessão de imóvel pertencente à União ou aos Estados (art. 6.º, § 2.º).

No art. 9.º, é facultado ao poder público autorizar o uso de imóvel público para fins comerciais. Do ponto de vista urbanístico, essa medida contribui para corrigir a legislação urbanística que se refere ao uso habitacional exclusivo, impedindo o freqüentemente necessário uso comercial e de serviços sem os quais a habitação não se realiza satisfatoriamente. Além de condenar os pequenos negócios à ilegalidade, a legislação funcionalista do residencial exclusivo dificulta as oportunidades de geração de renda, tão fundamentais nas comunidades de baixa renda.

A concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de uso para fins comerciais em imóveis públicos, dentro das condições descritas na medida provisória, somente poderão ser obtidas aos ocupantes de imóveis que lá estavam até a data de 30.06.2001. Essa nos parece uma medida inútil caso a promoção pública de habitação social não seja implementada a partir dessa data e caso também o poder público não exerça o poder de polícia sobre o uso e ocupação do solo, especialmente nas áreas ambientalmente frágeis, como manda a legislação.

8. Conclusão

Apesar das controvérsias que certamente essa nova legislação gera, seu impacto positivo é indiscutível. Alguma solução deve ser dada para essa parcela da população urbana, que, como vimos, pode chegar a 50% vivendo na ilegalidade em nossas grandes metrópoles. Não é possível protelar a busca de soluções, qualquer que seja a argumentação utilizada. A regularização de assentamentos ilegais da forma como estão formulados acima exige um entendimento entre os poderes executivo, legislativo e judiciário. Exige também um acordo sobre o *modus*

operandi, que, em outras palavras, pode significar lei complementar (um plano de intervenção progressivo de urbanização e regularização das ocupações ilegais) aliada a uma estratégia de gestão.

Bibliografia

ANDRADE, C. F. de S. L. "Parâmetros urbanísticos em loteamentos irregulares e clandestinos na Zona Oeste do Rio de Janeiro". Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro, FAU-UFRJ, 1998.

BUENO, L. M. de M. "Projeto e favela: metodologia para projetos de urbanização". Tese de doutorado. São Paulo, FAU-USP, 2000.

CUNHA, F.S. *New trends in organizations and social life in brazilian favelas. Eight urban change and conflict conferences*. Lancaster University, 1991.

DENALDI, Rosana. "Regularização fundiária de favelas". Seminário Gestão da Terra Urbana e Habitação de Interesse Social. FAU/PUC-Camp/Polis/LILP. 2000.

FERNANDEZ, F. (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1998.

LABHAB. "Parâmetros para urbanização de favelas". Relatório de pesquisa. São Paulo, Labhab FAUUSP/FINEP/CEF, 2000.

MARICATO, E. "As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias". In ARANTES *et alii*. *A cidade do pensamento único*. Petrópolis: Vozes, 2000.

———. *Metrópole na periferia do capitalismo – Desigualdade, ilegalidade e violência*. São Paulo: Hucitec, 1996.

1. SEMINÁRIO O ESTATUTO DA CIDADE

1.3

ESTATUTO DA CIDADE E CONDOMÍNIO ESPECIAL

PAULO EDUARDO FUCCI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Usucapião coletivo e condomínio especial – 3. Comparação com outras espécies de condomínio: 3.1 Indivisibilidade e casos de extinção; 3.2 Venda da fração ideal de terreno e direito de preferência; 3.3 Administração do condomínio especial – 4. Conclusão.

1. Introdução

Muito interessante a matéria veiculada pela *Folha de S. Paulo* de 02.09.2001. Exibia, na primeira página: "Áreas violentas de SP criam os 'condomínios de pobre'". Falava sobre como estavam se organizando os moradores de baixa renda, em áreas metropolitanas ocupadas desordenadamente e sem urbanização planejada. Criação de associações, fechamento do local, colocação de portarias, seguranças etc. Tudo copiando, meramente de fato, um condomínio de pessoas de maior poder aquisitivo e legalmente constituído.

Já pensava em escrever sobre a instituição do *condomínio especial* prevista no recém-promulgado Estatudo da Cidade (Lei 10.257, de 10.07.2001), art. 10. Assunto pertinente e conexo à aludida reportagem.

Há, nesse novel diploma legal, instrumentos não só para a regularização da propriedade em tais áreas, por meio do usucapião coletivo, como também para viabilizar e legitimar a sua administração, com a constituição, cogente, por força de lei, do *condomínio especial*, em partes ideais do imóvel e indivisíveis.

2. Usucapião coletivo e condomínio especial

O usucapião coletivo, que poderá ser proposto, até, pela própria associação de moradores regularmente constituída e autorizada pelos seus representados (que não deverão ser proprietários de outro imóvel rural ou urbano), considera-se admissível apenas quando reunidos os seguintes requisitos: área particular usucapienda superior a 250m²; ocupada, por tempo igual ou superior a cinco anos, contínuo e sem oposição, por população de baixa renda e para fins residenciais.

Além desses, há o requisito que mais interessa ao presente estudo: impossibilidade de identificação das partes do terreno que cada um dos moradores possui, exclusiva e individualmente.

Essa mesma impossibilidade de identificação, que inspirou a criação do usucapião coletivo, gerou também a obrigatoriedade da instituição do *condomínio especial*, em frações ideais e indivisíveis, assim entendido aquele criado pelo art. 10 do Estatudo da Cidade, no evidente escopo de manter a indispensável integridade do conjunto habitacional e viabilizar a sua administração.

Se a moradia não pode ser destacada sem prejuízo de todo o conjunto habitacional ou não comporta utilização independente, sem o uso de áreas comuns a todos os demais moradores, como no caso de cortiços e edifícios de apartamentos, a propriedade pode ser havida pelo usucapião coletivo, que dará também, necessariamente, origem ao *condomínio especial*. Participar do usucapião coletivo significará, em caso de êxito, ser condômino, queiram ou não os interessados.

3. Comparação com outras espécies de condomínio

Algumas reflexões sobre esse instituto surgem de pronto. Essa nova espécie de condomínio difere das demais. Parece híbrida; entre o *condomínio tradicional*, regido pelo Código Civil, art. 623 e seguintes, e o *condomínio em edificações*, regulamentado pela Lei 4.591/64.

3.1 Indivisibilidade e casos de extinção

Ao ser dividido em partes meramente ideais, o *condomínio especial* se distancia do *condomínio em edificações*, em que há também propriedade privativa sobre a unidade autônoma, e se assemelha ao *condomínio tradicional*. Mas deste difere, porque é insuscetível de divisão ou extinção por provocação de qualquer condômino. Nesse ponto, aliás, fica mais parecido com o *condomínio em edificações*, em que também não se admite a extinção por iniciativa de algum consorte, isoladamente.

No *condomínio especial* e no *condomínio em edificações*, exceto por decisão unânime dos condôminos, a extinção depende da ocorrência de outros fatores expressamente previstos nos respectivos diplomas legais. As leis, nesses casos, desejam que o condomínio se mantenha íntegro e restringem as hipóteses autorizadoras da sua extinção. Buscam a estabilidade do conjunto de moradias.

O art. 10, § 4.º, do Estatuto da Cidade, quanto ao *condomínio especial*, faz a previsão da sua extinção, mediante deliberação de, no mínimo, dois terços dos condôminos, e no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. A hipótese é bem semelhante, inclusive quanto ao *quorum* para a decisão, àquela prevista no art. 17 da Lei 4.591/64, em relação ao *condomínio em edificações*.

O Estatuto nada dispõe sobre como devem proceder os condôminos especiais no caso de destruição parcial ou total da construção. No *condomínio em edificações*, há solução legal nos arts. 14, 15 e 16 da Lei 4.591/64, que, ao que parece, em primeiro momento, pode ser adotada analogicamente, em alguns aspectos.

Nada impede, além disso, que, instituído o *condomínio especial*, os condôminos, por unanimidade, criem o *condomínio em edificações*, na forma da Lei 4.591/64. A dissidência insignificante e sem justa causa pode até mesmo ser superada judicialmente, por meio de ação cuja sentença supra a vontade dessa minoria, como em outros casos admitidos pela doutrina.

No *condomínio tradicional* acontece o contrário. A extinção, até judicial, na ausência de decisão unânime, é facilitada. A natureza, tendente à exclusividade, do direito de propriedade, e os conflitos inerentes ao exercício do poder de várias pessoas sobre uma mesma e única coisa é a razão pela qual o *condomínio tradicional* pode ser dividido ou extinto, a requerimento de qualquer consorte, a qualquer tempo, vedado o pacto de indivisibilidade por prazo superior a cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior (art. 629, par. ún., do CC). É havido como estágio transitório de propriedade.

3.2 Venda da fração ideal de terreno e direito de preferência

Em relação à alienação da fração ideal, sabe-se que, no *condomínio tradicional*, há o direito de preferência dos consortes em relação a terceiros (art. 1.139 do CC). O objetivo do Código Civil, conforme já explicitado, é facilitar a extinção dessa modalidade, o que já não acontece com o *condomínio em edificações*, da Lei 4.591/64, que ostenta manifesta intenção de manter a comunhão. E, por essa razão, nessa outra espécie o condômino pode alienar livremente sua unidade autônoma, juntamente com sua fração ideal no terreno, áreas e coisas comuns, sem precisar dar preferência aos demais condôminos (art. 4.º da Lei 4.591/64), o que, em certos casos, pode ser extremamente complexo e oneroso.

O direito de preferência é um incentivo à extinção do condomínio, mediante a consolidação da propriedade de partes ideais em favor daqueles que já as possuem. É do espírito do *condomínio tradicional* favorecer a extinção. Não é, contudo, preceito necessário ou adequado ao regime do *condomínio em edificações*, em que pouco importa a venda da unidade com a sua fração ideal de terreno e coisas comuns para terceiros, já que a manutenção (e não a extinção) do conjunto é o fundamento principal, perdendo qualquer importância a preocupação de favorecer que um atual condômino passe a ser dono de todos os apartamentos, único e exclusivo.

O Estatuto da Cidade foi omisso em relação ao direito de preferência no *condomínio especial*, mas não me parece razoável que o condômino popular, que só não é dono exclusivo de sua moradia por razões formais, jurídicas ou físicas, tendo, contudo, posse individualizada dentro do conjunto, como qualquer condômino em edifícios pela Lei 4.591/64, seja obrigado a afrontar número que pode ser elevado de condôminos. Para uma população de baixa renda, isso pode ser complexo e oneroso.

Aqui, portanto, o tratamento dado ao *condomínio especial* deve ser o mesmo concedido ao *condomínio em edificações*.

3.3 Administração do condomínio especial

Em relação à administração do condomínio, o Estatuto da Cidade faz a previsão de que, em questões ordinárias, decide a maioria dos condôminos presentes (art. 10, § 5.º), o que coincide com a regra geral da Lei 4.591/64. Aqui se inclui, obviamente, o poder de eleger o administrador e de estabelecer normas gerais relacionadas ao assunto.

Questões extraordinárias e complexas, que afetam ou oneram o direito de propriedade, alterando a sua natureza, forma e quantidade, ou suas qualidades essencias, devem exigir *quorum* qualificado e, em alguns casos, unanimidade. Aqui, mais uma vez, é provável que o tratamento a ser dado ao *condomínio especial* deva ser equivalente ao da Lei 4.591/64 (art. 24 *et seq.*), no tocante *condomínio em edificações*, considerando a semelhança já apontada entre essas espécies. Para estabelecer uma convenção, formada não só por normas gerais sobre administração, mas também por outras regras de comportamento dos consortes e boa vizinhança, uso de áreas e coisas comuns etc., e fixar a sua obrigatoriedade, a Lei 4.591/64, para o *condomínio em edificações*, estabelece o *quorum* de dois terços das frações ideais (art. 9.º, § 2.º). Esse pode ser o caminho para a organização de uma estrutura jurídica mais completa no *condomínio especial*, do Estatuto da Cidade.

A mera administração do *condomínio tradicional*, ao contrário, requer decisão da maioria absoluta do total dos condôminos, ou seja, votos que representem, pelo menos, metade mais um do valor total do bem tido em comum, *quorum* esse que, em certos casos, é praticamente impossível de ser obtido nas demais espécies e que, portanto, dificultaria sobremaneira a sua administração.

4. Conclusão

O Estatuto da Cidade, enfim, inaugurou uma nova espécie de condomínio, parecido com os demais já existentes. Regulou-o, entretanto, de forma incompleta, exigindo maior esforço dos intérpretes e aplicadores do direito nos casos concretos que por certo surgirão, parcialmente facilitado pela experiência no estudo dos institutos semelhantes ao *condomínio especial*. Alguns aspectos dessa integração foram abordados rapidamente neste estudo. Outros deverão ser levantados pelos doutos.

1. SEMINÁRIO O ESTATUTO DA CIDADE

1.4

ESTATUTO DA CIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Premissas – 3. Normas heterotópicas e cláusula de eficácia – 4. Estatuto da Cidade e improbidade administrativa: generalidades – 5. A destinação ou tresdestinação de bem desapropriado ou adquirido por preempção. – 6. Desvio de recursos auferidos pela ampliação de vantagens aos particulares – 7. Frustração da transparência administrativa do plano diretor – 8. Inexistência ou supressão de revisão do plano diretor – 9. Aquisição superfaturada de bem pela preempção.

1. Introdução

A edição da Lei Federal 10.257, de 2001, decorrente da sanção ao Projeto de Lei 181, de 1989 (n. 5.788/90 na Câmara dos Deputados), disciplinando o *Estatuto da Cidade,* traz alguns avanços na ordem do desenvolvimento urbano sustentado e na linha da função social da propriedade – preceito constitucional de grande importância, mas que quase sempre foi relegado ao campo das boas intenções normativas.

A lei contempla uma série de novos institutos, fornece efetividade às medidas constitucionais de garantia da função social da propriedade e apresenta um delineamento uniforme no ordenamento jurídico nacional da propriedade à luz das restrições do poder de polícia e da própria disciplina da propriedade orientada por pressupostos despidos do caráter excessivamente privatista. Pelo arcabouço constitucional, ao mesmo tempo em que se garante a propriedade privada exige-se sua função social (art. 170, II e III, da CF), destacando-se a primazia do princípio da legalidade como mecanismo formal necessário à execução da política pública de desenvolvimento urbano, cujas missões são o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CF), congregando preceitos de intervenção estatal na propriedade privada e de manifestação do poder de polícia.

A intenção deste estudo é a análise do Estatuto da Cidade e a sua relação com a improbidade administrativa, tendo em vista que a lei considera ímprobas algumas condutas descritas no art. 52. A violação (agravada ou qualificada) do dever de probidade administrativa é decorrência inerente e elementar ao princípio da moralidade administrativa, sendo reprimida, nos termos da Lei 8.429/92 e do art. 37, § 4.°, da CF, na instância judicial civil, sem prejuízo de outras sanções (administrativas, político-administrativas, civis e penais).

2. Premissas

A redefinição da propriedade, ou melhor, a predisposição da propriedade privada urbana à sua função social, é ponto luminoso no patamar normativo constitucional (art. 182 da CF). A lei editada tem como precípua missão regular a intervenção estatal na propriedade privada por meio de normas de ordem pública e interesse social para disciplina do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental (art. 1.°, par. ún.), de maneira a superar a visão egoística do domínio, o que é mais consentâneo com a realidade e a complexidade da sociedade de massas.

No ponto, desponta a essencialidade das políticas públicas de intervenção na propriedade privada como forma balanceada de composição entre o interesse privado e o interesse público.

A política urbana objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as diretrizes gerais constantes da lei (art. 2.°)[1] e o uso de instrumentos de planejamento nos níveis nacional, regional e estadual, inclusive regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 4.°, I e II), e municipal, em especial neste âmbito governamen-

(1) Entre elas: participação popular ou gestão democrática (por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população – incs. II e XIII); relação de cooperação entre as esferas administrativas, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social (inc. III); planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas municipais (prevenção e correção das distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente – inc. IV); oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais (inc. V); caráter preventivo da ordenação e controle do uso do solo em relação a vícios mais comuns (utilização inadequada dos imóveis urbanos; proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; parcelamento do solo, edificação ou uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; deterioração das áreas urbanizadas; poluição e degradação ambiental – inc. VI); instrumentos de boa gestão fiscal (adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos – incs. X e XI).

tal (art. 4.°, III), com rol exemplificativo de meios tradicionais (plano diretor, disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo, zoneamento ambiental, plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual) e inovadores ou contemporâneos (gestão orçamentária participativa).[2]

Para execução dessa política pública de revalorização da propriedade imobiliária, urbana e privada, são prescritos institutos tributários e financeiros (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, contribuição de melhoria, incentivos e benefícios fiscais e financeiros – art. 4.°, IV), jurídicos e políticos (desapropriação, servidão administrativa, limitações administrativas, tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano, instituição de unidades de conservação e de zonas especiais de interesse social, concessão de direito real de uso, referendo popular e plebiscito, concessão de uso especial para fins de moradia,[3] parcela-

(2) A transparência, mediante a participação, está mais uma vez reforçada no art. 4.°, § 3.° (os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil).

(3) Os arts. 15 a 20 foram vetados. Segundo o art. 15, "aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados situada em imóvel público, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação à referida área ou edificação, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural", conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (§ 1.°), uma única vez (§ 2.°). A posse era transmissível *mortis causa*, para fins inclusive de cômputo desde que o herdeiro residisse no imóvel por ocasião da abertura da sucessão (§ 3.°). Previa também a concessão de uso especial para fins de moradia de forma coletiva, nas áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados situadas em imóvel público, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, desde que os possuidores não sejam concessionários de outro imóvel urbano ou rural (art. 16), bem como no caso de ocupação em área de risco, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de concessão de uso especial para fins de moradia (individual ou coletiva) em outro local (art. 17). O processo de obtenção do título (concessão de uso especial para fins de moradia) poderia ser desenvolvido na via administrativa ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial (art. 18), apto ao registro. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia seria transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (art. 19) e só se extinguiria, implicando o retorno do imóvel ao domínio público, nos casos de o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou sua família ou de os concessionários remembrarem seus imóveis (art. 20), por meio de declaração do Poder Público concedente averbada no registro imobiliário. Eis as razões do veto: "O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, con-

mento, edificação ou utilização compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano,[4] direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de

trariando o interesse público. O *caput* do art. 15 do projeto de lei assegura o direito à concessão de uso especial para fins de moradia àquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados situada em imóvel público. A expressão "edificação urbana" no dispositivo visaria a permitir a regularização de cortiços em imóveis públicos, que no entanto é viabilizada pela concessão a título coletivo, prevista no art. 16. Ela se presta, por outro lado, a outra leitura, que poderia gerar demandas injustificadas do direito em questão por parte de ocupantes de habitações individuais de até duzentos e cinqüenta metros quadrados de área edificada em imóvel público. Os arts. 15 a 20 do Projeto de Lei contrariam o interesse público, sobretudo por não ressalvarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco. O projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada. Por fim, não há no art. 18 a definição expressa de um prazo para que a Administração Pública processe os pedidos de concessão de direito de uso que, previsivelmente, virão em grande número a partir da vigência deste instrumento. Isto traz o risco de congestionar o Poder Judiciário com demandas que, num prazo razoável, poderiam e deveriam ser satisfeitas na instância administrativa. Pelas razões expostas, propõe-se o veto aos arts. 15 a 20 do Projeto de Lei. Em reconhecimento à importância e validade do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, o Poder Executivo submeterá sem demora ao Congresso Nacional um texto normativo que preencha essa lacuna, buscando sanar as imprecisões apontadas". Mas, em 04.09.2001, foi regulada pela MedProv 2.220, outorgada a quem, até 30.06.2001, exercesse posse qüinqüenal de imóvel público, de duzentos e cinqüenta metros quadrados, em área urbana, para fins de moradia ou de sua família, desde que não tivesse propriedade ou concessão, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Não se trata de outorga de interesse submisso ao poder discricionário da Administração Pública, senão de direito à concessão de uso especial, conferido gratuitamente a indivíduo ou casal (independente do estado civil), acessível *mortis causa* desde que mantida a posse (art. 1.º), ou, coletivamente, a população de baixa renda para fins de moradia, com *acessio temporis*, pela atribuição de fração ideal a cada possuidor (art. 2.º). Os demais requisitos são idênticos. A diferença reside no fato de que a concessão coletiva de uso especial tem por base a impossibilidade de identificação de terrenos ocupados por possuidor, isto é, a indivisibilidade material e cada fração ideal atribuída não pode ser superior a duzentos e cinqüenta metros quadrados. O direito é garantido, por opção do interessado, a ocupantes regularmente inscritos de imóveis públicos urbanos, na mesma dimensão física, mediante previsão em regulamento (art. 3.º), e se a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde, o Poder Público deverá garantir o seu exercício em outro local (art. 4.º). Ainda, e aqui se trata de puro poder discricionário, se faculta ao Poder Público assegurar o direito de concessão de uso especial em outro local nas hipóteses de posse de imóvel de uso comum do

construir e de alteração de uso, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, estudo prévio de impacto de vizinhança, contrato coletivo de concessão de direito real de uso[5] – art. 4.°, V e VI), aumentando os meios previstos na Constituição Federal (arts. 182, §§ 1.°, 3.°, e 4.°, e 183).

3. Normas heterotópicas e cláusula de eficácia

Nas disposições finais, a Lei 10.257, de 2001, contém série de normas indiretamente ligadas à política urbana: diferenciação em função do interesse social dos tributos sobre imóveis urbanos e das tarifas relativas a serviços públicos urbanos (art. 47); atribuição aos contratos de concessão de direito real de uso de imóveis públicos, nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, de caráter de escritura pública e da qualidade de título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais (art. 48); fixação em noventa dias de sua vigência, por lei estadual e municipal, de prazos para a expedição de diretrizes de empreendimentos urbanísticos, aprovação de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistorias e expedição de termo de verificação e conclusão de obras,

povo, destinado a projeto de urbanização, de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, reservado à construção de represas ou obras congêneres ou situados em via de comunicação (art. 5.°), de maneira que esses imóveis estão fora do alcance do direito. A concessão de uso especial para fins de moradia será obtida na via administrativa ou na instância judicial nos casos de recusa ou omissão administrativa (art. 6.° e § 3.°). Na instância administrativa, o dever de decisão tem o prazo de doze meses a partir do protocolo do pedido (art. 6.°, § 1.°). Além da destinação certa de interesse social – moradia –, o direito de concessão de uso especial é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (art. 7.°) e se extingue pela atribuição de destinação diversa da moradia para o possuidor ou sua família e pela aquisição, do concessionário, de propriedade ou concessão de outro imóvel urbano ou rural, extinção declarada pelo Poder Público e averbada no registro imobiliário (art. 8.°). Para imóveis públicos urbanos utilizados para fins comerciais, a medida provisória contempla a faculdade de outorga de autorização de uso gratuita àquele que, até 30.06.2001, exercesse posse qüinqüenal em bem de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, com *acessio temporis*, observando-se, no mais, os arts. 4.° e 5.°.

(4) No que concerne à usucapião especial de imóvel urbano (arts. 9.° a 13), não há interesse para o Direito Administrativo, salvo a consideração de que, mesmo a inovação de usucapião coletivo (arts. 10 a 12) não incide sobre bens públicos de qualquer natureza, em face do art. 183, § 3.°, da CF, que revogou a possibilidade de usucapião especial de bens públicos prevista na Lei 6.969/79.

(5) Segundo o art. 4.°, § 2.°, "nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente".

sob pena de, na omissão, valer o prazo de sessenta dias para a realização de cada um dos referidos atos administrativos até disposição legal estadual ou municipal diversa (art. 49); extensão das regras e das responsabilidades ao Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal as disposições relativas, respectivamente, a Município e a Prefeito (art. 51); reformulação da Lei de Registros Públicos (arts. 55 a 57). A eficácia da lei foi diferida para noventa dias após sua publicação (art. 58), instituindo-se, pois, *vacatio legis*.

4. Estatuto da Cidade e improbidade administrativa: generalidades

O art. 52 da Lei 10.257, de 2001, dilata situações de improbidade administrativa, acrescentando, implicitamente, novos casos às relações exemplificativas dos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92. Atribui, também, a responsabilidade do Prefeito pelos atos enumerados, sem obstar a colaboração e participação ou o benefício de terceiros (agentes públicos ou particulares) nos termos da regra geral de responsabilidade por improbidade administrativa dos arts. 2.° e 3.° da Lei 8.429. Compete esclarecer, *ab initio*, que o rol do art. 52 não é exaustivo, é exemplificativo, como é peculiar ao sistema de repressão da improbidade administrativa, havendo completa interação com a Lei 8.429/92, cujas fórmulas abertas de definição das espécies de improbidade administrativa e as relações exemplificativas respectivas (arts. 9.°, 10 e 11) permitem a inclusão de qualquer violação, por ação ou omissão, aos valores ali tutelados, bastando se ajustar aos elementos de cada definição de espécies de improbidade. A Lei 10.257/2001 não inovou no aspecto das sanções da improbidade administrativa, nem exclui a aplicação de outras sanções (civis, penais e administrativas), e, tampouco, indica em quais das três espécies de improbidade administrativa os casos enumerados no art. 52 se encaixam ou em quais sanções estão sujeitos os agentes públicos e particulares beneficiários ou partícipes. Para tanto, é mister perquirir se a situação de qualquer um dos incisos do art. 52 se amolda às definições de enriquecimento ilícito de agentes públicos no exercício de função pública, prejuízo ao patrimônio público ou atentado aos princípios da administração pública (arts. 9.° a 11 da Lei 8.429/92), e daí decorre a imposição das respectivas sanções conforme o ajuste da situação a uma das três espécies (art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92). Numa visão macroscópica da Lei 10.257/2001, a maioria dos incisos pode caracterizar prejuízo ao patrimônio público (incs. II, III, IV, V e VIII) ou atentado aos princípios da administração pública (incs. VI e VII). Assim, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o prefeito (assim também considerado o governador do Distrito Federal, porque o art. 51 estende as obrigações municipais à esfera distrital) incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 1992, nos casos arrolados no art. 52.

O inc. I, que foi vetado, considerava improbidade administrativa "impedir ou deixar de garantir a participação de comunidades, movimentos e entidades da

sociedade civil, conforme o disposto no § 3.º do art. 4.º desta Lei". O veto[6] deixou a descoberto o importante instrumento da gestão democrática urbana, desvalorizando a magnitude de expedientes de aumento dos níveis da transparência administrativa – verdadeiros antídotos da concepção ultrapassada de Administração Pública regida pela opacidade, pelo isolamento e pelo distanciamento, matrizes do desvio de poder, dos favorecimentos, das perseguições, da corrupção e da arbitrariedade –, consubstanciada em institutos contemporâneos de influência ou de partilha dos administrados e da sociedade no processo de tomada da decisão administrativa, como o estudo de impacto de vizinhança (arts. 36 a 38),[7] órgãos colegiados de política urbana, iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, além de audiências e consultas

[6] Nas razões do veto (Mensagem 730, de 10.07.2001), estampado está que "o art. 52, I, do Projeto prevê como improbidade administrativa a conduta de o prefeito 'impedir ou deixar de garantir a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil, conforme o disposto no § 3.º do art. 4.º desta Lei'. Esse parágrafo do art. 4.º estabelece o denominado controle social da aplicação dos recursos públicos. Sabe-se que o chamado controle social dos atos de governo tem natureza muito mais política do que jurídica, sendo certo que o seu preciso significado e alcance sempre ensejam controvérsias, de modo a dificultar sobremaneira a sua real efetivação. Resulta, então, que fixar como ato de improbidade a conduta de não garantir o controle social dos gastos públicos, de forma a sancionar os prefeitos com a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública e a indisponibilidade de bens em razão daquela conduta, significa incluir no ordenamento legal dispositivo de difícil interpretação e aplicação, em prejuízo da segurança jurídica. Mais uma vez o interesse público ficou contrariado, merecendo ser vetado o referido inc. I do art. 52 do Projeto".

[7] Similar ao estudo de impacto ambiental previsto na Constituição (art. 225 IV), o estudo de impacto de vizinhança é instrumento do regular e adequado desenvolvimento urbano, concentrando dados técnicos para viabilização imparcial e objetiva da operação consorciada, como precedente elemento obrigatório de seu respectivo processo, cuja falta implica nulidade. A Lei 10.257 transfere à lei municipal a tarefa de definição dos empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana dependentes da elaboração do estudo prévio de impacto de vizinhança para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal (art. 36), alargando sua admissibilidade a outras situações além da operação consorciada. O estudo de impacto de vizinhança deverá contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, de questões relativas (art. 37) ao adensamento populacional, aos equipamentos urbanos e comunitários, ao uso e ocupação do solo, a valorização imobiliária, a geração de tráfego e demanda por transporte público, a ventilação e iluminação, e a paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. Trata-se de instituto da boa gestão urbanística, cuja publicidade é essencial pela disposição para consulta, por qualquer interessado, dos documentos integrantes do estudo de impacto de vizinhança (art. 37, parágrafo único). Sua exigibilidade não tem o caráter supletivo ou fungível em relação à elaboração e à aprovação de estudo prévio de impacto ambiental, requeridas nos termos da legislação ambiental (art. 38). É exigível também nas operações consorciadas (art. 33, IV).

públicas (art. 43, Lei 10.257/2001) na gestão urbanística democrática, e os mecanismos da gestão orçamentária participativa, no âmbito municipal (audiências e consultas públicas), sobre propostas de plano plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e orçamento anual, condição obrigatória da aprovação do processo legislativo (art. 44, Lei 10.257/2001) – autêntico avanço, pelo caráter vinculado, em relação à facultatividade que dominava o art. 48 da LC 101/2000.

A falha legislativa, no entanto, pode ser superada pela aplicação da Lei 8.429/92 e de suas fórmulas amplas no combate à supressão da transparência administrativa. Amostra da incoerência da Lei 10.257/2001 é o veto do inc. I no cotejo com o inc. VI, não vetado, que considera improbidade administrativa o impedimento ou a supressão dos instrumentos da transparência (audiências públicas, publicidade e acesso à informação),[8] obrigatórios na elaboração e fiscalização da execução do plano diretor (art. 40, § 4.°, Lei 10.257/2001).

Superadas estas falhas, no geral, as novas figuras de improbidade administrativa são pertinentes e dão efetividade aos objetivos da lei.

5. A destinação ou tresdestinação de bem desapropriado ou adquirido por preempção

A desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública é medida extrema para garantia do cumprimento da função social da propriedade de imóvel não utilizado ou utilizado desconforme à lei específica. Significa sanção pelo mau uso da propriedade em desconformidade à sua função social. Seu pressuposto é, nos termos do art. 8.°, o decurso do prazo qüinqüenal de cobrança do IPTU progressivo e o inadimplemento da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização (arts. 5.° a 7.°). Presentes necessária e obrigatoriamente esses dois pressupostos, o Poder Público municipal tem a competência discricionária (poderá proceder, é a expressão legal) para desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública. Trata-se de exceção à regra do pagamento da justa e prévia indenização nas desapropriações em dinheiro (art. 5.°, XXIV, e art. 182, § 3.°, da CF), prevista na própria Constituição (art. 182, § 4.°, III).[9]

[8] Não obstante, pela Lei 8.429/92 a negativa de publicidade dos atos oficiais é considerada atentado aos princípios da administração pública – espécie de improbidade administrativa –, segundo o art. 11, IV, com a punição regulada no art. 12, III.

[9] A composição da indenização obedece a regras peculiares (art. 8.°, § 2.°): o *quantum* devido será a diferença entre o valor venal (base de cálculo do IPTU) e o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde ele se localiza após a notificação de que trata o § 2.° do art. 5.° e não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. O art. 8.°, § 2.°, I, é de duvidosa constitucionalidade ao eleger como valor da indenização o valor venal para fins de lançamento tributário do imóvel, contrastando com a regra da justa indenização, considerando que quando a Constituição a excepciona (arts. 182, § 4.°, III, e 243) não contempla tal medida. Com efeito, o art. 182, § 4.°, III, da CF é bem claro ao, prevendo o pagamento dessa

Consumada a desapropriação, o município assume a obrigação de promoção do adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público (art. 8.°, § 4.°). Por isso, não se justifica deixar de proceder, no prazo de cinco anos, ao adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público (conforme o disposto no § 4.° do art. 8.° desta Lei), ou seja, a obrigação de promoção do adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público (art. 52, II). Ora, se o Poder Público desapropriou, vincula-se ao motivo determinante, sob pena de gasto de dinheiro público inútil. Note-se que o adequado aproveitamento do imóvel à sua função social exige a prévia presença de lei municipal (art. 5.°), e a desapropriação pressupõe o esgotamento dos meios precedentes de exigibilidade da imposição administrativa. Quando exauridos (arts. 5.° a 7.°), a desapropriação revela, no fundo, auto-executoriedade da imposição administrativa decorrente de lei, compelindo o Poder Público, no prazo referido, ao cumprimento do fim que motivou sua competência. Porém, a lei introduziu nova modalidade de destinação do bem expropriado a terceiro, ao facultar que o aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado por meio de alienação ou concessão a terceiros mediante licitação (art. 8.°, § 5.°), mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5.° as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5.° (art. 8.°, § 6.°).

Por outro lado, a novidade contundente é o direito de preempção instituído nos arts. 25 a 27. Não que o direito de preempção seja inovação no direito brasileiro, mas a novidade é a sua serventia como instrumento da intervenção estatal no domínio privado para cumprimento da função social da propriedade. Consiste na atribuição de preferência ao Poder Público municipal para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares (art. 25), mediante a observância dos seguintes requisitos: a) inclusão do imóvel em área de incidência do direito de preempção, delimitada em lei municipal específica baseada no plano diretor (art. 25, § 1.°); b) limite máximo qüinqüenal de eficácia da lei específica e sua renovação ânua automática até esse limite máximo (art. 25, § 1.°); c) exercício do direito de preempção durante o prazo de eficácia, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel (art. 25, § 2.°). A finalidade do direito de preempção (art. 26) é a necessidade de áreas pelo Poder Público para regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes e de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental, proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.[10] Compete à lei municipal específica a vincula-

desapropriação para cumprimento da função social da propriedade por meio de títulos da dívida pública, assegurar "o valor real da indenização e os juros legais".

(10) O inc. IX do art. 26 foi vetado. "O art. 26, inc. IX, do projeto, estabelece que o direito de preempção previsto no art. 25 poderá ser exercido sempre que o Poder Público

ção de cada área de incidência da preempção em cada uma ou mais das finalidades (art. 26, par. ún.).

Por isso, se o Poder Público utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei (art. 52, III), é por que o motivo ou a finalidade estavam dissociados do objeto, com ou sem intenção de prejudicar o particular, mas com a perspectiva de promoção de dispêndio de recursos públicos para fins diversos à política urbanística desenvolvida pelo município.

6. Desvio de recursos auferidos pela ampliação de vantagens aos particulares

Mediante previsão das áreas no plano diretor, o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado (relação entre a área edificável e a área do terreno, que poderá, segundo o plano diretor, ser único para toda a zona urbana, ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana), mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (art. 28). Para evitar o descontrole do crescimento urbano e a irresponsabilidade urbanística, cabe ao plano diretor a definição dos limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área (art. 28, § 3.º). Também o plano diretor pode discriminar áreas em que, com base no poder discricionário, será permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (art. 29). Além disso, lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando (art. 30) a fórmula de cálculo para a cobrança, os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga e a contrapartida do beneficiário.

A obtenção da receita resultante da adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso é vinculada às finalidades que animam o direito de preempção (arts. 26, I a IX, e 31), razão pela qual a aplicação dos recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 da Lei (art. 52, IV) é improbidade administrativa lesiva ao erário na medida em que a desvinculação da finalidade específica implica gasto irresponsável de recursos públicos estranhos à regra de competência.

necessitar de áreas para 'outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no plano diretor'. Ora, o direito de preempção previsto no projeto consubstancia-se em instrumento limitador do direito de propriedade e, como tal, deve ser posto à disposição do Município tão-somente em hipóteses expressamente previstas em lei, de forma a proteger o cidadão contra eventuais abusos do Poder Público. No caso, como se observa, o inc. IX traz regra genérica e aberta que autoriza a utilização do direito de preempção em casos a serem definidos no plano diretor. Essa norma, portanto, contraria o interesse público de evitar a discricionariedade do Poder Público em matéria de direito fundamental, como o da propriedade" (Mensagem 730).

Nessa rubrica também se inclui o desvio de recursos obtidos com operações consorciadas. Mediante previsão em lei específica, tendo como fundamento o plano diretor, poderão ser delimitadas áreas para operações consorciadas (art. 32), conceituadas no § 1.º do art. 32 como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental, em que são admitidas, em rol exemplificativo, medidas tendentes à modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente e a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente (art. 32, § 2.º, I e II).

A lei específica de aprovação da operação consorciada deverá ser instruída com plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo, os requisitos obrigatórios do art. 33: a definição da área atingida, programa básico de ocupação da área e de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação, finalidades da operação, estudo prévio de impacto de vizinhança, contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incs. I e II do § 2.º do art. 32 da Lei, forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil. Da mesma maneira, a receita obtida com a contrapartida é vinculada à aplicação exclusiva na própria operação urbana consorciada (art. 33, § 1.º). Os requisitos exigidos no art. 33 preocupam-se com o impacto urbanístico, sendo válidos o estudo prévio de impacto de vizinhança, a requerer a observância de critérios técnicos na adoção da operação consorciada, e o seu controle obrigatório compartilhado com representação da sociedade civil. O grande problema é que a operação possibilita a regularização de operações desconformes (art. 32, § 2.º, II), legitimando construções e edificações anteriores irregulares, preceito reforçado pela norma do art. 33, § 2.º, que torna nulas as licenças e autorizações expedidas em desacordo com o plano de operação consorciada a partir da aprovação da lei específica conexa.

De outra parte, a lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, alienáveis em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação (art. 34). Tais certificados serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação (art. 34, § 1.º), e, apresentado pedido de licença de construir, será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada (art. 34, § 2.º).

Contempla a lei, ainda, a figura do consórcio imobiliário, pelo qual o Poder Público municipal poderá facultar ao proprietário de área atingida pela obrigação a edificação, a utilização ou o parcelamento compulsório, a requerimento deste, o

estabelecimento de consórcio imobiliário como forma de viabilização financeira do aproveitamento do imóvel. Trata-se de operação concertada entre o Poder Público e o particular, sendo conceituada (art. 46, § 1.º) como a forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio da qual o proprietário transfere ao Poder Público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas, cujo valor será correspondente ao valor do imóvel antes da execução das obras (observado o disposto no § 2.º do art. 8.º da Lei).

De tal sorte que, pelos mesmos fundamentos dedicados ao inc. IV do art. 52, a aplicação dos recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1.º do art. 33 da Lei é ato ímprobo (art. 52, V), pois tais receitas têm uso regular e exclusivo na própria operação consorciada.

7. Frustração da transparência administrativa do plano diretor

Entre os princípios específicos do plano diretor merece realce a garantia de ampla transparência no processo de elaboração e na fiscalização de sua implementação. Os Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito municipal, devem prestígio à transparência por mecanismos de publicidade, acessibilidade e participação popular, mediante a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (art. 40, § 4.º, incs. I, II e III).[11] Desse modo, impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incs. I a III do § 4.º do art. 40 desta Lei (art. 52, VI) é grave atentado aos princípios da administração pública, notadamente publicidade e participação popular como expoentes da transparência, cujas múltiplas funções são reverberadas como essenciais ao Estado Democrático de Direito: controle e fiscalização, legitimidade do poder, aproximação da população, eficiência, objetividade, imparcialidade etc.

8. Inexistência ou supressão de revisão do plano diretor

O cumprimento da função social da propriedade urbana tem como parâmetro o atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (instrumento de estatura constitucional – art. 182, § 2.º, da CF), assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (art. 39).

[11] O art. 40, § 5.º foi vetado ("é nula a lei que instituir o plano diretor em desacordo com o disposto no § 4.º") por alegada violação ao princípio federativo assegurador da autonomia municipal incidente no processo legislativo municipal, que se submete somente aos princípios da Constituição Federal e da Constituição Estadual (art. 29 da CF).

Exsurge o plano diretor (aprovado por lei municipal) como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 40, que repete o art. 182, § 1.º, da CF), e sua importância é medida pela sua integração ao processo de planejamento municipal e pela extensão de seus efeitos ao plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, que devem incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas (art. 40, § 1.º). Para cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido (art. 41, § 2.º). Com esse porte, é obrigatório para cidades (art. 41) com mais de vinte mil habitantes,[12] componentes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da CF (arts. 5.º a 8.º, da Lei 10.257/2001), integrantes de áreas de especial interesse turístico, ou inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Municípios que estejam enquadrados na obrigação prevista nos incs. I e II do art. 41, que não tenham plano diretor aprovado na data de entrada em vigor da lei, deverão aprová-lo no prazo de cinco anos (art. 50).

São princípios específicos do plano diretor sua integralidade em relação ao território municipal, não se admitindo fracionamento (art. 40, § 2.º), sua revisão decenal, no mínimo (art. 40, § 3.º), e a garantia de ampla transparência no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais, mediante a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (art. 40, § 4.º, I, II e III). Por outro lado, o plano diretor tem requisitos mínimos a serem observados para valer como instrumento de política urbana (art. 42).[13]

Para fins do art. 52, VII, considera-se a ausência da tomada de providências necessárias para instituição do plano diretor obrigatório e de sua revisão decenal improbidade administrativa (na modalidade de atentado aos princípios da administração pública) caracterizada pela falta de remessa do projeto de lei, pela violação indébita do devido processo legislativo (supressão da oitiva da população, por exemplo), pela remessa incompleta de projeto de lei etc.

9. Aquisição superfaturada de bem pela preempção

O exercício do direito de preempção reservado ao município tem por base a obrigação do proprietário do imóvel incidente de notificar sua intenção de alienar

(12) Neste sentido, o art. 182, § 1.º, da CF.

(13) A delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização; disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 (direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, operações consorciadas, transferência do direito de construir); sistema de acompanhamento e controle.

o imóvel. A notificação feita implica o prazo máximo de trinta dias para que o município manifeste, por escrito, seu interesse na compra (art. 27), sob pena de, no silêncio, reputar-se autorizado o proprietário a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada (art. 27, § 3.º).[14] A notificação deve ser acompanhada, para regularidade da preempção ou da sua recusa, da proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, contendo, obrigatoriamente, preço, condições de pagamento e prazo de validade (art. 27, § 1.º). Recebida a notificação, o município tem o dever de publicação, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da recepção da notificação e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada (art. 27, § 2.º), para controle e fiscalização. Para evitar fraude ao direito de preempção, se concretizada a venda a terceiro, pressupondo o desinteresse explícito ou implícito da administração municipal, o proprietário fica obrigado a apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel (art. 27, § 4.º), pois a alienação processada em condições diversas das da proposta apresentada é nula de pleno direito (art. 27, § 5.º), situação na qual o Poder Público poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele (art. 27, § 6.º).

O Poder Público, no entanto, não pode em suas relações negociais pagar senão o justo preço, como medida de responsabilidade fiscal e boa gestão dos recursos públicos, evitando o desperdício e o malbaratamento, de maneira que adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 da Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado (art. 52, VIII), é improbidade administrativa com clara lesividade ao erário (repercussão patrimonial ou financeira negativa) – simétrica à previsão do art. 10, V, da Lei 8.429/92 e do art. 4.º, V, *b*, da Lei 4.717/65.

A lei veda o superfaturamento. O que não foi regulado na lei é a apresentação de notificação com proposta de compra superfaturada, de maneira a, artificialmente, inibir o Poder Público do direito de preempção. Ora, havendo necessidade do exercício da preempção, o Poder Público deve pagar o justo preço, razão pela qual deve repudiar explicitamente preço superfaturado, sob pena de improbidade administrativa (art. 10, V, da Lei 8.429/92), não devendo ficar à mercê de expedientes escusos frustrantes do interesse público indisponível e supremo, consubstanciado na necessidade de adquirir o bem para execução da política urbanística. A matéria, portanto, coloca-se dentro do art. 27, §§ 5.º e 6.º.

[14] Censurável a previsão de recusa implícita do exercício da preempção. Repugnante o silêncio eloqüente no âmbito do direito administrativo porque estimula a má gestão da *res publica*, justamente quando o princípio prevalente no direito brasileiro é o da motivação dos atos estatais (arts. 48 a 50, Lei 9.874/99).

2. ESTUDOS

2.1

DO REGISTRO DO PROTESTO CONTRA A ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS

DÉCIO ANTÔNIO ERPEN

SUMÁRIO: 1. Do protesto no direito imobiliário: 1.1 Evolução – 2. Dos protestos em geral – 3. Das cautelares específicas no Registro Imobiliário – 4. Dos princípios da concentração e da inscrição – 5. Registro ou averbação – 6. Publicação de editais – 7. Dos recursos do protesto concedido ou denegado – 8. Vedação de se alienar (escriturar ou de registrar) – 9. Pressupostos e extensão do protesto – 10. Protesto contra a venda de bens móveis – 11. Conclusão.

1. Do protesto no direito imobiliário

1.1 Evolução

Existe um vezo secular atinente ao Protesto Contra a Alienação de Bens, relativamente à sua inscrição no Registro Imobiliário e que só encontra explicação se feita uma digressão histórica em torno do direito imobiliário. Senão vejamos.

Descoberto o Brasil, todo o território pertencia à Coroa Portuguesa. O desmembramento se iniciou com as Cartas de Sesmarias, originariamente pelos donatários; depois pelos Governadores (*ut* Afrânio de Carvalho). Tal sistema perdurou até a Independência do Brasil, em 1822. Em 1850 é que surge o primeiro ato legislativo – Lei 601 – que legitimou as posses, exigindo seu registro, no chamado Registro do Vigário. Os ocupantes de terras devolutas deviam registrar suas posses para desmembrá-las do território do domínio público. Prosseguia, sem maiores percalços, o avanço da propriedade privada, o que convinha ao Governante, exatamente para tornar efetiva a posse do território. Tal prática foi extremamente decisiva quando da invocação do princípio *uti possidetis*, dando a configuração definitiva no território nacional.

Em 1843 é criado o Registro de Imóveis, através da Lei Orçamentária 317, denominando-se Registro Hipotecário, mas que não apresentava confiabilidade, pois não adotara os princípios da especialidade e publicidade. Para suprir a lacuna, sobreveio a Lei Hipotecária (Lei 1.237, de 1864), de grande alcance, proclamando que a propriedade imobiliária era adquirida pela "transcrição" do título.

Observo que no Brasil, a rigor, o Registro Hipotecário antecedeu o Registro Imobiliário, ou seja, o instituto do crédito era mais importante que o instituto da propriedade.

A Lei Hipotecária, que foi um grande avanço para o Registro Imobiliário, tornou obrigatório o registro dos atos relativos à transmissão de bens de raiz, por atos *inter vivos* e a constituição de direitos reais. Deixou fora, propositadamente, os atos judiciais e a transmissão *causa mortis*, isso porque a publicidade se daria nos Foros ou nas Repartições onde se efetivara a partilha.

Para trazer a lume, exclusivamente, a legislação significativa, expresso que o Registro Torrens, adotado em 1890, era facultativo, assim que, somente com a entrada em vigor do Código Civil, em 1917, é que todos os atos de transmissão de propriedade ou instituição de direitos reais sobre coisas alheias passaram a ser obrigatórios. Iniciou-se, então, um sistema orgânico porque, obrigatório e abrangente, passou o Registro Imobiliário a exercer sua grande missão política, não truncando sua função econômica.

A Lei dos Registros Públicos, que foi o documento legal mais importante depois do Código Civil, em 1973, a rigor, alterou, substancialmente a técnica registral, em adotando a matrícula, ou seja, outorgando caráter real ao ato registral, mantendo, todavia, a idéia central do Código Civil no tocante ao regime jurídico da propriedade imobiliária, que se adquire pelo registro (antiga transcrição).

Com esse breve lembrete da evolução histórica se conclui que os protestos judiciais, seja qual fosse sua natureza, até a entrada em vigor do Código Civil, não eram passíveis de registro porque os foros se constituíam, à época, igualmente, em órgãos de publicidade. Aí o vezo dos juristas, que mantiveram a prática dos rábulas, em promovendo o protesto e o guardando em suas gavetas para utilizá-lo quando conviesse. Mas ignorado da comunidade, também porque não tinha eficácia estabelecida no tempo. Era perpétuo e indefinido. Sem tempo para o exercício de eventual direito. Autêntica espada de Dâmocles, ou armadilha jurídica.

2. Dos protestos em geral

Até 1939, cada Estado tinha seu Código de Processo Civil. Valho-me do adotado em meu Estado – o do Rio Grande do Sul – na suposição de que o mesmo conteúdo tenha sido consagrado nos demais Estados co-irmãos.

A Lei 65, de 15.01.1908, trazia na Seção II disposições em torno dos "Protestos em Geral". O art. 793 tinha a seguinte redação:

"Tomado por termo, o protesto será intimado às partes e interessados, ou pessoalmente se conhecidos e presentes, ou por edital se forem desconhecidos ou ausentes".

Adiante estabeleceu que seriam utilizados nas ações competentes. Não especializou o Protesto Contra a Alienação de Bens.

Já o Código de Processo Civil de 1939, editado pela União, uniformizando a matéria processual em todo o território nacional, dispôs o tema no Título X, dedicando diversos preceitos e constantes do art. 720 *et seq.*

O art. 720 prevê a possibilidade de se formalizar o protesto, quando seria "notificado quem de direito". Adiante, vedou o contraprotesto. Já, o art. 723 expressou:

"Feitas as notificações, o protesto será entregue ao peticionário 48 (quarenta e oito) horas depois, independente de traslado, salvo se, dentro desse prazo, a parte interessada houver pedido certidão".

Vedou, expressamente, a prática de se impedir "a formação de contrato ou a realização de negócio lícito" (art. 721). Não se referiu, especificamente, ao Protesto Contra Alienação de Bens.

O atual Código de Processo Civil – Lei 5.869, de 11.01.1973 – disciplinou a matéria no Livro III – Do Processo Cautelar.

Relativamente aos Protestos, Notificações e Interpelações, dedicou o Código de Procedimentos os arts. 867 a 873.

Praticamente copiou o dispositivo de 1939 no que pertine à possibilidade de protesto para "prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal" (art. 867).

A novidade maior se encontra no art. 870, I, que prevê a publicação por editais, "se o protesto for para conhecimento do público em geral, nos casos previstos em lei, ou quando a publicidade seja essencial para que o protesto, notificação ou interpelação atinja seus fins".

O par. ún. do art. 870 faz expressa referência ao tema ora enfocado, expressando:

"Quando se tratar de protesto contra a alienação de bens, pode o juiz ouvir, em 3 (três) dias, aquele contra quem foi dirigido, desde que lhe pareça haver no pedido ato emulativo, tentativa de extorsão, ou qualquer outro fim ilícito, decidindo em seguida sobre o pedido de publicação de editais".

De tudo se deduz que o legislador especializou esse tipo de protesto e lhe deu certo caráter de contenciosidade para evitar seja ele abusivo. A publicação de editais somente pode se dar "quando a publicidade seja essencial para que o protesto 'atinja seus fins'" (art. 870, I).

Aí a sabedoria do preceito.

O objetivo do edital é dar ciência inequívoca a toda comunidade.

Sabe-se, e disso temos tratado, que há duas modalidades de publicidade: a) através dos órgãos específicos, previstos em lei, na chamada publicidade passiva (ofícios registrais, repartições); b) órgãos precários, ou publicidade ativa, na falta de um órgão específico de publicidade. Isso ocorre com os editais, avisos, anúncios, em especial convite para licitação, venda judicial, leilão etc.

Ora, se temos um órgão específico para noticiar todas as alterações subjetivas do titular do bem imóvel, e objetivas relativas ao mesmo, não há por que se valer

de um órgão precário, que tem se prestado, muitas vezes, para tipificar hipóteses que o próprio legislador previu: "ato emulativo, tentativa de extorsão, ou qualquer outro fim ilícito (...)".

Em se cuidando de imóveis, devendo as certidões integrar futuro ato jurídico, prestam-se elas a alertar o futuro adquirente de eventual óbice ou restrição. Sendo cogente a presença da certidão imobiliária, eventual protesto ficará consignado na mesma, o que alertará eventual interessado.

3. Das cautelares específicas no Registro Imobiliário

A Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73) e que é posterior ao Código de Processo Civil, este com vigência a partir de 1.º.01.1974, e aquela, a partir de 1.º.01.1976, prevê o registro de cautelares na matrícula do imóvel. Isso ocorre relativamente às penhoras, arrestos e seqüestros (art. 167, n. 5); citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis.

Foi mais abrangente, ao dispor, no art. 246, a possibilidade ampla de averbação quando houver alteração no registro. Já no art. 247 cuidou da disponibilidade de bens, prevendo a averbação, isso porque a indisponibilidade nasce ante previsão expressa de lei, e, de regra, por ato estatal feito publicar no *Diário Oficial*, órgão de publicidade dos atos oficiais.

Quero chegar à conclusão que o sistema processual passou a exigir o registro dos atos judiciais, na sua totalidade, para efeitos de publicidade *erga omnes*, abandonando a sistemática anterior ao Código Civil, onde o aldeão sabia de tudo o que ocorria no seu meio social, através de uma publicidade muito primitiva. Não vejo nenhuma razão, nem de bom senso, nem jurídica, a autorizar a conclusão de que o protesto contra a alienação de bens não tenha espaço para ser inscrito. Antes pelo contrário.

Releio o art. 870, I, do CPC: "Se o protesto for para conhecimento do público em geral, nos casos previstos em lei, ou quando a publicidade seja essencial (...)".

O protesto, para tornar inequívoca a vontade do pleiteante frente a outro contratante, sem dúvida, não carece de publicidade. Aí, sim, os autos serão entregues à parte interessada, incidindo o disposto no art. 872. Mas quando objetiva alertar toda uma comunidade e não havendo órgão específico de publicidade, possível a publicação de editais. Caso contrário, a publicidade se dará no órgão específico, ou seja, em se tratando de imóveis, no Registro Imobiliário; em se cuidando de navios ou aeronaves, no Registro respectivo.

4. Dos princípios da concentração e da inscrição

Com a edição da Lei 6.015/73, em se cuidando de imóveis, adotou-se em substituição à transcrição – que era pessoal e cronológica – a matrícula (eminentemente real), onde deve se concentrar todos as alterações subjetivas e objetivas,

relativas aos titulares e ao imóvel em si. Tudo, sem exceções, pena de ser o sistema incompleto.

Se alguma dúvida houvesse a respeito, uma análise sistemática solveria o impasse. Invoco, ao ensejo, a Lei 7.433/85, chamada Lei das Escrituras Públicas, que diz quais os documentos necessários à lavratura do ato notarial, dispondo, no art. 1.°, § 2.°, a consignação obrigatória das "(...) certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais (...)".

O Dec. 93.240/86 regulamentou a mesma lei, dizendo que as certidões são expedidas pelo Registro Imobiliário competente.

Ora, a certidão – agora integradora do ato jurídico – objetiva dar ciência ao adquirente de toda situação jurídica do imóvel, incluindo as cautelares. Do contrário, não haveria necessidade de aludir aos "feitos ajuizados", porque deles é que nascem as penhoras, arrestos, seqüestros, citações em ações reais. E também os protestos, como medidas preventivas de direito.

Essa posição do legislador é suficiente para consagrar o princípio da concentração, se outros precedentes legislativos não existissem, como, *v.g.*, a prevalência da locação, em caso de alienação, se houver inscrição no Registro Imobiliário etc.

Havia três exceções, no sistema jurídico, de situações jurídicas, que estavam excluídas de inscrição, porque, ou prevalecia a publicidade natural, ou porque a publicidade se dava de forma genuína. Na primeira hipótese, trago o caso da posse *ad usucapionem*, que existe independente de registro, seguindo-se da servidão aparente e contínua. Sendo direitos reais visíveis e contínuos, dispensados estão de registro, para fins de oponibilidade. O registro se faz necessário somente para fins de disponibilidade. A outra exceção, reside na desapropriação, pois o ato de declaração de utilidade pública estaria gerando a ficção de conhecimento, com a publicação do ato estatal, na Imprensa Oficial.

Recentemente surgiu um fato jurídico novo. A Lei 9.785, de 29.01.1999, dispondo sobre a desapropriação, consignou, no art. 2.°, que fica alterada a Lei 6.015/73, no seu art. 167, I, quando acrescenta mais um caso de registro:

"36 – da imissão provisória da posse (...)".

Adiante, cogitou a lei, do registro da sentença proferida no processo de desapropriação, junto ao Registro Imobiliário, prestigiando-o sobremaneira.

Quero concluir que o próprio legislador, que não se submetia ao sistema registral porque entendia que a publicidade de seus atos se dava através da Imprensa Oficial, e também porque se cuidava de ato de império, passou a exigir a inscrição dos mesmos, nos Registros Públicos Civis, com o escopo de proteger terceiros de boa-fé. Prestigiou, sobremaneira, o sistema registral.

Isso está a ocorrer, igualmente, nas chamadas cautelares fiscais, das quais cuidarei noutra oportunidade.

Denota-se, assim, a tendência de se abandonar a publicidade natural, para se consagrar, de forma definitiva, o princípio da inscrição. Segundo ele, todos os

atos e fatos jurígenos devem ser inscritos no sistema registral, com isso, munindo a Comunidade de elementos aptos a outorgar confiável a publicidade registral e com isso tornar efetiva a segurança jurídica.

Como em nenhum momento exigiu o legislador certidão judicial da distribuição, e sim, certidão emanada pelo Registro de Imóveis, tenho que, pode haver ineficácia do protesto frente a terceiros, se não inscrito o mesmo no Álbum Imobiliário. E se a conduta do Registrador advém de norma superior, não afasto a hipótese de responsabilidade civil do Estado pela adoção de norma que afronta o sistema publicitário.

5. Registro ou averbação

Penso que tal discussão é essencialmente uma questão de técnica. Segundo a melhor doutrina, o rol dos casos de registro é exaustivo. Vale-se, então, do permissivo no art. 246 da Lei Registral para se averbar. O importante é que haja a notícia do Protesto Contra a Alienação de Bens para evitar que terceiros de boa-fé sejam atingidos.

A discussão era importante na vigência das antigas transcrições, isso porque as averbações se davam "à margem" de um registro. Hoje, com a adoção da matrícula, tanto os registros como as averbações ocorrem na mesma, diferenciando-se, somente, em seu conteúdo.

Sem dúvida, estamos diante de uma autêntica publicidade-notícia, bem diversa da publicidade constitutiva.

6. Publicação de editais

A publicação de editais é matéria jurisdicional, mas não dispensa a inscrição (*lato sensu*) do mesmo protesto, exatamente para conhecimento de terceiros que venham procurar notícias da situação jurídica de um imóvel e de eventual alteração subjetiva. Aí é o caso de dupla publicidade.

O juiz só pode deferir a publicação dos editais quando isso se fizer absolutamente necessário, pena de se incorrer nos inconvenientes que o legislador quis coibir: se prestar à extorsão ou outros objetivos escusos. Aventa a lei, inclusive, a um sumário contraditório, para deferimento ou não, dos editais. A publicação não fica ao alvedrio da parte requerente. A prática tem demonstrado que levam eles a terríveis inconvenientes, exatamente pela abusividade no exercício do direito.

Com a publicação ou não dos editais, sempre há que se valer, também, do órgão publicitário específico, isso em se cuidando de imóvel, pena de se fracionar o sistema.

Não se pode olvidar que o instituto do Protesto Contra a Alienação de Bens objetiva, fundamentalmente, alertar terceiros de boa-fé. Outros protestos podem ter a finalidade de expressar a vontade do seu autor, ou tipificar uma situação jurídica.

7. Dos recursos do protesto concedido ou denegado

Reina grande dissenso em torno da recorribilidade, ou não, da decisão que concede ou denega o protesto contra a alienação.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, sendo relator o eminente Min. Sálvio de Figueiredo (RMS 9.570-0, *Boletim do Superior Tribunal de Justiça* n. 13), admitiu o mandado de segurança como remédio contra o ato judicial ante ausência de previsão legal de recurso.

O TJRS, em especial a 6.ª Câm. Civ., que integro, tem admitido o agravo de instrumento. E, se for o caso, tem deferido liminar, tornando o recurso tão ágil quanto o *mandamus*, sem quebrar o sistema recursal. Mas, não se pode negar que reina grande divergência. Theotonio Negrão, em notas de rodapé, traz sugestivos precedentes.

Tenho que qualquer uma das vias eleitas se constitui em autêntica conquista para tutela do direito do requerido. E ambos os expedientes possuem justificativa no sistema. Se o protesto deferido fere, acintosamente, direito líquido e certo da parte requerida, a via mandamental encontra respaldo, também porque não há previsão legal de recurso específico, pois não instaurada a lide. Não há contraditório instaurado. Não há que se falar em recurso. Mas o patrimônio da parte requerida fica anestesiado.

Se o requerido porta um bom direito, não na eloqüência de um direito líquido e certo, mas analisado, criteriosamente, merece tutela judicial, possível o exame pela via recursal, com isso instaurando-se um contraditório sumário. Mas que encontra respaldo no sistema legal.

8. Vedação de se alienar (escriturar ou de registrar)

Assaz importante frisar que o Protesto Contra a Alienação de Bens não se presta a tornar indisponível o patrimônio do requerido. Se as medidas cautelares específicas não têm essa eficácia, com sobradas razões isso não pode ocorrer num protesto genérico, quando, muitas vezes, sequer há sentença condenatória. Cuida-se de medida cautelar quando inexiste título passível de execução.

O legislador atentou a tal circunstância, a ponto de consignar, no art. 869 do CPC, que o juiz indeferirá o pedido, quando o protesto "(...) possa impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito".

Não se cuida, pois, de declaração de indisponibilidade, nem de vedação de realização de negócio, que poderá ficar comprometido diante do princípio da prioridade. O negócio feito sob protesto é válido, com possibilidade de se questionar, no futuro, a eficácia, relativamente ao autor do protesto. Não se adentra no campo da proibição da lavratura de ato, nem de sua validade. Cuida-se de reserva, apenas, para uma eventualidade. A prática tem demonstrado, e isso é assaz preocupante, que o bem, alvo de protesto, fica em estado letárgico. E o requerido, sob suspeita em suas transações.

De regra, tais protestos advêm antes de um processo de conhecimento ou no seu curso.

Não posso deixar de consignar precedente advindo da 6.ª Câm. Civ. do Tribunal de Justiça de nosso Estado, em julgamento que participei, sendo relator o eminente Des. Osvaldo Stefanello, que traz significativa passagem doutrinária estampada pelo Prof. Galeno Lacerda (*Comentários*, Forense, vol. VII, t. II, p. 496 *et seq.*) e da lição de Pontes de Miranda (*Comentários*, 1973, vol. XII, p. 336) do seguinte teor:

"Não pode, pois, o juiz admitir protesto, notificação ou interpelação que implique ordem de fazer ou não fazer ou que de qualquer forma, mesmo indiretamente, importe modificação, constituição ou extinção de direito, ou, ainda coação sobre a vontade de outrem. Medidas voluntárias dessa natureza, emitidas em procedimento unilateral, não contêm essa espécie de eficácia; delas resulta apenas impedimento de caráter psicológico, sem efeito jurídico impeditivo" (ApCiv 598125714).

9. Pressupostos e extensão do protesto

O requerente deve demonstrar que o (futuro) devedor está a comprometer futura execução. Além de um suposto direito, pois, o risco iminente.

Mas não fica aí a particularidade do instituto. Há que se atentar para o princípio da especialidade. Não se protesta contra a alienação de todo e qualquer bem que integre o patrimônio. Salvo se a universalidade for insuficiente a garantir futura execução. Do contrário, há que se especializar determinado bem, pena de se tornar a medida abusiva. O direito deve ser exercitado *civiliter*.

Há casos em que os tribunais têm deferido dano moral diante de protesto abusivo, em especial quando se alega que o requerido está em lugar incerto ou não sabido e não sendo tal assertiva correta. Sem prejuízo, por suposto, de danos materiais. Em caso de empresa, o protesto abusivo pode provocar sua ruína. Aí, o dano é material.

Em defesa dos requerentes, alega-se que a publicação de editais, quando abusiva, se dá sob os auspícios do Estado, ante o crivo do Judiciário. Se o pedido é abusivo, ao juiz compete indeferir ou podar algum excesso, promovendo eventual adequação.

10. Protesto contra a venda de bens móveis

As coisas se complicam quando se cuida de se acautelar contra futuro devedor, que seja proprietário somente de bens móveis.

Sabe-se que a posse induz à presunção de domínio. Com isso, o possuidor pode alienar o bem, prevalecendo a teoria da aparência. O terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado.

Penso que, em se tratando de bem de fácil circulação, inviável o protesto para o fim almejado. Quando se cuida de penhora, arresto ou seqüestro, o correto é retirar o bem do comércio, exatamente em homenagem da teoria da aparência, isso porque a posse leva à presunção de domínio. Os terceiros de boa-fé não podem ser prejudicados na interação social.

Isso justifica o preceito contido no art. 666 do CPC, que diz:

"Se o credor não concordar em que fique como depositário o devedor, depositar-se-ão:

I – No Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em um banco (...)".

Os três incisos dizem respeito a bens móveis, deixando clara a posição do legislador de retirar do comércio quantias em dinheiro, pedras, metais preciosos, papéis de créditos e móveis, o que somente é explicável se compreendido o regime jurídico da propriedade mobiliária.

Não consigo divisar um saudável espaço para se truncar a vida do devedor e dos terceiros de boa-fé, em colocando sob suspeita toda e qualquer alienação de bens móveis, de fácil circulação.

Todavia, em se cuidando de veículo automotor, possível construir-se dentro do sistema, um mecanismo apto a alertar terceiros de eventuais riscos. Em se cuidando de bem de expressivo valor, possível a publicidade, através de editais, com ampla publicidade. Os riscos dos editais residem na circunstância de ser essa publicidade fugaz e instantânea. Publicado o edital num periódico – lido ou não – já no dia seguinte é ignorado. Mas gera a ficção de conhecimento e, com isso, pode se prestar a casos de iniqüidade.

As ficções legais são necessárias à construção do sistema jurídico. No caso da publicidade registral, gera ela a ficção de conhecimento *erga omnes*. Essa ficção é indispensável para a estruturação do sistema jurídico. Mesmo para o caso de publicação de editais. Ninguém pode alegar seu desconhecimento. Mas em se cuidando de bens móveis, parece-me assaz perigosa a incidência da ficção legal de conhecimento. Como compelir toda uma população a ler determinado periódico, exatamente em editais ou avisos, sem nenhum atrativo?

O ponto de equilíbrio deve ser encontrado. Não podemos exigir que um paulista conheça os editais publicados em periódico gaúcho. Contudo – pondera-se – é uma temeridade adquirir-se, em São Paulo, um veículo lotado no Rio Grande do Sul, sem que se faça, no mínimo, sumária investigação. Como os editais integram a chamada publicidade precária, deve-se encontrar um meio de se perpetuar o ato, em algum órgão que permita futura busca por parte de algum interessado.

Penso que se está dentro de um vazio do sistema e que deve ser suprido. Do contrário, o sistema estará a serviço da insegurança jurídica.

Não tenho a menor dúvida que, em se cuidando de venda de bem móvel com reserva de domínio, alienação fiduciária, *leasing* ou outro direito sobre coisa alheia, que tenha sido alvo de registro, o protesto seja inscrito no *Ofício de Títulos e Documentos* onde se deu o registro originário. Se duplo, porque o domicílio do credor é

diverso do devedor, em ambos deve figurar eventual cautelar. Quando o bem móvel passou ao regime da publicidade artificial, substituindo a precariedade da natural, passa a situação jurídica do bem a se submeter ao princípio da inscrição.

Não há o menor respaldo jurídico pretender-se inscrever o protesto no Detran, por duas razões fundamentais. A primeira, porque não há previsão legal. Se a publicidade registral existe para outorgar a segurança jurídica, a identificação do órgão deve ser inequívoca, exatamente para ser segura. A segunda, porque o registro no Detran é da aquisição já efetivada, e para fins administrativos, ou seja, para legitimar a circulação do veículo. Ora, se um terceiro de boa-fé adquiriu um veículo, efetivada a tradição, consumada a venda, eis que superados os três planos (existência, validade e eficácia), como deixar de autorizar sua circulação diante de um ato de protesto preexistente, mas que o adquirente de boa-fé ignorava? O protesto existe para alertar o adquirente, e não para puni-lo.

A segurança jurídica somente será alcançada quando for institucionalizada a propriedade do veículo automotor, com registro constitutivo, e precisados os órgãos de publicidade. E, cuidando-se de um registro civil, de direito material, caberá a órgãos que integram o sistema publicitário fazê-lo. Nunca o Detran, que exerce funções meramente administrativas. O Detran, nos casos de registro de alienação, recebe um fato consumado, daí por que despicienda qualquer diligência junto ao mesmo, para obstar futuro registro. Nem para fins de publicidade-notícia.

Todavia, se o veículo automotor se inseriu no sistema registral através dos institutos da alienação fiduciária ou *leasing*, o Ofício de Títulos e Documentos passou a ser seu órgão de publicidade. Bastaria sua inscrição para alertar terceiros. A publicidade estaria gerada.

11. Conclusão

No momento em que a interação social se intensifica, maior é a sede de segurança jurídica. Os negócios mobiliários ou imobiliários não se prestam mais a aventuras ou riscos. A propriedade mobiliária passou a ter grande expressão monetária, por vezes superando a imobiliária. Há que se munir a Comunidade de um mecanismo ágil, seguro e absolutamente confiável relativamente às situações jurídicas dos bens (móveis ou imóveis) e negócios. O Registro de Títulos e Documentos, uma salvaguarda para os bens móveis e para os negócios jurídicos em geral, deve ser prestigiado para cumprir sua missão social. Mas isso só será conseguido se o legislador munir a Nação de um sistema registral moderno e completo, e se os operadores do direito o prestigiarem, compelindo o cidadão a registrar todos os fatos jurígenos ou atos jurídicos oponíveis. Assim resguardar-se-ão os terceiros de boa-fé e se outorgará a segurança jurídica, um dos valores supremos do direito.

Ressalvo, por derradeiro, que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas, sim, de ensejar uma séria meditação de parte do mundo jurídico, em torno da cautelar, ora enfocada.

2. ESTUDOS

2.2

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

SUMÁRIO: 1. O contrato de incorporação imobiliária – 2. Cláusulas abusivas – 3. O rol das cláusulas abusivas e seus efeitos – 4. A cláusula geral da boa-fé – 5. A resolução por onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor (art. 6.°, VI). – 6. O poder de integração do juiz nas cláusulas abusivas – 7. As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária – 8. Conclusões.

1. O contrato de incorporação imobiliária

Ainda que haja o autor da Lei do Condomínio e incorporações imobiliárias,[1] o emérito Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em sua clássica obra *Condomínio e incorporações*,[2] discordado de que houvesse aquele diploma legal definido incorporação no pórtico do Título II, o que à lei não incumbe, salienta, contudo, no n. 122,[3] que "não comportam os esquemas tradicionais o conceito preciso de incorporação. Quem se valer da idéia de *corretagem* fica aquém de sua atividade. Quem se utilizar do *mandato* não enfeixa a sua produção. Ele não chega a ser um *industrial* na acepção precisa do termo. A *comissão mercantil* é insuficiente, porque se de um lado há uma proximidade quando a incorporação envolve atos por conta de terceiros e não em nome próprio, por outro lado abraça uma atuação de nítida *representação*. Falham, pois, todos os esforços de enquadramento da incorporação e do incorporador nas linhas contratuais clássicas". Acrescenta, porém, que "nem por isso o direito é ermo de lugar para situá-lo. E exatamente quando encontramos a praça desejada em que o colocamos, novos horizontes vão-se abrir, para definir não apenas a sua atividade, como ainda as suas responsabilidades e seus direitos também".

Reporta-se à concepção de Ruggiero e Maroi de que, hoje, ao lado dos tradicionais estados clássicos (*status familiae, status personae* e *status civitatis*), "identifica o direito moderno ou pode identificar um quarto *status*, que é o *estado profissional*,

(1) Lei 4.591/64.

(2) 8. ed., Forense, p. 246.

(3) P. 294.

emanado da posição que a pessoa ocupa, em razão da sua qualidade de partícipe do fenômeno da produção. O exercício de uma atividade econômica cria uma correspondente qualificação jurídica, geradora a um tempo de direitos e deveres, de prerrogativas e responsabilidades". Discriminam os autores como seus requisitos o exercício de uma atividade econômica, a profissionalidade e a organização dos fatores da produção, bens e trabalhos, e sua coordenação para os fins produtivos.[4]

Afirma o Jurista pátrio que o *contrato típico de incorporação* surgiu com a Lei 4.591/64, convertendo em preceito os deveres, que incumbem às partes. Considera o § 2.º do art. 28 da Lei 4.591/64, a seu ver desnecessariamente, como incorporação a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção para alienação total ou parcial de edificações compostas de unidades autônomas.

Em monografia sobre "Condomínio e incorporação 30 anos",[5] explana o Mestre que "... a incorporação imobiliária, que se desenvolvera na quase-penumbra de uma atividade para-legal ou às vezes infra-legal, ao ser acoplada no condomínio, incorpora-se na luz da juridicidade, e passa a ser legalmente reconhecida e disciplinada, oferecendo, aos candidatos à aquisição de unidades em edifícios coletivos, a segurança que permitiu o seu crescimento, e a confiança que, se não imperou no primeiro momento, é inegável que concorreu para o desenvolvimento urbano, desde as grandes e populosas capitais, até os mais modestos burgos interioranos. Para isto concorreu, também, haver o contrato de incorporação ter-se transformado em contrato típico".

Em precioso ensaio sobre "O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor",[6] o perspicaz jurista Prof. Melhim Chalhub considera 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 estes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir.

Expõe que o negócio jurídico se concretiza mediante a celebração de diferentes contratos, o de promessa de compra e venda, o de construção, entre outros, os quais, embora guardem autonomia, mantêm estreita correlação uns com os outros, exercendo suas funções de maneira articulada para a consecução da finalidade última da incorporação. São partes nele: o incorporador, que se torna proprietário pleno do terreno e assume a construção, para a qual não tomará financiamento, hipótese em que celebra contrato de promessa de venda com o adquirente. Neste caso ele e estes são os sujeitos do negócio. É também parte o proprietário do terreno, quando o incorporador torna-se titular de direitos aquisitivos sobre ele mediante promessa de compra e venda, com pagamento parce-

(4) *Istituzioni di diritto privato*, I, § 46.

(5) *RF* 330/23.

(6) *Revista de Direito Imobiliário*, ano 24, n. 50/92-135, jan.-jun. 2001.

lado, incumbindo-se da construção, sem depender de financiamento a este fim. Pode ainda em qualquer das hipóteses mencionadas suceder que o incorporador não seja construtor, vindo a contratar a construção com terceiro, que figurará igualmente como sujeito do negócio.

Em estudo sobre "Contrato de incorporação imobiliária",[7] o culto Prof. Silvio Rodrigues conceitua o contrato de incorporação imobiliária como um negócio jurídico, no qual uma das partes, chamada incorporadora, se obriga a promover e realizar uma construção imobiliária, para alienação de frações do terreno vinculadas a unidades autônomas a uma ou mais pessoas que se obrigam a adquiri-las, pagando o preço desde logo, ou, o que ocorre mais freqüentemente, em prestações futuras. É bilateral, oneroso, comutativo, consensual, solene e de execução diferida no futuro, qualificando-se como contrato de adesão, a despeito de julgados lhe atribuírem a característica de contrato tipo.

Vê-se, assim, que se está na presença de contrato misto, formado com elementos de tipos contratuais diversos, que se entrelaçam para conferir-lhe fisionomia própria, o qual visa atender à operação econômica de construir imóveis de habitação coletiva, no qual o incorporador assume relevante desempenho, ao patrocinar a edificação, mediante administração ou por empreitada, para oferecer ao público suas unidades.

Aspectos de negócios distintos se entrelaçam para atingir-se aquele desiderato. Releva, na oferta ao público, o cunho de ordem pública, que o impregna e à respectiva legislação.

2. Cláusulas abusivas

Assim se qualificam aquelas dispostas nos diversos incisos do art. 51 do Codecon, que atentam fundamentalmente contra projeções específicas nos respectivos contratos dos postulados da boa-fé objetiva, do resguardo da vulnerabilidade do consumidor e da transparência nos contratos por ele celebrados, que informam o arcabouço de seu sistema. Dir-se-ia, enfim, serem aquelas que ofendem os deveres de lealdade, correção, de informar, que caracterizam a boa-fé objetiva, seu pilar fundamental, e comprometem o equilíbrio no contrato.

Como em sua quase totalidade apresentam-se os contratos com o consumidor como de adesão, impõe-se, para que não se abalem os alicerces daquele microssistema, que sejam prevenidas as situações que possam pôr em xeque suas diretrizes basilares.

Optou, destarte, o legislador, seguindo, em parte, modelos de outros países (Alemanha, França, Espanha, Portugal), por inscrever, em caráter exemplificativo no nosso, comportamentos e condutas, que, por se porem em desarmonia

[7] *Revista de Julgados TAMG* 60/15 *et seq.*, 1995.

com o Código do Consumidor, quando não violam seus princípios, devem ser privados de efeito.

No direito tedesco, em parte consideram-se inexistentes, não escritas ou não incluídas no contrato (também nas Leis francesas, respectivamente, de 1976 e 1978 – cf. Claudia Lima Marques[8]). Menciona a autora que, "no direito comparado, as sanções para evitar a prática da inclusão de cláusulas abusivas são sua ineficácia (*Unwirksamkeit*), como na Lei alemã de 1976 (§§ 9, 10, 11, AGBGB), sua declaração como "não escritas" ou sua não inclusão no contrato (art. 35 da Lei francesa de 1978, § 3, da Lei alemã), expressão tradicional que alguns consideram semelhante à inexistência e outros aproximam da nulidade e, por fim, sua nulidade (lei portuguesa, luxemburguesa, brasileira)".

Nelson Nery Junior, em texto sobre aquelas "Cláusulas", no *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, do qual foi um deles,[9] explana que elas não se confundem com o abuso do direito do par. ún. do art. 160 do CC, interpretado *a contrario sensu*. São sinônimas de *cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas* ou ainda *excessivas*. Em sua concepção, são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual, o consumidor, por expressa definição, aliás, do art. 4.°, I, do CDC. Tornam inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verificam nos contratos de adesão, "nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus derivados do contrato". Não se restringem àqueles contratos, mas são encontradiças em todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor, pode ocorrer em qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual. "O CDC visa proteger o consumidor contra as cláusulas abusivas *tout court* e não somente o aderente do contrato de adesão". Nele são tratadas em seção diversa daqueles.

Sua nulidade é regida por sistema próprio. Não se aplicam inteiramente às relações de consumo as correspondentes normas no Código Civil, Comercial, de Processo ou em leis extravagantes.

Reclamam as invalidades microssistemas, como no Código de Defesa do Consumidor, para atenderem às suas peculiaridades. Ele se afastou do sistema do Código Civil, pois supera a regra de que as nulidades de pleno direito independem de declaração judicial para se fazerem atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentença para serem reconhecidas. Não agasalhou a bifurcação nuli-

[8] "Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código brasileiro do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)", *Revista Trimestral de Direito Civil* n. 1 vol. 1/13 *et seq.*, 2000.

[9] 6. ed. Forense Universitária, 1999. p. 487 *et seq.*

dade absoluta e relativa. Só admite a nulidade de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque *ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor*, base de seu sistema (art. 1.º).

Deve ser pronunciada judicialmente em ação direta (ou reconvenção), em exceção substancial na contestação ou de ofício. A sentença que a proclama não é declaratória, mas constitutiva negativa.[10]

3. O rol das cláusulas abusivas e seus efeitos

É ele meramente exemplificativo, vindo elas discriminadas no art. 51. Segundo Claudia Lima Marques, no artigo citado, elas podem ser reunidas em três grupos: 1.º *das que limitam os novos direitos do consumidor* (incs. I, II, III, VI, XVI e XV do art. 51; arts. 24 e 25 do CDC); 2.º *as cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor* (incs. IX, X, XI, XII e XIII do art. 51 e art. 53 do CDC); e 3.º *cláusulas "surpresa"* (incs. VII e VIII do art. 51).

No tocante a estas, o inc. V do art. 51, que as cominava diretamente de invalidade, foi vetado sob o argumento de que já estavam coibidas no inc. IV do art. 51, verdadeira cláusula geral da abusividade. Preceituava a disposição vetada que elas consistiam nas estipulações que, "segundo as circunstâncias e, em particular, segundo a aparência global do contrato, *viessem a surpreender o consumidor*, após a celebração do contrato". A elas se reporta Nelson Nery Junior como "die Uberraschenden Klauseln", da Lei tedesca. Continuam proibidas, porque contrariam a boa-fé, o dever de informar adequadamente ao consumidor e o sistema de sua proteção. Este impõe ao fornecedor o ônus de informar-lhe sobre o conteúdo efetivo do contrato, esclarecendo-o sobre eventuais dúvidas a respeito de estipulação contratual, sob pena de não o vincular.

A proibição da cláusula-surpresa guarda relação com a cláusula geral da boa-fé, inscrita no inc. IV do art. 51. Ambas configuram técnica de interpretação da relação jurídica de consumo e constituem verdadeiros e abrangentes pressupostos negativos de validade e eficácia do contrato de consumo, quer dizer, "as cláusulas contratuais devem obedecer à boa-fé e à eqüidade e não devem surpreender o consumidor após a conclusão do negócio, pois este contratou sob certas circunstâncias e devido à aparência global do contrato".[11]

4. A cláusula geral da boa-fé

Vem prevista no inc. IV c/c o § 1.º do art. 51 e recebe a admoestação de que, por sua amplitude, deveria constar de disposição própria (Claudia Lima Mar-

[10] Reporta-se ao entendimento de Kazuo Watanabe, outro autor do Código, "Breve reflexão sobre a natureza da sentença de nulidade de casamento", *RT* 542/25 – Apud *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores...*, cit., p. 491, nota 127.

[11] *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores...*, cit., p. 503.

ques): "é verdadeira norma proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51".

Pode-se dizer que atua à semelhança do art. 554 do CC, relativamente à fórmula genérica do "mau uso da propriedade" nos direitos de vizinhança.[12]

É princípio universal, segundo Nelson Nery Junior, e figura nos mais importantes sistemas, tutelando o consumidor. É o caso, *v.g.*, do § 9.º da AGB-Gesetz alemã; do art. 16 do Dec.-lei português 446/85; do art. 10, 1, *c*, da Lei espanhola de proteção ao consumidor (Ley 20/1984, de 19 de julho).

Radica-se, porém, em fontes mais remotas no "Treu und Glauben", do § 157 do BGB, passando, pela amplitude de seu conceito, ao longo da doutrina e jurisprudência de outros países (França, Itália, Portugal), vindo a receber consagração nos Códigos Civis dos dois últimos (a regra "della correttezza" – nos arts. 1.175, 1.337 e 1.358 no CC italiano).

É a base das relações jurídicas (Larenz, apud Rui de Alarcão).[13]

É hoje norte e fundamento de todo o direito, inclusive nas Obrigações.[14] Impregna de conteúdo os sistemas abertos, a que se inclinam as legislações contemporâneas.

5. A resolução por onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, VI).

Representa o último estágio na solução de problemas gerados pela ruptura do equilíbrio nos contratos comutativos.

Não se tem em vista mais ensejar a uma das partes, exclusivamente, dá-lo por findo; sequer impor-lhe nele prosseguir, com evidente prejuízo do agravamento de sua prestação.

De outra feita, ao ensejar a revisão da respectiva cláusula, não se há de conceder também ao magistrado poder absoluto de aferição do rompimento do equilíbrio, na consideração do caráter excessivo do ônus que se abate sobre a prestação, menos ainda de permitir-lhe substituir-se à vontade das partes, para indicar a solução compatível com a restauração do equilíbrio.

Esta norma há de interpretar-se em conjunto com as regras que contêm cláusulas abusivas, no art. 51. Elas, de vaga formulação, a serem preenchidas no caso concreto, reconduzem-se, todavia, ao enunciado, pode-se dizer geral, do inc. IV,

(12) Cf. *Conflito de vizinhança e sua composição*, do saudoso Prof. San Tiago Dantas, 2. ed., Forense.

(13) "Direito das obrigações", texto elaborado com base nas lições do 3.º ano jurídico, Coimbra, 1983.

(14) Cf. a excelente obra de Judith Martins Costa, "A boa-fé no direito privado", *RT*, 2000.

que a todas abriga: são nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem os consumidores em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

Recorre-se, uma vez mais, ao conceito de boa-fé objetiva, a que promana das justas expectativas que o homem comum pode nutrir em torno dos objetivos e do resultado concreto do contrato, em sua função econômico-social, consoante seja por ele percebida.[15]

Discorrendo a respeito de "Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)",[16] Claudia Lima Marques enuncia que os princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor, que afetam diretamente o novo direito contratual brasileiro, são o da vulnerabilidade, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual. O primeiro vem expresso no art. 4.°, I, como princípio orientador da interpretação da própria lei. Adverte também que a abusividade da cláusula, por ofensa à regra genérica de tutela da boa-fé, é concomitante com a formação do contrato, nenhuma ligação tendo com as chamadas causas de revisão dos contratos por atuação de fatores supervenientes. "A identificação desta abusividade, exercício de aplicação/subsunção da lei e de interpretação do contrato como um todo e das práticas comerciais, é que pode ser posterior à formação do contrato, como a fotografia de um fato já existente."

Guido Alpa e Michele Dassio, "Les contrats de consommateurs et les modifications du Code Civil italien",[17] explanam que se deve estimar o caráter abusivo, levando-se em conta dois elementos: a oposição à boa-fé objetiva e o desequilíbrio dos direitos e obrigações que decorrem do contrato. Este deve apresentar dois aspectos: ser significativo e concernir aos direitos e obrigações das partes, a saber, deve ter uma natureza jurídica, não econômica. O juiz não pode apreciar o valor econômico da contrapartida do preço, mas deve examinar se a cláusula resulta em detrimento do consumidor, sem corresponder à outra que surta a mesma conseqüência para o profissional. A cláusula é inserida em um contexto, que, interpretado no conjunto, em função das outras cláusulas não estipuladas, não justifica o desequilíbrio em prejuízo do consumidor.

Nesta seara, há de recorrer-se, inelutavelmente, ao poder discricionário do magistrado, no avaliar se a cláusula encerra, ou não, aquele caráter. Os dois últimos juristas o enfatizam, falando no papel criador da jurisprudência, cerne de toda a matéria. Sem pretensão de ser exaustiva, a Diretiva Comunitária 93/13, que endereçou orientações para a harmonização das legislações internas dos países

[15] Cf. Cariota Ferrara. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano; Emilio Betti. *Teoria general del negocio juridico*. Madrid: ERDP.

[16] *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. I, vol. 1/13 *et seq.*, 2000.

[17] *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 4, p. 629 *et seq.*, 1997.

membros da União Européia, oferece ocasião de abrir debate doutrinário e de atrair a atenção dos juízes sensíveis à idéia da função criativa da jurisprudência. O problema não é novo na literatura jurídica: duas tentativas, que provêem de culturas jurídicas diversas – a francesa e a inglesa –, já assumiram a discussão. Claudia Lima Marques registra que três são as bases instrumentais para combater as cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor: *prioridade do controle judicial do conteúdo do contrato*, sem excluir um controle administrativo, opção pela nulidade absoluta como sanção da abusividade da cláusula; e elaboração de uma lista exemplificativa de cláusulas consideradas nulas, permitindo sua regulamentação.[18] Alude à missão de integrar as cláusulas abusivas concedida ao poder discricionário do juiz, na tutela da boa-fé objetiva. Tem por meta a almejada justiça e eqüidade contratual.

Em excelente estudo sobre "I principi Unidroit e l'eccessivo equilibrio del contenuto contrattuale (gross disparity)", o Dr. Fabrizio Volpe, professor na Universidade de Foggia,[19] mostra como, a partir inclusive do comércio internacional, chega-se à indeclinável manutenção do equilíbrio do contrato, que plasma seu conteúdo.

Tudo se prende, no fundo, à acepção em que se tenha o contrato, hoje não mais como ato que encerre interesses apenas contrapostos, mas que os harmonize em busca de fim comum. Esta é a concepção que melhor se coaduna com sua função social,[20] consoante a qual, nas palavras do Mestre Caio Mário da Silva Pereira[21] "aproxima os homens e abate as diferenças". Nesse sentido, a professora da Faculdade de Direito de Orléans, Catherine Thibierge-Guelfucci, em profícuo ensaio sobre "Libres propos sur la transformation du droit des contrats",[22] fala na emergência de novos princípios, a ultrapassarem os esquemas tradicionais do contrato. Indica o da igualdade contratual, o do equilíbrio e o da fraternidade contratual. Este implicaria em servir o contrato de instrumento de colaboração entre os homens, de modo que, mediante a assunção de obrigações, possa, por exemplo, o devedor obter aquilo de que carece e a que precisa atender.

O poder discricionário do juiz, entretanto, encontra balizas no próprio microssistema do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, o § 2.º do art. 51 preceitua que "a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes".

No direito italiano, o Prof. Pietro Maria Putti[23] ressalta que o legislador preferiu o termo "vessatorie" a abusivas, em respeito à tradição italiana, para quali-

(18) Op. cit., p. 34.

(19) *Revista do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado* 3/115.

(20) Cf. nosso livro *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 51.

(21) *Instituições de direito civil*, vol. III, p. 4/4.

(22) Na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 2, p. 358 *et seq.*, abr.-jun. 1997.

(23) Em *Codice del consumo e del risparmio*, a cura de Guido Alpa, Giuffrè, 1999, em ensaio sobre "Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori", p. 374 *et seq.*

ficar as cláusulas, que, malgrado a boa-fé, trazem a cargo do consumidor um desequilíbrio significativo dos direitos e das obrigações que lhe concernem. O caráter de vexatório se determina com referência à natureza do bem ou do serviço objeto do contrato, em relação às circunstâncias da estipulação, assim como outras condições do contrato ou de outros contratos a ele coligados (que poderiam equilibrar as conseqüências jurídicas da cláusula em questão).

A verificação de tratar-se, ou não, de cláusula vexatória reside em dois critérios de natureza substancial: o *desequilíbrio* entre as partes e a existência ou não de uma tratativa.

Em recente e notável conferência pronunciada em Seminário sobre Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 27.04.2001, o Prof. Alfredo Calderale, das Universidades de Bari e Foggia, ao abordar o tema "O mercado único europeu e o consumidor", mostrou como a evolução da matéria, a partir da Diretiva enunciada, se tem guiado no sentido de consagrar o que denominou de neoformalismo dos contratos, a saber, de sua rigidez na forma, quando se trate de proteger as legítimas expectativas do consumidor, abstratamente considerado, em relação não mais ao produto ou serviço, mas à própria contratação em si. A contrariedade ao texto legislativo golpeia de nulidade a cláusula.

No entanto, individualmente considerado o consumidor, em dada situação concreta, deve-se orientar pelo aproveitamento do contrato, tanto quanto possível.

Busca-se disciplinar o mercado de modo uniforme no resguardo também da igualdade de condições na concorrência.

Evoquem-se a esse propósito as orientações dos Professores Guido Alpa e M. Dassio, no trabalho mencionado, de que "une nouvelle époque naîtra dans de domaine du contrat, conforme à des principes plus équitables, où les limitations à la liberté contractuelle seront compensées par l'introduction de rapports plus équilibrés, fondés sue une nouvelle et plus satisfaisante 'éthique des affaires'".[24]

6. O poder de integração do juiz nas cláusulas abusivas

Já se destacou, na invocação da excelente obra de Judith Martins Costa, "A boa-fé no direito privado", *RT*, 2000, que esta impregna de conteúdo os sistemas abertos, a que se inclinam as legislações contemporâneas. Mostra a autora que, no direito comparado, a boa-fé objetiva provoca substanciais alterações no sistema, porque modifica a compreensão e a extensão das fontes de produção de direitos subjetivos e deveres. Entre nós, conquanto não haja sido consagrada no Código Civil, recebe tratamento tópico, por influência eminentemente doutrinária, ingressa, pela via jurisprudencial, no *corpus* do ordenamento, permitindo a abertura do sistema. Ressalta a conveniência da inserção do princípio da boa-fé objetiva

[24] Op. cit., p. 650.

em cláusula geral, em nosso direito, que será relevante para a recepção e amoldamento, no ordenamento civil, dos princípios constitucionais. Torna-se necessário, a este escopo, que a jurisprudência, alimentada pela doutrina, elabore os modelos aos quais as cláusulas gerais potencialmente reenviam.

Viabilizar-se-á, assim, sistema aberto, que enseje sua própria e contínua realimentação.[25]

Esta é a tendência do direito privado contemporâneo, como se lê dos excelentes trabalhos, apresentados por juristas de todo o mundo nos "Travaux de l'Association Henri Capitant", t. XLIII, 1992,[26] sobre o tema "La bonne foi".

Nesta seara, há indeclinavelmente de recorrer-se ao poder discricionário do juiz, como assinalaram Guido Alpa e Michele Dassio,[27] ao aludirem ao papel criador da jurisprudência. Claudia Lima Marques, no artigo citado e em sua profícua obra,[28] reporta-se ao controle judicial dos contratos de consumo, formal por via da nulidade que golpeia de nulidade absoluta as cláusulas, não exaustivas, do art. 51, e do próprio conteúdo do contrato, com vistas a ajustá-lo ao equilíbrio entre as partes.

Passa-se da mesma forma que na resolução do contrato por onerosidade excessiva, em que incumbe ao magistrado aferi-la para, primacialmente, buscar readaptar as prestações.

No entanto, seu poder discricionário não é deixado exclusivamente a seu alvedrio. Encontra balizas no próprio microssistema, a partir dos princípios que o inspiram. No caso do Código de Defesa do Consumidor, os da vulnerabilidade, da boa-fé e do equilíbrio contratual. O primeiro vem expresso no art. 4.°, I, como diretriz na interpretação da própria lei.

Guido Alpa e Michele Dassio acentuam que deve o juiz examinar se a cláusula resulta em detrimento do consumidor, sem corresponder a outra, que surta a mesma conseqüência para o profissional. Ela é inserida em um contexto, que, interpretado no conjunto, em função das outras cláusulas, não estipuladas, não justifica o desequilíbrio em prejuízo do consumidor.

Nesse passo, é de suma utilidade a orientação da lei italiana e portuguesa. A primeira enfatiza, como visto, a identificação do caráter abusivo da cláusula com referência à natureza do bem ou serviço objeto do contrato, em relação às circunstâncias da estipulação, assim como a outras condições do contrato ou de outros contratos a ele coligados (que não poderiam equilibrar as conseqüências jurídicas da cláusula em questão – cf. Pietro Maria Putti, artigo citado). No mesmo sentido se orienta a legislação portuguesa, como exposto na seção própria.

(25) Op. cit., p. 516/518.

(26) *Journées lousisianaises*, Paris: Litec.

(27) "Les contrats de consommateurs et les modifications du Code Civil italien".

(28) *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 1992, p. 176 *et seq.*

Outra não há de ser a exegese do direito brasileiro diante do § 2.º do art. 52 do CDC, ao editar que "a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes".

Esses esforços de integração, assumidos pelo magistrado, haverão de buscar fomento no próprio tipo contratual, tendo-se em vista sua função econômico-social, na concepção objetiva do negócio jurídico (Emilio Betti, Cariota Ferrara, Galvão Telles e outros), que não rende margem ao subjetivismo da ideação do julgador.

Nem estará adstrito às exclusivas estipulações que dele constam, as quais, o mais das vezes, sequer são lidas, em sua inteireza, pelo consumidor. Mas buscará no resultado prático e econômico, que visa o contrato alcançar, e nas legítimas expectativas que dele pode haurir o consumidor, como homem comum (teoria da impressão do negócio jurídico, de Emilio Betti), a hermenêutica fundamental para promover sua integração, no determinar a cláusula abusiva e extirpá-la, assim como no preencher a lacuna que ocupava.

Só assim atenderá o juiz àquela recomendação, que tem em vista, como na resolução por onerosidade excessiva, preservar sempre o equilíbrio das prestações. Não cairá no subjetivismo de uma interpretação, que pode não corresponder ao que do contrato esperava a parte, mas, sem ser senhor do interesse em jogo, promoverá sua adaptação de conformidade com a expectativa que, em torno de seu resultado, nutre o homem comum, independentemente de conhecer todas suas cláusulas.

Conciliam-se, desse modo, a necessidade de segurança das relações jurídicas e o respeito ao ato jurídico perfeito, mas, de outro, não se transforma ele em instrumento de submissão de uma parte, inferior em vários graus, à outra.

A esse propósito, em recentíssimo e profundo ensaio sobre "Situazione di disparità di potere contrattuale nel diritto dei contratti", publicado na *Revista Doutrinária* 4, do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado, p. 261 a 294, expressa o jovem e culto Prof. Fabrizio Volpe:

"Il riequilibrio del rapporto attraverso la conservazione del contratto parzialmente nullo diventa quindi uno strumento di applicazione generale, ogni qual volta sia impossibile dare una lettura del contratto prescindendo dagli interessi della parte più debole con esso perseguiti".

7. As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária

Por sua natureza de contrato de adesão, para outros de contrato tipo, prestam-se os contratos de incorporação imobiliária à inserção de cláusula daquele jaez.

Impõe-se, por primeiro, considerar se a relação jurídica dele originária pode ser havida como de consumo. Estão autores acordes em que, no mínimo, o incorporador preenche a figura do fornecedor no art. 3.º do CDC, sendo o imóvel considerado produto em seu § 1.º. Não há aí qualquer distorção no significado tradicional daquele bem, uma vez que visa resguardar-se a *habitação*, bem essen-

cial à vida dos homens, sobretudo em sociedades de massa, nas quais sua oferta não corresponde à procura.

Por outro lado, a Lei 4.591/64 já contém normas protetivas dos adquirentes, o que induziria, para alguns, à não incidência, ao menos em extensão global, do Código de Defesa do Consumidor.[29]

Ao ver, entretanto, de Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, a relação jurídica incorporativa caracteriza-se como de consumo em função de quatro pontos fundamentais: a) a qualidade de fornecedor do incorporador; b) de consumidor do adquirente; c) a configuração da unidade autônoma como produto; d) a natureza adesiva do contrato.

Invoca Conclusão, de n. 1, aprovada por unanimidade no Painel II no 4.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, em Gramado, em março de 1998, nos seguintes termos: "O contrato de incorporação, embora regido pelas normas e princípios que lhe são próprios (Lei 4.591/64), fica também subordinado à disciplina do Código de Defesa do Consumidor sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao usuário final".

Com justeza ponderam os Professores Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio Rodrigues que não pode aquele contrato submeter-se, no todo, ao diploma consumerista, que apenas diz com aspectos dele, quando se destina a oferecer unidades, a serem construídas, no mercado *destinatário final*. Só por aí se exclui a revenda.

No entanto, outros aspectos merecem ser sopesados. A incorporação imobiliária é atividade complexa, que se delineia juridicamente mediante interligação de elementos de contratos de variada natureza e distintos fins. Envolve a compra do terreno, a alienação ou promessa de venda de suas frações ideais, a construção (pelo próprio incorporador ou por construtora), a legalização do empreendimento a partir do memorial de incorporação, o financiamento para a compra, normalmente mediante hipoteca, a colocação do produto no mercado por corretores, a propaganda etc.

É uma atividade ampla, que não se reduz a exclusivo aspecto dos vetores econômicos que a integram. Ora, a construção não se submete necessariamente ao Código de Defesa do Consumidor. Igualmente o empréstimo nem a venda ou promessa de venda, sequer a legalização do empreendimento. Diz este com o Registro Público e a sistemática dos direitos reais. Onde o contrato toca mais ao diploma consumerista é na oferta ao público. No financiamento hão de ser levados em conta critérios estabelecidos pelas autoridades monetárias e o regramento das instituições financeiras.

Quer-nos parecer, portanto, que a melhor posição é a que não o submete com exclusividade ao Código de Defesa do Consumidor, mas apenas aspectos seus que concernem basicamente à oferta ao público.

Aí se cogita da incidência das cláusulas abusivas nele.

[29] Cf. o excelente estudo do Prof. Melhim Chalhub, *RDI* 50/92.

Procura Rodrigo Azevedo Toscano de Brito generalizá-las em cinco grupos: 1.º as que autorizam o incorporador a alterar o projeto apresentado ao adquirente; 2.º as que transferem riscos do empreendimento do incorporador para os adquirentes das unidades autônomas; 3.º as cláusulas resolutivas nos contratos por adesão; 4.º aquelas determinantes da perda total ou parcial das prestações pagas pelo adquirente da unidade autônoma; e 5.º cláusulas penais compensatórias pelo atraso da entrega da obra pelo incorporador.

8. Conclusões

Viu-se que o contrato de incorporação imobiliária, hoje contrato típico em face da Lei 4.591/64, caracteriza-se como negócio jurídico misto de elementos de diversas avenças e se propõe à consecução de objeto (edificação de unidades habitacionais para oferecimento ao público), que corresponde à atividade econômica vital para o País, a refletir o interesse de variados segmentos da sociedade (econômico, social, financeiro etc.).

Ainda que se submeta, máxime na parte concernente à oferta ao público ao Código de Defesa do Consumidor, não se pode enquadrar, por aqueles variados aspectos, como contrato de consumo exclusivamente. Se regras do diploma consumerista incidem (assim com respeito às cláusulas abusivas), outras, de cunho econômico, monetário, financeiro, também se aplicam, atraindo a disciplina da figura jurídica para o respectivo âmbito.

As cláusulas abusivas, que, em sua raiz, atentam contra a boa-fé, a eqüidade, a função social do contrato e seu equilíbrio, em detrimento da parte mais débil, encontram nele campo fértil, devendo ser escoimadas, quando sejam identificadas.

Não podem, todavia, ser havidas como tais sob inspirações subjetivas nem em visão unilateral do contrato. O magistrado, em seu poder discricionário, há primeiro de buscar conservar o contrato, na recomendação do § 2.º do art. 52 do CDC. Nisto consiste seu poder de integração do contrato, para o que levará em consideração fundamentalmente o resultado econômico-social da operação que envolve.

Exerce, por outro lado, um controle sobre o conteúdo do contrato sob o ponto de vista de preservar o equilíbrio da avença e da justiça imanentes às cláusulas.

Não pode, entretanto, olvidar que, em se tratando de contratos em massa, o texto é relevante para pacificar as relações que dele promanam. Eis por que se fala em neoformalismo contratual, de modo a que, sem descurar do âmago das estipulações, sejam elas uniformes para todos, para infundir segurança nas relações jurídicas e sociais.

No entanto, se o Juiz identificar cláusula que rompa sobretudo o *equilíbrio do contrato*, o que mais releva em seu repúdio como abusiva, deverá proclamá-la, valendo-se daqueles fundamentos.

Segurança e Justiça foram sempre as metas do direito. Deve o magistrado, em prudente atuação, preservá-las, atento à sua finalidade social.

Em atualizado rol, o Prof. Melhim Chalhub discrimina as seguintes regras, em contrapartida de vedações pela doutrina e pela jurisprudência:

a) as multas pelo atraso não poderão ser superiores a 2% do valor da parcela atrasada, salvo alteração da legislação em vigor;

b) não haverá cláusula que restrinja ou impossibilite a antecipação de pagamento de parcelas;

c) a incorporadora não iniciará negociação das unidades antes de ultimado o registro do Memorial de Incorporação;

d) em caso de rescisão contratual, antes da entrega da unidade imobiliária, não haverá cláusula penal em limite superior a 15% do valor do contrato;

e) não haverá cláusula restritiva da responsabilidade civil por eventuais vícios da construção;

f) deverá haver cláusula que informe expressamente o valor total que o adquirente pagará, a prazo, incluindo os juros;

g) deverão ser impressas de forma destacada as cláusulas restritivas dos direitos dos adquirentes, para que sejam facilmente visualizadas pelos interessados;

h) deverá haver cláusula que informe a possibilidade de vir a ser contratado qualquer tipo de financiamento para a construção, que exija garantias, tais como caução de créditos e hipoteca da unidade objeto da promessa de venda;

i) a incorporadora deverá enviar aos adquirentes relatórios sobre o andamento da obra com intervalo máximo de 180 dias, até a entrega das chaves;

j) a incorporadora deverá entregar ao adquirente "um manual de proprietário", contendo normas de utilização e conservação das áreas privativas e comuns da edificação;

k) deverá ser fornecido ao adquirente memorial descritivo das especificações, além dos prazos e critérios de garantia dos materiais, serviços e equipamentos.

Os Professores Caio Mário e Sílvio Rodrigues secundam, em linhas gerais, a verificação daquelas cláusulas, dando ênfase à do decaimento, mesmo fracionado, que não se confunde com a cláusula penal, da desistência e outras, fundadas em mandato outorgado pelo adquirente para a incorporadora, a encerrar verdadeira natureza potestativa pura.

A propósito, interroga com propriedade o Prof. Jean Calais-Auloy em artigo sobre "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats":[30]

"Lutter contre les déséquilibres excessifs, n'est ce pas revenir à la bonne foi contractuelle, évoquée dan son 3ème alinéa par l'article 1.134 du Code Civil? N'est-ce pas introduire, comme le souhaitait Ripert, une règle morale dans les obligations civiles? La doctrine et la jurisprudence classiques, par une application déformée du principe de l'autonomie de la volonté, donnent force obligatoire à des clauses qui ont été dictées par l'un des contractants et que l'autre n'a généralement pas lues ou dont il n'a pas compris le sens. N'est-il pas plus juste, faute de volonté commune, de donner au contrat un contenu équilibré?".

[30] *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 2/239 *et seq.*, 1994.

2. ESTUDOS

2.3

A TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS

HENRIQUE FERRAZ CORRÊA DE MELLO

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Legalidade e legitimidade; 1.2 Lacuna da lei: 1.2.1 Analogia; 1.2.2 Costumes; 1.2.3 Princípios gerais de direito; 1.3 Fato e ato jurídico: 1.3.1 O contrato e o pré-contrato; 1.4 Escopo do trabalho – 2. Direitos reais: 2.1 Definição; 2.2 Fato típico e tipo de direito; 2.3 Posse e propriedade; 2.4 Tradição e inscrição – 3. Tipicidade dos direitos reais no direito comparado: 3.1 Direito francês; 3.2 Direito italiano; 3.3 Direito alemão; 3.4 Direito espanhol; 3.5 Direito português – 4. Sistema brasileiro: 4.1 *Numerus clausus* ou *numerus apertus*?; 4.2 *Fattispecie* e título típico; 4.3 Enumeração na Lei de Registros Públicos: 4.3.1 A procuração em causa própria; 4.3.2 Direito de retenção; 4.3.3 A retrovenda; 4.3.4 *Time sharing* – 5. Posse inscritível e transcendência da posse: 5.1 Linhas gerais: 5.1.1 Transcendência da posse na usucapião; 5.1.2 Transcendência da posse na expropriação; 5.1.3 Transcendência da posse na retificação de área – 6. A função social do registro – 7. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

1.1 Legalidade e legitimidade

Durante o XXVIII Encontro do Instituto do Registro de Imóveis, em Foz do Iguaçu – setembro de 2001, Elvino Silva Filho acentuou que:

"Na manhã de hoje ouvimos falar sobre o princípio da legalidade, que eu diria que é o princípio ínsito ao Estado Democrático de Direito, em que todos estamos submetidos à lei, inclusive os próprios membros do Poder Judiciário. O cumprimento das decisões judiciais, a obediência à lei é o princípio da legalidade. O princípio é uma garantia, um direito fundamental, e é imprescindível à própria existência não só do Poder Judiciário, como da democracia" (<www.irib.org.br> – notícias).

O princípio da legalidade – nenhuma dúvida – quando escorado numa Constituição popular, fruto de referendo democrático e de franca aspiração do povo, resguarda a soberania do Estado, bem como as suas instituições. Na dicção de José Afonso da Silva, "o princípio da legalidade, num Estado Democrático de Direito, funda-se no princípio da legitimidade, senão o Estado não será tal. Os regimes ditatoriais também atuam mediante leis. Tivemos até recentemente uma legalidade extraordinária, fundada em atos institucionais e atos complementa-

res, embasada no critério da força e não no critério da legitimidade. Prova que nem sempre a ordem jurídica é justa. O princípio da legalidade só pode ser formal na exigência de que a lei seja concebida como formal no sentido de ser feita pelos órgãos de representação popular, não em abstração ao seu conteúdo e à finalidade jurídica".[1]

Importa realçar que na esfera administrativa, "não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'".[2]

Na esfera tributária, o princípio da legalidade guarda relação estrita com a sujeição do contribuinte ao poder de tributação do Estado. "O povo consente que o Estado invada seu patrimônio para dele retirar meios indispensáveis à satisfação das necessidades coletivas. Mas não é só isso. Mesmo não sendo a lei, em certos casos, uma expressão desse consentimento popular, presta-se o princípio da legalidade para garantir a *segurança* nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (Fisco), as quais devem ser inteiramente disciplinadas, em lei, que obriga o sujeito passivo como o sujeito ativo da relação obrigacional tributária."[3]

Finalmente, no direito penal, impera o princípio da legalidade ou da reserva legal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal" (art. 1.º do CP), na clássica definição *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Também por isso a consideração da doutrina no sentido de que o crime é o fato típico, antijurídico e culpável. A tipicidade penal representa uma garantia para o cidadão, uma extensão do princípio da reserva legal. A resposta à infração, em tese, praticada, deve corresponder à moldura dada pela lei ao fato. O tipo no crime não é aberto e a moldura do fato à sanção penal é de conteúdo restritivo, não comportando analogia, a não ser como forma integrativa da aplicação da lei penal em benefício do acusado.[4]

1.2 Lacuna da lei

A lei (oriunda ou não da vontade popular) não consegue prever todos os fatos que guardam algum interesse social ou de eficácia no plano jurídico.

(1) *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 366-367.

(2) Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. São Paulo: RT, 1981. p. 70.

(3) Cf. Hugo de Brito Machado, *Curso de direito tributário*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

(4) Segundo Damásio E. de Jesus, fato típico "consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos do delito contido na lei penal" (*Direito penal – parte geral*, vol. 1, p. 195).

Como forma integrativa da vontade da lei, aos casos nela não expressamente regulados, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4.º, admite o uso da analogia, além dos costumes e dos princípios gerais de direito.

1.2.1 Analogia

A analogia constitui um modo de aplicação da norma ao caso, não previsto em lei, através da norma aplicável a um caso semelhante. Windscheid, citado por Clóvis Beviláqua, faz distinção entre a analogia legal e a jurídica. A analogia legal demanda a aplicação da lei *aos casos por ela não regulados, mas nos quais há identidade de razão ou semelhança de motivo.* Já a analogia jurídica *colhe de um complexo jurídico os princípios que o dominam, e aplica-se a um caso onde há semelhança de motivo.*[5]

De acordo com Manuel A. Domingues de Andrade, "o procedimento por analogia radica no conceito de que os factos de igual natureza devem ter igual regulamentação, e se um de tais factos encontra já no sistema a sua disciplina, esta forma o *tipo* do qual se deve inferir a disciplina jurídica geral que há de governar os casos afins".[6]

1.2.2 Costumes

Os costumes representam o uso consistente na "prática uniforme e reiterada de certos atos",[7] ou ainda "a norma jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica".[8]

Já se disse que "as leis são feitas para os costumes".[9] Os costumes constituem fonte subsidiária do direito. Normalmente, não podem contrariar a lei, e a despeito de caso célebre citado por Maria Helena Diniz em julgado do Tribunal de São Paulo, vazado da seguinte forma: "Segundo os usos e costumes dominantes do mercado de Barretos, os negócios de gado, por mais avultados que sejam, celebram-se dentro da maior confiança, verbalmente, sem que entre os contratantes haja troca de qualquer documento. Exigi-lo agora seria, além de introduzir nos meios pecuaristas locais um fator de dissociação, condenar de antemão, ao malogro, todos os processos judiciais que acaso se viessem a intentar e relativos à

(5) *Teoria geral do direito civil*, p. 43.

(6) *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, p. 158.

(7) Cf. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil – Parte geral*, p. 18.

(8) Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 1, p. 56.

(9) Napoleão, apud Bernard Fau, "François-Denis Tronchet: premier Président du Tribunal de Cassation", "Bicentenaire de la cour de cassation", "La documentation française", p. 60.

compra e venda de gado".[10] A decisão teria vulnerado o preceito contido no art. 141 do CC, c/c o art. 401 do CPC, este último, ao prescrever que a prova exclusivamente testemunhal só poderia ser admitida em contratos, cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que celebrados. De outra feita, o STJ entendeu que o art. 401 do CPC não veda a prova exclusivamente testemunhal de contrato verbal de intermediação para a venda de imóveis, ainda que a remuneração tenha valor superior ao limite ali estipulado (REsp 13508/SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 14.12.1992, 3.ª T.).

Em outra ocasião, o STJ concluiu que a legislação de regência editada em 1949, no que concerne ao não-funcionamento de super e hipermercados, não poderia ser aplicada, tendo em vista o decurso do tempo e a evolução dos hábitos e costumes da sociedade brasileira (REsp 239281/AL, rela. Ministra Eliana Calmon, 21.08.2001, 2.ª T.).

Igualmente, o TJSP assim se pronunciou:

"Registro civil. Assento de nascimento. Alteração. Menor. Pai paraguaio e mãe brasileira. Inversão da ordem dos patronímicos. Adequação ao costume espanhol de indicar primeiro o apelido paterno e no final o materno. Admissibilidade. Pretensão não proibida pelas leis brasileiras. Possibilidade de que a família retorne a domiciliar-se no Paraguai. Motivo sério. Caracterização. Aplicação do art. 57 da LF 6.015/73" (ApCiv 157576-1, 2.ª Câm., rel. Des. Walter Moraes, j. 26.05.1992).

1.2.3 Princípios gerais de direito

Os princípios gerais de direito se acham implícitos no ordenamento jurídico. Constituem, de fato, uma espécie de guia para o intérprete,[11] na medida em que o orientam na aplicação da lei. São princípios, na lição de Silvio Rodrigues, "baseados na observação sociológica e tendo por escopo regular os interesses conflitantes, se impõem, inexoravelmente, como uma necessidade da vida do homem em sociedade".[12]

Caio Mário da Silva Pereira os considera como *inspirações da humanidade civilizada*, capazes de permitir ao juiz suprir as deficiências da lei.[13] Tais princípios, na expressão de Afrânio de Carvalho, não se confundem com aqueles "princípios básicos de um bom sistema de publicidade: de inscrição, de prioridade, de legalidade, de especialidade, de presunção e de continuidade".[14] Mas Clóvis Be-

[10] Op. cit., p. 57.

[11] Ou, conforme Carlos Maximiliano, "*diretivas* idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica" (*Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 295).

[12] *Direito civil*, vol. I, p. 23.

[13] *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, 1990. vol. I, p. 55.

[14] Cf. *Registro de imóveis*, p. 45.

viláqua não é da mesma opinião, pelo menos quando afirma que "os princípios reguladores do direito de propriedade apresentam-se espontaneamente para preencher a lacuna".[15]

1.3 Fato e ato jurídico

Na dicção de José Carlos Moreira Alves, o fato jurídico em sentido amplo implica o reconhecimento pelo direito objetivo de uma situação de fato que faz gerar efeitos jurídicos.[16] Subdividem-se os fatos jurídicos em involuntários e voluntários, estes últimos, por sua vez, em atos jurídicos lícitos e atos jurídicos ilícitos.[17] Ocupa-se o presente estudo dos atos jurídicos lícitos.

Em primeiro lugar, cumpre realçar que o ato *jurídico é jurídico,* porque no plano de eficácia a lei assim o determina. É um fato voluntário, modificativo do direito, que guarda importância para o direito ou uma declaração reconhecida e protegida pelo ordenamento.[18] A volição, pura e simplesmente, se acha no sujeito. É a exteriorização da vontade e sua relação intrínseca com o objeto que irão propender para uma avaliação da intenção (art. 85 do CC).

Maria Helena Diniz define o ato jurídico como ato lícito, compreensivo em sentido estrito, na simples realização da vontade do agente, sem regulamentação da autonomia da vontade e, em negócio jurídico, se tendente à criação de norma regulatória de interesses das partes.[19] O ato jurídico é um todo orgânico, unilateral ou bilateral, indissociável de causa (embora o legislador brasileiro não tenha condicionado a causa a pressuposto de validade).

1.3.1 O contrato e o pré-contrato

O contrato constitui uma espécie de ato jurídico. E como todo e qualquer ato jurídico, receberá um processo cognoscitivo.[20] Trata-se por definição basilar de

(15) *Teoria geral do direito civil,* p. 43.

(16) Cf. *Direito romano,* 6. ed., vol. I, p. 179.

(17) Idem, ibidem.

(18) Roberto de Ruggiero. *Instituições de direito civil.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. vol.I, p. 214-215.

(19) *Código Civil anotado.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 103.

(20) Expressão de Kelsen, ao se referir ao processo judicial de verificação do fato *condicionante da sanção* (*Teoria pura do direito.* 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 333). Em se cuidando de processo de cognição, não entendemos como Carlos Maximiliano que, em matéria de contratos, não é cabível o uso da analogia, por importar numa restrição de liberdade (op. cit., p. 354). Segundo Orlando Gomes, "*só a teoria da aplicação analógica* oferece critério aceitável para a disciplina jurídica dos contratos atípicos *stricto sensu*, igualmente aplicável aos *contratos mistos*. Consiste esse critério na aplicação do processo analógico de interpretação" (*Contratos*, p. 121).

um acordo de vontades, negócio jurídico bilateral por excelência,[21] destinado ao cumprimento de determinada obrigação. Em matéria de direito privado prepondera o princípio da liberdade de contratar. Quando o objeto do contrato for a realização de outro contrato, diz-se que as partes celebraram um pré-contrato, ou contrato preliminar, promessa de contrato etc. Nesse caso, ter-se-á que admitir uma "convenção pela qual as partes criam em favor de uma delas, ou de cada qual, a faculdade de exigir a imediata eficácia de contrato que projetaram".[22]

1.4 Escopo do trabalho

Assentadas essas breves linhas em torno de um contexto normativo, como o nosso, suscetível de integração por meios racionais de interpretação e de aplicação da lei a hipóteses não expressamente por esta contempladas, o presente trabalho procurará estabelecer, num primeiro momento, os contornos dos princípios que regem a disciplina dos direitos reais.

Com base nesse estudo preliminar, procurar-se-á, num segundo momento, focalizar a tipicidade nos direitos reais, sua repercussão no Registro de Imóveis e a permissibilidade ou não desses meios de integração na disciplina dos direitos reais.

2. Direitos reais

2.1 Definição

Na acepção de Antonio Roman Garcia, "o direito real é um direito subjetivo de conteúdo patrimonial que recai diretamente sobre uma coisa ou um direito e seu titular goza de um poder de exclusão frente a qualquer outra pessoa, achando-se protegido seu exercício por uma ação real".[23] Essa conceituação se afina com aquela exposta por Aubry e Rau: "Os direitos reais são aqueles que, criando uma relação imediata e direta entre uma coisa e a pessoa ao poder da qual ela se encontra submetida, de uma maneira mais ou menos completa, são por isso mesmo suscetíveis de ser exercidos, não apenas contra tal pessoa determinada, mas em relação e contra todos".[24] Igualmente, acentuam G. Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau: "O direito real tem necessariamente por objeto uma coisa".[25] No mesmo sentido, a expressão de Messineo, para quem a coisa representa o objeto imediato, dela não se abstraindo a relação de exclusividade do sujei-

(21) Uma vez que poderá ser também plurilateral.

(22) Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, p. 156.

(23) *La tipicidad em los derechos reales.* Editorial Montecorvo, 1994. p. 69.

(24) *Cours de droit civil français*, 1897. t. 2, p. 72.

(25) Mais precisamente determinada, cf. *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3. ed., p. 7.

to.[26] O direito pessoal pode ter por objeto a prestação ou a abstenção de fato. Clóvis Beviláqua credita aos direitos reais um poder, o "poder jurídico do homem sobre uma coisa determinada, aderindo a ela, enquanto perdura, e prevalecendo contra todos".[27]

Há o princípio da inerência consubstanciado numa relação de imediatidade entre o sujeito ativo e a coisa,[28] expressão do direito de seqüela[29] e do direito de preferência.[30] Acrescente-se a exclusividade, assinalada por José María Pena López, segundo a qual "o titular do direito pode impedir aos demais qualquer influência sobre a coisa em prejuízo de seu direito".[31] Isto é, sobre a mesma coisa não seria possível a coexistência de dois direitos reais, de idêntico conteúdo.[32]

(26) Cf. *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, vols. 1 e 2, p. 240.

(27) *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 1.140.

(28) Sem embargo de não se tratar de nota distintiva dos direitos creditórios ou pessoais. O comodatário possui um poder de auto-satisfação sobre as coisas, ou imediato sobre as coisas (José María Pena Lopez, *Concepto del derecho real*, p. 85). Por outro lado, o credor hipotecário não tem poder imediato sobre a coisa hipotecada, mas tão apenas o direito de ver o seu crédito satisfeito antes do credor pignoratício, ou conforme o grau da hipoteca e a ausência de outros créditos mais privilegiados, antes dos demais credores em concurso. A ele assegura a lei o direito de seqüela, de ir buscar a coisa e apreendê-la de quem quer a detenha, com vistas ao exercício de seu direito. "El interés del acreedor hipotecario no se realiza a través de un poder directo inmediato sobre la cosa hipotecada, de que el acreedor hipotecario carece, sino que lo que se le otorga es un poder de exigir del deudor o del juez que la cosa sea vendida y que cozi el producto obtenido se le haga pago de su crédito con preferencia a los demás acreedores, de tal manera que, salvo en este último punto (preferencia) no es posible encontrar ninguna diferencia sustancial entre la situación del acreedor hipotecario que ejecuta la cosa hipotecada y la de un acreedor ordinario que ejecuta los bienes que ha conseguido embargar" (Luis Diez-Picazo. *Fundamentos del derecho civi patrimonial*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993. vol. 1, p. 62).

(29) É dizer, de perseguir a coisa onde quer que se encontre e contra quem a detenha.

(30) Cf. Colin e Capitant, *Traité de droit civil*, vol. 1, p. 33. A seqüela e o direito de preferência não constituem atributos exclusivos dos direitos reais. Na clássica divisão dos *jus in re* e *in re aliena*, o direito de preferência *é restrito aos direitos reais de garantia* (Orlando Gomes. *Direitos reais*. p. 6-9). O direito de preferência pode ser definido como um direito de prioridade do credor no pagamento de dívida garantida com o bem afetado pelo direito real. Ressalte-se que o locatário de bem imóvel contemplado pela Lei 8.245/91(que não é originariamente titular de direito real e sim de direito pessoal) com contrato *averbado* no Registro de Imóveis, pelo menos trinta dias antes da alienação, tem a preferência para adquirir, em igualdade de condições com terceiros, o imóvel posto ou prometido à venda, ou ainda objeto de dação em pagamento (arts. 27 e 33).

(31) Op. cit., p. 45.

(32) Cf. Silvio Rodrigues, *Direito civil – Parte geral*, vol. 5, p. 7.

Dizem-se absolutos os direitos reais, porque o seu titular poderia exercê-los contra todos os outros indivíduos, tanto que provido de ação real. Por isso que oponíveis *erga omnes*, não prescindindo, de regra, do registro público. A publicidade – que é consectário lógico do registro imobiliário e da visibilidade na tradição da coisa móvel – torna eficaz o dever geral de abstenção, o que, para alguns, seria uma obrigação passiva universal. Diversamente, no caso dos direitos pessoais, o credor não pode reclamar a execução da dívida senão contra o devedor.

De acordo com Josserand, "o direito de seqüela e o direito de preferência são assim as afirmações práticas, nas manifestações exteriores do caráter absoluto que distingue os direitos reais por oposição aos simples direitos de crédito".[33] Essa afetação que repousa sobre a coisa corpórea, móvel ou imóvel,[34] necessariamente, como alerta Lafayette, sem dependência de ato ou prestação de pessoa determinada, é que constitui o marco de distinção com os direitos pessoais.[35] O locatário, p. ex., necessita da interferência do locador, para que seja a coisa locada. É certo que, no arrendamento, o desfrute repousa exclusivamente sobre a posse do imóvel, sobretudo no pressuposto de que a posse venha a ser um direito real.[36] O direito pessoal é relativo, com sujeição passiva determinada.

Já o direito real implica uma sujeição de abstenção por parte da coletividade, ou, nos dizeres de Georges Ripert e Jean Boulanger, permitir "ao titular obter contra qualquer pessoa o respeito de uma situação privilegiada que lhe asssegura vantagens particulares".[37] Também oportuna a definição de sujeição passiva por Lafayette, citando Savigny, na consideração de "obrigação comum a todos os direitos e que se traduz na inviolabilidade que os reveste".[38]

Claro está, nas palavras de Kelsen, haver uma relação com uma coisa determinada, que não é, todavia, de forma alguma limitada aos direitos reais, pois "(...) também pode existir nos chamados direitos pessoais ou direitos de crédito. Assim sucede na hipótese de um devedor ser obrigado a prestar ao credor um objecto individualmente especificado, quando, por exemplo, alguém se obrigou por um contrato de venda a transferir para a propriedade de outrem uma coisa inteiramente determinada, móvel ou imóvel. O direito do credor distingue-se, neste

(33) *Cours de droit civil positif français*, p. 87.

(34) Incluindo as coisas incorpóreas, na acepção de Orlando Gomes, como o usufruto e o penhor sobre créditos, não, porém, o fundo de comércio, a clientela e o emprego (op. cit., p. 9-10).

(35) *Direito das cousas*, 3. ed., p. 17-18.

(36) "De tal modo que quando o arrendatário não tem em seu poder o imóvel (nem a posse), seu direito de desfrutar dela carece de imediatidade: deverá exercê-lo através da atividade de outra pessoa, o dono (ou, em geral, o arrendador), que é seu devedor" (José María Pena Lopes. Op. cit., p. 45).

(37) Cf. *Traité de droit civil*, t. II, p. 738.

(38) Op. cit., p. 18.

caso, de um direito real pelo facto de, em face dele, como titular do direito, apenas existir o dever de um sujeito determinado".[39]

A propriedade é o direito real por excelência. Nela se reúnem todos os elementos do domínio: o uso, o gozo e a disposição da coisa (*jus in re*). Já os direitos reais na coisa alheia são limitados, tradicionalmente classificados como (i) direitos de fruição e gozo e (ii) direitos reais de garantia (*jura in re aliena*).[40]

Discute-se sobre a natureza jurídica das normas disciplinadoras dos direitos reais. Guillermo L. Allende entende que as leis que regulamentam o direito de propriedade tocam a organização social do país, e por isso mesmo são de ordem pública, ainda que algumas contenham caráter supletivo.[41] De igual forma, assim se posiciona Edmundo Gatti, para quem "nos direitos pessoais impera o princípio fundamental da autonomia da vontade", e no regime dos direitos reais, haveria uma preponderância do interesse coletivo sobre o individual.[42] O fator de preponderância do interesse coletivo sobre o individual constitui, na acepção de Carlos Maximiliano, o traço distintivo das normas de ordem pública.[43] Alves Moreira, citado por Carlos Maximiliano, defende a tese de que certas prescrições relativas à organização da propriedade, determinadoras dos direitos reais sobre as coisas e do modo de adquiri-las, são de ordem pública.[44] Arruda Alvim acentua que "as normas que regulam os direitos reais são de 'natureza cogente', são de 'ordem pública', ao passo que as normas que regulam o direito obrigacional são, de ordinário, 'dispositivas' ou 'facultativas', pois só estas espécies de normas permitem que se possa falar em autonomia da vontade e que se dê aos contratantes ampla margem de liberdade".[45] As leis de ordem pública dizem respeito às bases econômicas ou políticas da vida social, o que Clóvis Beviláqua reputa como de "organização da propriedade, e as constitucionais".[46]

De ordinário, as leis de ordem pública não admitem uma liberdade de atuação por parte do particular, senão nos limites por elas impostos. Daí a afirmação feita

(39) Op. cit., p. 192.

(40) O novo Código Civil incluiu o direito de superfície e o direito do promitente comprador detentor de promessa inscrita no Registro de Imóveis no rol dos direitos reais (art. 1.225). O compromisso de compra e venda inscrito no registro imobiliário e sem cláusula de arrependimento já possui atualmente previsão legal (Dec.-lei 58/37 e Lei 6.766/79). Em contrapartida, o novo Código deixou de prever a enfiteuse e as rendas constituídas sobre imóveis.

(41) *Panorama de derechos reales*, p. 69-71.

(42) *Teoría general de los derechos reales*, p. 113.

(43) Op. cit., p. 216.

(44) Apud Carlos Maximiliano, op. cit., p. 218.

(45) *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*, 1985, p. 17.

(46) Op. cit., p. 19.

por Clóvis Beviláqua no sentido de que se tratam de "leis rigorosamente obrigatórias, leis coativas",[47] para diferenciá-las das leis supletivas ou permissivas.

2.2 *Fato típico e tipo de direito*

Poder-se-ia afirmar, sem exagero, haver uma intrínseca relação entre causa e fato juridicamente relevante. Ainda que se admitisse um sistema legal da mais completa abstração, haveria uma causa próxima que serviria de fonte geradora de uma obrigação. A generalidade da norma em abstrato consegue na grande maioria dos casos prever as suas variadas hipóteses de incidência. Essas hipóteses abstratamente tratadas em lei ganham corpo e vida, na medida em que o fato, como tal, hipotético, faz atrair para si uma conseqüência. Por sua vez, essa conseqüência ou eficácia, que a lei estabelece como derivativa do fato, poderá vir a ser geradora de direitos.

O direito nasce com a relação jurídica e o título de aquisição, na acepção de Roberto de Ruggiero, é "o fato que constitui a sua causa, fato êsse que pode ser de variadíssimas espécies, como uma declaração de vontade, uma ação humana ou um fato da natureza do direito subjetivo numa situação assimétrica à obrigação. Na aquisição devem, no entanto, distinguir-se dois modos nitidamente diversos: o originário e o derivado. É originada quando o direito que se conjuga com o sujeito surge nêle diretamente, autônomamente, independentemente de uma relação jurídica com determinada pessoa, sendo indiferente, note-se bem, que o direito que assim se adquire existisse já antes noutrem (ocupação de *res derelicta*) ou não (ocupação de *res nullius*), uma vez que o que caracteriza a aquisição originária é o fato de surgir o direito para o seu titular independentemente de uma relação com outra pessoa. É, pelo contrário, derivada, quando o direito nasce de uma relação com outra pessoa, da qual deriva a favor do nôvo titular, seja porque dela se transmita para êste o próprio direito que lhe pertencia (transmissão do domínio de uma *res*, aquisição de uma herança), seja porque, com fundamento no direito dessa pessoa, se constitua para o adquirente um direito nôvo, que não existia nela mas do qual é pressuposto indispensável um direito anterior que essa mesma pessoa tinha (constituição de penhor ou de usufruto)".[48]

O tipo, por sua vez, constitui um delineamento do *conceito* geral do fato abstratamente previsto em lei.[49] É o contorno mais definido das regras de substância do direito aplicável ao fato, constitui os elementos identificadores de uma figura normativa. O tipo representa uma espécie de semi-acabamento do fato jurídico. O fato ingressa para o universo jurídico, como material primário, pas-

(47) Op. cit., p. 19.

(48) Op. cit., p. 205-206.

(49) Sobre *conceito*, expõe Ascensão se tratar de uma *figura genérica, sem quaisquer especificações*. É compreensivo dos fatos não tipificados, *stricto sensu* (*A tipicidade dos direitos reais*, p. 35).

sando por um sistema de triagem pelo intérprete, pelo método racional de indução, do especial para o genérico. Deduzidas as hipóteses especiais de contemplação da norma, e não sendo o fato concreto alcançado por nenhuma das figuras de contorno especificamente ditadas em lei, cai, então, o fato na segunda fase, de apreciação num contexto mais amplo e cada vez mais genérico.

Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera explica que "o tipo, no mundo jurídico, aparece sempre ligado a uma determinada realidade social a que se eleva, através do fenômeno da tipificação, à categoria de jurídica. Esta realidade social a que se refere é, frequentemente, uma determinada conduta (acordo de vontades, fato voluntário logo qualificado como delito etc.). A lei individualiza um determinado fenômeno através de uma série de elementos e de dados peculiares, e aí em conjunto, assim descrito, o valora e atribui uma concreta regulação jurídica unitária mais ou menos flexível segundo o grau de autonomia que reconheça a vontade privada".[50]

Já o direito-tipo ou tipo de direito constitui uma qualificação jurídica abstrata que tanto pode ser atribuída a um fato quanto a um direito, instituto ou mesmo a um título que a lei pretende atribuir uma carga de eficácia real ou quase-real. Há o direito inscritível com força real e há também o fato não inscritível, com carga real e de transcendência sobre o registro.

A propriedade imóvel, como tal pura e simplesmente em mãos de seu titular, constitui um direito de estática.[51] O fato imediato se confunde com a inscrição. Importa verificar a causa de aquisição numa venda imobiliária – que é dinâmica do direito real[52] –, porque o sistema registral brasileiro é de natureza causal, mas o tipo do direito diz com o direito de propriedade em si, não com o fato da causa na aquisição precedente àquela com que se ocupa o novo adquirente, muito embora a lei registrária exija que na cadeia de alienações se observe se o alienante seria o titular do direito inscrito, por força do princípio da continuidade.

O usufruto, p. ex., pressupõe a existência de um direito real maior – propriedade – sobre o qual irá gravitar, dela decompondo alguns de seus elementos. Essa mutação no direito de propriedade, por desmembramento ou decomposição, resvala na dinâmica do direito real. O direito de usar e fruir a coisa, quando destacado, é indissociável do fato gerador da obrigação imposta ao nu-proprietário. A tipicidade, nesse particular, é eminentemente de fato de causa. As restrições devem ser, como sói ocorrer em hermenêutica, interpretadas de modo estrito. Por se tratar de um direito real limitado, o usufruto deve ter seu alcance limitado aos contornos do tipo.

(50) *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona: Bosch, Urgel, 51 *bis*, p. 14-15.

(51) "O dono de uma coisa não pode perdê-la sem seu consentimento" (Celestino A. Cano Tello. *Manual de derecho hipotecario*. 2. ed. Madrid: Civitas. p. 35).

(52) "O adquirente que confia na aparência razoavelmente não pode ser privado de sua aquisição" (Idem, ibidem).

2.3 Posse e propriedade

Posse é poder de fato sobre a coisa, ou, na acepção de Colin e Capitant, *exercício sobre uma coisa de um poder de fato, como se fosse o proprietário.*[53] É também uma forma de exteriorização do direito de propriedade, pois *implica a idéia de uma detenção a título de proprietário.*[54] Ripert e Boulanger enfatizam que a posse "é o exercício sobre uma coisa de um poder de fato que, na sua manifestação exterior e, ao mesmo tempo, na intenção do possuidor, corresponde ao exercício de um direito".[55] Já o direito de propriedade constitui um conjunto de poderes.[56]

Posse também é direito,[57] pois, se não fosse, não haveria a tutela dos interditos.[58] Há a crítica oposta mesmo por Ripert e Boulanger a essa concepção e a questão é bem controvertida.[59] Alega-se em objeção à tese acima enunciada que *o ladrão também seria um possuidor.*[60] Mas também o esbulhador de um imóvel não seria um possuidor? Nem por isso deixa a lei a descoberto a invasão de quem necessita de moradia, como se dá na usucapião constitucional urbana (art. 183 da CF). Nesse caso, não se perquire a respeito da boa-fé do possuidor, como acentuado por Benedito Silvério Ribeiro.[61] De acordo com Enneccerus, "a posse juridicamente protegida é também um direito".[62]

Se a posse representa uma forma de exteriorização do direito de propriedade, conclui-se que juridicamente deva ser protegida, como de forma o é. Num confronto de posses justapostas ou contrapostas, não haveria direito de melhor posse?

Acentua-se que a posse é um fato ou estado de fato.[63] Sim, não deixa de sê-lo, mas esse fato pode ser a causa, como pode ser o efeito do direito de pos-

(53) Op. cit., p. 1.019.

(54) Laurent. *Principes de droit civil français.* vol. 32, p. 270.

(55) *Traité de droit civil.* t. II, p. 799.

(56) Idem, ibidem, p. 787.

(57) Cf. Savigny. Messineo, após creditar à posse um poder de fato, refere que ela nasce de um fato: apreensão, uso, mas se transforma em direito, classificando-a como um direito subjetivo (op. cit., p. 252). É direito, cf. Ihering. É estado de fato (Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, p. 449; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. X, p. 7: "A posse é estado de fato, em que acontece *poder*, e não necessariamente ato de poder").

(58) Ela gera efeitos jurídicos, consoante preconizado por Aubry e Rau, e por isso certos autores "lhe atribuem o caráter de um direito" (op. cit., p. 108).

(59) No mesmo sentido da crítica: Pothier, citado por Laurent, op. cit., vol. 32, p. 273.

(60) Idem, ibidem, p. 799.

(61) *Tratado do usucapião.* vol. 2, p. 868.

(62) *Derecho civil (parte general).* vol. I, p. 316.

(63) Cf. Colin e Capitant, "posse é um fato", um fato jurídico (op. cit., vol. 1, p. 1.031). No mesmo sentido: Ernest Lehr: "simples estado de fato manifestando a vontade de exer-

suir.[64] A ocupação – que é um fato – pode derivar de um título – que é a causa. Esse fato da ocupação constitui um direito tutelado em favor do adquirente, ou compromissário comprador detentor de promessa de compra quitada. A ocupação não derivada, isto é, simplesmente sem causa, pode gerar o direito aos interditos, e dependendo de outras circunstâncias, como, p. ex., o uso da coisa por tempo prolongado, ininterrupto e com ânimo de dono, poderá vir a qualificar a prescrição aquisitiva extraordinária, outorgando ao possuidor o direito de propriedade.

A morte é também um fato e esse fato faz com que o herdeiro se torne, por sucessão, o possuidor da coisa, em virtude do princípio estatuído no art. 1.572 do CC. Se esse fato não produzisse efeitos conforme o ordenamento jurídico, depreende-se que seria nulo, ou um nada, resvalando no conceito de inexistência, como é o caso célebre do casamento de duas pessoas do mesmo sexo. Há o direito de o herdeiro vir a possuir a coisa herdada, tão apenas em decorrência do óbito do autor da herança. A lei não exige o aperfeiçoamento da *successio possessionis*, por via de apreensão da coisa herdada pelo herdeiro.

A teoria objetiva foi agasalhada pelo Código Civil. Não se elimina o *animus*, mas valoriza-se o poder físico sobre a coisa – *corpus*. É fato que a posse, segundo Laurent, se adquire com a detenção corporal da coisa, não se dispensando o concurso de vontade do possuidor,[65] ou do antigo possuidor, como, *v.g.*, na posse por tradição.[66] Aquele que detém a coisa como se fosse sua, age como possuidor, diante da aparência de ser o legítimo possuidor. Consoante acepção de Savatier, "a teoria da posse se aproxima da teoria da aparência... O proprietário aparente de um bem tem sempre a posse e o possuidor de um bem tem frequentemente a aparência de ser o proprietário. Mas enquanto a teoria da aparência considera um direito do exterior, sob o ângulo de terceiros, a teoria da posse a encara do interior, do lado do possuidor, para determinar qual o benefício que ele tirará da sua posse".[67] Tradicionalmente, posse era o poder psíquico sobre a coisa com ânimo de dono.[68]

Tratando-se de um fato, e, ao mesmo tempo, um direito, a posse é um direito real, porque pressupõe uma relação entre o sujeito e a coisa ou entre o sujeito e o

cer um poder material sobre uma coisa" (*Traité élementaire de droit civil germanique*. Paris: Libraire Plon, p. 171). Ver ainda Planiol: "A posse é um estado de fato, que consiste em deter uma coisa de uma maneira exclusiva e cumprir sobre os mesmos atos materiais de uso e gozo como se fosse proprietário" (*Traité de droit civil*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1915. p. 693).

(64) Mesmo Trabucchi, ao se referir à posse como estado de fato, assinala que dele "derivam importantes e numerosas conseqüências jurídicas" (op. cit., p. 449).

(65) Op. cit., vol. 32, p. 276.

(66) Cf. Aubry e Rau, op. cit., p. 112.

(67) *Cours de droit civil*. 12. ed. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, vol. 1-2, p. 320.

(68) Alusão feita por Josserand à teoria subjetiva de Savigny (op. cit., p. 787).

direito real.[69-70] Conforme enfatiza Enneccerus, este direito do possuidor exercer o fato ou recuperar a coisa "é um direito real".[71] Há para o possuidor um poder de disposição imediata da coisa, igual em seu conteúdo à propriedade.[72] A posse se exerce também por oposição contra terceiros,[73] o que, nas palavras de Messineo, seria o elemento material (*corpus*), é dizer, a função de dar conhecimento da existência da posse a terceiros.[74] No sentido clássico, a posse se restringe aos bens corpóreos,[75] mas nada impede seja a posse afeta aos bens incorpóreos, na acepção de Savatier, como gênero dos direitos reais.[76] Não podem ser objeto de apreensão por particulares os bens públicos indisponíveis.[77-78] De acordo com Alberto Trabucchi, a posse "se manifesta numa atividade relativa ao direito de propriedade ou de qualquer outro direito real... se trata da posse de direitos, (*possessio iuris* ou *quasi possessio*) que se exerce sobre um direito real de usufruto, uma servidão,

(69) Apesar das controvérsias existentes (como a contestação de Laurent, no sentido de admitir a posse como direito real – op. cit., vol. 6, p. 106), mormente no que diz respeito à falta dos elementos característicos dos direitos reais que são o direito de preferência e de seqüela (Savatier, op. cit., p. 296). O art.10 do CPC, na visão de alguns julgados, com a alteração dada pela Lei 8.952/94, teria rebaixado a ação possessória à classe de ação de natureza pessoal, por exigir a participação de ambos os cônjuges nas demandas daquela natureza, apenas nas hipóteses de composse ou de atos praticados por ambos. A ação de nunciação de obra nova demonstra, porém, o contrário (art. 95, 2.ª parte, c/c o art. 934 do CPC). Costumam os autores distinguir o direito de possuir do proprietário (*jus possidendi*), do direito de possuir em seu sentido isolado da propriedade (*jus possessionis*). Essa distinção se nos parece própria para a tentativa de desqualificação do interdito em favor do proprietário, em favor do qual a lei outorgou o direito de reinvindicação da coisa de quem quer que a injustamente a possua. Nos dizeres de Laurent, a posse civil é atributo da propriedade (título). Diversamente, a posse natural não se acha prediposta num título (op. cit., vol. 32, p. 270).

(70) Demolombe esclarece que a posse só ficaria elidida por um título e afirma que "nossas leis reconhecem a posse como direito real" (*Traité de la distinction des biens*. t. I, p. 365). Segundo ele, a posse é um direito, porque os efeitos que dela derivam independem de qualquer obrigação pessoal de terceiro (op. cit., p. 366).

(71) Op. cit., p. 316.

(72) Contra: "O direito francês não reconhece senão três espécies de direitos reais no sentido completo da palavra, a saber: a propriedade, as servidões, reais ou pessoais, e a hipoteca" (Aubry e Rau, op. cit., t. 2, p. 73).

(73) Cf. Roger A. Cunninghan, *The law of property*, 2. ed., 1993, p. 414.

(74) Op. cit., p. 259.

(75) Cf. Ripert e Boulanger, op. cit., p. 780.

(76) Op. cit., p. 295.

(77) Cf. Messineo, op. cit., vol. I, p. 431.

(78) Cf. Trabucchi, "para tutelar juridicamente los bienes de dominio público, la autoridad pública ejercita un poder de policia, pero también puede atenderse a dita protección con el empleo de los medios ordinarios establecidos para la defensa de la propiedad y de la posesión" (op. cit., p. 416-417).

sobre uma enfiteuse etc. A posse continuada sobre um bem a título distinto da propriedade poderá dar lugar à aquisição, não do direito de propriedade sobre o bem, senão do usufruto, das servidões, da enfiteuse ou de qualquer outro direito real limitado".[79]

A posse se distingue da mera detenção, de acordo com seus efeitos. Na concepção de Ihering, "é o preceito legal que determina que certas posses são rebaixadas à detenção, pois, sem esse fator objetivo diferenciador, ambas, substancialmente, são iguais, e constituídas pelo *corpus* e pelo *animus*".[80] *Posse é a vontade aplicada à detenção.*[81] Há uma relação de dependência entre o detentor e a pessoa em nome de quem a coisa é detida. Essa dependência pode resultar do cumprimento de uma obrigação, como é o caso do precarista, ou de uma relação de amizade ou hospitalidade. O Código define o detentor por exclusão: "Art. 487. Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas".

O art. 485 do CC qualifica o possuidor como "todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos elementos inerentes ao domínio, ou propriedade".

Por seu turno, a propriedade é o "direito real tipo" (Joserrand).[82] Mas a definição dada pelo art. 524 do CC é incompleta,[83] ou melhor, o tipo vem impresso nas expressões usar, gozar e dispor dos bens, bem como de reaver a coisa do *poder de quem quer que, injustamente, os possua*, o que, em verdade, consoante a dicção de Caio Mário da Silva Pereira, importa dizer que o Código Civil "não dá uma definição de propriedade, preferindo enunciar os poderes do proprietário".[84]

A propriedade admite o desmembramento de suas faculdades, como é o caso da enfiteuse (domínio direto e domínio útil), da superfície,[85] do usufruto e da habitação. A limitação ao uso da propriedade é de caráter excepcional. Presume-se a propriedade plena e exclusiva (art. 527 do CC). A propriedade constitui um direito absoluto, porque oponível *erga omnes*, pese embora a relatividade do conceito de *absoluto*, concebida por Josserand, realçada mais tarde com a criação do *welfare state* e a própria *socialização* dos direitos no pós-guerra (1945). É absoluto, quando *intra muros* ou sob o aspecto vertical, porque o proprietário detém o poder de dispor da coisa como lhe aprouver, com exclusividade. Mas relativo, quando *extra muros* ou no plano horizontal, na medida em que esse direito de

(79) Op. cit., p. 450-451.

(80) Apud José Carlos Moreira Alves, *Posse*, t. I, vol. II.

(81) Salleiles, apud José Carlos Moreira Alves, idem, p. 43.

(82) Op. cit., p. 1.029.

(83) Cf. Clóvis Beviláqua, op. cit., p. 1.003.

(84) *Instituições de direito civil*, vol. IV, p. 80.

(85) O direito de superfície veio expresso na Lei 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) e no novo Código Civil.

usar, gozar e dispor da coisa não pode sobrepor-se ao interesse público – à coletividade. Assim, p. ex., as normas urbanistas e de parcelamento do solo podem restringir o uso da propriedade, a usucapião e a desapropriação desempenham a sua função social, com vistas ao atendimento dos interesses públicos,[86] existem as normas relativas ao direito de vizinhança, também restritivas do uso da propriedade, as normas de direito ambiental, de proteção ao patrimônio histórico etc.

Washington de Barros Monteiro refere que "a propriedade é a parte nuclear ou central dos demais direitos reais, que pressupõem, necessariamente, o direito de propriedade, do qual são modificações ou limitações, ao passo que o direito de propriedade pode existir independentemente de outro direito real em particular".[87]

O direito real de propriedade é, pois, o sustentáculo dos direitos reais limitados. Basicamente haveriam dois tipos de limitações ao direito de propriedade: as que são impostas por lei, em proteção ao interesse público, e as que são determinadas pelo proprietário, em atendimento de um interesse patrimonial ou particular.

2.4 Tradição e inscrição

Houve tempo no Brasil em que a propriedade imóvel era transmitida pela simples tradição, de acordo com a lição de Afrânio de Carvalho, lembrando, a propósito, a teoria romana do "título" e do "modo" de adquirir. A tradição exprimia a relação de direito real.[88]

Certo que o registro paroquial teve por berço a Lei 601, de 1850, que veio regular a situação das terras no Brasil, então sob regime de concessão de sesmarias – modo de aquisição da propriedade imobiliária pela ocupação primária, distinta das capitanias. Dispunha o art. 5.º da Lei 601 *supra*: "Art. 5.º Serão legítimas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se achem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes (...)".[89] Os possuidores deveriam proceder à medição das terras, sob pena de comisso (art. 8.º da Lei 601).

Não menos certo, porém, que o registro do vigário da época da Lei de Terras (Lei 601, de 1850) tinha efeitos meramente estatísticos,[90] sobrepondo-se a tradi-

(86) De acordo com Silvio Rodrigues, "(...) o Estado recorre mais e mais à desapropriação, não apenas por necessidade ou utilidade pública, como igualmente por interesse social, podendo mesmo fazê-lo para promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos" (op. cit., vol. 5, p. 85).

(87) Op. cit., vol. 3, p. 89.

(88) Op. cit., p. 13.

(89) Cf. Helio Roberto Novoa da Costa, *Discriminação de terras devolutas*, São Paulo: Universitária de Direito, 2000, p. 188.

(90) Cf. Vito José Guglielmi, "As terras devolutas e seu registro". *RDI* 29/97. No mesmo sentido, o Protocolado CG 10.819, Capital, j. 26.06.1996, inserto em *Acórdãos do*

ção ao próprio registro, situação, aliás, que perdurou, pelo menos, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, e não obstante a vigência da Lei Imperial 1.237, de 1864, com mérito na criação, embora embrionária, de um sistema de registro geral não constitutivo.[91]

A propósito, Serpa Lopes assinala que as Ordenações exigiam a *tradição*, como "condição da perfectibilidade da venda: 'tanto que o comprador for entregue da coisa comprada e pagar o preço ao vendedor ou oferecer, *logo há feito dela senhor*' (Ord., Liv. IV, Tít. V, § 1.º)".[92]

Por outro lado, na dicção de Beatriz Arean, "os direitos reais que se exercem pela posse, ainda que por atos possessórios, são públicos por natureza". A posse, assim como os atos possessórios, constitui a exteriorização do respectivo direito real, não sendo apropriado falar de "publicidade traditiva".[93]

Tal a importância da visibilidade da posse que, excetuada a regra estatuída a respeito do constituto possessório (tradição convencional), não é possível falar de posse *oculta*. Por isso mesmo, os atos clandestinos não autorizam a aquisição da posse (art. 497 do CC).

A tradição representa um ato jurídico, embora nem sempre translativo do domínio, como se sucede nos contratos reais (penhor, depósito e o comodato); isto é, a simples entrega sem intenção de transferir o domínio, a *nuda traditio*.[94] De qualquer forma, a tradição que constitui um modo de adquirir o domínio é um ato bilateral, geralmente precedido de negócio jurídico de alienação,[95] importando daí uma apreensão efetiva ou simbólica.

De acordo com a concepção de Clóvis Beviláqua, "a necessidade social de tornar pública a transferência dos direitos reais, que prevalecem *erga omnes*, criou

Conselho Superior da Magistratura e Decisões da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo – 1996, Vicente do Amaral Gurgel e Sérgio Jacomino, p. 332-334.

(91) Op. cit., vol. I, p. 58.

(92) *Tratado de registro públicos: em comentários ao Dec. 4.857, de 9 de novembro de 1939*. vol. I, p. 55.

(93) *Curso de derechos reales*, p. 81.

(94) Jaime Santos Briz basicamente classifica em quatro modalidades ou formas de tradição, a real, que se efetiva com a entrega material da coisa em poder do comprador; a instrumental, consistente na outorga da escritura pública, a simbólica, subdividida em a) *breve manu*, quando o comprador já detinha em seu poder a coisa, b) constituto possessório, quando a coisa vendida não pode ser transferida no ato da venda ao comprador, permanecendo em mãos do vendedor; c) por meio de sinais, como, p. ex., a entrega das chaves de um imóvel; e finalmente d) a quase-tradição, derivada da entrega de direitos ou coisas incorpóreas (*Derecho civil, teoría y práctica: derecho de cosas*. t. II, p. 200-203).

(95) Cf. Silvio Rodrigues, em *Direito civil*, vol. 5 *Direito das coisas*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40.

para os móveis a tradição, e para os imóveis a transcrição" (art. 531).[96] Acrescentaríamos ainda o fator segurança do tráfico imobiliário, justamente em face da coletividade diante da qual é tutelada a garantia de propriedade.[97] É preciso resguardar os interesses do proprietário e do terceiro de boa-fé. Por outro lado, é sabido que a evolução do sistema registrário no Brasil muito decorre da necessidade de formação de instrumentos capazes de afiançar ao crédito o retorno dos investimentos. Por isso, a necessidade de se aprimorar as condições de registro muito se deve à necessidade de se estabelecer condições mais propícias para a outorga de garantias ao crédito, entre as quais, como cediço, sempre presente, desde os primórdios do Império, a hipoteca.

Tanto que a base territorial constitua pressuposto da substância da hipoteca, sobre a qual irá recair o crédito, importa verificar, assim, se o sistema de cadastro imobiliário seria capaz de fazer com que um bem de raiz pudesse servir de elemento patrimonial eficiente, a ponto de satisfazer uma obrigação inadimplida.

Surge, pois, a inscrição como forma de tradição solene.[98] Há o efeito constitutivo do direito real, que se depreende, em relação aos imóveis pelo ato do registro.[99] Dá-se também conhecimento ao público da existência do direito real, em decorrência do registro. Com isso, o registro cumpre uma dupla finalidade: a de constituir o direito real e a de publicizar o direito inscrito.

De acordo com o preceito contido no art. 676 do CC, "os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código".

Não é suficiente, assim, a convenção, tal como se passa no sistema francês,[100] onde o registro não é constitutivo, nada acrescentando ao pacto já estabelecido entre alienante e adquirente. Também não se exige, tal como no sistema alemão, o consentimento formal, consistente na "imprescindibilidade da manifestação do acordo da parte do transmitente perante o Ofício do Registro de Imóveis".[101]

(96) **Clóvis Beviláqua.** ***Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*****, p. 1.089.**

(97) Seguindo a dicção de Lafayette, "para pôr cobro a resultados taes, de sobejo demonstrados por dolorosa experiencia, e para dar á propriedade territorial a segurança e a estabilidade que de si mesma requer e que vivamente solicitavam os desenvolvimentos e as necessidades da vida moderna, o genio inventivo do legislador creou um novo modo de transferencia de dominio e de seus direitos elementares: – a *transcripção* dos títulos de acquisição em registros publicos" (op. cit., p. 119).

(98) Cf. Afrânio de Carvalho, op. cit., p. 136.

(99) Em relação aos móveis, é suficiente a visibilidade por meio da posse.

(100) Cf. A. Vigié, "A propriedade se transmite por efeito das obrigações" (*Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit e de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1905. p. 565).

(101) Cf. Serpa Lopes, op. cit., vol. I, p. 46.

Costuma-se dizer que o sistema brasileiro é de natureza causal, prendendo-se ao título. Muito já se discutiu a respeito da força probante do registro no Brasil. Duas correntes antagônicas se formaram em torno do assunto, basicamente extraídas de dois pólos opostos do direito estrangeiro: o sistema francês (publicidade formal) e o alemão (fé pública). A primeira corrente é liderada por Soriano Neto, Gondim Filho, Sá Pereira e Afrânio de Carvalho, concluindo que o sistema brasileiro não importou do direito alemão a presunção absoluta da exatidão do registro, fundamentadamente porque o art. 892 do Código alemão (*BGB*) não foi copiado pelo legislador brasileiro.

Muito embora não se negue uma correspondência entre o art. 891 do *BGB* com o art. 859 do CC, a presunção do registro imobiliário seria simplesmente relativa, *juris tantum*. Ressalva-se que o sistema francês adotaria a transcrição como simples meio de publicidade, já que a convenção é que transferiria o domínio, o que não se passa no Brasil, a termo do art. 530, I, do CC. A segunda corrente é liderada por Lisipo Garcia, a ela se filiando Filadelfo Azevedo, Clóvis Beviláqua, Serpa Lopes e Arnoldo Medeiros da Fonseca. Segundo ela, a inscrição do título translativo da propriedade imobiliária constitui modo de aquisição do domínio e não de mera publicidade do ato translativo. O sistema brasileiro é de natureza constitutiva do direito real, com escopo de eficácia probatória do registro. Ressalva-se, nesse particular, que o sistema brasileiro não adotou o mecanismo da abstração da causa ou do título, pertinente ao direito alemão, não exigindo a ratificação ou o comparecimento das partes contratantes perante o oficial registrador.

Não temos dúvida em afirmar que o sistema brasileiro é um sistema misto, onde a fé pública do registro persiste, enquanto não suprimida a inscrição ou não considerada inexata, tal como o sistema alemão. Constitui também um meio de publicidade do direito real, porque o sistema brasileiro é causal, aproximando-se dessa forma do sistema francês.

A força probante do ato registrário é relativa, como relativos, hoje, são os direitos reais, nem tão absolutos, como se pensava no passado, como é o caso da propriedade e daí a doutrina da relatividade dos direitos guindada por Josserand, nem tão relativos, no sentido pejorativo mesmo da palavra, como se o ato registrário fosse de pouca valia e pudesse ser facilmente desconstituído por todo e qualquer meio de prova.

Note-se que o § 892 do *BGB* guarda afinidade com o art. 252 da LRP. O primeiro diz o seguinte:

"Reputa-se exato o teor do registro fundiário a favor daquele que adquire, por ato jurídico, um direito sobre um imóvel ou um direito sobre um tal direito, a menos que não esteja inscrita uma contradita contra a exatidão ou não seja conhecida do adquirente a inexatidão".[102]

Já o art. 252 da LRP disciplina:

[102] Cf. tradução anotada por Serpa Lopes, extraída de Soriano Neto, op. cit., vol. I, p. 49.

"O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido".

Num como noutro sistema, há a presunção da exatidão do registro. O art. 252 da LRP completa a sistemática instituída pelo art. 859 do CC:

"Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu".

A possibilidade de retificação da inscrição inexata ou não correspondente com a situação de fato também se acha prevista no *BGB* em seu § 894:

"Se o conteúdo do Livro de Imóveis, em relação a um direito sôbre o prédio, um direito sôbre um tal prédio, ou uma limitação de disposição da espécie assinalada no § 892, alínea *l*, não estiver de acôrdo com a verdadeira situação jurídica, poderá aquêle, cujo direito não estiver, ou não estiver com exatidão, inscrito, ou fôr prejudicado pela inscrição de uma oneração ou limitação que não exista, exigir, para a retificação do Livro de Imóveis, o assentimento daquele cujo direito fôr afetado pela correção".[103]

O registro, pois, deve exprimir uma realidade. Essa realidade constitui o objeto do registro. Mas essa realidade, que vamos passar a denominar de *realidade física,* é sujeita a mudanças, mudanças estas derivadas da vontade do homem, da lei e da natureza. Tratando-se de alterações que interessam ao registro, como, p. ex., a formatação de um imóvel que veio a ser alagado por um reservatório de hidrelétrica, sem dúvida que ao titular do registro a lei dispõe a seu alcance os meios para que a situação dominial passe a refletir a realidade física.

Nesse caso, o art. 213 da LRP estabelece: "A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiros". O princípio vem respaldado no art. 869 do CC: "Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique", em quase tudo semelhante ao art. 212 da LRP: "Se o teor do registro não exprimir a realidade, poderá o prejudicado reclamar sua retificação, por meio de processo próprio". A retificação de registro pressupõe a existência de erro, pois é assim que o *caput* do art. 213 acima referido se comporta.

Como se depreende, todavia, da redação conferida ao art. 212 da LRP, a lei se contenta com a inadequação do registro à realidade, não estabelecendo exatamente que espécie de erro se cogita, se material, substancial, de forma etc. O erro, pois, deve ser entendido de modo lato. O que há de distinguir é o meio que se valerá o interessado no sentido de corrigi-lo, se pela via administrativa, da jurisdição voluntária ou comum. Há o erro do direito inscrito, o erro do nome do sujeito titular da inscrição, como há o erro de área, e mesmo o erro da escritura.[104] O erro que a qualquer um seria possível identificar, por uma simples conferência

(103) Cf. tradução de Souza Diniz.

(104) Que numa visão não ortodoxa pode ser solucionado junto ao juiz corregedor do Registro de Imóveis, naqueles casos em que não for possível lavrar-se uma escritura de rer-

de matrícula ou transcrição, p. ex., não requer o uso da retificação pela via contenciosa. O oficial do Registro de Imóveis está autorizado a retificar de ofício o erro evidente, no pressuposto de que, por ser evidente, tal erro não acarretará prejuízo a terceiros (art. 213, § 1.°, da LRP).

Quando, porém, a modificação almejada puder importar na causação de prejuízos a terceiros, a retificação será de contenciosidade contida ou eventual, se desde logo não for possível antever a inexatidão do registro ou o prejuízo, como é o caso do cancelamento da hipoteca, p. ex., onde se alega e não se prova a quitação, mas a credora hipotecária não oferece resistência (art. 251, II, da LRP).

O erro pode ser assim considerado como toda incoincidência tabular com o mundo físico. Pode ser preexistente ou posterior ao registro. Não fosse assim, p. ex., e não seria possível ao titular do direito inscrito pretender apurar um remanescente de área desapropriada em época posterior ao registro, ou mesmo cancelar uma hipoteca, diante do pagamento subseqüente.

Em se tratando de retificação de área, o próprio § 2.° do art. 213 em tela admite, em linha parelha à demarcatória, que: "Se da retificação resultar alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel, serão citados, para se manifestar sobre o requerimento em dez dias, todos os confrontantes e o alienante ou seus sucessores, dispensada a citação destes últimos se a data da transcrição ou da matrícula remontar a mais de vinte anos".

Em síntese, o sistema registrário brasileiro em matéria imobiliária não é tão ortodoxo como sustentado em larga escala pela doutrina, como veremos. O princípio da inscrição abraçado pelo legislador pátrio não é algo tão imutável ou intangível. A força obrigatória do registro é relativa. A presunção de exatidão do registro pode ser derrubada pelas vias comuns de ataque ao próprio título ou ao registro em si. Certamente por isso, *a priori*, poderíamos admitir um sistema aberto em direitos reais, também no Registro de Imóveis. Se a regra fosse outra, isto é, da absoluta abstração ao título e da presunção da fé pública, haveria motivos de sobra para cerceamento da liberdade do particular na criação, modificação e extinção de direitos reais.[105]

3. Tipicidade dos direitos reais no direito comparado

3.1 Direito francês

Na expressão de Demolombe, "o número dos direitos reais não é necessariamente determinado, não mais que as diferentes variedades desses direitos não são

ratificação, p. ex., e o erro for facilmente identificável. Contra: Pontes de Miranda, para quem uma escritura só pode ser retificada por outra (*Tratado de direito privado*, 1983, t. III, p. 361).

(105) *Criação, modificação e extinção de direitos* sempre, evidentemente, no pressuposto de não contrariedade ao ordenamento jurídico, tal como na liberdade de contratar.

definidas pela natureza mesma das coisas. É uma abertura de direito positivo, sobre a qual o tempo, os costumes, o gênio particular dos diferentes povos, o estado mais ou menos avançado da civilização, e sobretudo a forma de organização política e social, exercem a mais profunda influência".[106]

Também por isso, na acepção do ilustre jurista francês, que os particulares poderiam, por suas convenções, criar direitos reais além daqueles que o Código de Napoleão estabeleceu.[107] Em outras palavras, de acordo com a concepção de Demolombe, o direito francês é do tipo aberto, ancorado no princípio geral de direito da órbita privada, segundo o qual "tudo que não é proibido é permitido".[108] A objeção feita pelo ilustre jurista se deve unicamente ao fato de não ser possível reviver os antigos direitos feudais.[109] Nesse sentido, o desmembramento da propriedade será sempre possível, pela forma que o proprietário desejar.

É certo que Demolombe expõe o caráter limitativo do art. 543. Os particulares poderão convencionar sobre seus bens, diante das figuras predispostas no art. 543. É nesse círculo de abstração que os particulares poderão estabelecer as convenções. Mas a enunciação seria incompleta. Seria necessário respeitar a liberdade de contratar, desde que essa liberdade não contrarie uma disposição de ordem pública.[110]

A posição de Demolombe é havida por Sarsfield como indicativa do *numerus clausus*, em contrariedade a muitos jurisconsultos franceses.[111] Daí o entendimento de Ascensão, para quem a posição limitativa teria sido representada sobretudo por Demolombe, embora minoritária no seu tempo, aludindo a Juglar, o qual, por sua vez, entre outros, se reporta a Toullier, Gaudemet, Gény e Bonnecase.[112]

Ripert e Boulanger são da mesma opinião dos demais autores, admitindo a decomposição de direitos reais, além daqueles expressamente contemplados em lei, por livre escolha de seu titular, como é o caso da cessão de determinados

(106) *Traité de la distinction des biens.* Paris: A. Lahure Éditeur, 1881. t. I, p. 360.

(107) Idem, ibidem, p. 426.

(108) Interessante notar que, em outra obra, o mesmo autor declarou que "os particulares não **podem por suas convenções e disposições mudar as leis que concernem à ordem pública**, e no número dessas leis estão as que interessam a terceiros, ao público, à segurança das convenções, ao modo da transmissão de bens. Ora, a lei que determina e organiza os direitos reais de que os bens são suscetíveis, interessa sem dúvida no mais alto grau a terceiros, ao público, e à segurança das convenções. Logo, ela é uma lei de ordem pública, logo os particulares não podem mudá-la, logo uma tal lei, na enumeração dos direitos reais que ela reconhece deve ser necessariamente considerada limitativa" (apud Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, p. LVI).

(109) Idem, ibidem.

(110) Luis Diez-Picazo. Op. cit., p. 81.

(111) Decerto que mais em razão do que declarado naquela outra obra citada em nota de n. 108 acima.

(112) *A tipicidade dos direitos reais.* Lisboa, 1968. p. 71.

direitos, ressalvando, porém, nem sempre ser possível conciliar a publicidade do contrato com o arbítrio na decomposição dos direitos transmitidos.[113]

Também pela afirmativa; isto é, de o sistema francês pautar-se *numerus apertus*, se pronuncia José Manuel Garcia Garcia.[114] Antonio Manzano Solano, porém, acentua o caráter das *listas cerradas*, aludindo aos arts. 28, 35, 36 e 37 do Dec. 1.955 e art. 2.149 do CC.[115]

Como quer que seja, a "Corte de Cassação afirmou já em 1834 que os arts. 344, 546 e 552 do Código de Napoleão são declarativos do direito comum em relação com a natureza e os efeitos da propriedade, mas não são proibitivos e que nem esses artigos nem outra lei excluem as diferentes modificações e decomposições de que é suscetível o direito ordinário de propriedade".[116]

3.2 Direito italiano

O art. 2.645 do CC de 1942 havia suscitado dúvidas, diante da cláusula aberta "outros atos sujeitos à transcrição". O Código de 1865 seguia o sistema de *numerus apertus*, mas de acordo com a concepção de Garcia Garcia, um "importante setor doutrinal entende que estamos ante o *numerus clausus*, pois nesses outros casos há sempre uma referência aos atos do art. 2.643.[117] No mesmo sentido, se posiciona Coviello, para quem a enumeração é taxativa. "O demonstra a letra da lei", mas a forma é livre.[118-119]

3.3 Direito alemão

Não grassa divergência na doutrina alemã em torno do sistema fechado dos direitos reais (*numerus clausus* ou *Typenzwang*).[120] Os direitos são tipificados, de tal modo que a vontade do particular não pode alterá-los, pese embora a opinião

(113) Op. cit., p. 781.

(114) *Derecho immobiliario registral o hipotecario.* Madrid: Civitas, 1988. t. I, p. 344.

(115) *Derecho registral immobiliario para iniciación y uso de univeritarios*, vol. II, p. 438.

(116) Luis Diez-Picazo. Op. cit., p. 81.

(117) Op. cit., p. 376.

(118) *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza.* 2. ed. Parte 30, p. 250.

(119) O Código Civil italiano indica como fontes de direito, além das leis, as normas corporativas, os usos e os regulamentos (art. 1.º). Seria possível, assim, conceber um *numerus clausus* nem tanto ortodoxo.

(120) Também o Código Civil argentino, que, em seu art. 2.502, estabelece: "Os direitos reais só podem ser criados pela lei. Todo o contrato ou disposição de última vontade que constituir outros direitos reais, ou modificar os que por este Código se reconhecem, só valerá como constituição de direitos pessoais, se como tal valer".

divergente de Wiecker, citado por Ascensão.[121] A idéia é de que a constituição dos direitos reais não constitui matéria do exclusivo interesse particular. Portanto, é no interesse do tráfico, dos possíveis adquirentes que o sistema do *numerus clausus* se estabelece.

3.4 Direito espanhol

Chico y Ortiz assinala que no direito espanhol existe a possibilidade institucional que permite criar direitos, ainda que não pareça isenta de limites. O ilustre jurista aponta ainda dois fortes adeptos da tese contrária, aludindo a Serrano e Roca Sastre. Para Ortiz, Palomino sustentaria que tudo se reduziria a domínio, direitos limitados de aquisição e garantia, e a vontade dos particulares se resumiria à "determinação do objeto, condições, garantias (...)".[122]

Roca Sastre esclarece que "apesar de que oficialmente nosso sistema seja o de *numerus apertus*, isto não supõe a *libérrima* possibilidade de criar novos direitos além dos expressamente reconhecidos pela lei". Para tanto, não é nada fácil, segundo o ilustre jurista, que "os particulares possam adotar novos tipos", além dos nominativamente admitidos, mais "a parte que inventar seria descobrir". Formalmente, não nega Roca Sastre a regra do *numerus apertus*, mas, na prática, a regra adotada seguiria o *numerus clausus,* tudo não passando de um jogo de palavras.[123]

Com razão a nosso ver Chico y Ortiz, para quem não se trata de verificar se é possível criar algum direito real, além daqueles regulados em lei, mas de verificar se as figuras reguladas em lei são as únicas possíveis e determinar que limites encontra em seu caso a autonomia da vontade.[124]

Também por isso a acepção de Antonio Roman Garcia, segundo a qual "não se trata de determinar quais são as figuras ou categorias de direitos reais admissíveis em nosso sistema; senão de estabelecer com precisão os critérios concretos de limitação que neste particular âmbito do direito privado encontra a autonomia da vontade particular".[125] Certo que a tipicidade é casual e a lei hipotecária estabelece uma cláusula aberta: "outros quaisquer reais".[126] Mas o sistema de *numerus apertus* com-

(121) Op. cit., p. 70.

(122) *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. I, p. 431.

(123) *Derecho hipotecario*. 6. ed. Barcelona: Bosch. t. II, p. 636-637. A autonomia da vontade não poderia, assim, ir além da determinação do objeto, das condições, garantias e limites dos direitos.

(124) Apud Luis Diez-Picazo, op. cit., p. 87.

(125) Op. cit., p. 19.

(126) Ver art. 2.°, 2, da Lei Hipotecária: "No Registro da Propriedade se inscreverão os títulos em que se constituam, reconheçam, transmitam, modifiquem ou extingam direitos de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, censos, servidões e 'outros quaisquer reais'". O art.

porta limitações ditadas pela necessidade de fixação do alcance dos próprios direitos constituídos, sob pena de instabilização do tráfico jurídico.

Prova é que a jurisprudência da direção geral dos registros tem adotado o princípio do *numerus apertus* com algumas reservas, pois "apesar da notável influência da doutrina do *numerus apertus* no direito imobiliário, a ciência jurídica moderna acolhe com simpatia a orientação contrária, que encerra as inevitáveis vantagens de facilitar o trabalho do registrador, enquanto a qualificação, favorece os exames dos terceiros adquirentes e evita a criação de direitos inominados e ambíguos".[127]

José Puig Brutau sustenta uma posição intermédia: "Nos direitos reais de garantia impera a tipicidade e o *numerus clausus*, devido a que implicam uma faculdade de realização de valor e uma prelação ou privilégio de caráter excepcional, em derrogação do princípio de igualdade de tratamento para todos os credores. Por isso, há de entender-se que não é possível constituir direitos de garantia com efeitos reais à margem dos estabelecidos pela lei".[128] Na acepção de Brutau, tampouco caberia mais direito real de desfrute pleno na coisa alheia que o usufruto. Igualmente, não seria possível a criação de um direito real atípico em matéria de servidões.[129]

3.5 Direito português

A lista é bem ampla, inclui a posse e o arrendamento financeiro, mas o Código do Registro Predial de 1984 segue o princípio do *numerus clausus*.[130] Como fonte geradora do direito real, porém, a lei deve ser interpretada em sentido amplo, incluindo "toda a lei material que cair na alçada do art. 1.°, bem como o costume", de acordo com a concepção de Ascensão.[131]

7.° do Regulamento Hipotecário dispõe: "Conforme o disposto no art. 2.° da Lei não apenas deverão inscrever-se os títulos em que se declare, constitua, reconheça, transmita, modifique ou extinga o domínio ou os direitos reais que em ditos parágrafos se mencionam, senão quaisquer outros relativos a direitos da mesma natureza, assim como qualquer ato ou contrato de transcendência real que, sem ter nome próprio em direito, modifique desde logo ou no futuro, algumas das faculdades do domínio sobre bens imóveis ou inerentes aos direitos reais" (Cf. Antonio Roman Garcia, op. cit., p. 17).

(127) Luis Diez-Picazo. Op. cit., p. 88.

(128) *Fundamentos de derecho civil. El derecho real: la posesión – La propiedad y sus límites – adquisición y pérdida – ejercicio de acciones.* t. III, p. 36.

(129) Idem, ibidem.

(130) Cf. Solano, op. cit., p. 476. No mesmo sentido: Garcia Garcia, op. cit., p. 364.

(131) Segundo o art.1.°, I, do CC português, constituem fontes de direito as leis e as normas corporativas (op. cit., p. 208 e 215). Posteriormente, o autor citado afirma que "mesmo à face da ordem legal portuguesa, o costume acaba por ser considerado fonte de direitos reais" (idem, p. 232). O art. 2.° da lei portuguesa ainda possibilita que, "nos casos decla-

Seguindo a doutrina de Baur, Ascensão enfoca que "a tipificação (*Typisseirung*) teria duas manifestações: o *numerus clausus* (*Typenzwang*) e a fixação do conteúdo (*Typenfixierung*)". Citando Dias Marques, o autor arremata que a tipicidade no direito português se adstringe ao número e não ao conteúdo. Assim, expõe: "Embora se não possa variar o elenco legal daqueles direitos é, no entanto, lícito, quanto a alguns deles, introduzir no respectivo conteúdo uma certa variabilidade. Assim sucede, por exemplo, com o usufruto (art. 2201.º do CC) e as servidões (art. 2267.º do CC)".[132]

Saliente-se, conforme leciona J. A. Mouteira Guerreiro, que "em Portugal, o princípio da legalidade confere ao 'conservador' o poder de julgar a legitimidade dos interessados e a validade (formal e substancial) dos títulos apresentados".[133]

A essa atribuição de grande espectro conferida ao "conservador", contrabalança o Código, em seu art. 1.306, asseverando que "não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito, senão nos casos previstos na lei; toda a restrição de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional".

4. Sistema brasileiro

4.1 Numerus clausus *ou* numerus apertus*?*

Teixeira de Freitas expõe com acuidade que "não se pode dizer que existe uma causa determinante, um fato exclusivamente produtor desses direitos reais; não se pode dizer que a teoria da ciência indica *a priori* as diversas espécies de *jura in re*, fora das quais não pode haver outras espécies.

Quando as legislações não proíbem expressamente a criação de outros direitos reais além dos que elas designam e regulam, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se, por deferência ao princípio da liberdade das convenções, a admitir combinações de todo o gênero, uma vez que nada tenham de contrário à ordem pública".[134]

Também nessa linha de pensamento, argumenta Washington de Barros Monteiro, expressando: "... essa enumeração não é taxativa e não exclui, portanto, outras

rados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral", o que equivaleria, nas palavras do autor, à edição de uma norma "que se impõe à observância de todos" (op. cit., p. 253). Há, de outro modo, a concepção de que a tipologia taxativa não impediria as modificações dos direitos reais, considerando a possibilidade de mutação das condições supletivas. Daí a tipologia de conteúdo – acidental – aberta, não em relação ao número, que é taxativo. De acordo com Ascensão, "esse conteúdo é estranho à descrição fundamental em que consiste o tipo; faz parte do direito real, mas escapa ao objetivo que ditou o art. 1.306.º, 1" (op. cit., p. 332).

(132) Op. cit., p. 305-307.

(133) *Noções de direito registral predial.* Coimbra, 1994. p. 86.

(134) Op. cit., p. LIV.

modalidades de direito real, como o compromisso de compra e venda para pagamento em prestações, quando averbado de acordo com os arts. 5.º e 22 do Dec.-lei 58, de 10.12.1937, e arts. 5.º e 22 do Dec. 3.079, de 15.09.1938".[135] Outros direitos reais poderão ser ainda criados pelo legislador, ou pelas próprias partes, desde que não contrariem princípios de ordem pública. Vários autores sustentam esse ponto de vista. Realmente, texto algum proíbe, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos reais, ou a modificação dos direitos reais já existentes.[136]

Carvalho Santos bem acentua que "o princípio mais aceito é o da liberdade das convenções, admitindo-se como direitos reais não somente os enumerados na lei, senão também todos os que possam resultar das convenções que importem na decomposição do domínio e possam por sua vez formar direitos reais distintos, sem ofensa à ordem pública" e acrescenta que Clóvis Beviláqua, "no seu projeto, não se afastou do direito então vigente, assim redigindo o texto do art. 775: 'Somente se consideram reais, além da propriedade' etc.

A Comissão Especial da Câmara, no projeto que adotou, eliminou o advérbio *somente*, e daí por diante não mais voltou êle a figurar no texto do art. 674.

Ora, a supressão foi feita muito propositadamente, por isso que não teria sido feita se fosse intenção do legislador manter o caráter limitativo ou taxativo da enumeração do direito anterior, reproduzida no *Projeto Clóvis.*

Ademais, não podia o legislador ignorar que a doutrina já estava firmada no sentido de admitir a criação de outros direitos reais quando não houvesse disposição expressa na lei proibindo e vedando essa faculdade, como já ensinava Teixeira de Freitas (*Introdução à Consolidação das Leis Civis,* p. 87).

De sorte que, com a supressão do advérbio *somente*, só podia querer deixar claro que facultava a criação convencional de outros direitos reais, afastando-se do direito anterior com a sua enumeração limitativa ou taxativa".[137]

Arnoldo Medeiros da Fonseca segue a mesma linha de pensamento perfilhada por Teixeira de Freitas e Carvalho Santos, referindo-se a Clóvis Beviláqua, Lacerda de Almeida, Filadelfo Azevedo, Orozimbo Nonato e Afonso Fraga: "Quando, pois, não há disposição expressa na lei proibindo a criação de outros direitos reais, a doutrina tende a admiti-la, como salientara o grande Teixeira de Freitas. E tal parece-nos ser a orientação aconselhável, em face do nosso Código Civil".[138]

No pólo oposto, porém, se entremostra Clóvis Beviláqua (autor de parecer favorável ao caráter real do direito da Companhia Paulista de Estradas de Ferro,

(135) *Curso de direito civil. Direito das coisas.* Saraiva, 1986. p. 11-12.

(136) Ou direitos com eficácia real, como acentuado por Everaldo Cambler, *Curso avançado de direito civil,* vol 2. *Direito das obrigações,* São Paulo: RT, p. 26-27.

(137) J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado. Direito das coisas.* São Paulo: Freitas Bastos, 1958. vol. IX, p. 14-15.

(138) *Direito de retenção.* 3. ed. Forense, 1957. p. 33-34.

por isso que referido por Arnoldo Medeiros da Fonseca, como seguidor da outra corrente), enfatizando que "o número dos direitos reais é sempre limitado nas legislações. Não há direito real, senão quando a lei o declara".[139] No mesmo sentido, a lição de Silvio Rodrigues: "4. *Direitos reais são apenas os enumerados pela lei.* – O art. 674 do CC determina serem direitos reais, além da propriedade, a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, o penhor, a anticrese e a hipoteca. Portanto, o legislador limita o número dos direitos reais".[140] O eminente mestre faz alusão preciosa a respeito da imposição negativa a todas as pessoas no sentido de respeitar a situação do titular do direito real, justificando, ademais, que os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só poderiam ser recepcionados no Registro de Imóveis, quando houverem sido enumerados expressamente na lei.[141] Por isso que, a teor do art. 676 do CC, "o oficial não encontrará na lei permissão para fazer tal registro, nem livro adequado para assentá-lo".[142] Também nesse sentido se mostra nesse particular a lição de Orlando Gomes: "O proprietário da coisa pode constituir apenas os *direitos reais* especificados na lei. Não tem a liberdade de criá-los, devendo conformar-se com os *tipos* regulados legalmente e com o conteúdo que a lei lhes atribui. Outras espécies que não as definidas na lei são inadmissíveis. Diz-se, por isto, que a constituição dos direitos reais obedece ao sistema do *numerus clausus*, ao contrário da formação

(139) *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 1.141.

(140) *Direito das coisas*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8.

(141) Ver ainda no mesmo sentido: Caio Mário da Silva Pereira (op. cit., 4. ed., vol. IV, Forense, 1981, p. 6), Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil. Direito das coisas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990-1991. p. 250), Pontes de Miranda (op. cit., t. XI, p. 59), José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*, vol. I, p. 320), Lafayette (op. cit., p. 20, com citação de Demolombe e Martou), J. W. Hedemann (*Tratado de derecho civil*, vol. II, *Derechos Reales*, p. 32). Arruda Alvim expõe interessante posicionamento a respeito do tema: "Finalmente, o último princípio que também é acolhido pelo projeto é do chamado *numerus clausus*. Por *numerus clausus* se entende, como se fixou, que *somente são direitos reais aqueles previstos no sistema*. Procuramos expender nosso pensamento no sentido de que *previsto pelo sistema* não envolve, necessariamente, uma explicitude absoluta, como ocorre, por exemplo, no caso da retrovenda. Parece que a previsão poderá ser, mas não haverá de, necessariamente, ser explícita, como ocorre com o elenco do art. 674 e como se dá com a capitulação do art. 1.226 do projeto; poderá existir por força de compreensão – e aqui citamos novamente a retrovenda, porque se assimila ao modelo de direito real emergido de regras positivas e se enquadra nos seus princípios; existe um direito à *coisa* e não a uma indenização; portanto, está presente uma ação real, preordenada a ser exercida para recuperar a *coisa* e operar 'forçosamente' a venda; e a nosso ver também, obviamente, poderá haver outras previsões, se forem criadas por uma lei de posição hierarquicamente equivalente ao Código Civil, isto é, uma lei ordinária, em que se crie, por exemplo, um outro direito real, sem que esta qualificação lhe seja expressamente atribuída" (op. cit., p. 38).

(142) Op. cit., p. 10.

dos contratos, na qual, preponderando o princípio da liberdade de estruturação do conteúdo, prevalece o sistema do *numerus apertus*. Em conseqüência, toda limitação ao direito de propriedade que não esteja prevista na lei com direito real tem eficácia obrigacional".[143] Justifica-se essa opinião pelo fato de o direito real ser absoluto na medida da sua oponibilidade *erga omnes*, implicando restrições ao direito de propriedade, enquanto a "aceitação do sistema do *numerus apertus* permitiria desvios na política legislativa em relação à propriedade".[144] De igual modo se posiciona Serpa Lopes, em crítica a Planiol, Ripert e Picard, acentuando que a oponibilidade *erga omnes* não poderia ficar adstrita aos interesses do credor. Além disso, de acordo com o eminente jurista, a constituição de um direito real pressupõe a observância de certas formalidades que não poderiam ser cumpridas sem que houvesse um dispositivo legal permissivo.[145]

Os motivos que inspiram grande parte da doutrina a refutar a tese centrada no sentido do conteúdo não exauriente da norma de disposição dos direitos reais podem ser resumidos da seguinte forma:

(i) preponderância das normas de ordem pública sobre o interesse dos particulares, de forma a assegurar o tráfico e a proteção ao terceiro de boa-fé; e

(ii) presunção relativa do registro, que ficaria abalada ao sabor de novos mecanismos criados pelo proprietário.

No que pertine à proteção ao tráfico e ao terceiro de boa-fé, é preciso salientar que, em nosso direito positivo, como se viu, o dever de abstenção, que é inerente ao conteúdo do próprio direito real, importa em confiar ao titular desse mesmo direito uma garantia, a de seguir a coisa onde quer que se encontre e em poder de qualquer detentor ou possuidor (seqüela).

Essa garantia, em última instância, se sobrepõe à aparência e não sofre solução de continuidade com o tráfico. De acordo com Serpa Lopes, "em nosso direito, a *seqüela* tanto se produz em relação aos bens imóveis como aos bens móveis, enquanto em outras legislações a êstes falta êsse atributo com a mesma intensidade, porquanto se protege a aparência, pelo princípio do direito francês: *en fait des meubles la possession vaut titre*".[146]

Portanto, em nosso ordenamento, e, *a priori*, o terceiro de boa-fé não tem a seu favor maior garantia que a do titular do direito inscrito. Decompor o domínio a direitos ou frações de direitos que a lei estaria taxativamente modelando não torna o terceiro mais imune que aquele em face de quem outros direitos poderiam ser opostos, além dos modelos elencados. Na realidade, tudo se resume em saber qual a natureza do direito que a lei permite elevar à categoria de direito real, quais

(143) *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 10.

(144) Silvio Rodrigues. Op. et loc. cits.

(145) *Curso de direito civil*, vol. VI, p. 34.

(146) Op. cit., p. 37.

exatamente aqueles direitos que poderiam ser protegidos pelas garantias de seqüela, e assim por diante.

O sistema aberto ou *numerus apertus* não implica, nem acarreta desestabilização ao tráfico, desde que as convenções não contrariem a ordem pública. Há princípios gerais sobre os quais se assentam os ordenamentos jurídicos, de um modo geral, como, p. ex., o de que ninguém pode dispor sobre algo que não possui, o do não enriquecimento ilícito etc. Esses princípios permanecem íntegros e não podem ser desprezados, nem pelo proprietário, nem pelo terceiro, porque interessam à própria ordem pública.

Afirma-se que a publicação das restrições ao direito de dispor deturpa a publicidade de sua finalidade originária. Mas estamos de acordo com Stéphane Piedelièvre que descreve que a obrigação de publicá-las é "necessária para fazer conhecer a terceiros a verdadeira situação jurídica do imóvel. (...) A informação é uma das funções essenciais da publicidade imobiliária".[147]

O problema do *numerus clausus* diz com os direitos reais limitados, claro, porque o direito de propriedade (*jus in re propria*) é o direito real tipo incontroverso. São as restrições de fruição, de garantia e de direito real de aquisição condicionada,[148] que devem ser objeto de questionamento.

E, nesse campo, nada haveria realmente a impedir o proprietário de decompor o domínio em tantos direitos quanto possa e sem que esteja adstrito a modelos ou tipos, desde que o fracionamento da propriedade, em se tratando de imóvel, não implique rompimento com os princípios do sistema registral, como, p. ex., uma justaposição de títulos ou direitos contraditórios.[149]

Em se tratado de direitos reais limitados, a interpretação, como se disse anteriormente, deveria ser restritiva, não se admitindo o emprego da analogia. Essa analogia, porém, não seria necessária, num sistema calcado em linha de princípio centrado no poder de disposição do proprietário, nem tão absoluto ou ilimitado, como se imaginou no passado, mas nem tão escravizado a regras estereotipadas.

Note-se, por outro lado, que as deficiências atribuídas ao sistema de *numerus apertus*, quando muito, seriam comuns ao sistema de *numerus clausus*. Assim, p.

(147) *Traité de droit civil: la publicité foncière*, L.G.D.J, 2000. p. 106.

(148) Além dos *jus in re aliena*, Caio Mário da Silva Pereira focaliza ainda o *direito real de aquisição*, por meio da promessa irrevogável de venda (op. cit., p. 6), o que vem a ser o direito do promitente comprador, de acordo com o novo Código Civil e a proteção conferida ao adquirente pela legislação do parcelamento do solo. Nesse caso, tomamos a liberdade de acrescentar a palavra *condicionada*, porque o direito real de aquisição pode efetivar-se independentemente de promessa ou qualquer outra condição futura. Arruda Alvim refere ainda a propriedade resolúvel, "isto é, quando deixar de existir o direito de propriedade" (op. cit., p. 21), o que implica uma outra espécie de limitação, erigida sob a forma de condicionante.

(149) Nessa órbita, gravitam também os títulos, porque se acham sujeitos a criterioso exame de qualificação, conforme será melhor explicitado adiante.

ex., a rigidez na enumeração das figuras elencadas no art. 674 do CC não consegue eliminar a fraude contra credores ou contra o terceiro de boa-fé. Até, por força dessa mesma rigidez, se consegue mascarar com mais facilidade o ardil e o meio fraudulento, por vezes, escapa bem despercebido do controle do tabelião e do oficial registrador.

A idéia de que a constituição de direitos reais sobre imóveis criaria restrições, diminuindo-lhe o valor, e gravando-a de ônus, não é inexata, mas não menos certo é que ao titular do direito real incumbe o exame da conveniência ou não quanto ao estabelecimento de tal ou qual restrição.

A redação contida no antigo projeto de lei que se converteu no Código Civil de 1916 realmente era de conteúdo restritivo, como ressaltado por Carvalho Santos. A nova redação imprimida ao texto – "Art. 674. São direitos reais, além da propriedade: (...)" – não induz à mesma conclusão defendida pelo ilustre jurista. A depender do novo texto do Código Civil recentemente aprovado (art. 1.225), também não se chegará a conclusão diversa, *in verbis*: "Art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese".

Numa visão, *a priori*, sobre o tema, o art. 674 do CC atual e o art. 1.225 do novo Código não poderiam exaurir todos os direitos reais previstos no ordenamento jurídico, bastando verificar que a posse não foi colocada a rol dos modelos enumerados em lei, e nem por isso poder-se-ia descartar a sua natureza de direito real, sob enfoque de acepção doutrinária já mencionada anteriormente e com a qual compartilhamos.

Arruda Alvim leciona que o art. 674 do Código vigente e o art. 1.226 do Projeto (art. 1.225 do novo Código) representam normas que "permitem que se açambarquem todas as figuras do sistema jurídico que se possam submeter aos princípios gerais, *delas mesmas emergentes*; e daí, a nosso ver, a importância de se terem presentes e definidos *estes princípios*. Os direitos que se afeiçoam precisamente a estas diretrizes, direitos reais serão; e, obviamente, poderá haver uma lei extravagante que crie um direito real".[150]

Direitos reais são aqueles previstos no sistema, conforme o ilustre mestre, e, assim, se incluem entre eles aqueles que podem ser decompostos pelo proprietário, de acordo com as mesmas diretrizes e princípios respeitantes a esse mesmo sistema. Em não havendo tipo, moldura exata do semi-acabamento do fato jurídico, nem por isso deixa de existir o direito real, por adequação do fato ao conceito, consoante Ascensão.

Por aí se vê que, a rigor, o título não deve servir de óbice ao fato que a lei empresta eficácia de direito real, não pelo menos em seu conteúdo. Não se

[150] Op. cit., p. 37.

abala a presunção de veracidade do registro, em face do poder de disposição do proprietário.

De outro modo, é o conceito básico do tipo em abstrato previsto no ordenamento que define a exata dimensão do direito e a sua eficácia. Aí, já não estaríamos frente a um tipo de direito, mas diante de uma norma de tipo conceitual, mais abrangente.

4.2 Fattispecie *e título típico*

Orlando Gomes fornece uma indicação que se nos afigura muito própria a respeito do tópico em comento. Acentua ele que "os *direitos reais* adquirem-se por efeito de fatos jurídicos *lato sensu*, que lhes servem de *causa*, como característicos de sua finalidade econômica. Esses fatos são denominados, na doutrina alemã, a *relação causal* ou *básica*. Na aquisição da propriedade pela compra e venda, este contrato é a relação jurídica básica ou a *causa* do direito de propriedade adquirido sobre a coisa vendida. Na aquisição do usufruto por testamento, este negócio jurídico é a relação causal daquele direito real limitado. Assim, a constituição de um *direito real* vincula-se ao *fato jurídico* que informa sua destinação econômica".[151]

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, o fato que interessa para o universo jurídico no presente estudo é o fenômeno em concreto amoldado à figura normativa em abstrato; isto é, ao tipo legal (*tatbestand* e *fattispecie*).[152] Já vimos, porém, que o fato nem sempre se ajusta perfeitamente à sua moldura legal – a qual nada mais representa que uma espécie do gênero conceito, e que, por isso mesmo, não havendo previsão específica em torno de um mesmo fato, não se pode descartar, *a priori*, que esse fato possa gerar efeitos no universo jurídico, com atributos de direito real.

O art. 676 do CC estatui: "Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código". Não há previsão no Código acerca das transferências e gravames dos direitos reais, mas subentende-se devam eles seguir a mesma sorte daqueles atos de constituição, diante da imprecisão do texto,[153] máxime em virtude do teor do art. 172 da LRP: "No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade".

(151) Op. cit., p. 12-13.

(152) Cf. Ascensão, op. cit., p. 20.

(153) Conforme refletido por Afrânio de Carvalho, op. cit., p. 37.

O Registro de Imóveis tem o condão de recepcionar os direitos e também a relação causal ou básica a que se refere Orlando Gomes, expressa graficamente sob a forma de título. Há o efeito constitutivo do registro, envolvendo as mutações de direitos reais e há também o declaratório.[154] Como adverte Kioitsi Chicuta, "nem todos os atos passíveis de registro têm efeito constitutivo".[155] Admitem-se *outras* ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro (art. 246 da LRP).[156]

Título típico, pois, em sua acepção material, é a causa aquisitiva ou de oneração do direito real. Em sua acepção formal, é a espécie de documento que a lei formula ao apresentante, a fim de que tenha ingresso no registro imobiliário. O sistema registrário brasileiro não dispensa a existência de título formalmente escorreito. Anota Ricardo Henry Marques Dip que, em relação aos títulos, "com a técnica da inscrição, em que se procede por extrato, registram-se ou averbam-se os títulos em sentido material, significando a causa aquisitiva ou de oneração, que se efetiva com o assentamento predial".[157]

De acordo com a doutrina de Ramon de La Rica Maritorena, citada por Ricardo Henry Marques Dip, "se entiende la causa por la que se adquiere o posee un derecho, el acto jurídico que genera y da nombre al derecho, es decir, el acto causal que engendra el derecho inscritible". Título, em acepção formal, segundo Maritorena, "equivale al documento o forma escrita en el que se contiene el acto jurídico causal".[158]

Ainda que o direito seja aparentemente inscritível, se o título apresentar alguma falha perceptível, por vício de forma ou ainda de evidente substância, como é o caso da outorga de escritura por menor absolutamente incapaz, p. ex., já não será possível o seu ingresso no fólio real.

Ricardo Henry Marques Dip faz importante distinção em outro artigo,[159] acentuando que a qualificação registral importa em juízo de cognoscibilidade prudencial, de ordem positiva ou negativa, em relação à potência de um título, no sentido de sua registrabilidade ou não.

Por sua vez, Chico y Ortiz assevera que "o princípio da legalidade no campo registral tem uma dupla vertente, enquanto, de uma parte, impõe ao registrador da propriedade submeter-se à legalidade vigente, e, de outra, ao conceder-lhe o po-

(154) Sobre a função declarativa do registro, ver mais adiante.

(155) "Tutela antecipada, medidas cautelares, liminares e o registro de imóveis". *RDI* 48/72.

(156) Segundo Ascensão, "há uma tipologia de providências cautelares, que é exemplificativa" (op. cit., p. 371). Refere ele ainda que o tribunal pode impor "providências cautelares não especificadas, que podem originar direitos reais atípicos" (op. cit., p. 376).

(157) "Do conceito de direito imobiliário registral". *RDI* 27/55. São Paulo: RT.

(158) Idem, ibidem.

(159) "Sobre a qualificação no registro de imóveis". *RDI* 29/40. São Paulo: RT.

der de velar pelo controle da legalidade atribui à sua função o valor de uma decisão sobre a que há de operar toda a transcendência que leva consigo o princípio da segurança do tráfico".[160] O título tem de ser válido, sob seu aspecto formal, uma vez que os títulos imperfeitos não têm acesso ao registro. E a qualificação registral importa numa verificação prudencial quanto às formas extrínsecas do título, incluindo o exame da exação fiscal.

Note-se, de regra, que a escritura pública é de substância do ato jurídico de alienação de imóvel, a termo do art. 134, II, do CC, de tal modo que, alienado um imóvel com valor acima ao teto estabelecido no art. 134 do CC, por meio de instrumento particular, o título será recusado, se não houver uma regra de exceção, admitindo outra providência. Bem por isso, exemplificando, já decidiu o Conselho Superior da Magistratura que o art. 61, § 5.°, da Lei 4.380/64 tem aplicação circunscrita de aquisição da casa própria (ApCiv 12.773-0/0, Praia Grande, 27.05.1991, rel. Des. Onei Raphael).

O controle de legalidade exercido através do oficial registrador guarda, portanto, essencial relação com a tipicidade de forma dos títulos que a lei estabelece.[161-162] O imóvel representa a unidade básica do sistema, já o título constitui o instrumento, o elo de ligação entre o fato subsumido à espécie abstratamente prevista em lei e o direito que irradiará da inscrição. Há um processo, em sentido lato, que pode ser denominado de processo registrário. O registro cumpre seu primordial papel de constituição, modificação e extinção de direitos reais, quando o processo registrário vem a ser regularmente instaurado e finalizado.[163-164]

(160) Op. cit., p. 589.

(161) Considerando que a qualificação registrária se sujeita ao princípio de instância, o controle de legalidade dos atos do registro mais se aperfeiçoa, quanto maior for a possibilidade de revisão da relação básica ou causal (tipicidade material ou "mérito"), eventualmente dissentida, de natureza duvidosa ou controvertida, perante a instância revisora. Nesse diapasão, o interessado poderá provocar, em razão de dissenso com o oficial registrador, a revisão da decisão de recusa oposta ao título, pelo juiz corregedor permanente e pelo Conselho Superior da Magistratura.

(162) Segundo Ascensão, porém, típicos são os direitos que "são objeto da publicidade registral, não os fatos que são objeto da inscrição. Mas dissemos também que esta regra tem exceções, pois em certos casos indicam-se fatos como objeto de registro. Isto resulta do art. 3.° e das alíneas *n* e *o* do art. 2.°, I, do Código do Registro Predial, justamente. Quando se submetem a registro as ações ou decisões, nos termos do art. 3.°, são fatos que se têm em vista" (op. cit., p. 369).

(163) Segundo Chico y Ortiz, "o título formal constitui, portanto, com sua apresentação, o início do processo ou o primeiro passo até a inscrição" (op. cit., p. 488).

(164) Comentando sobre os atributos da transcrição, Washington de Barros Monteiro expõe serem eles: a) a publicidade, b) a aquisição da propriedade, c) a força probante, fundada na fé pública do registro, d) a legalidade, decorrente do sistema de qualificação dos títulos pelo oficial registrador, e) a obrigatoriedade do registro na circunscrição em que situado geograficamente o imóvel e f) a continuidade (op. cit., vol. 3,

Não há negar, assim, o caráter de evidente instrumentalidade do registro. O título inscritível, em seu aspecto formal, vem a constituir o meio adequado e instrumental para acesso do fato jurídico, da relação causal ou básica, ao fólio.

Compete, pois, ao oficial registrador o exame de: "(i) 'viabilidade registrária do documento'; (ii) disponibilidade, sem se olvidar da especialidade subjetiva e objetiva; e (iii) dos aspectos formais dos títulos e do procedimento, como, *v.g.*, competência territorial, autenticidade, impedimentos, e assim por diante".[165]

Muito já se discutiu sobre o objeto do registro imobiliário. Para Sanz Fernandez, González Palomino e Nuñes Lagos, registram-se os títulos. Segundo Hermida Linares, inscreve-se o direito real. Lacruz Berdejo procura amalgamar ambas as teorias acima, propondo o registro dos imóveis, inscrição dos títulos e a publicização dos direitos. De acordo com Chico y Ortiz, o que se inscreve são os títulos, não os direitos. Daí o conceito de *título inscritível*.[166] Roca Sastre, porém, assinala que o que se inscreve e registra é o ato jurídico, que opera a mutação jurídico-real imobiliária, e não o título formal ou documental (dinâmica).[167]

O título é a expressão gráfica da relação causal ou básica juridicamente relevante. A constituição do direito real imobiliário pende, de regra, de condição satisfativa de pressupostos que se condensam na formação de um juízo de cognoscibilidade, por meio de adequação do título à norma de direito procedimental-instrumental, numa primeira fase, passando-se à etapa seguinte, por via de subsunção do fato à hipótese em abstrato prevista na lei.

O princípio da legalidade que já tivemos a oportunidade de comentar constitui um corolário lógico da qualificação do oficial registrador. A triagem de títulos permite filtrar para o sistema aquilo que a lei, de ordinário, estabelece e pretende seja aproveitado. As impurezas e as incongruências, como notório, não podem ser levadas ao fólio.

Todavia, acreditamos, não se vai a partir daí pretender estabelecer um critério tão asfixiante, quanto inútil ou contraproducente, em tratar o registrador como se fosse um ser não pensante, ou simples primário burocrata e servil, preso a formulários e regras obsoletas. A qualificação dos títulos em alguns sistemas estrangeiros é feita até mesmo por juízes, já sem a intervenção do oficial registrador, o que demonstra o caráter jurisdicional e não escravizante da função.

p. 106). A par dessas, podemos ainda incluir a função declarativa ou retificadora, "quando a mutação jurídico-real imobiliária se opera independentemente do registro" e que é exemplo a retificação do conteúdo inexato do registro (Roca Sastre, op. cit., t. I, p. 214).

(165) Cf. Ricardo Henry Marques Dip, "Sobre a qualificação no registro de imóveis", *Revista de Direito Imobiliário* 29/55 e 57.

(166) Op. cit., p. 414, 415, 417, 488 e 489.

(167) Apud Chico y Ortiz, op. cit., p. 488.

4.3 Enumeração na Lei de Registros Públicos

A Lei de Registros Públicos fez uma miscelânea de atos passíveis de inscrição e de averbação (art. 167, I e II),[168] o que mais evidencia se tratar de uma enumeração exemplificativa. A listagem é ainda desordenada e não obedece critérios lógicos de adequação das suas figuras. Os *formulários* ou *contratos-tipo* já não se prestam ao atendimento das necessidades sociais presentes numa sociedade moderna, a não ser no *lugar-comum* dos negócios, conforme examinaremos.

Na realidade, o registro tem por pressuposto, bem *a priori*, fazer com que a relação causal, a hipótese materializada no título ou no próprio direito inscrito, irradie eficácia de direito real.

Como já vimos, o registro é eminentemente instrumental, tem por finalidade fazer gerar efeitos que a lei de direito substancial prevê. Não pode a lei instrumental conceder mais ou menos direitos que aqueles estabelecidos na norma de direito substantivo.

É certo que tem prevalecido em nossos tribunais o entendimento no sentido da taxatividade dos direitos reais:

"Propriedade. Direito real de habitação. Reconhecimento, por analogia, em face de concubina. Inadmissibilidade. Doutrina do *numerus clausus*. Impossibilidade de se criar direitos que não os legalmente previstos. Hipótese, ademais, de favorecimento da concubina em relação à mulher casada. Recurso parcialmente provido. Os direitos reais, criando dever jurídico para terceiros, só existem, quando definidos pela lei e dentro do figurino legal, não se admitindo, por isso, a criação de outros que não os legalmente previstos" (rel. Ruy Camilo, ApCiv 196.306-2, São Paulo, 13.10.1992).

No julgamento dos EI na ApCiv 236/90, o TACivRJ, por seu 3.º Grupo, sendo relator o Juiz Sérgio Cavalieri Filho, j. 12.12.1990, decidiu:

"Na sistemática do nosso ordenamento jurídico, os direitos reais são *numerus clausus*, compreendendo somente aqueles que constam da lei.

A locação, mesmo comercial, gera apenas direitos pessoais, razão pela qual o novo adquirente do imóvel só está obrigado a respeitá-la se o contrato for por tempo determinado, contiver clausula de vigência em caso de alienação e constar do Registro de Imóveis. A Lei Inquilinária, ao dizer que as locações para fins comerciais ou industriais continuam regidas pelo Dec. 24.150/34, refere-se, evidentemente, apenas à matéria disciplinada no referido decreto, isto é, condições e

[168] Merecendo críticas de Afrânio de Carvalho, pois os atos principais ou originais deveriam vir debaixo da epígrafe "registro", "ao passo que os dependentes, modificativos ou posteriores, se alinhariam debaixo da epígrafe 'averbação'... ficaram misturados atos primários e secundários, quando estes deviam encaminhar-se para a 'averbação', envolvendo a mistura um senão lógico de péssimo reflexo na prática" (op. cit., p. 78).

processo de renovação do contrato, ficando as demais questões sujeitas à disciplina da lei geral".

No mesmo sentido, a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo (Processo CG 195/01) e o Conselho Superior da Magistratura:

"Arrendamento rural. Locação. *Numerus clausus*. Analogia.

1. Os direitos reais são taxataviamente fixados pela lei, constituem um *numerus clausus*, não cabendo a ampliação do rol dos atos e negócios inscritíveis, vedada a aplicação de analogia para alargamento das hipóteses legais.

2. O arrendamento rural, por seu índice distinto de tipicidade, difere da locação, razão pela qual seu ingresso no registro imobiliário é vedado.

Ementa oficial: Registro de Imóveis. Contrato de arrendamento rural. Invalidade de seu registro. Natureza exaustiva do rol constante do inc. I do art.167 da Lei 6.015/73. Inconfundibilidade com o contrato de locação. Decisão mantida" (ApCiv 32.930-0/3, Marília, 21.11.1996, rel. Des. Márcio Martins Bonilha, com referência a julgado na ApCiv 1.956-0, Capital).

Em outro julgado, o E. Conselho Superior da Magistratura assim se pronunciou:

"Locação comercial. cláusula de vigência. Sublocação. *Shopping Center*. Condomínio. Preferência. *Numerus clausus*. Princípio de especialidade.

1. Sendo o rol dos direitos registráveis taxativamente fixados em lei, constituindo um *numerus clausus*, é inviável o registro de sublocação comercial" (ApCiv 34.783-0/6, Capital, rel. Des. Márcio Martins Bonilha).

Também no que se refere à promessa de dação em pagamento:

"Contrato de prestação de serviços e de compromisso de dação em pagamento. Registro.

Título cujo registro não está previsto no art. 167 da Lei 6.015/73. *Numerus clausus*.

Contrato de prestação de serviços e de compromisso de dação em pagamento não tem previsão para o acesso no Registro Imobiliário, visto que a enumeração do art. 167 da Lei de Registros Públicos é taxativa, como se tem entendido, não se admitindo o ingresso de títulos que não os ali especificados" (ApCiv 12.725-0/1, Campinas, 23.09.1991, rel. Des. Onei Raphael).

Confira-se ainda os seguintes julgados:

No contrato de concessão de uso de bens públicos: Processo CG 195/2001-E, Des. Luís de Macedo, com citação dos seguintes julgados – *RT* 500/104, Processos CG 1.084/95 e 961/97; no contrato de arrendamento rural: ApCiv 32.930-0, Marília, rel. Des. Márcio Martins Bonilha; no protesto contra alienação de bens: ApCiv 8.965-0/1, Mogi Guaçu, j. 12.12.1988, rel. Des. Álvaro Martiniano de Azevedo; ApCiv 1.828-0, São Vicente, rel. Des. Humberto de Andrade Junqueira; Protocolado CG 32.219/98, Santos, 18.05.1999; e Processo CG 1.237/97, São

José dos Campos, Des. Márcio Martins Bonilha, j. 25.07.1997; no contrato de comodato: ApCiv 10.608-0/3, Araras, j. 02.07.1990, rel. Des. Onei Raphael; no contrato de constituição de sociedade de fato: ApCiv 11.420-0/2, Capital, j. 02.07.1990, rel. Des. Onei Raphael; e na medida cautelar inominada: Processo CG 961/97, Praia Grande, j. 11.06.1997, rel. Des. Márcio Martins Bonilha.

Perfilha-se a exegese em entendimento de lavra de Afrânio de Carvalho, segundo o qual "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 prevê, em disposição especial, os atos compreendidos nos registros, quer em enumeração genérica, como no Código Civil (art. 856), quer em enumeração casuística, como na nova Lei de Registros (art. 167), deixa de fora todos os omitidos. Os direitos registráveis são taxativamente fixados pela lei, constituem um *numerus clausus*".[169]

Essa rigidez no exame de causa básica (que estamos chamando de mérito, visto que o registro encerra também um processo de cognição, como já referido), como tal imprimida no controle de recepção dos títulos, se deve, porém, muito mais ao receio de uma eventual transformação do registro num repositório de títulos esdrúxulos e de *grilagem*. Tal rigidez não se justifica, segundo acreditamos. Na realidade, nem mesmo sob o manto do *numerus clausus*, na prática, como se vê, é possível evitar a fraude contra terceiros, o erro, as nulidades absolutas do registro, e assim por diante.

Ao terceiro de boa-fé interessa saber o que se passa no registro, mas esse registro deve sempre caminhar próximo da realidade, a fim de que dela não se distancie, desembocando num vácuo, onde o cidadão comum não consegue enxergar, nem mesmo ter acesso ao registro que deveria servi-lo.

Há que ser preservada a garantia de acesso ao serviço registrário, o que, em última quadra, importa em garantir o exercício da cidadania e também o acesso à jurisdição,[170] tutelado pela norma constitucional do art. 5.º, XXXV. É o caso, p. ex., do controvertido protesto contra alienação de bens. Kioitsi Chicuta bem situa a questão, precisando que ao registrador ou ao juiz corregedor permanente não compete obstaculizar ordem de ingresso da medida de protesto no fólio emanada de autoridade jurisdicional, porque aí estar-se-ia admitindo que a administração se investisse de um poder de revisão da decisões judiciais que a lei não lhe autoriza.[171]

Em outras palavras, justamente diante do princípio da estrita legalidade a que deve o administrador fiel observância, na clássica acepção já citada de Hely Lopes

(169) Op. cit., p. 76.

(170) Note-se que o juiz corregedor permanente exerce jurisdição sobre os cartórios extrajudiciais territorialmente a ele subordinados. Embora se trate de jurisdição administrativa, é o Poder Judiciário, em última instância, que dará a palavra final sobre determinada questão registrária, procedimento de dúvida etc.

(171) Op. cit., p. 75.

Meirelles, não pode a administração vulnerar o princípio da coisa julgada ou a soberania das decisões judiciais, sob pretexto de que tal ou qual decisão seria ilegal ou ilegítima. Afinal, como acentuado pelo culto Magistrado Kioitsi Chicuta, "está na hora de os operadores do direito insistirem na publicidade a mais ampla possível e não há razão para, embora com bons fundamentos, fornecer proteção àquele que está sendo acionado, em detrimento de terceiros de boa-fé".[172]

Acrescente-se ainda, como assentado linhas atrás, que o art. 246 da LRP ampliou de forma explícita o rol do item II do art. 167, admitindo *outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro*. Note-se que, entre as ocorrências expressamente enumeradas no item II do art. 167 da LRP, existem aquelas de natureza constitutiva de direito real, que bem poderiam ter sido dispostas no item I do mesmo dispositivo, o que bem realça o caráter não exaustivo do elenco.

De qualquer modo, releva considerar que, muito embora não estejam isentas de qualificação registrária, as decisões judiciais não poderiam ser obstaculizadas, senão em casos excepcionalíssimos, onde admiti-las importaria em sacrificar o próprio sistema registrário, já agora em detrimento da coletividade,[173] que é a principal e maior destinatária dos serviços públicos.

Bem a propósito, Pontes de Miranda assinala que "é preciso, na interpretação do Código Civil, respeito à aquisição da propriedade imóvel, atender-se ao que diz *in sedibus materiae*: arts. 530-533, 859 e 860 (...). Todos os atos que o Dec. 4.857, de 09.11.1939, art. 178, *b*, enumera como transcritíveis *e os mais que, por necessária compreensão, ou analogia, se possam transcrever*, têm, por si a presunção criada no art. 859, enquanto se não retifique o registro (art. 860)" (grifos nossos). [174]

Marcelo Terra, em percuciente exposição a respeito de tema correlato, focaliza que "a Lei de Registros Públicos (6.015/73) traz, em seu art. 167, o rol dos fatos possíveis de ingresso no Cartório Imobiliário. Sempre que um texto normativo apresenta uma relação, cabe ao intérprete esclarecer sua natureza: exemplificativa ou taxativa? (...) Sem embargo da opinião doutrinária divergente, entendemos que o sistema que melhor atende aos anseios da sociedade é o *numerus apertus*; vale dizer, o rol indicado em lei é *exemplificativo*, um mero sinalizador, comportando cada verbete uma interpretação extensiva ou ampliativa. (...) Sem prejuízo dos princípios registrários, cremos que o trabalho do intérprete da lei e de seu aplicador há de se nortear pelo objetivo final consistente em se *facilitar* o ingresso dos títulos. Como exemplificação de construção doutrinária, citamos dois acórdãos do Conselho Superior da Magistratura do TJSP. No primeiro, determinou-se o registro (averbação) do auto de arrecadação de imóvel em falência, sob o fundamento de que uma das finalidades essenciais do registro é assegurar a validade e normalidade dos

(172) Op. cit., p. 78.

(173) E não simplesmente do titular do direito inscrito.

(174) Op. cit., t. XI, p. 234.

negócios imobiliários; no outro permitiu-se o registro de contrato de caução de direitos relativos a compromisso de compra e venda fora do âmbito do SFH".[175]

Finalmente, não é certo afirmar que a tipicidade constitua um traço marcante afeto apenas ao *numerus clausus*. Também no sistema espanhol, onde prepondera o *numerus apertus*, existe a tipicidade. Há o rol dos direitos inscritíveis e dos títulos sujeitos à inscrição, mas a enumeração não deixa de ser exemplificativa.

Por outro lado, o registro, por si só, não qualifica um direito como real,[176] assim como há direitos reais que não se submetem a registro, há documentos que não configuram, "por si mesmos, direitos registráveis", seguindo a acepção de Afrânio de Carvalho, que chega mesmo a afastar do rol do item I do art. 167 da LRP as convenções antenupciais, as cédulas rural e de crédito industrial, os empréstimos por obrigações ao portador ou debêntures, os memoriais de incorporações, instituições e convenções de condomínio e de loteamentos urbanos e rurais,[177] o que mais evidencia não haver no sistema brasileiro uma tipicidade tão rígida, quanto fechada.

Observe-se que também no direito espanhol de incontroverso sistema aberto se verifica a mesma acepção acima delineada. De acordo com Luis Diez-Picazo, inscrevem-se, sem ser verdadeiros direitos reais, o direito de arrendamento, o direito de opção de compra e algumas situações jurídicas sem direitos patrimoniais, estados civis, ou condições de pessoas, como incapacidade, ausência etc.[178]

Pelo que se infere do acima delineado em breves linhas, não se nos afigura correta e estreme de dúvidas a taxatividade dos direitos inscritíveis. Se os direitos reais são clausulados, por força de um sistema inderrogável pela vontade do particular, o mesmo não ocorre no registro em face dos *títulos* que enumera. Pois os títulos constituem os instrumentos dos direitos, não propriamente a sua causa.

4.3.1 A procuração em causa própria

João Rabello de Aguiar, citado por João Baptista Galhardo, assinala que "os atos de registro, assim como os títulos a eles sujeitos, são previstos na Lei 6.015/73, art. 167, mas aí não está incluído, expressamente, o registro do mandato ou procuração em causa própria. Todavia, como o Dec. 4.857/39 declarava estarem sujeitos a registro para operarem a transferência de domínio 'em geral, os demais contratos translativos de imóveis' (art. 239, IX), entendia-se que aí se encontrava o permissivo do registro da procuração em causa própria. Também a Lei 6.015/73, art. 172, declara que 'serão registrados os atos translativos de direitos reais,

(175) "Permuta de terrreno por área construída (art. 39 da Lei 4.591/64)". *RDI* 27/81-82, São Paulo: RT, jan.-jun. 1991.

(176) Como, p. ex., é o caso das cédulas de crédito rural e as de crédito industrial, na Lei de Registros Públicos.

(177) Op. cit., p. 83.

(178) Op. cit., p. 405.

inter vivos ou *mortis causa*, quer para a sua transferência, quer para a sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade'".[179]

Ainda João Baptista Galhardo acrescenta: "A jurisprudência não discrepa: a procuração em causa própria, que contém os requisitos da *res*, do *pretium* e do *consensus*, vale como compra e venda e é título hábil para a transmissão dos direitos reais, podendo ser legitimamente transcrito (*RT* 143/85)".[180]

Uma vez que as partes acordem no preço e no objeto, intervindo o tabelião no ato, a procuração em causa própria faz legitimamente o que faria a escritura elaborada especialmente para constituir a venda.

Serpa Lopes comenta que o mandato *in rem propriam* constitui meio hábil de compra e venda imobiliária, sendo suscetível de registro, quando a ele se agrega o traço de união de vontades recíprocas entre o constituinte e seu procurador, bem assim o preço.[181]

A procuração em causa própria constitui, portanto, meio hábil para transferir direitos. Estando devidamente registrada, a procuração em causa própria inverte a natureza do mandato, *transformando-o em cessão* que, a título oneroso, importa uma venda e, como conseqüência, sujeita às exigências da lei nas transferências.[182]

No mesmo sentido se entremostra a lição de Caio Mário da Silva Pereira, segundo a qual, na esteira do que decidido pelo STF, com o voto do saudoso Orozimbo Nonato, "a procuração *in rem suam*, desde que satisfaça os requisitos e formalidades exigidos para o contrato a que ela se destina, e conste do instrumento a quitação do preço ou a modalidade de seu pagamento, vale pelo próprio contrato, ao qual se equipara, podendo ser levada a registro como se fosse o ato definitivo".[183]

Washington de Barros Monteiro também é da mesma opinião, apontando que o mandatário não tem o dever de prestar contas, seus poderes acabam sendo ilimitados e o mandato passa a valer como se fosse uma venda ou cessão, se contiver os requisitos básicos de uma compra e venda (*res, pretium et consensus*), daí cabendo o recolhimento do imposto de transmissão, inclusive, acaso devido.[184]

A inexistência de referência ao preço coloca uma das partes sob o inteiro arbítrio da outra, o que é vedado pelo art. 115 do CC (1.ª Câm. Civ., rela. Juíza Vanessa Verdolim Andrade, j. 23.03.1999, unânime, TAMG). Daí por que essencial o consenso em torno do preço, não bastando a cláusula de irrevogabilidade.

(179) "A transferência de imóvel por procuração em causa própria". *RDI* 34/16.

(180) No mesmo sentido do texto, acórdão do CSM, na ApCiv 130-0, Sorocaba, 06.10.1980, rel. Des. Adriano Marrey.

(181) Op. cit., vol. III, p. 386-387.

(182) Op. cit., p. 13.

(183) Op. cit., vol. III, p. 369.

(184) *Curso de direito civil.* vol. 5, p. 276.

Por aí se vê que o elenco de hipóteses do art. 167 da LRP não poderia ser considerado fechado. A procuração em causa própria, que contenha os requisitos de uma venda, é inscritível e não deve ser recusada.

4.3.2 Direito de retenção

O art. 52, III, do Dec.-lei 7.661/45 representa a evidência concreta e inequívoca acerca da natureza real do direito de retenção, *in verbis*:

"Art. 52. Não produzem efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

(...)

III – *a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção*, dentro do termo legal da falência (...)" (grifos nossos).

Admitindo-se a tese da taxatividade dos direitos reais, a Lei Falimentar, como se vê, expressamente incluiu o direito de retenção no rol dos direitos reais de garantia. E tal se verifica, independentemente da inscrição ou de averbação no registro imobiliário, em se tratando de imóveis.

É certo que o art. 676 do CC estabeleceu que os direitos reais sobre imóveis, resultantes de atos entre vivos, só se adquirem após a transcrição ou da inscrição dos respectivos títulos no registro público. Mas a própria dicção do art. 676 em comento faz ressalva aos "casos expressos neste Código".

Resta claro afirmar que as exceções, além de contempladas no próprio Código Civil, entre as quais se entremostra o direito de retenção, também são passíveis de instituição pelas leis extravagantes.[185-186]

Arnoldo Medeiros da Fonseca entende que o direito de retenção é de natureza real, diante do poder jurídico imediato da pessoa sobre a coisa, oponível *erga omnes*,[187] havendo no Código Civil duas normas fundamentais de regência, a do art. 516 e a do art. 873. Além dessas hipóteses, o direito de retenção vem expressamente assegurado ao credor pignoratício (art. 772 do CC), ao depositário (art. 1.279 e par. ún. do CC), ao mandatário (art. 1.315 do CC), ao marido (art. 260 do CC), ao locatário (art. 1.199 do CC).

(185) De que são exemplos o DL 58/37, a Lei 6.766/79 (compromissos de compra e venda), a Lei 4.591/64 (art. 39), e assim por diante.

(186) Segundo Washington de Barros Monteiro, o direito de retenção é um direito negativo. "Consiste na faculdade de sustar a entrega da coisa, até que se indenize o retentor. Estes os seus pressupostos: a) – a detenção da coisa; b) – a existência de um crédito do retentor; c) – a relação de causalidade entre esse crédito e a coisa retida" (op. cit., vol. 3, p. 68).

(187) No mesmo sentido, Jaime Santos Briz, op. cit., t. II, p. 19.

Consiste o direito de retenção na "faculdade assegurada ao credor, independentemente de qualquer convenção, de *continuar a deter a coisa a outrem* devida até ser satisfeita, ou ficar extinta, uma obrigação existente para ele".[188]

Anotado que o direito de preferência não representa, sob a ótica de Arnoldo Medeiros da Fonseca, um elemento essencial e exclusivo dos direitos reais, tanto que a hipoteca judiciária não o produz,[189] o direito de retenção, por igual, não poderia ser excluído do sistema, como aduzido por Arruda Alvim linhas atrás.

Tendo em vista que o direito de retenção pode ser livremente convencionado em contrato,[190] resta verificar se uma cláusula dessa natureza poderia ser averbada no Registro de Imóveis. Acreditamos que sim, diante do princípio da publicidade e da proteção ao terceiro de boa-fé.

Como já afiançado anteriormente, o art. 246 da LRP contém uma cláusula aberta, permitindo o ingresso no fólio real de "outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro". Tanto que verificada a disponibilidade subjetiva e objetiva, pelo confronto do título com o teor do registro, não se nos afigura vedada a averbação do direito real de garantia, na modalidade de retenção.

4.3.3 A retrovenda

A retrovenda não se acha elencada expressamente no rol dos direitos reais do Código Civil ou em lei esparsa, mas nem por isso pode ser descartada do tipo genérico, do conceito, ou mesmo do sistema. Anota Arruda Alvim que "é um direito real, desde que devidamente registrada, isto é, desde que submetida ao primeiro princípio, o da *publicidade*; e não está, igualmente, elencada como tal".[191-192]

A Lei de Registros Públicos contempla a compra e venda pura e a condicional (art. 167, I, n. 29). E a retrovenda contém uma condicionante resolutiva para um e suspensiva para outro, havendo "um direito e dois titulares, um atual e outro possível e futuro".[193] Trata-se de uma "cláusula inserida na compra e venda, pela

(188) Arnoldo Medeiros da Fonseca. Op. cit., p. 105.

(189) Idem, ibidem, p. 272.

(190) Idem, p. 109.

(191) Op. cit., p. 37.

(192) A questão é controvertida. Caio Mário da Silva Pereira já alertava que "a *communis opinio* vige no rumo de que a venda *a retro* não cria direito real" (op. cit., vol. III, p. 182). José Carlos Moreira Alves é do mesmo sentir. Assinala o ilustre jurista que se trata de um direito potestativo à resolução do contrato (*A retrovenda*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 107-108). Refere ele a lição de Washington de Barros Monteiro, segundo a qual a retrovenda seria um *jus ad rem*. Quanto ao direito potestativo, cita as opiniões favoráveis de Serpa Lopes (*Curso de direito civil – Direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*. vol. III, p. 348) e Pontes de Miranda (op. cit., vol. XXXIX, p. 158).

(193) Aderbal da Cunha Gonçalves. *Da propriedade resolúvel*. São Paulo: RT, 1979. p. 152.

qual o vendedor se reserva o direito de reaver, em certo prazo, o imóvel alienado, restituindo ao comprador o preço mais as despesas por ele realizadas, inclusive as empregadas em melhoramentos do imóvel".[194]

Na expressiva lição de José Carlos Moreira Alves, para quem a retrovenda deve ser também registrada no registro imobiliário, trata-se de "cláusula adjeta a contrato de compra e venda, na qual o vendedor se reserva o direito de, dentro de certo prazo, recuperar a coisa vendida mediante a restituição do preço e o reembolso de certas despesas ao comprador".[195]

O vendedor tem direito de ação contra o adquirente da coisa retrovendida, ainda que este ignore a cláusula de retrato (art. 1.142 do CC). Se a retrovenda deve ser registrada no Registro de Imóveis, impossível ao adquirente ignorá-la. Ainda assim, a declaração de resgate é unilateral, e tanto que realizada regularmente, o comprador tem de entregar a coisa, não havendo novo contrato de compra e venda.[196-197] Aí reside, segundo pensamos, o traço marcante do direito real da retrovenda: a sua oponibilidade *erga omnes* e o direito de seqüela.[198]

A retrovenda utilizada como forma oblíqua de garantia hipotecária, embora na prática, com alguma freqüência, se verifique, é combatida na doutrina, como lembrado por Nicolau Balbino Neto.[199]

José Carlos Moreira Alves rebate tal argumento, salientando que a retrovenda com escopo de garantia não afronta o preceito no art. 765 do CC. Ao contrário da hipoteca, não há pressão sobre o crédito e a transferência da propriedade só ocorre quando há o inadimplemento da obrigação de restituição da garantia. E a prova de não aplicação do art. 765 do CC na retrovenda reside no afastamento do preceito à alienação fiduciária.[200]

Há discussão na doutrina em torno da possibilidade de a retrovenda figurar em outros tipos de contratos, tais como na troca e na dação em pagamento. Também não vemos motivos para limitações e estamos de acordo com Pontes de Miranda, que se inclina pela afirmativa,[201] o que mais evidencia não ser o direito de retrato um traço característico do direito meramente potestativo, pois, a se considerar como tal, não seria possível a inserção da cláusula de retrato em outras espécies de ajustes (art. 115 do CC).

(194) Cf. Maria Helena Diniz, *Código Civil anotado*, 7. ed., atualizada, Saraiva, 2001, p. 804.

(195) *A retrovenda*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 71.

(196) Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições*... cit., vol. III, p. 183.

(197) Pontes de Miranda qualifica o direito de retrovenda como pessoal; "e pessoais a pretensão a obrigação e as ações que dele derivam" (op. cit., t. XXXIX, p. 172).

(198) Isto é, de "perseguir a coisa nas mãos de quem quer que a detenha" (José Carlos Moreira Alves. *Direito romano*, p. 320).

(199) *Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

(200) *A retrovenda*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 17-19.

(201) Op. cit., t. XXXIX, p. 168.

4.3.4 Time sharing

O termo *time sharing* ou *club-trustee* é de origem anglo-saxônica. Neste âmbito, não se insere o direito real, pois não há por parte do beneficiário ou titular o poder imediato sobre a coisa, nem sobre o tempo que deverá ser compartilhado sobre a coisa. Trata-se de uma forma de convenção de uso de tempo compartilhado sobre determinado bem, geralmente formalizada por meio de uma sociedade ou clube.

A expressão, porém, vem, atualmente, cunhada de várias outras, tais como: multipropriedade, propriedade de tempo parcial, propriedade por turnos, propriedade espaço-temporal, propriedade cíclica, aproveitamento por turno etc.

No que se refere ao campo imobiliário, Lucía Costas Rodal define o regime de aproveitamento por turno como uma espécie de desfrute exclusivo de um bem imóvel de uso turístico[202] durante uma fração determinada do ano e durante um número de anos, mediante fórmulas de tempo compartilhado.[203]

Diversamente do sistema inglês, a aquisição tratada no sistema espanhol é de natureza real, devendo recair sobre uma cota de propriedade imobiliária e não sobre um direito pessoal de *estância*,[204] ou direito acionário atípico *consistente no direito de usar o bem social*.[205]

No regime inglês, a sociedade é a proprietária única do imóvel e os titulares do direito de utilização são apenas seus sócios, associados ou usuários.[206] Os sócios ostentam um direito de usar e desfrutar do imóvel durante o período de tempo que a tal fim houver sido estabelecido.[207]

Na Espanha, institui-se o aproveitamento por turno,[208] por meio de título, estabelecendo-se o regime que se cria e as unidades imobiliárias. Fundamental-

(202) Observando que imóveis há, sem uso estritamente turístico, que podem incorporar o mesmo regime, pois não há uma relação estabelecida necessariamente entre direito de aquisição e uso turístico, muito embora não se possa negar a atração despertada por essa nova figura jurídica no ramo da indústria turística, em particular, a que se deve o seu incremento.

(203) O regime de aproveitamento por turno vem a ser a expressão adotada em Espanha. Lá a matéria acabou sendo regulamentada e o direito real, nesse sentido, foi modelado.

(204) Cf. Lucía Costas Rodal, *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Granada: Comanes, 2000, p. 34. Colección Estudios de Derecho Privado.

(205) Alessandro Natucci. *La tipicità dei diritti reali.* 11. ed. Padova: Cedam, p. 262-263.

(206) O Tribunal Supremo de Itália deixou assentado que "o acionista não tem um direito real enquanto a propriedade está reservada à sociedade titular em sua totalidade" (Guido Alpa. *La "multipropiedad" en Italia. Eaprovechamiento por turno de bienes inmeubles en Europa.* Centro de Estudios Registrales, p. 131).

(207) Guido Alpa. Op. cit., p. 77.

(208) A expressão, na realidade, foi substituída por "aproveitamento por turno", consistente em fracionamento em diversas unidades temporais adjudicadas a cada um dos adquirentes (Lucía Costas Rodal. Op. cit., p. 6).

mente, haverá de ser descrito o imóvel, cada um dos apartamentos/alojamentos que integram a edificação, o tempo que irá se destinar a exploração do empreendimento, quais os apartamentos destinados ao aproveitamento por turno e quais os períodos do ano.

Trata-se de direito real limitado sobre coisa alheia. Há o poder direto e imediato sobre a coisa e também a inerência do direito à coisa, com oponibilidade *erga omnes*.

Discute-se, outrossim, a formação da multipropriedade, no âmbito de uma comunhão *pro indiviso* e do regime da propriedade horizontal. Na comunhão *pro indiviso*, as cotas são indivisas e os períodos de turnos outorgam durante sua extensão temporal o direito ao uso exclusivo do imóvel.[209] De fato, cada unidade econômica não possui uma delimitação física, senão temporal. A problemática do condomínio *pro indiviso*, porém, reside na previsão legal em torno da divisão, acentuada pela questão da preferência nas alienações.

Na Itália, prevalece a tese no sentido de que a multipropriedade é um modo de organização da comunhão de bem imóvel, consoante Guido Alpa.[210] E a comunhão pode realizar-se sobre todo o imóvel ou sobre cada unidade imobiliária. O Tribunal de Nápoles tem definido a multipropriedade não como um direito real de uso em comunhão, senão como um direito inerente à disciplina do condomínio.[211]

Em Portugal, é possível o desfrute por turno de uma unidade imobiliária, sob a forma de direito real, e também como tipo contratual, de conteúdo simplesmente obrigatório.[212] De acordo com José Augusto Mouteira Guerreiro, "o regime instituído de uma propriedade fracionada por cotas ou partes temporais, passa a ter uma proteção que ultrapassa ao do tipo contratual",[213] sob a modalidade de direito real de habitação periódica. Esse direito real limitado, por sua natureza, não confere ao adquirente a propriedade do bem, mas apenas uma faculdade de uso em determinados períodos. O proprietário será o promotor do negócio.

Em relação ao direito pessoal, admite-se o arrendamento por temporada (multiarrendamento), que não exclui o regime do direito real.[214]

(209) Op. cit., p. 37-38.

(210) Op. cit., p. 124.

(211) Idem, ibidem, p. 131.

(212) Idem, p. 133-134.

(213) *Directiva sobre la propiedad a tiempo parcial. Régimen en Portugal: El derecho real de habitación periódica. Eaprovechamiento por turno de bienes inmeubles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, p. 149.

(214) Cf. José Manuel Ruiz-Rico Ruiz e Ana Cañizares Laso, *Mutipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la ley sobre derecho de aprovechamiento por turno*. Madrid: Civitas, p. 111.

No Brasil, acentua Elvino Silva Filho, "a falta de previsão legislativa não impediu os empreendimentos imobiliários, principalmente nos lugares de atração turística ou de férias, em que o desfrute do imóvel é equacionado em função do binômio espaço/tempo".[215]

Por outro lado, a propriedade cíclica, a partir de uma conceituação tirada acerca da temporariedade do domínio, não passaria desapercebida sob uma ótica tangente a retrovenda, como preconizado por Gustavo Tepedino: "Ao intérprete resta a alternativa pouco alvissareira: ou concebe a propriedade cíclica como modalidade de domínio *ad tempus*; e aí resta inexplicável como se disciplinam as sucessivas alienações, de maneira que seja assegurada, inclusive, essa espécie de 'retrovenda', nos ciclos anuais seguintes, tendo como fonte o título originário; ou define a propriedade cíclica como modalidade nova de domínio, em razão dos limites específicos que a distinguem – atinentes ao *modus* do seu exercício –, configurando-se então, *a fortiori*, novo tipo dominical, ou nova propriedade (diversamente) limitada, em relação à disciplina do art. 525 do CC brasileiro ('É plena a propriedade quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, *quando tem ônus real, ou é resolúvel*'), hipótese que estaria a depender de previsão normativa, a menos que se superasse o princípio do *numerus clausus*".[216]

Sob este prisma, credita-se à Lei 4.591/64 alguns traços de afinidade com a propriedade compartilhada no tempo, pois estaria a exigir tão apenas a "individualização, identificação e discriminação da fração ideal que representa, designando o objeto do domínio através da expressão unidade autônoma, de largo alcance semântico, e recusando terminologia vinculada à dimensão meramente espacial, como seria o termo 'apartamento', já à época redutivo".[217]

Não se descartando a possibilidade de constituição de um condomínio ordinário, com pacto de uso das unidades, conforme o tempo, fato que semelhanças há na multipropriedade com o condomínio horizontal, bem porque justamente instituído este de molde a permitir a coexistência da propriedade exclusiva sobre a unidade autônoma com a compropriedade.[218]

Em decorrência da elasticidade da regra predisposta no art. 9.º da Lei 4.591/64, a convenção irá disciplinar o destino das diferentes partes do imóvel e a forma de utilização temporal por parte de cada comproprietário.

Elvino Silva Filho assinala: "Fixado o critério aferidor da *quota-parte ideal* do condômino, podemos, então, atingir a configuração jurídica da *multipropriedade* ou *propriedade temporária* ou *time sharing* como sendo a nova forma de condomínio em propriedade horizontal em que a *unidade autônoma* do edifício –

[215] *Questões de condomínio no Registro de Imóveis.* São Paulo: Malheiros,1999. p. 137.

[216] *Multipropriedade imobiliária.* São Paulo: Saraiva, 1993. p. 73.

[217] Idem, ibidem, p. 113.

[218] Cf. Gustavo Tepedino, op. cit., p. 108.

o apartamento – é de propriedade de várias pessoas ou de vários titulares do domínio, sobre o qual o exercício do direito de propriedade é aferido em função do tempo. A *quota-parte ideal* de cada condômino sobre a unidade autônoma – apartamento – será de 1/52, se o exercício de seu direito for medido por uma semana durante o ano; será de 1/24, se esse exercício for aferido por 15 dias no ano; será de 1/12, se tiver o direito de usar o apartamento durante 1 mês em cada ano. Dependendo da constituição do condomínio, cada unidade autônoma – apartamento – terá 52, 24 ou 12 proprietários, ou menos, conforme a divisão do ano ou a sua utilização por determinado período de tempo entre os condôminos".[219]

Tratar-se-ia, pois, de um condomínio sobre cada uma das unidades autônomas, com uso fracionado no tempo, o que, na prática, representaria o modelo exposto por Gustavo Tepedino, em reprodução do sistema italiano e espanhol: uma comunhão de comunhões: "Os apartamentos integram um condomínio especial. São vendidos em compropriedades, formadas por cinqüenta e dois multiproprietários, correspondentes às cinqüenta e duas semanas do ano, cada um deles titular de uma fração ideal de 1/52 do respectivo apartamento, e signatário de um pacto de utilização da coisa comum, integrante do contrato de compra e venda, atribuindo a cada consorte o uso da unidade adquirida por apenas uma determinada semana do ano".[220]

Assentado que a matrícula de cada unidade autônoma irá constituir uma comunhão *pro indiviso*, a questão que daí resulta é aquela consistente em saber se cada comproprietário teria poder imediato e exclusivo e não meramente obrigacional sobre o período de tempo regulamentado na convenção. Pois, afinal, a coisa que estaria sendo negociada ou vendida não é propriamente a fração ideal sobre a unidade autônoma, e, sim, a fração de tempo regulamentar da convenção.

Numa primeira análise sobre o tema, o assim denominado direito de propriedade sobre a coisa compartilhada no tempo não se amolda a nenhuma figura típica estabelecida na legislação,[221] mas também não se contrapõe a princípios ou normas de ordem pública. Bem ao contrário. Ao empreendedor interessa realizar um negócio rentável e que propicie ao consumidor uma vantagem adicional contraposta ao serviço normal de hospedagem.

Por sua vez, ao consumidor interessará adquirir uma porção ideal representativa da propriedade comum, e sobretudo em se tratando de estância turística, diante do barateamento dos custos e da manutenção que a propriedade exclusiva padrão (casa de veraneio, p. ex.) de ordinário não lhe proporciona, além da certeza de poder contar com vaga periódica durante as férias anuais.

Já analisamos que o objeto sobre que recai a multipropriedade é a fração de tempo sobre a coisa. E nesse sentido, não seria possível, ao menos, sob uma

(219) Op. cit., p. 139.

(220) Op. cit., p. 47.

(221) Mesmo porque não consta haja registro sobre fração de tempo da coisa compartilhada.

ótica preliminar, distinguir o tempo do espaço, e sem que o registro conferisse essa situação, de molde a delimitar a comunhão *pro indiviso* da exclusividade do período de uso.

Solução que se nos afigura, assim, intermédia e mais afeiçoada à hipótese em testilha é a de simplesmente instituir um direito real de uso e exclusivo sobre a fração de tempo compartilhada. Vejamos o exemplo do direito de uso das linhas telefônicas. O STJ editou a Súm. 193, considerando que "o direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião". Conforme tivemos a oportunidade de ressaltar em recente trabalho de comentários a acórdão inserto na *RT* 758/333,[222] a posse não se aplica aos direitos pessoais. Ao contrário, porém, do uso de energia elétrica, o usuário da linha telefônica adquire o direito de uso do ramal telefônico, não paga apenas as tarifas relativas ao consumo (pulsos ou *impulsos*).

Perante a concessionária de telefonia, o usuário adquire direito real de uso, pela tradição do ramal, obtendo daí a tutela da posse pelos interditos e também da usucapião. Note-se que o art. 742 do CC estabelece que "o usuário fruirá a utilidade da coisa dada em uso, quanto o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família". Para os que sustentam ser a utilização dos serviços de telefonia um direito pessoal, seria impossível estabelecer aqui uma hipótese permissiva de tutela de direitos reais.

Se assim é, não se concebe como não se possa admitir o direito real de uso da coisa imóvel por tempo limitado e de forma periódica. Tal como a linha telefônica, existem múltiplos usuários, com identificação em número de uso por ramal, de forma que cada um deles não interfira com o direito de uso de outro. Nem por isso a jurisprudência, como se viu, e não obstante toda a controvérsia instalada a respeito da natureza jurídica desse direito, deixou de reconhecer a tutela em favor do usuário da linha telefônica.

Se a propriedade imóvel não poderia ser idealmente partilhada conforme a fração de tempo, diante da ausência de previsão de tipo, nem por isso poder-se-ia descartar, desde logo, o enquadramento da hipótese a outra espécie, como é o direito real de uso periódico ou por turno. O direito de uso tem, aliás, essa natureza, limitada no tempo e não se confunde com o direito de habitação gratuita de *casa alheia* (art. 746 do CC), embora tais institutos guardem algumas semelhanças.

5. Posse inscritível e transcendência da posse

5.1 Linhas gerais

Na Espanha, a posse podia ser recepcionada no registro imobiliário até algum tempo atrás. Em Portugal, o sistema continua a permitir o ingresso da posse no registro, e a despeito do *numerus clausus*.

[222] Comentários a Acórdão, *RT 758/333*. "Disciplina do Direito da Propriedade", Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, coordenação do Prof. Arruda Alvim, 17 p.

No Brasil, o sistema de ortodoxia timbrado em *numerus clausus* não permite o ingresso do título possessório no registro.

Como veremos, todavia, a seguir, existem casos em que a posse vem sendo admitida ao fólio, o que confirma a sua natureza de direito real, mesmo quando sua eficácia independa do registro, irradiando sobre ele mesmo efeitos que nem mesmo o direito real inscrito possui.

5.1.1 Transcendência da posse na usucapião

Já vimos que a posse é um direito real, uma forma de exteriorização do direito de propriedade. A posse pode apresentar repercussões registrárias, pois, como anotado por Roca Sastre, na usucapião aquisitiva e na usucapião liberatória, tanto em sua atuação *secundum tabulas* como *contra tabulas,* como meio de facilitação da legitimação ativa do exercício da ação reivindicatória e *presunção possessória*, a favor do titular inscrito.[223]

Realmente, a posse qualificada *ad usucapionem* independe de registro. A sentença proferida na ação de usucapião é meramente declaratória. O art. 530, III, do CC estabelece: "Adquire-se a propriedade: (...) III – Pelo usucapião". O registro da sentença declaratória da usucapião não configura um modo de aquisição da propriedade.

Dir-se-á que a sentença e não a posse é que será inscrita no Registro de Imóveis. Todavia, a aquisição do domínio se dá justamente em função do preenchimento dos requisitos legais e esses requisitos não se divorciam da posse com *animus domini*, ininterrupta, mansa e pacífica, durante o tempo mínimo necessário que a lei estabelece.

A sentença é um título, na realidade, de reconhecimento de domínio da posse qualificada. Ainda assim, e independentemente da sentença, a usucapião poderia ser reconhecida mesmo incidentalmente em algum outro processo. Para que a posse assim, dita qualificada, seja levada a registro, a lei exige que o interessado movimente ação de usucapião ou suscite a questão em defesa, em procedimento especial, como, p. ex., na usucapião rural.

O título nesse caso é um instrumento secundário, geralmente visado apenas em situações especiais, quando o possuidor necessita da regularização do domínio, para uma alienação, p. ex., ou para defesa em demandas, quiçá, de interessados na apropriação da coisa. É que direito nasce com o fato da posse qualificada. O domínio preexiste ao título judicial, transcendendo a inscrição, que tem efeito retrooperante e não constitutivo, tal como a sentença declaratória.

A nosso ver, trata-se aí de caso típico de posse inscritível, pois é a relação causal ou básica reconhecida em juízo que vai ter ingresso no registro, servindo a

(223) Op. cit., p. 892.

sentença tão apenas de instrumento gráfico de cognição do fato juridicamente tutelado, ou posse *ad usucapionem*.

5.1.2 Transcendência da posse na expropriação

No Brasil, foi editada a Lei 9.785, de 29.01.1999, possibilitando que a imissão provisória na posse seja registrada no Registro de Imóveis. O poder expropriante ou suas entidades delegadas poderão ceder ou prometer ceder essa posse, e esse ato também poderá ser registrado no Registro de Imóveis. O art. 167, I, n. 36, da LRP ficou assim redigido:

"Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

(...)

36) da imissão provisória na posse, e respectiva cessão, quando concedido à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, ou suas entidades delegadas, para a execução de parcelamento popular, com finalidade urbana, destinado às classes de menor renda".

Por seu turno, o art. 26 da Lei 6.766/79 passou a conter a seguinte redação:

"Art. 26. (...)

(...)

§ 3.º Admite-se, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitidas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, o que poderá ocorrer por instrumento particular, ao qual se atribui, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando a disposição do inciso II do art. 134 do Código Civil.

§ 4.º A cessão da posse referida no § 3.º, cumpridas as obrigações do cessionário, constitui crédito contra o expropriante, de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais.

§ 5.º Com o registro da sentença que, em processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse referida no § 3.º converter-se-á em propriedade e a sua cessão, em compromisso de compra e venda ou venda e compra, conforme haja obrigações a cumprir ou estejam elas cumpridas, circunstância que, demonstradas ao Registro de Imóveis, serão averbadas na matrícula relativa ao lote.

§ 6.º Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação".

Portanto, a lei, num primeiro plano, elevou a imissão provisória na posse à categoria de direito inscritível. Ao depois, conferiu à cessão de posse por instrumento particular, nos parcelamentos populares, em que estiverem provisoriamente imitidas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, o caráter de escritura pública de uma compra e venda.

A cessão de posse passou a ser reconhecida em lei como direito real e não apenas um direito pessoal contra a expropriante, pois poderá ser convertida em propriedade, segundo o texto, independentemente de outra qualquer formalidade, além da *averbação* no Registro de Imóveis, com a prova da quitação e do recolhimento do imposto de transmissão.

Note-se que o art. 25 da indigitada Lei 6.766 já dispunha que os compromissos de compra e venda, as cessões e promessas de cessão irretratáveis, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros. Assim, por óbvia interpretação sistemática, não poderia a posse – atualmente passível de conversão em propriedade – ser um *minus*, em relação ao compromisso.

Será, então cabível, a analogia aqui, para se admitir ao registro todas as outras formas de cessão de posse, por simples averbação?

Nenhuma dúvida que o Registro de Imóveis não deve ser utilizado como repositório de *títulos malfeitos, de origem duvidosa ou contraditórios.*

Mas não poderíamos descartar, pelo menos, numa verificação *a priori,* acerca do escopo de publicidade do registro. Quando celebrados pelo próprio titular do domínio e detentores de direitos reais, instrumentos públicos de cessão de direitos possessórios poderiam render aos cofres públicos receitas importantes derivativas das chamadas alienações *informais*,[224] além de fornecer ao terceiro e à própria coletividade maior segurança ao crédito e também na compra de imóveis, pela simples razão de que a *oficialização da posse* traria menos conforto à produção de títulos clandestinos e caseiros, os assim conhecidos contratos *de gaveta.*

Por outro lado, como já tivemos oportunidade de ressaltar em obra titulada *Processo de conhecimento, execução e cautelar*,[225] "as garantias dadas na concessão de financiamentos à construção civil têm gerado polêmica na órbita da recuperação de créditos das financeiras, em face de acirradas discussões nos pretórios acerca da oponibilidade ou não do direito real de hipoteca aos direitos do compromissário comprador".

Assim, p. ex., na prática, a contratação do empréstimo é geralmente feita com a construtora na época do projeto, quando não há ainda edificação no terreno. Por sua vez, o terreno passa, em contrapartida, a servir de garantia de pagamento do empréstimo, na forma de hipoteca outorgada em benefício da instituição credora. Posteriormente, com a edificação, a hipoteca passa a gravar as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel (art. 811 do CC). Mas, se vendidas as unidades,

[224] Sem pretendermos defender as medidas governamentais tomadas no sentido do aumento de arrecadação de impostos, vale admitir que a CPMF constitui um meio de controle da economia *informal*, e, nesse sentido, tal como o registro, quanto maior a informalidade inoficial, menor a segurança e controle do tráfico imobiliário...

[225] Carlos Elmano de Oliveira Neto e Henrique Ferraz Corrêa de Mello, ed. Juarez de Oliveira, 2001.

a construtora não efetua o repasse dos valores pagos pelos promissários compradores à instituição, alguns problemas podem surgir.

Sensível à problemática social, o STJ deixou assentado em acórdão prolatado no REsp 871 que "impunha-se o reconhecimento da boa-fé dos embargantes, que reputo inelutável porque, sabedores da hipoteca, pactuaram nos contratos o seu levantamento a ser feito pela Construtora E. Ltda., bem como a outorga das escrituras definitivas (cláusula 8.ª, f.)".

O v. aresto prestigiou a boa-fé do compromissário comprador e se lhe assegurou o direito de contrapor à hipoteca inscrita a posse e o direito real que decorre do registro do compromisso.

O entendimento assim esposado constitui uma evolução da Súm. 84 do STJ: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". É preciso lembrar que referida súmula atenuou o rigor da Súm. 621 do STF: "Não enseja embargos de terceiro a penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis".

Portanto, mesmo a hipoteca não tem passado incólume do terceiro possuidor e adquirente de boa-fé, independentemente do registro ou não do título deste. E, nesse caso, a promessa de compra e venda não registrada não encerraria direito real. Em outras palavras, foi a posse do compromissário comprador prestigiada, em relação à hipoteca.

Caso os títulos fossem mais facilmente assimilados no sistema imobiliário, e provavelmente não haveria escusa ao titular da promessa e compra ou possuidor de boa-fé em *averbá-lo* no Registro de Imóveis (utilizando a expressão da Lei 9.785, de 29.01.1999).

Em contraste com a realidade, pois, a lei acaba esbarrando em situações indesejadas. Daí a relevância do costume e dos demais recursos de integração à norma, conforme já tivemos a oportunidade de expor.

Convém realçar que o art. 246 da LRP admitiu um *numerus apertus* na enumeração dos atos suscetíveis de averbação no registro. A redação anotada ao final do texto do dispositivo é semelhante àquela encontrada na legislação espanhola, que, como vimos, adota o sistema do *numerus apertus*.

A se admitir que a posse é um direito real, e a prova está que sim, diante do texto da Lei 9.785/99, nenhuma dúvida que o recurso à analogia e aos costumes (onde na vastidão do território nacional, a transferência de posse implica vulgarmente a *conhecida transferência de propriedade*), seria extremamente válido e útil, com vistas a tornar o registro mais acessível e, por outro lado, mais transparente para a coletividade, resguardando o terceiro de boa-fé.

Ora, na esteira de julgado inserto na *RT* 774/302, "o Registro de Imóveis existe, dentre outras razões, exatamente para dar publicidade de seus atos, de tal sorte que, efetivada a compra de um imóvel, para que o adquirente possa opor

seus direitos sobre tal bem em face de terceiros, tem que efetuar a transferência para seu nome, ou, ao menos, anotar à margem do registro a existência do pré-contrato, irrevogável e irretratável, o compromisso de compra e venda, firmado entre ele e o compromissário-vendedor".

5.1.3 Transcendência da posse na retificação de área

Em julgado inserto na *LEX – Jurisprudência do STJ* (vol. 144), discutiu-se sobre a possibilidade de retificação registrária, com aumento de área de 608,16m² para 714 m². Como a sentença havia indeferido o pedido e o acórdão do Tribunal *a quo* a manteve, o STJ, no REsp 146.631/CE, lhe deu provimento, a fim de que o processo prosseguisse e o pedido fosse examinado no seu mérito. O aresto apoiado no voto do Ministro-relator Ruy Rosado de Aguiar, acentuou que "os requerentes cumpriram a formalidade de citação dos confrontantes e do anterior proprietário, bem como juntaram documentos descritivos do imóvel, de acordo com sua realidade, pelo que o pedido era possível".

O acórdão contou com preciso voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, na ocasião, deixou assentado:

"Acompanho o voto do Sr. Ministro-relator, para que a retificação possa ser feita na via administrativa, uma vez que todos acordem, considerando a inexistência de contenciosidade na espécie.

A espécie assemelha-se à hipótese de divisão pela via consensual em inexistindo lide, consoante se tem decidido e admitido também em doutrina (a respeito, Lopes da Costa, *Manual elementar*, Forense)".

Donde se conclui que a E. Superior Instância admitiu que a retificação bilateral, que não provoque potencialidade de dano a terceiro, e ainda que dela sobrevenha aumento significativo de área, uma vez que todos estejam de acordo com as descrições apresentadas pelo requerente, pode ser convertida em retificação administrativa.

Isto é, o registro poderá ser corrigido, ainda que a diferença não seja resultante exclusivamente de um erro tabular. Necessariamente não, como é o caso da sobra de área de um loteamento, ocupado por um titular de imóvel com divisas registrárias locadas abaixo daquelas da linha limítrofe no plano físico, não se exigindo daí uma ação de usucapião para tal finalidade.

Nesse exemplo, se, eventualmente, tiver sido a posse que fez sedimentar as divisas no tempo, e não havendo impugnações, otimiza-se a retificação, e, portanto, a posse, independentemente de qualificação, servirá de averbação de área; isto é, a posse irá garantir ao proprietário aquilo que o título normalmente não lhe assegura.

Também por tais motivos, não temos dúvida em afirmar ser a posse de conformação de área transcendente ao registro, podendo ser recepcionada na tábula

predial, por via de procedimento retificatório, em que demonstrada a ausência de potencialidade lesiva a terceiro.

6. A função social do registro

Lafayette assinala que a transcrição "tem por fim principal revelar as mutações da propriedade imóvel, por meio de um sistema de publicidade que põe ao alcance das pessoas que querem contratar com o proprietário aparente, esclarecimentos e informações seguras sobre a existência do domínio e dos ônus reais que porventura os restringem".[226]

Por outro lado, e consoante precisa acepção de Ricardo Henry Marques Dip, a inclusão do direito imobiliário registral no âmbito do direito privado "não lhe retira o escopo de realizar interesses de marcante cunho social".[227] Afinal, não há negar o aspecto instrumental do registro imobiliário, mesmo numa concepção de finalidade de bem atender ao público a que se destina.

A compra e venda, a permuta, a dação em pagamento, as doações etc., não exaurem, como vimos, todas as possibilidades de recepção no registro de tipos de direitos reais alocados num sistema de direitos reais mais amplo.

A Constituição Federal da República estabeleceu algumas diretrizes básicas na tutela da função social da propriedade. Os dispositivos insertos no texto, todos eles, sem dúvida alguma, constituem de alguma forma uma espécie de restrição, direcionados ao bem-estar comum. À guisa de exemplo, podemos citar o art. 5.º, XXII (garantia do direito de propriedade), XXIII (o escopo que é a função social), art. 170, III, c/c o § 4.º (repressão ao abuso do poder econômico), art. 182, § 2.º (observância do plano diretor), art. 182, § 4.º (sanções de parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação), art. 83 (usucapião urbana), 184 (desapropriação para reforma agrária), art.185, par. ún. (exceção da propriedade produtiva), 186 (critérios de aproveitamento e exploração racional do solo, meio ambiente e da mão-de-obra) e art. 225 (meio ambiente).

Impossível se nos mostra, assim, perquirir a respeito da função social da propriedade, sem uma função social do registro, capaz de fazer frente às expectativas que o Texto Maior impõe. Afinal, como já referido anteriormente, o registro constitui um instrumento de constituição do direito real, além de representar uma garantia de proteção não apenas para o titular do direito inscrito, mas também e sobretudo para o terceiro de boa-fé.

Não pode servir assim o registro de entrave para o aperfeiçoamento do direito de propriedade; ou melhor, inconcebível que o registro represente algo de muito maior que nem mesmo a propriedade, o direito real por excelência, possui.

[226] Op. cit., 3. ed., p. 133.

[227] Art. cit. in *RDI* 27/60.

Não se está com isso pretendendo dificultar o trabalho do Registrador. A qualificação *não formulária* permite o desenvolvimento da disciplina registral, sendo, ademais, inteiramente consentânea com o Estado Democrático de Direito a que nos referimos no intróito deste trabalho, por sua vez, corolário do princípio da legalidade.

Nesse sentido, interessa ao público, mesmo porque o registro é público, conhecer as mutações de direito real e todas as circunstâncias que de alguma forma afetem o registro. Essa inclusive a redação anotada no art. 246 da LRP: "(...) e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro".

A idéia do *numerus clausus* se nos parece ultrapassada, diante das rápidas mudanças por que vem passando nossa sociedade, já no início de um novo século. Essa concepção esbarra com a velocidade dos negócios no mundo imobiliário e com as exigências de uma política creditícia mais realista e voltada para o equacionamento da problemática habitacional. As exigências de hoje são diversamente outras daquelas do século passado mesmo em plena década de 70.

É preciso deixar de lado alguns formalismos ortodoxos instituídos no século passado, e herdados do direito romano, com vistas a imprimir ao registro um caráter mais efetivo, no sentido de bem poder atender aos anseios da comunidade. Se grande parte da população se vê inteiramente marginalizada da propriedade, é óbvio que, em meio à pobreza, o registro também lhe acaba parecendo algo tão distante quanto inacessível.

Discute-se hoje sobre a efetividade das decisões judiciais, clamando-se pelas tutelas urgentes, de forma a trazer para o processo o que a realidade já está demandando; ou seja, rapidez e eficiência na solução dos conflitos de interesse. Por igual, o registro deverá acompanhar essa demanda social, no sentido de poder tornar o cadastro o mais amplamente acessível e efetivo ao público.

Logicamente que o acesso ao registro estará obstaculizado, se o título *padrão* da comunidade carente – que é a posse – for obstado. *De lege ferenda*, urge, pois, que seja implementada uma maior abertura aos títulos no fólio, caso, de fato, não se altere a atual conjuntura, de tal forma que o mais carente possa, a exemplo do proprietário mais aquinhoado, ter acesso ao registro.

Se atentarmos para o art. 5.º, XIV, da Constituição da República, verificaremos que o legislador constitucional se preocupou com o acesso da comunidade ao registro público, determinando que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Como já vimos linhas atrás, amparados na lição de Stéphane Piedelièvre, a informação constitui mecanismo essencial da publicidade registral. E o princípio da legalidade a que deve o administrador estrita observância, quando inserido em contexto maior e mais amplo, de garantias constitucionais, não pode ficar aquém dessas mesmas garantias.

Assim, para que as mutações de direito real e as "ocorrências que de qualquer modo alterem o registro" sejam de conhecimento público, é preciso que o registro

albergue, sempre que possível, todos os títulos de livre circulação no tráfico imobiliário, desde que não contrariem princípios de ordem pública.

Sob essa ótica, de composição do direito à materialização do registro e de garantias constitucionais de acesso à jurisdição administrativa – excelência do registro –, não é desarrazoado recorrer, por via de juízo cognoscitivo prudencial de qualificação, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, tanto que em sintonia com o sistema e com a segurança do próprio registro, mas sempre visando ao atendimento dos fins sociais a que se dirige a lei e às exigências do bem comum (art. 5.º da LICC).

Não se desconhece o princípio da reserva legal na criação dos direitos reais. Mas esse princípio não guarda sintonia perfeita com a enumeração dos títulos sujeitos à inscrição no registro imobiliário. Os efeitos em relação aos direitos quem os dá é a lei, não o registro. Há os títulos inscritíveis não atributivos de direitos reais, como se viu, e há também os fatos não inscritíveis, *a priori*, mas que possuem transcendência sobre o registro e que dele independem.

7. Conclusão

A dinâmica da realidade faz criar a expectativa de uma realinhamento contínuo nas perspectivas de aplicação do direito. Para que o fato (e estamos falando evidentemente de ato lícito) produza efeitos no mundo jurídico, não é necessário que seja moldado a uma figura ou modelo típico, ou mesmo a um tipo de direito.

O fato jurídico de natureza real é aquele que o ordenamento jurídico reconhece e admite como válido para a produção de efeitos jurídicos. Não há direito *contra legem*.

É possível a criação de tipos de direito real não modelares (*formulários*), tanto que respeitadas as premissas básicas do sistema de direitos reais e de não transgressão da ordem pública.

Transposta a situação da lista cerrada dos direitos reais para o registro, passa o instrumento – que é o registro – a ter força descomunal, capaz de atrofiar o surgimento de situações novas ou até de bloquear outras mais de direito substantivo reconhecidamente antigas, que muito contribuiriam para o aprimoramento do direito de propriedade e da habitação.

Essa atrofia do sistema não se harmoniza com a idéia de segurança-fim do registro, na medida em que o controle de legalidade não poderia resumir-se a uma função simplesmente burocrática e estereotipada, de redução da capacidade de cognição acerca do título e do fato que ele representa. O administrador do registro não é um incapaz que necessita de *modelos* para fazer cumprir a nobre função que lhe compete.

O *numerus clausus* se mostra ultrapassado pela velocidade dos negócios no mundo imobiliário e pelas exigências de uma política creditícia mais realista, voltada para o equacionamento da problemática habitacional. As exigências de hoje são diversamente outras daquelas do início do século passado.

A própria Constituição Federal atual se ocupou com a tutela de acesso à jurisdição e à informação dos dados contidos nos cadastros públicos (art. 5.º, XIV e XXXV). Nesse caso, a legislação infraconstitucional não poderia ficar aquém das garantias expressas no Texto Maior. Convém enfatizar que o registro também representa uma parcela de jurisdição, a administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário imprimir a solução de direito aplicável à recusa oposta ao registro do título.

A enumeração dos títulos inscritíveis no registro imobiliário não é exaustiva, não em si mesma. Essa enumeração não pode ir além dos limites traçados pelo sistema, tanto que pertinentes à relação causal ou básica do título, nem por isso modelar direitos, numa acepção tão estrita, a ponto de asfixiar a constituição de um direito que o próprio sistema admite, numa ordem conceitual mais ampla, embora não irrestrita.

Bibliografia

ALLENDE, Guillermo L. *Panorama de derechos reales.* Buenos Aires: La Ley, 1967.

ALPA, Guido. *La "multipropiedad" en Italia.* Laprovechamiento por turno de bienes inmeubles en Europa, Centro de Estudios Registrales.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis.* 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

AREAN, Beatriz. *Curso de derechos reales: privilegios y derecho de retención.* 3. ed. ampl. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. Posse e propriedade.* São Paulo: Saraiva, 1987.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais.* Lisboa, 1968.

AUBRY e RAU. *Cours de Droit Civil Français.* Paris: Marchal et Billard, 1897. t. 2.

BALBINO NETO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil, parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

———. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. 5. vol.

———. São Paulo: Saraiva, 1986. 3. vol.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. e CHAUVEAU, M. *Traité théorique et pratique de droit civil.* 3. ed. Libraire de la Societé du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1905.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Ed. Rio. edição histórica.

———. *Teoria geral do direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio.

BRIZ, Jaime Santos. *Derecho civil: Teoria y práctiva: Derecho de cosas,* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

BRUTAU, José Puig. "Fundamentos de derecho civil". *El Derecho real: La posesión – La propiedad y sus límites – Adquisición y pédida – Ejercicio de acciones.* 3. ed. Barcelona: Bosch, Urgel, 51 bis, t. III.

CALERA, Ma. Del Carmen Gete-Alonso y. *Estructura y función del tipo contractual.* Barcelona: Bosch, Urgel, 51 bis.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Curso avançado de direito civil.* vol. 5 *Direito das obrigações – arts. 863 a 1.078 e 1.518 a 1.571.* São Paulo: RT.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis.* Forense, 1976.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado. Direito das coisas.* São Paulo: Freitas Bastos, 1958. vol. IX.

CHICO Y ORTIZ, José Maria. *Estudios sobre derecho hipotecário.* Madrid: Marcial Pons, 1994. t. 1.

CHICUTA, Kiotsi. "Tutela antecipada, medidas cautelares, liminares e o registro de imóveis". *Revista de Direito Imobiliário*, n. 48. São Paulo: RT, jan.-jun. 2000.

COLIN, Ambroise e CAPITANT, Henri. *Traité de Droit Civil.* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1915. vol. 1.

COSTA, Hélio Roberto Novoa da. *Discriminação de terras devolutas.* São Paulo: Universitária de Direito, 2000.

COVIELLO, N. *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza.* 2. ed. Parte 30.

CUNNINGHAM, Roger A. *The law of property.* 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1993.

DEMOLOMBE, C. *Traité de la distinction des biens.* Paris: A. Lahure, 1881. t. I.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civi patrimonial.* 4. ed. Madrid: Civitas, 1993. vol. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado.* 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *Curso de direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1990-1991. vol. 1.

DIP, Ricardo Henry Marques. "Do conceito de direito imobiliário registral", *Revista de Direito Imobiliário*, n. 27. São Paulo: RT, jan.-jun. 1991.

———. "Sobre a qualificação no Registro de Imóveis". *Revista de Direito Imobiliário*, n. 29. São Paulo: RT, jan.-jun. 1992.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil (parte general).* Barcelona: Bosch, 1934. vol. I.

FIORANELLI, Ademar. *Direito registral imobiliário.* Porto Alegre: Sate/Irib, 2001.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção.* Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GALHARDO, João Baptista. "A transferência de imóvel por procuração em causa própria", *Revista de Direito Imobiliário*, n. 34. São Paulo: RT, jul.-dez. 1994.

GARCIA, Antonio Roman. *La tipicidad en los derechos reales.* Madrid: Montecorvo, 1994.

GARCIA GARCIA, José Manoel. *Derecho immobiliario registral o hipotecário.* Madrid: Civitas, 1988. t. I.

GATTI, Edmundo. *Teoría general de los derechos reales.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

———. *Direitos reais.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel.* São Paulo: RT, 1979.

GUERREIRO, J. A. Mouteira. *Directiva sobre la propiedad a tiempo parcial. Régimen en Portugal: El derecho real de habitación periódica. El aprovechamiento por turno de bienes inmeubles en Europa,* Centro de Estudios Registrales.

———. *Noções de direito registral predial*, Coimbra, 1994.

GUGLIELMI, Vito José. "As terras devolutas e seu registro". *Revista de Direito Imobiliário*, n. 29. São Paulo: RT, 1993.

HEDEMANN, J. W. *Tratado de derecho civil*, vol. II *Derechos reales*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

JACOMINO, Sergio; GURGEL, Vicente Amaral. *Acórdãos do Conselho Superior da Magistratura e Corregedoria Geral da Justiça*, ANOREGSP, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal, v.1. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 3. ed. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1938.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LAFAYETTE, Rodrigues Pereira. *Direito das cousas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

LAURENT, F. *Principes de droit civil français*, 1893.

LEHER, Ernest. *Traité élémentaire de droit civil germanique*. Paris, Libraire Plon, 1892.

LÓPEZ, José María Pena. *Concepto del derecho real (Revisón crítica de su caracterización en la doctrina moderna)*. Tórculo Edicións.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. São Paulo: RT, 1981.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*. Milano: Dott. A. Giuffri, 1965. vols. 1 e 2.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

———. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. vol 1.

NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. 11. ed. Padova: Cedam, 1988.

OLIVEIRA NETO, Carlos Elmano de; MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. *Resumo de Processo de conhecimento, execução e cautelar*. Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. I.

———. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. IV.

———. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. vol. III.

PIEDELIÈVRE, Stéphane. *Traité de droit civil: la publicité foncière*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.

PLANIOL, Marcel. *Traité de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1915.

PONTES, Valmir. *Registro de Imóveis: comentários aos arts. 167 a 288 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, São Paulo: RT, 1983. t. III.

———. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. X.

———. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. XI.

———. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. t. XXXIX.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado do usucapião.* São Paulo: Saraiva, 1992. vol. 2.

RIPERT, Georges e BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. t. II.

ROCA SASTRE, Ramón Ma. *Derecho hipotecario.* 6. ed. Barcelona: Bosch, Urgel, 51 bis. t. II.

RODAL, Lucía Costas. *Los derechos de aprovechamiento por turno.* Granada: Editorial Comanes, Colección Estudios de Derecho Privado, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1972-1975. vol. I.

———. *vol.* 5: Direito das Coisas. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. vol. 1.

RUIZ, José Manuel Ruiz-Rico e LASO, Ana Cañizares. *Mutipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la ley sobre derecho de aprovechamiento por turno.* Civitas.

SAVATIER, René. *Cours de droit civil.* 12. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil (direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel).* 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. vol. VI.

———. *Tratado dos registros públicos: em comentário ao Decreto 4.857, de 9 de novembro de 1939.* 5. ed. rev. e atual., de acordo com as Leis 6.015, de 31.12.1973, e 8.935, de 18.11.1994. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. vol. I.

———. ———. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. vol. III.

———. *Tratado dos registros públicos: em comentário ao Decreto 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelo Decreto 5.318, de 29 de novembro de 1940, e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. vol. I.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 6. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 1990.

SILVA FILHO, Elvino. *Questões de condomínio no Registro de Imóveis.* São Paulo: Malheiros, 1999.

SOLANO, Antonio Manzano. *Derecho Registral Immobiliario para iniciación y uso de universitarios.* Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad e Mercantiles de España. vol. II.

TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das Leis Civis.*

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

TELLO, Celestino A. Cano. *Manual de derecho hipotecario.* 2. ed. Madrid: Civitas.

TERRA, Marcelo. "Permuta de terreno por área construída (art. 39 da Lei 4.591/64)". *Revista de Direito Imobiliário*, n. 27, São Paulo: RT, jan.-jun. 1991.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

VIGIÉ, A. *Cours élémentaire de droit civil français.* Paris: Librairie Nouvelle de Droit e de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1905.

2. ESTUDOS

2.4

OS TABELIÃES E OS REGISTRADORES E A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

HERMANN HOMEM DE C. ROENICK

1. Induvidosamente a questão relacionada com a aposentadoria compulsória dos tabeliães e registradores é de altíssima relevância. Inúmeros têm sido os pronunciamentos judiciais e as manifestações doutrinárias a respeito do tema, e ante a divergência verificada, entre juízes e mestres do direito, não é demasia trazer à balha algumas considerações outras que entendo pertinentes.

2. Em primeiro passo é mister que se enfatize e se deixe bem claro que com a edição da Constituição Federal de 1988, *os tabeliães e os oficiais de registro deixaram de ser servidores públicos* (art. 236), vez que os serviços respectivos passaram a ser exercidos em *caráter privado, por delegação do Poder Público*.

E por *delegação* se entende a transferência de atribuições de uma entidade a outra (Cretella Júnior, *Comentários à Constituição de 1988,* vol. IX, p. 4.612).

Assevera o mestre citado que a delegação outorgada pelo Poder Constituinte é juridicamente inatacável, completando que *delegação* é um *dar*, um *transferir*, "movimento legal e espontâneo do delegante para o delegado" (op. cit., p. 4.614).

Foi por essa razão que a Lei 8.935, de 18.11.1994, incidiu retroativamente, estabelecendo, no art. 47, que "o notário e o oficial de registro, legalmente nomeados até 05.10.1988, detêm a delegação constitucional de que trata o art. 2.º". Essa delegação, por óbvio, é a que ventila o art. 236 da CF.

3. É de ser salientado, inclusive, que o sistema previdenciário restou modificado (art. 40) e que a garantia dos direitos e vantagens adquiridos ficou condicionada à manutenção do sistema anterior (art. 51).

Ora, por todos esses aspectos, e tendo em vista, especificamente, o disposto no art. 47 da Lei 8.935, não se pode falar, sob pena de grave erronia, em *servidor público* relativamente ao notário e ao oficial do registro, e isso a partir de 05.10.1988.

Após a promulgação da vigente Constituição Federal, todos os notários e oficiais do registro que foram *nomeados* em virtude de concurso público, *também não são mais servidores públicos*, e sim "profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem restou delegado o exercício da atividade notarial e de registro" (art. 30 da Lei 8.935/94).

Destarte, face ao efeito retroativo imprimido pelo art. 47 da citada lei, *todos* os tabeliães e registradores que se achavam no exercício de suas funções no dia 05.10.1988 deixaram de ser servidores públicos para assumirem a condição constitucionalmente deferida de profissional do direito com a delegação do Poder Público para praticar atos concernentes ao notariado e ao registro.

A CF, no art. 236, dispôs que "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público".

A lei ordinária e regulamentadora (8.935/94) simplesmente deu ênfase à transferência de todos os notários e oficiais de registro, da categoria de servidores públicos, para a condição de particulares detentores de uma delegação estatal.

Objetivando ressaltar a mencionada delegação, afastando os costumeiros *apadrinhamentos*, a norma constitucional previu a realização de concurso público, garantindo, dessa forma, o aproveitamento segundo os méritos do candidato.

Por óbvio que o simples fato de condicionar a outorga da delegação ao concurso público não transforma o cidadão em servidor público, sujeito a todo um regramento específico e especial.

Observe-se que o dispositivo constitucional não tratou a respeito do *tempo da delegação e não previu nada sobre a aposentadoria*, deixando para a lei ordinária regular as atividades notariais e registrais, e bem assim estabelecer a responsabilidade civil e criminal de tais agentes e prepostos, bem como a forma de fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário (CF, art. 236, § 1.º).

4. Em razão dessa previsão expressa, o legislador ordinário editou a Lei 8.935, de 18.11.1994, *regramento este que foi exaustivo em prever as hipóteses de extinção das atividades delegadas de notários e registradores.*

Tendo-se presente o art. 39 do citado diploma legal, constata-se:

"Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I – morte;

II – *aposentadoria facultativa*;

III – invalidez;

IV – renúncia;

V – perda, nos termos do art. 35".

Ora, o legislador, casuística e propositadamente, enunciou apenas a *aposentadoria voluntária* como forma de extinção do exercício da função delegada, não apontando a *aposentadoria compulsória* como hipótese extintiva daquele exercício. Aliás, isso foi pretendido pelo Senador Suplicy, em emenda que apresentou, mas foi repelido pelo Congresso.

5. O próprio Estado do Rio Grande do Sul, ao editar a Lei 11.183, de 29.06.1998, *cujo Anteprojeto foi elaborado e encaminhado pelo Tribunal de Justiça*, dentro da sua competência residual, supletiva ou complementar, deixou claro e induvidoso que ao notário ou ao registrador não se aplica o disposto nos arts. 40, II, da CF e 38, II, da Constituição Estadual, *e isso pela singela razão de não considerar aqueles agentes como servidores públicos.*

A Constituição Federal, no art. 236, já os havia considerado como exercentes de um *serviço de caráter privado*, apenas condicionado a uma delegação do Poder Público.

A Lei 8.935, de 18.11.1994, a seu turno, não os denominou de "servidores", mas sim de profissionais do direito a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

A lei federal não aludiu a cargo, função ou atividade pública subordinada à administração direta ou indireta, daí por que denominá-los de *servidores "lato sensu"* é investir contra a sistemática adotada e contra o próprio pensamento do legislador federal.

O Estado do Rio Grande do Sul, por evidente, e dentro da sua competência legislativa – não desrespeitando os princípios constitucionais federais, – poderia, como efetivamente pode, disciplinar os serviços notariais ou registrais, inclusive ventilando as hipóteses de cessação das delegações outorgadas.

Nem as Constituições Federal e Estadual, e nem a Lei 8.935/94, referiram ser o notário ou o registrador um funcionário público. Essa assertiva apenas é uma resultante de uma equivocada interpretação feita por alguns órgãos do Poder Judiciário mas que, sublinhe-se, não é pacífica, haja vista os inúmeros pronunciamentos, também judiciários, em sentido oposto.

6. Ora, como afirmado pelos mestres do direito constitucional, os poderes dos Estados se estendem a tudo o que não lhes é proibido por norma constitucional federal, ou não haja sido atribuído privativamente à União, quer por preceito explícito, quer por estar implicitamente contido nos poderes expressos. *Por isso é que o art. 25, § 1.º, da CF estabeleceu, expressamente, que "são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição".*

É de se perquirir: há alguma norma proibitiva de o Estado legislar a respeito do agente-delegado ao exercício da atividade notarial ou registral?

Muito pelo contrário, o Estado do Rio Grande do Sul, editando a Lei 11.183/98, atrelou-se ao pensamento e entendimento do legislador da Lei 8.935/94 que, por sua vez – considerada a natureza particular da atividade preconizada no art. 236 da CF –, também deixou claro que o notário e o registrador não são funcionários públicos de qualquer espécie.

Destarte, o § 2.º do art. 23 da Lei 11.183/98 é expresso ao estabelecer que a *vacância* do serviço notarial ou de registro só ocorre pela extinção da delegação, causada esta, *exclusivamente*, pela morte, *aposentadoria facultativa* ou por invalidez, renúncia ou perda.

A lei estadual, como se observa, se manteve adstrita ao preceito estabelecido pelo art. 39 da Lei 8.935/94.

Ao entenderem, alguns julgados, que a aposentadoria compulsória aos 70 anos se aplica aos notários e registradores, os tribunais, com a mais respeitosa vênia, estão inserindo nos textos legais – na Lei 8.935/94 (art. 39) e agora na Lei 11.183/98 (art. 23, § 2.º) – mais uma hipótese de extinção da delegação. Os tribunais estão dando uma de legislador e, sub-repticiamente, atribuindo aos membros do Congresso, Senadores e Deputados, a pecha de ignorantes em matéria constitucional, e isso pela "omissão" cometida.

7. Agora, todavia, a polêmica surgida com a equivocada interpretação, por alguns tribunais, da situação funcional do notário e do registrador, a partir da promulgação da EC 20, de 15.12.1998, *não pode mais subsistir*.

Não obstante a redação clara do art. 236 da CF, que dava a atividade notarial e registral como sendo realizada em *caráter privado e por delegação do Poder Público*, insistiram alguns arestos em posicionar tais agentes como servidores públicos *lato sensu*, e desse entendimento extrair a conclusão de que eles estavam sujeitos à aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, II, da Carta Maior, na sua anterior redação. De nenhuma valia, para esses acórdãos, o fato de a Lei 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da CF, aludir, apenas e tão-somente, à *aposentadoria facultativa*, como se vê do art. 39 desse regramento ordinário.

O anterior texto do art. 40 da CF estava assim redigido:

"Art. 40. O servidor será aposentado:

I – (...)

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III – (...)".

Se os tribunais, embora *em compreensão totalmente equivocada*, admitiam que o *notário* ou o *registrador eram servidores públicos*, então aceitável se mostrava a incidência do art. 40, II, da CF.

Toda a discussão anterior, portanto, residia no fato de se situar, ou não, tais agentes como servidores públicos.

Entretanto, e a partir da promulgação da EC 20, de 15.12.1998, a *aposentadoria*, segundo os termos do art. 40 da CF, *só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações*.

O novo texto tem a seguinte redação:

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo".

8. Destarte, atualmente, *só se pode afastar compulsoriamente, pelo implemento de idade*, o *servidor titular de cargo efetivo* nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Ora, o notário e o registrador *não são titulares de cargos efetivos no âmbito estadual*, e sim *meros delegados*, nos precisos termos do art. 3.º da Lei 8.935/94, que assim está redigido:

"Art. 3.º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro".

Então, e como sempre vem sendo sustentado, e desde a promulgação da Carta de 1988, com o reforço da Lei 8.935/94, afirmar-se que os notários e registradores são servidores públicos, constitui uma heresia jurídica sem precedentes.

9. Destaque-se, pois, que o legislador ordinário, tanto o federal como o estadual, erigiu apenas a *aposentadoria voluntária ou facultativa* como forma de extinguir a atividade notarial ou registral.

E a razão maior, sem dúvida, da não inclusão da forma compulsória no texto legal é porque a atividade notarial ou registradora é, por previsão constitucional, uma atividade privada.

Ora, se os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, parece evidente que não se sujeitam, os seus titulares, à normas que só atingem os *servidores públicos*.

Portanto, e com a máxima vênia, não é possível confundir a função de agente delegado com a de funcionário público, com o objetivo de fazer incidir naquele a regra da aposentadoria aos 70 anos.

Ao definir, o legislador constituinte, a natureza privada da atividade delegada, afastou a incidência de normas próprias da natureza pública de outros serviços, deixando ao agente notarial ou registrador a livre opção de se autodeterminar, inclusive no que diz com a sua inativação.

10. Como parece curial, e a doutrina tem enfatizado com propriedade tal aspecto, o exercício de uma atividade pública por um agente particular não transforma esse agente em funcionário público.

Delegar, como assinalam os doutos, é cometer a alguém o exercício de uma atribuição que lhe pertence ou que lhe é própria. Assim, uma *delegação pública* consiste em atribuir a outrem uma função pública. A investidura se dá por ato de delegação, daí se concluir que o vínculo estabelecido, por óbvio, permanece de *caráter privado*.

Inexiste, por conseguinte, uma vinculação estatutária ou empregatícia desses agentes com o Estado, posto que o fato de haver fiscalização dos atos praticados, realizada pelo Poder Judiciário, não os transforma em funcionários públicos, como já asseverado. *Eles não são detentores de cargos públicos mas tão-só delegados do Poder Público*.

Como já se afirmou anteriormente, a doutrina não discrepa desse entendimento.

Pinto Ferreira, por exemplo, em seus comentários ao art. 236 da CF, refere o seguinte:

"Daí dever concluir-se que os titulares de serviços notariais e de registro não devem ser entendidos como funcionários públicos ou a estes equiparados; eles não ocupam cargo público ou emprego público, porém exercem atividades de caráter privado.

(...)

Quaisquer dúvidas sobre o caráter público ou privado dos serviços notariais e de registro ficam dirimidas por força da nova Constituição que qualificou como de caráter privado tais serviços notariais e de registro, refletindo-se naturalmente no regime jurídico de seus titulares.

Uma conseqüência importante daí resultante é a inaplicabilidade da regra da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade e aos proventos proporcionais por tempo de serviço (CF, art. 40, II), norma que não tem incidência sobre os tabeliães e oficiais de registro que tenham alcançado tal idade no dia da promulgação da Constituição, em 05.10.1988" (*Comentários à Constituição brasileira*, 4.ª Parte, vol. 7, p. 492).

Hoje, com maior razão se pode afirmar, e isso com base no art. 40 da CF, *em sua nova redação*, que o notário e o registrador, *por não serem detentores de cargos públicos*, não são atingidos pela regra da aposentadoria compulsória.

O mesmo renomado jurista, ao finalizar os seus comentários ao art. 236 da CF, assim se posicionou:

"Em conclusão, a nova sistemática prevista na Constituição Federal de 1988 integrou de modo claro o notariado e os oficiais de registro no sistema jurídico que lhes atribui o estatuto de profissão liberal; qualificou os serviços notariais e os de registro como sendo de caráter privado por Poder Público; permitiu à lei disciplinar e regulamentar tais atividades e inclusive regras de afastamento definitivo nos casos de incapacidade comprovada, inabilitando ao exercício da profissão; e fundamentalmente os tabeliães e oficiais de registro que tenham completado setenta anos de idade, por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, não serão atingidos pelo comando da aposentadoria compulsória, pois exercem uma atividade de caráter privado" (op. cit., p. 494).

É de ser destacado, por significativo, o título que Pinto Ferreira deu à 4.ª Parte dos seus comentários ao art. 236 da CF:

"4.ª Parte

Regime jurídico dos tabeliães oficiais de registro na Constituição Federal de 1988

I

A Constituição Federal de 1988 e a abolição das aposentadorias compulsórias dos tabeliães e oficiais de registro que completarem setenta anos de idade depois de 05.10.1988" (op. cit., p. 191).

11. Não é demasia, tendo em conta a importância do tema enfocado, trazer à colação alguns pronunciamentos de eminentes magistrados e que, induvidosamente, caracterizam-se como irrespondíveis.

No TJRS, o culto e digno Des. José Maria Rosa Tesheiner, no Proc. 595054982, assim se posicionou:

"Desde a Constituição de 1988, os notários e oficiais de registro não são servidores públicos, não se lhes aplicando, portanto, as normas contidas em seu art. 39 *et seq.* O art. 236 da Constituição é claro: 'Os serviços notariais e de registro são exercidos, em caráter privado, por delegação do Poder Público'. Isso, por si só, já seria suficiente para afastar a compulsoriedade da aposentadoria. Alguma dúvida que ainda pudesse haver restou afastada pelo disposto na Lei 8.935, de 18.11.1994, que assim dispôs em seu art. 39: 'Extinguir-se-á a delegação a notário ou oficial de registro por: I – morte; II – aposentadoria facultiva; III – invalidez; IV – renúncia; V – perda, nos termos do art. 35'".

De igual sorte, no STF, o Min. Marco Aurélio, no RE 178236-6-RJ, deixou assente o seguinte:

"Daí Hely, o administrativista por todos sempre lembrado, haver consignado em *Direito administrativo*, publicado pela RT, 14. ed., à p. 71, que:

'Estes agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria se encontram os concessionários e permissionários de serviço público, os serventuários de ofícios e cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos e demais pessoas que recebem designação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo'.

Os notários enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com os serviços de pessoas que também não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face da relação jurídica que os aproximam, regida não pela lei disciplinadora do Regime Jurídico único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sim, os empregados do Cartório, do notário dele titular, tais como este, nada recebem dos cofres públicos, não passando pela cabeça de ninguém enquadrá-los, mesmo assim, como servidores e atribuir-lhes os direitos inerentes a esse *status* (...)".

Nota, a seguir, que é preciso dar-se conta das mudanças:

"Somente o misoneísmo, ou seja, o apego ao anteriormente estabelecido, sem perquirir-se as razões do novo enfoque, da realidade constitucional, é capaz de levar à conclusão de que nada mudou, persistindo, em que pese a referência ao caráter privado contida no art. 236, a delegação indispensável a ter-se o exercício sob tal modalidade, o passado, ou seja, os parâmetros próprios à delegação".

Lembra, outrossim, a propósito, a tentativa frustrada de modificação da Lei 8.935/94:

"O Senador Eduardo Suplicy tentou, mediante a Emenda 10 ao Projeto 2.248/91, incluir mais uma hipótese de cessação da atividade da delegação, que seria, justamente, a compulsória, completados pelo titular os 70 anos de idade. Essa emenda foi rejeitada por expressiva maioria. Fez-se ao mundo jurídico a vontade dos representantes do povo – os deputados – e dos Estados – os Senadores. Digo que isso ocorreu não apenas sob ângulo político, presentes a oportunidade e a conveniência. A rejeição da emenda ao projeto foi em obséquio, em respeito a algo de dignidade maior, de objetividade ímpar, à Constituição Federal".

No mesmo julgamento anotam-se passagens elucidativas do Min. Sepúlveda Pertence:

"Não tenho dúvida de que se trata de serviço público, e aí me dispenso de outras considerações, tanto se 'sangrou na veia da saúde' para mostrar o que me parece patente. Cuida-se sim de um serviço público, o que, porém, não resolve, por si só, o *status* do seu agente; nem todo serviço público é executado por servidor público, e o exemplo típico é o do serviço público prestado por delegação do Estado, como está no art. 236 da Constituição. Não se pode conceber que o Estado delegue a prestação de serviço público a quem é servidor público. O delegado, é elementar, exerce a delegação em nome próprio; o servidor faz em nome do Estado, 'presenta o Estado', para fazer honra à linguagem do saudoso Pontes de Miranda.

A investidura por concurso público também não me impressiona para caracterização do notário como servidor público. De um lado, no exemplo escolar de exercício de serviço público por delegação, que é da concessão do serviço público, a Constituição impõe licitação, que é, *mutatis mutandis*, uma forma de concurso. Neste Plenário, aliás, já levamos a exigência do concurso público também aos empregos em sociedades estatais, sem com isso afirmar que se tratava de servidores públicos (...)".

E concluindo:

"(...) para dizer da responsabilidade de servidor público não seria preciso prever que a lei o faria especificamente com relação à atividade dos oficiais de registro; também não era preciso prever que a lei regulará a fiscalização de sua atividade pelo Poder Judiciário, pois, *data venia*, o que o Estado exerce sobre os seus servidores é poder disciplinar, e não fiscalização, que é atividade de inspeção de atividade alheia, praticada em nome próprio" (*DJ* de 11.04.1997, p. 12.207; Ementário vol. 1.864-08, p. 1.610).

12. Também podem ser alinhados, em grau de cognição sumária, liminares outorgadas por eminentes magistrados, em processos outros, a saber:

a) Min. Marco Aurélio:

"Vistos etc.

1. (...)

2. (...)

3. Defiro a liminar pleiteada, assegurando ao requerente, com os consectários próprios, a continuidade no exercício como oficial do Cartório do 1.º Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Piracicaba, dos serviços cartorários, tal como ocorreu, após a denegação da ordem, no âmbito da Corte de origem, isto em face ao recurso que interpusera.

4. Dê-se conhecimento desta liminar ao TJSP" (doc. 7).

b) Des. Aluizio Quintão:

"Vistos etc.

(...)

Prima facie, parece-me estarem presentes os requisitos condicionantes da medida liminar requerida, eis que coexistem, *in casu*, a aparência de plausabilidade do direito invocado e a possibilidade de prejuízo de difícil reparação.

Defiro, portanto, a liminar pleiteada, para o fim específico de assegurar ao impetrante, com os consectários pertinentes, a continuidade do exercício das suas atribuições na referida serventia, até o julgamento final desta ação mandamental, nos termos legais".

De igual sorte, e porque os argumentos alinhados são relevantíssimos, vale destacar o voto proferido pelo eminente Min. Humberto Gomes de Barros, no STJ, e relativo ao RMS 330-0-SP, publicado na revista *Lex* 45/86 *et seq.*, cujo teor é de uma incontestável juridicidade.

13. Ainda com referência à alusão feita pelo eminente Min. Marco Aurélio ao Senador Suplicy, vale repisar que, quando da discussão do Projeto de Lei 16, de 1994, *e apreciando emendas apresentadas, inclusive a de n. 10, de autoria do Sen. Eduardo Suplicy, que pretendia fazer incidir a compulsoriedade da aposentadoria para os notários e registradores*, a mesma foi rejeitada pela Casa Legislativa, o que faz ressaltar a real e efetiva vontade do legislador: *a aposentadoria para esses agentes delegados é apenas facultativa.*

Assim, se o legislador, durante a tramitação do Projeto de Lei, expressamente repeliu a condição de "servidor público" ao notário e ao registrador, vedando a aplicação da "expulsória" aos mesmos, não pode o Judiciário, para o efeito de admitir a "aposentadoria compulsória", denominá-los *servidores "lato sensu". Isso não existe em direito administrativo. Os tabeliães e registradores não são detentores de "cargos públicos", o que lhes retira, de pronto, a condição de servidor público.* Aliás, a Lei 8.935/94, em momento algum, alude a *cargo de tabelião* ou *cargo de registrador*, mas simplesmente *ao exercício delegado de um serviço notarial ou de registro*, isto é, *a titulares de serviços.* Agora, e como já aduzido, só o detentor de "cargo público" pode ser aposentado compulsoriamente (CF, art. 40, II).

14. Merece especial atenção um artigo publicado na revista *Ajuris* 71/81-93, de autoria do eminente Des. Cristiano Graeff Júnior, que enfrenta, com propriedade, o tema *sub judice*. Esse mesmo trabalho foi publicado na *RDI* 47/116 *et seq.*

De igual sorte é de se destacar a opinião abalizadíssima do eminente Prof. Raul Machado Horta, ao emitir Parecer sobre o tema, quando deixou claro e induvidoso de que a aposentadoria compulsória não se aplica aos notários e registradores.

Vale transcrever a lição:

"Serviços públicos e serviços privados são categorias que se repelem. Se a Constituição pretendesse qualificar os serviços notariais e de registro de serviço público, a regra constitucional incorporaria as palavras qualificadoras. *O intérprete e o aplicador da Constituição não poderá introduzi-las na norma constitucional, exercendo tarefa de redação que lhe é vedada*" (grifei).

E ainda aduziu, o ilustre mestre, categoricamente, o seguinte:

"Os Tabeliães e Oficiais de Registro, titulares de serviços privatizados pela Constituição, não se enquadram na categoria de servidores públicos civis, nem se sujeitam às regras disciplinadoras dessa categoria. Por isso, a regra da aposentadoria compulsória, aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço (CF, art. 40, II), é inaplicável aos Tabeliães e Oficiais de Registro que tenham atingido esta idade na vigência da Constituição promulgada em 05.10.1988. A norma constitucional ou legal porventura existente no regime anterior, impondo a aposentadoria compulsória dos titulares dos serviços notariais e de registro, perdeu a eficácia, por incompatibilidade com a regra da Constituição Federal de 5 de outubro, que explicitamente conferiu a esses serviços o caráter de serviço privado".

Com a mais respeitosa vênia, não é possível que tantos e tantos juristas de renome no País, com diuturnas incursões no campo do direito constitucional, e cujas manifestações restaram elencadas e apontadas neste trabalho, estejam equivocados, e que a verdade e a certeza jurídicas sobre o tema sejam privativas de alguns julgados expendidos pelo STF e STJ. A EC 20/98 veio demonstrar a erronia dessas r. decisões.

É preciso que se assimile a idéia, corporificada nos estatutos constitucional e legal, que os notários e os registradores *não são detentores de cargos públicos* e que, em razão disso, *não são funcionários públicos, nem* stricto *e nem* lato sensu. É possível que, com a nova rédação dada ao art. 40 da CF, não se insista mais nessa heresia jurídica.

É mister que se reconheça a impossibilidade de uma aposentadoria compulsória (aos 70 anos) contra texto constitucional expresso, dado que a Carta de 1988 estatuiu os serviços notariais e registrais como *serviços privados*. Tanto a Constituição Federal como as leis subseqüentes, federal (8.935/94) e estadual (11.183/98), filiaram-se declaradamente ao sistema jurídico que confere aos Tabeliães e Registradores o *status* de *profissão liberal*.

E se exercem uma *atividade privada*, não pertencem à categoria dos funcionários ou servidores públicos, *vez que não ocupam cargo* e não são remunerados pelos cofres públicos.

15. A comprovar tudo o que foi mencionado, articulado e demonstrado, há um outro elemento, constante da Lei 8.935/94, e que se vê no art. 20.

Segundo esse dispositivo os notários e os registradores poderão contratar, *segundo a legislação trabalhista*, escreventes e auxiliares, escolhendo, dentre os primeiros, os seus *substitutos*.

Ora, haverá algum impedimento, por exemplo, de um notário contratar um escrevente com idade superior a 70 anos? Haverá algum impedimento desse escrevente ser escolhido substituto? E se o notário completar 70 anos? Pela tese da compulsória, o notário sai, mas o substituto fica, pelo menos até o novo provimento do Cartório, e o substituto permanece praticando os mesmos atos que o titular praticava.

Ainda pela Lei 8.935/94, a demonstrar que os agentes delegados deixaram de ser funcionários públicos, regulou-se a situação dos escreventes e auxiliares que detinham a condição de funcionários públicos e que, a critério dos interessados (titular do Ofício e servidores), poderiam transformar o regime jurídico, passando a empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Pela tese de alguns acórdãos, esses funcionários, embora hajam optado pelo regime celetista, também continuariam a ser considerados servidores públicos *lato sensu* ou *sui generis*.

O absurdo é tão grande que não se compreende como, frente à Constituição Federal (art. 236) e à Lei 8.935/94, ainda se possa considerar o notário e o registrador como servidores públicos. É evidente que, após a publicação da EC 20, de 15.12.1998, não se poderá mais afirmar tal heresia jurídica.

16. Com o objetivo, ainda, de trazer maiores e melhores subsídios a respeito do tema jurídico sob exame, é de ser mencionado o brilhante trabalho elaborado pelo eminente Des. Décio Antonio Erpen, sem dúvida uma das maiores autoridades nacionais sobre direito notarial e registral, e que foi publicado na *RDI* 47/103 *et seq*. S. Exa. de forma clara, precisa e contundente, demonstra, nesse trabalho, que notário e registrador, por não titularem cargos efetivos, não são servidores públicos e, por isso, não podem ser atingidos pela aposentadoria compulsória.

Nesse mesmo número da *Revista de Direito Imobiliário* existem dois outros pronunciamentos, notáveis pelo conteúdo, e que estão a merecer a devida atenção.

São eles de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, insigne constitucionalista, e de Ricardo Henry Marques Dip, eminente magistrado brasileiro.

Vale aludir, também, à Resolução 350/99, baixada pelo órgão máximo do TJMG e que dimensiona, com exatidão, o tema relacionado com a atividade notarial e de registro (doc. 25).

No § 1.º do art. 2.º se disse:

"A vacância das serventias situadas na comarca de Belo Horizonte será declarada pelo Corregedor-Geral de Justiça, mediante comunicação do Juiz Corregedor que dirigir o foro, a qual será feita no prazo peremptório de cinco

dias úteis, sob pena de responsabilidade, *com indicação da ocorrência que tiver dado causa à extinção da delegação, prevista no* caput *do art. 39 da Lei federal 8.935/94*" (grifamos).

No § 2.º dessa Resolução se enfatiza a mesma norma, apenas alterando a autoridade comunicante.

Ora, essa previsão da Corte Superior do TJMG se ajusta ao que se tem sustentado reiteradamente: *o notário e o registrador não podem ser aposentados compulsoriamente, porque esse tipo de inativação não consta do elenco estabelecido no art. 39 da Lei 8.935/94.*

17. Assim exposta a matéria, impende que se adote a mesma conclusão emitida pelo eminente Des. Décio Erpen em seu brilhante trabalho.

Como contribuintes da Previdência Pública os notários e registradores estão sujeitos apenas às normas da Previdência Social e, como tais, não são passíveis de aposentadoria compulsória por limite de idade.

Sendo os tabeliães e registradores profissionais públicos do direito e agentes particulares em colaboração com o Poder Público, que lhes delegou seu mister, não podem ser considerados funcionários públicos.

É de ser ressaltado que a partir da Constituição Federal de 1988 *deixaram de existir os cargos de tabelião e registrador*, dando lugar aos *serviços de tabelionato e registros públicos*, os quais passaram a ser exercidos por *agentes delegados* em caráter privado.

Em assim sendo, só podem esses agentes ser afastados de suas funções nos casos expressamente previstos na Lei 8.935/94, que disciplinou suas atividades.

2. ESTUDOS

2.5

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE (MITIGADA) NOS REGISTROS PÚBLICOS

MIRIAM AZEVEDO HERNANDEZ PEREZ

SUMÁRIO: 1. Prefácio – 2. Introdução: 2.1 Público; 2.2 Publicidade; 2.3 Interpretação do direito registral – 3. Serviços notariais e registrais e o princípio da publicidade – 4. Hermenêutica: 4.1 Direito objetivo; 4.2 Princípios – 5. Conclusão.

1. Prefácio

A delimitação do significado dos termos "público" e "publicidade" tem sofrido variações ao longo do tempo, por diversos fatores. Veremos alguns desses como uma rápida introdução ao tema ao qual nos propusemos analisar neste trabalho.

2. Introdução

2.1 Público

Sobre a dificuldade do estabelecimento do significado do termo, já se escreveu que "the varieties of sense are numerous and pass into each other by many intermediate shades of meaning. The exact shade often depends upon the substantive qualified, and in some expressions more than one sense is vaguely present, in others the usage is traditional, and it is difficult to determine in what sense precisely the thing in question was originally called *public*".[1]

Há referência ao sentido de "público" como a da "qualidade do que pertence a todos, em oposição ao que pertence a alguém",[2] ou, ainda: "That is open to, may be used by, or may or must be shared by, all members of the community; not restricted to the private use of any person or persons; generally accessible or available; generally levied (as a rate or tax). Also (in narrower sense) that may be

(1) *The Oxford English Dictionary*. Great Britain: Oxford University Press, 1970. vol. VIII, p. 1.558.

(2) MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998. p. 176.

used, enjoyed, shared, or competed for, by all persons legally or properly qualified";[3] "made accessible to all";[4] "publicity" (...) "The quality of being public, the condition or fact of being open to public observation or knowledge".[5]

Público seria ainda o que fosse pertencente ou destinado ao povo, à coletividade;[6] o que é comum ao povo, aquilo que a sociedade tem ciência e, por extensão, diz-se do que é notado, observado ou sabido por todos,[7] "qui concerne le peuple; qui appatient à la collectivité sociale, politique et em émane, qui appartinent à l'État (...) *Acte public*, dressé par une autorité selon les formes légales".[8]

2.2 Publicidade

Ao termo "publicidade" são igualmente emprestados diversos significados, mas é identificada geralmente como um meio, um sistema, um processo adequado para a divulgação de algo, para tornar um ato ou fato público.

É distinta a publicidade do direito da publicidade do fato. A primeira se refere ao método que "tem por objetivo levar ao conhecimento de todos um ato ou fato de natureza judiciária",[9] enquanto o segundo ocorre "quando se torna notória ou conhecida de todos determinada ocorrência. Diz-se, também, da que é real, material".[10]

2.3 Interpretação do direito registral

O inter-relacionamento do direito civil com o direito registral refletiu-se na redação da Lei de Registros Públicos que, em diversos trechos, espelha a orientação das doutrinas individualista e voluntarista inspiradoras do nosso Código Civil.

Não por acaso a própria interpretação da legislação registral orientou-se por longo tempo pelas trilhas civilistas. Podemos verificar a tentativa do legislador da Lei da Responsabilidade Pública de prever todas hipóteses de interesse jurídico,

(3) *The Oxford English Dictionary*, cit., p. 1.558.

(4) Idem, ibidem, p. 1.559.

(5) Idem, p. 1.560.

(6) CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed., revista e acrescida de 124 p. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992. p. 646.

(7) NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: APM, 1987.

(8) *Le Robert quotidien dictionaire pratique de la langue française – Dicorobert Inc.* Canadá: Montreal, 1996. p. 1.545 e 1.546.

(9) NEVES, Iêdo Batista. Op. cit.

(10) Idem, ibidem.

tal qual se fez no Código Civil. O princípio da taxatividade ou *numerus clausus* quanto aos títulos registráveis é um exemplo. Reputamos essa tendência a alguns fatores, tais como: 1) conexão com o direito civil e a respectiva propensão à cristalização, própria dos códigos; 2) concepção acessória do direito registral; 3) o direito registral em grande parte é utilizado na jurisdição voluntária.

Não obstante, a Lei de Registros Públicos foi redigida em um período no qual o indivíduo já não era mais o centro a partir do qual os atos (normatizados) se irradiavam. Naquele momento se perquiriam os fundamentos, os riscos envolvidos – "era da decodificação".[11] Exemplo: normas administrativas, penais, processuais inseridas na Lei 6.015/73.

O advento da Constituição Federal de 1988 renovou a revisão legislativa e interpretativa que se implementava então acerca do direito registral, dando-lhe um impulso próprio, ainda que tímido, mas que cuja dimensão e potencial já se adivinham nas obras dos estudiosos.

3. Serviços notariais e registrais e o princípio da publicidade

As serventias possuem, em seu acervo, registros de atos de elevado interesse público e privado que merecem o zelo adequado dos profissionais por elas encarregados.

Dos registros são emitidas certidões para os interessados que as solicitem, cujo conteúdo enunciativo, em decorrência da fé pública portada por seu subscritor, expressa a existência de certo fato jurídico até prova em contrário (presunção *iuris tantum*).

Conforme esclarece a ilustre Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "o inciso XXXIII [do art. 5.º da CF] estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; essa norma deve ser combinada com a do inciso LX, que garante o sigilo dos atos processuais quando necessários à defesa da intimidade e proteção do interesse social. O que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública".[12]

As serventias notariais e registrais, portanto, como órgãos da jurisdição voluntária,[13] e decorrentes atividades de índole administrativa, salvo hipóteses ex-

(11) TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

(12) *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 75.

(13) CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33.

cepcionalíssimas previstas na legislação, devem ter seu conteúdo disponibilizado a todos os interessados em consultá-los. Verifica-se, portanto, que o princípio da publicidade não é absoluto, pois o próprio legislador, visando assegurar o respeito à intimidade e à dignidade das pessoas – também previsto na Constituição Federal –, mitigou-o.

Uma das exceções expressamente previstas na lei está no art. 57, § 6.º, da Lei 6.015/73: o aditamento e o cancelamento do sobrenome do companheiro serão processados em segredo de justiça. Desse modo, não poderá ser fornecida certidão, salvo havendo solicitação do registrado, constando as averbações vedadas.

Outro exemplo é o do art. 47 da Lei 8.069/90, que prevê que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

A questão que se apresenta para análise é a seguinte: sendo a característica primordial dos registros a sua publicidade, as hipóteses nas quais o seu conteúdo não deve ser divulgado é restrita à enumeração legal expressa, isto é, *numerus clausus*, ou existem outras hipóteses – decorrentes, por exemplo, de princípios, como o da razoabilidade e da segurança dos registros públicos?

A relevância prática da questão se verifica. O desenvolvimento tecnológico, aliado às práticas fraudulentas, que infelizmente determinadas pessoas se dispõem a praticar, vêm oferecendo um risco crescente aos interesses públicos e particulares – o furto de selos de autenticidade, a adulteração de certidões, a utilização de certidões de escrituras de compra e venda em cessões fraudulentas são alguns dos exemplos.

Os órgãos públicos e as autoridades têm se mobilizado no sentido do desenvolvimento de sistemas que evitem o sucesso dessas práticas. Um exemplo disso é o trabalho realizado no Detran, onde os dados – inclusive os constantes nas certidões de nascimento e casamento – referentes aos solicitantes de carteiras de identidade são cruzados. Outro exemplo são os selos de autenticidade cuja estrutura, material utilizado e fiscalização por parte dos Tribunais de Justiça, serventias registrais e notariais e as empresas responsáveis pela sua manufatura têm inibido as fraudes.

Da mesma forma as serventias registrais e notariais têm agido – algumas com maior ou menor vagar. O preenchimento de pedidos de certidão pelos solicitantes destas, por exemplo, é um mecanismo importante. Através dele pode-se identificar futuramente quem veio se utilizar indevidamente da certidão, facilitando eventuais investigações de fraudes.

A Lei 8.935/94 e a Lei 6.015/73 são expressas no sentido de que os oficiais dos registros públicos devem velar pela autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos.

Esses dispositivos adquiriram um novo aspecto com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que exige a qualidade na prestação dos serviços públicos, e da própria consolidação, na sociedade, dos valores de cidadania expressos na Constituição Federal de 1988. Os serviços registrais e notariais, não diferente-

mente de diversos setores, sofreram o influxo dessa "nova ordem" e, necessária e continuamente, têm revisto sua atuação, adquirindo uma identidade nova, mais moderna e adequada às demandas da população.

A Lei 6.015/73, no art. 13, II, prevê, dentre outros atos, o da emissão de certidões mediante a prévia solicitação por escrito ou verbal. Verifica-se, então, que o registrador só deve agir quando provocado, estando adstrito à pratica dos atos relacionados na Lei de Registros Públicos, na forma ali prevista, ou seja, trata-se de atos vinculados.

O art. 17 da LRP, por sua vez, prevê que "qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido". Não se refere o dispositivo ao registro do próprio solicitante, mas a qualquer registro. Além disso, o legislador quis explicitar mais uma vez o caráter público dos assentos, vinculando os oficiais à mera solicitação, à ordem judicial e ao requerimento do Ministério Público, quando a lei o autorizar (cf. art. 13 da LRP), ou seja, retirando daqueles qualquer margem de discricionariedade na prática desses atos. O art. 47 da LRP prevê inclusive as penalidades cabíveis quando da recusa ou demora injustificada no fornecimento das certidões.

É de se analisar se as hipóteses que restringem o acesso às informações constantes nos registros públicos são as taxativamente expressas ou se existem outras. Tomamos como objeto de análise, a excepcionar o princípio da publicidade, os princípios da segurança, da razoabilidade, ou mesmo da qualidade dos registros.

4. Hermenêutica

4.1 Direito objetivo

A Constituição Federal, nos incs. XXXIII e LX do art. 5.º, conforme visto *supra*, ampara o direito ao acesso ao conteúdos dos registros (públicos). A legislação ordinária anterior à Carta foi recepcionada, pois já previa o princípio da publicidade e, quanto à superveniente, apenas reforçou a sua necessária observância, instrumentalizando os cidadãos que, eventualmente, venham a ter seus direitos atingidos.

Os atos dos notários e registradores são essencialmente vinculados, prevendo a lei em raras e esparsas hipóteses quando e como determinado dado inserido em um registro deixará de ser certificado.

No entanto, não nos parece que o oficial que, em nome do princípio da segurança dos atos jurídicos, da qualidade dos serviços prestados, da razoabilidade, deixasse de fornecer uma certidão estaria agindo ilegalmente. Primeiramente porque, como qualquer administrador, está adstrito igualmente à observância de princípios expressos na lei – art. 4.º da LICC c/c o art. 37, *caput*, da CF/88 e arts. 6.º, V, e 14 do Dec.-lei 200/67 –, logo, estará agindo de acordo com previsão legal. Em segundo lugar, temos que, sendo de se presumir a boa-fé do solicitante e estando o oficial obrigado a fornecer a certidão, poderá fazê-lo justificadamen-

te, nos termos do art. 47 da LRP. Realmente, se possuir, por exemplo, provas da má-fé do solicitante, não será obrigado a fornecê-la.[14] O ônus da prova, como acusador, será seu, é evidente, mas terá cumprido o seu dever – pois suas atividades não estão limitadas ao serviço burocrático, ao cuidado material com os livros, instalações etc., mas também, e fundamentalmente, fazer efetivar a segurança e a eficácia dos atos jurídicos.

4.2 Princípios

O princípio da publicidade, como visto, não é absoluto. Um princípio que é previsto na própria Constituição é mitigado pelo legislador. Entendeu-se ser mais importante para a sociedade a preservação da dignidade e da intimidade de algumas pessoas – previstos na *Carta* –, do que se admitir a publicidade absoluta dos registros.

Chaim Perelman observou que o raciocínio jurídico deve elaborar uma dialética que busque uma solução satisfatória para enriquecer o "arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível".[15] Afinal, como ele ainda observa, "resulta a constatação de que nenhuma regra de direito, assim como nenhum valor, é absoluta, e que sempre haverá situações em que uma regra, seja ela qual for, deverá ser limitada, e em que um valor, qualquer que seja sua importância, deverá ceder diante de considerações importantes na ocorrência".[16]

Por outro lado, a mitigação do princípio da publicidade resulta também da reavaliação do significado, da importância do indivíduo, enquanto membro da sociedade – seja sob o aspecto do protegido pela lei com a mitigação do princípio, seja o solicitante, ao ter o acesso restringido. A observação de Maria de Fátima Junho Anastasia é importante na medida em que indica, como Perelman, um critério a ser adotado na balança dos interesses a serem tutelados: "Decorre daí que a eficácia, como critério da política, não está restrita às interpretações que enfatizam o caráter instrumental da razão. Importa adequar meios e fins, mas importa, em primeiro lugar, perguntar sobre os fins, e sobre a relação que estes guardam com a vontade da 'boa sociedade'".[17]

(14) A hipótese do registrador não poder fornecer certidão por ter provas de que o solicitante está de má-fé pode parecer, à primeira vista, fantástica, quase impossível de verificação; mas a prática, a contribuição da informática e um trabalho cuidadoso têm possibilitado o desenvolvimento de mecanismos que permitem verificar e dificultar, senão coibir essas práticas.

(15) *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 117.

(16) Idem, ibidem, p. 129-130.

(17) *Fazendo idéias: a necessidade e a liberdade nos domínios do público e do privado*. Trabalho apresentado como exame de qualificação do Curso de Doutorado em Ciência Política do Iuperj em agosto de 1987. Sociedade Brasileira de Instrução, junho, 1988, p. 3.

A referida autora observa ainda que "analisa os domínios do público e do privado, na teoria e na prática políticas, a partir dos conceitos de liberdade e de necessidade, tomados em uma dupla acepção".[18] Assim, a liberdade significa a superação do estado de necessidade, no sentido material e, conseqüentemente, a disponibilidade "para ações não imediatamente relacionadas à sobrevivência física cotidiana. Quando tomado sob este enfoque, o conceito de liberdade pode ainda ser objeto de uma dupla qualificação: liberdade de agir com vistas à consecução do 'bem-comum', ou da 'boa sociedade', o que remete para uma visão de coletividade; ou liberdade de realização da variedade e das potencialidades humanas, o que implica uma ênfase na individualidade".[19]

Podemos concluir com a autora que a limitação da liberdade do indivíduo, isto é, da sua esfera privada, possibilita a efetivação do exercício de uma liberdade para garantir o bem da sociedade, o bem público – que, por sua vez, permite uma redimensão da atuação potencial do indivíduo. Trata-se, como observa, de verificar que "as esferas pública e privada são 'uma dupla dicotômica', pois 'o público e o privado são dimensões indissociáveis da existência humana', e é próprio à 'condição humana' habitar as duas esferas. Elas se definem não por oposição, mas por complementaridade: só existe público se existe privado e vice-versa. Só faz sentido referir-se ao espaço público se, ao mesmo tempo, for possível falar do privado".[20]

Nesse sentido, as exceções ao princípio da publicidade se justificam. Elas existem como uma necessidade do próprio ordenamento de se ajustar às mudanças da sociedade, que refletem necessariamente nas dimensões do indivíduo e da própria sociedade e no seu inter-relacionamento.

Sob esses fundamentos, podemos observar que não é dado ao intérprete do século atual utilizar-se de técnicas de interpretação herméticas ou simplistas. É de se referir à lição de Margarida Maria Lacombe Camargo: "A interpretação, enquanto ação mediadora entre a pré-compreensão e a compreensão, é de índole nitidamente concretizadora e argumentativa. E, se pensarmos que *compreender* é indagar sobre as possibilidades de um acontecer próprio das relações humanas, ou, segundo Heidegger, o caráter ôntico original da vida humana mesma: o *estar-aí* que se interpreta, temos que o direito só existe enquanto compreendido. Interpretamos algo concreto, que é a conduta tipificada como jurídica, e justificamo-la por meio de argumentos que pretendemos convincentes. E, se pensarmos que é por meio da argumentação que se dá a interpretação, isto é, que a tese vencedora nos impõe um significado possível de produzir efeitos sobre a realidade, podemos achar que a hermenêutica é ontológica. Lembremo-nos do fato de que, no direito, a coisa julgada constrói uma verdade jurídica (*aletheia* ou desvelamen-

(18) Op. cit, p. 5.

(19) Idem, ibidem, p. 6.

(20) Idem, p. 6-7.

to da decisão concreta), que corresponde à tomada de posição que produz efeitos sobre o real".[21]

O direito civil vem sendo revisto há algum tempo por seus estudiosos, de modo que às normas de direito registral não se justificam mais a utilização de conceitos próprios do século XIX ou XX. A Constituição Federal de 1988, a legislação superveniente e os conceitos próprios deste século – filosóficos, econômicos etc. – são responsáveis pelas profundas e contínuas alterações em ambos os ramos. A forma como essas mudanças são absorvidas pelos vários segmentos do direito é variável, da mesma forma como são os seus efeitos e resultados, quando da interpretação e aplicação das normas.

O direito registral, por outro lado, vem firmando sua autonomia na doutrina recente, quando são descobertos seus princípios e institutos. Assim sendo, não se justificam mais as referidas transfusões civilistas ou administrativistas para o primeiro.

5. Conclusão

A redimensão ou o advento de uma nova identidade dos serviços notarias e registrais, em decorrência do enraizamento da cidadania na sociedade brasileira e da mudança filosófica que o mundo vem assistindo, dentre outros fatores, permitiram a revisão da atuação dos oficiais.

O comprometimento com a qualidade e a segurança dos serviços prestados foi igualmente revista pela sociedade, de modo que os princípios insculpidos na legislação, como normas nucleares, não podem ser ignorados.

Extraiu-se, assim, a ilação de que não são apenas as hipóteses expressas na lei que relativizam o princípio da publicidade dos registros públicos. Incidem também os princípios que norteiam o exercício da atividade, bem como a a interpretação dialética e coerente do ordenamento, consentânea com a dimensão do indivíduo e da coletividade (privado e público).

[21] *Hermenêutica e argumentação, uma contribuição ao estudo do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de Teses, 1999. p. 259.

2. ESTUDOS

2.6

REGISTRO DA PENHORA – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOFRE ALTERAÇÃO – Valorização do registro imobiliário na *reforma da reforma*

ADEMAR FIORANELLI,
FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS
e
SÉRGIO JACOMINO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidades e atribuições do exeqüente – 3. A presunção *iuris et de iure* do registro da penhora – 4. Princípios da inoponibilidade e da fé pública registral – 5. Registro da penhora exige mandado judicial ou certidão? Quais os requisitos? – 6. Requisitos da certidão judicial – 7. Princípio de continuidade – imóvel não registrado em nome do executado – 8. O oficial de justiça, a penhora em foro distinto e as precatórias – 9. Depositário – 10. Íntegra da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002.

1. Introdução

O Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) sofreu algumas alterações por força da Lei 10.444, de 07.05.2002, sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 7 de maio e publicada em 8 de maio do corrente. A lei contempla uma *vacacio legis* de três meses, contados da data da publicação, de modo que há tempo para algumas reflexões e comentários sobre este importante diploma legal, conhecido como a *reforma da reforma do Código de Processo Civil.*

Ao lado de importantes mudanças operadas em vários dispositivos do diploma processual, interessa-nos, de perto, as modificações experimentadas pelo art. 659 do CPC, especialmente os §§ 4.° e 5.°, *verbis:*

"§ 4.° A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5.° Nos casos do § 4.°, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário".

A lei inova na questão tormentosa da penhora – especificamente no *registro* da penhora, já que se reconhece, para valor das atividades registrais, que a penhora e o registro da constrição são momentos distintos, embora interdependentes, no complexo fenômeno decorrente do processo judicial.

A redação anterior, que acaba de ser reformada, trouxe alguma perplexidade ao exegeta ao favorecer a interpretação de que o registro da constrição seria parte integrativa da penhora, condição de sua validade, isso em decorrência do conectivo que jungia o ato de penhora a sua inscrição no registro público ("a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora e inscrição no respectivo registro").

Contra essa interpretação, digamos ampliativa, insurgiram-se alguns renomados processualistas, afirmando que se o registro da penhora fosse parte integrante da medida processual, somente a partir de sua consumação no registro público iniciar-se-ia a contagem de prazo para oferecimento de embargos.

Evidentemente que a refutação se deu com base numa coerente exegese sistemática, contextualizada, como não poderia deixar de ser, no sistema processual.

Mas o fenômeno da penhora não se esgota nos estritos limites do processo – nem a publicidade a ele inerente alcança a amplitude que a publicidade registral atinge em seus distintos ângulos de direito material e formal. E é precisamente nesse ponto que se acentua a importância da *reforma da reforma*, como se verá pontualmente.

2. Responsabilidades e atribuições do exeqüente

Os referidos §§ 4.° e 5.° do art. 659 trazem novo perfil para a mais comum das constrições judiciais que aportam diuturnamente nos registros imobiliários brasileiros.

Em primeiro lugar, fixando a responsabilidade e assinalando o encargo do exeqüente em providenciar o registro no ofício imobiliário competente, bem como, antes disso, diligenciar para prover o juízo de certidão atualizada do imóvel sobre o qual poderá recair o gravame (§ 5.°) e desse mesmo juízo requerer a expedição de certidão para ulterior registro.

Esse dispositivo coloca a questão nos seus estreitos limites: incumbe ao exeqüente (e não ao juízo, ou serviços auxiliares do juízo, ofícios e escrivães judiciais, como já se sugeriu alguma vez) a diligência de indicar bens à penhora, com certidão atualizada do registro, e proceder à conseqüente inscrição do gravame no registro público competente. O interesse é exclusivamente do exeqüente, muito embora se possa acenar com a efetividade do processo, objetivo que sempre se impõe ao Estado, não se olvidando do importante papel que joga nesse contexto o sistema registral brasileiro.

A movimentação do processo, que alcança a decretação da penhora, é impulsionada pelo interesse do exeqüente, que se obriga a comprovar, com certi-

dão atualizada do registro, a titularidade do bem em nome do executado e, para segurança do tráfico jurídico-imobiliário, proceder ao registro da penhora no Cartório Imobiliário respectivo. A ele, e somente ele, tendo em vista seu exclusivo interesse, incumbe proceder à apresentação de certidão atualizada do registro (§ 5.º), requerer a extração da certidão de inteiro teor do ato de penhora (§ 4.º) e consumar subseqüentemente a sua inscrição no álbum imobiliário competente (§ 4.º).

Para todos nós que sempre militamos na área do direito registral, nos parece muito natural e muito lógico que o mecanismo registral deva ser posto em movimento por rogação dos interessados, consoante regra que se cristalizou no *princípio de instância* (art. 13, II, da Lei 6.015/73). O desvio que se tem verificado ultimamente, de se transferir ao juízo o encargo de requisitar certidões imobiliárias e mesmo de se incumbir do registro da penhora, sobrecarregando o Judiciário com atribuições que não são especificamente suas e onerando os cofres públicos com os custos inerentes ao processamento dos pedidos, parece encontrar já um claro anteparo legal, norte definidor que visa recolocar as coisas em seu devido lugar.

Isso sem falar nos custos da atividade registral que devem ser suportados, evidentemente, pelos interessados, compatibilizando as regras esculpidas nos arts. 14 e 239 da Lei 6.015/73, combinados com art. 1.º, par. ún., da Lei 10.169/2000, com a projeção do vetor constitucional, pelo art. 236 da Carta Maior.

3. A presunção *iuris et de iure* do registro da penhora

A lei fixou a presunção absoluta de conhecimento de terceiros da constrição judicial registrada. Importante inovação, diga-se, pois marca indelevelmente a regra de que a penhora não inscrita não pode atingir direitos de terceiros adquirentes, cuja boa-fé na aquisição ou oneração haverá de ser sempre presumida. Essa presunção, entretanto – na opinião de renomados processualistas –, é ainda assim relativa, comportando produção de provas para desconstituição do negócio eventualmente inquinado de fraude, ou para operar a figura da ineficácia em relação ao exeqüente (cf., por todos, **Cândido Rangel Dinamarco**, ***A reforma da reforma***, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 268).

É bem verdade que a presunção absoluta do registro da penhora já se encontrava perfeitamente delineada nos artigos reformados e mesmo antes, no art. 240 da LRP. Porém, nunca é demais que, de maneira expressa e manifesta, a lei possa vincar decisivamente que se desloca o ônus da prova para aquele que alega alienação ou oneração em fraude à execução, pouco importando que a alienação tenha se dado antes ou depois da distribuição da execução.

Já não importam, por outro lado – ou degrada-se a importância de outrora –, os efeitos da publicidade que decorrem do processo judicial, amplificada pelos distribuidores cíveis, já que a publicidade registral acha-se robustecida pela regra estatuída pela Lei 10.444, de 07.05.2002.

4. Princípios da inoponibilidade e da fé pública registral

Com esta reforma estamos a um passo de consagrar entre nós o *princípio da inoponibilidade*, que reza que o título não inscrito não pode ser oposto (nem pode prejudicar) o título inscrito. Mesmo a doutrina já aponta nessa direção. Ainda que acenando com as restrições conhecidas (presunção relativa da aquisição por terceiros) Cândido Rangel Dinamarco chega a sustentar que "a publicidade dos atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento. A conseqüência prática dessa nova disposição será a inexistência de *fraude de execução* capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado sempre que a penhora não esteja registrada no cartório imobiliário" (op. cit., p. 269).

Esse aspecto merece a atenção dos doutrinadores. Com a regra da Lei 10.444, de 07.05.2002, o Registro de Imóveis passa a representar a referência básica para segurança do tráfico jurídico-imobiliário. Bastará a consulta registral, consubstanciada em certidão de propriedade, para alicerçar o negócio jurídico de aquisição ou oneração de bens imóveis.

Por outro lado, estamos muito próximos de alcançar o *princípio da fé pública registral* – e isso em decorrência da percepção de que o sistema registral pode oferecer uma contribuição decisiva para o resguardo da segurança jurídica preventiva, evitando a fraude e a eclosão lateral de conflitos relacionados com a execução, fatores que acabam sobrecarregando o Judiciário. O *princípio da fé pública registral* visa a proteger o terceiro adquirente que, de boa-fé (que sempre haverá de ser presumida) e a título oneroso, apoiado exclusivamente no que consta do registro predial, inscreve regularmente seu título. Essa posição registral será inatacável. Esse é o estágio mais avançado dos sistemas registrais mais desenvolvidos no mundo.

5. Registro da penhora exige mandado judicial ou certidão? Quais os requisitos?

O art. 239 da Lei 6.015/73 reza que as penhoras serão registradas em cumprimento de mandado ou à vista da certidão do escrivão. Com a Lei 10.444, de 07.05.2002, o procedimento simplificou-se. Reza o § 4.º que o registro da penhora far-se-á "mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial". O ato a que se refere a lei é o auto ou termo de penhora, lavrados nos autos de execução.

Portanto, bastará a apresentação da certidão expedida pelo cartório judicial. O registro da penhora independerá de mandado judicial.

6. Requisitos da certidão judicial

Evidentemente que a certidão expedida pelo ofício judicial deverá conter todos os elementos indispensáveis para a consecução do registro, consoante

regra do art. 176 c/c o art. 225 da Lei 6.015/73 – especialidades subjetiva e objetiva.

Estimamos, porém, que se deverá mitigar a exigência de reprodução escrupulosa de dados concernentes ao executado e do bem dado em penhora, sempre que houver expressa remissão à certidão de propriedade que obrigatoriamente será expedida antecedentemente à lavratura do auto ou termo de penhora (§ 4.º).

Não tem sentido fiar-se a penhora em quaisquer outros dados ou elementos extratabulares que eventualmente possam ser oferecidos pelo exeqüente (ou mesmo pelo executado). A referência exclusiva doravante será sempre a certidão de propriedade expedida pelo Registro de Imóveis. Certidão atualizada, diga-se de passagem.

Portanto, referindo a certidão judicial àquela de propriedade, expedida anteriormente pelo registro imobiliário – e desde que a situação jurídica não se tenha alterado desde a expedição –, não será de se exigir que ociosamente se trasladem dados do registro para o corpo da certidão expedida pelo ofício judicial. Bastará o inequívoco relato da ocorrência da penhora nos autos, traslado de informações essenciais (intimação do cônjuge, p. ex. – art. 669, par. ún., do CPC c/c os arts. 235, I, e 242, II, do CC), indicação do registro anterior (art. 222 da LRP), nomes do juiz, depositário, partes e natureza do processo (art. 239 da LRP), dentre outros requisitos da própria Lei 6.015/73.

7. Princípio de continuidade – imóvel não registrado em nome do executado

Outro problema que oxalá possa ser resolvido (ou bastante mitigado) com o advento da Lei 10.444, de 07.05.2002, será a não-consecução da penhora quando o imóvel já não estiver registrado em nome do executado. Isso porque a penhora dar-se-á conseqüentemente à apresentação da certidão da matrícula (*rectius*: certidão de propriedade). Verificada a não-congruência da realidade com sua projeção jurídica (registro) a penhora não alcançará o registro.

O sempre atento Cândido Rangel Dinamarco não deixou de notar essa especial particularidade: "O § 5.º explicita a exigência de que, para obter essa penhora, o exeqüente exiba em juízo uma certidão da matrícula do imóvel, como prova de que pertence ao executado; virão a matrícula e os registros pertinentes, se houver, não se fazendo a penhora se se positivar que o devedor não é dono – ou porque nunca o foi, ou porque haja alienado o bem" (op. et loc. cits.).

Reconhecemos que a extraordinária diversidade de situações encontradas pelo contínuo investimento na clandestinidade jurídica (contratos de gaveta, instrumentos particulares imprestáveis para registro, cessões de direito clandestinas, aquisições de imóveis propositadamente não registradas etc.) tudo isso levará a que se não possa apresentar a certidão de propriedade exigida pela lei. Nesses casos, ainda que a penhora possa ser decretada pelo juízo, evidentemente que o título não chegará ao registro.

8. O oficial de justiça, a penhora em foro distinto e as precatórias

Pela nova sistemática da Lei 10.444, de 07.05.2002, não haverá mais a concorrência desse importante servidor da justiça para a consecução da penhora e mesmo para seu ulterior registro. Como se viu, ampliou-se a responsabilidade do exeqüente para impulsionar a penhora e seu registro.

Além disso, a penhora poderá ocorrer em foro distinto daquele em que se situa o bem, ou seja, a penhora ocorrerá no próprio ofício judiciário em que flui o processo executivo. A conseqüência direta é que não mais se receberão cartas precatórias para cumprimento de mandado de registro de penhora, com os costumeiros problemas que decorriam muitas vezes da distância e do moroso processo de comunicação entre o juízo deprecante, o deprecado e os registro prediais.

Bastará, portanto, para o registro da penhora, que o exeqüente apresente a certidão expedida a seu pedido pelo ofício judicial, seja de que comarca for, com o preenchimento dos requisitos supra-indicados.

9. Depositário

A Lei 10.444, de 07.05.2002, inovou nesse aspecto. A LRP, em seu art. 239, elencava alguns requisitos para o registro da penhora, dentre outros o nome do depositário.

Com a redação do novo diploma legal, o devedor (por seu advogado), ao ser intimado da penhora, fica, *ipso facto,* constituído como depositário do bem.

10. Íntegra da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002

Altera a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.° Os artigos da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 273. (...)

(...)

§ 3.° A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.° e 5.°, e 461-A.

(...)

§ 6.° A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7.º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

"Art. 275. (...)

I – nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

(...)

"Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro."

"Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4.º, e 461-A)."

"Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

(...)

§ 3.º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2.º."

"Art. 461. (...)

(...)

§ 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva."

"Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1.º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2.º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade."

"Art. 604. (...)

§ 1.º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.

§ 2.º Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador."

"Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo."

"Art. 624. Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos."

"Art. 627. (...)

§ 1.º Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exeqüente far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§ 2.º Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos."

"Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo."

"Art. 659. (...)

(...)

§ 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5.º Nos casos do § 4.º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário."

"Art. 814. (...)

Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se."

Art. 2.º A Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 461-A:

"Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1.º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2.º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3.º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1.º a 6.º do art. 461".

Art. 3.º A Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro I da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a denominar-se "Da Audiência Preliminar".

Art. 4.º O art. 744 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a integrar o Capítulo III do Título III do Livro II, vigorando seu *caput* com a seguinte redação:

"Art. 744. Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias.

(...)".

Art. 5.º Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.

Brasília, 7 de maio de 2002; 181.º da Independência e 114.º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Miguel Reale Júnior

3. ESTUDOS NOTARIAIS

3.1

ATUAÇÃO NOTARIAL EM UMA ECONOMIA DE MERCADO. A tutela do hipossuficiente

LEONARDO BRANDELLI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A economia de mercado e suas ingerências no mundo jurídico: 2.1 Caracterização da economia de mercado; 2.2 Os novos contornos do Estado frente à ideologia da economia de mercado; 2.3 Direito e neoliberalismo – A teoria contratual e a nova *lex mercatoria* – 3. Atuação notarial em uma economia de mercado: 3.1 A evolução da função notarial; 3.2 O Estado neoliberal e a atividade notarial; 3.3 A nova teoria contratual e a função notarial – 4. Conclusões – Bibliografia.

1. Introdução

O mundo tem sofrido profundas alterações no transcorrer dos últimos três séculos.

O surgimento do liberalismo econômico de Adam Smith modificou de maneira marcante a economia de mercado, imprimindo-lhe conotações que até hoje influenciam nossa vida econômica.

Paralelamente a isto, evoluiu o Estado, instigado pelas próprias mutações econômicas, tendo uma postura liberal inicialmente, mas evoluindo para uma socialização, no sentido de passar a preocupar-se com o bem-estar dos seus cidadãos, coibindo os abusos cometidos em nome da liberdade econômica.

O direito, em especial a seara contratual, recebeu fortes influências dessa evolução econômico-estatal, tendo de se amoldar a tal evolução, oferecendo respostas jurídicas para os problemas econômico-sociais aventados. Nesse sentido, o contrato moderno nasceu liberal, como um verdadeiro instrumento da consecução da economia do *laissez faire*, recepcionando os ideais de liberdade bravejados pela Revolução Francesa. Passou num segundo momento a sugar os ideais do Estado social, promovendo limitações à autonomia privada em nome do interesse coletivo, evitando os abusos cometidos em nome da supremacia da economia de mercado. Por fim, chega-se à teoria contratual pós-moderna, de conotações ainda incipientes, às quais busca o contrato amoldar-se.

Também a função notarial sofreu influências diante desse fenômeno evolutivo multidisciplinar, mormente diante da evolução da teoria contratual. É preciso pois embrenhar-se na análise acerca do papel da instituição notarial diante do fenômeno da teoria contratual pós-moderna. Como deve portar-se o notário fren-

te à nova economia de mercado? De que maneiras o neoliberalismo, a nova economia de mercado, a pós-modernidade enfim, influenciaram a atividade notarial, e qual a resposta que a sociedade espera do notariado? É o que se pretende perfunctoriamente analisar no presente trabalho.

Para tanto, dividiu-se a pesquisa em dois momentos. No primeiro, far-se-á um acompanhamento evolutivo da economia de mercado, do Estado, e da teoria contratual, os quais encontram-se umbilicalmente ligados. Em segundo lugar, buscar-se-á respostas acerca de quais as mutações geradas por tais fenômenos na atividade notarial, bem como qual deve ser a postura atual do notário frente ao estágio hodierno da economia de mercado e do direito.

2. A economia de mercado e suas ingerências no mundo jurídico

Antes de iniciarmos propriamente a análise das características de atuação notarial frente à nova economia de mercado, mister se faz delinear o que vem a ser a economia de mercado, bem como as alterações por ela fomentadas no mundo jurídico e na própria noção de Estado. É o que se fará neste primeiro momento.

2.1 Caracterização da economia de mercado

Segundo a definição dos economistas, economia de mercado, ou economia capitalista, é o "conjunto de regras, pelo qual se compram e vendem bens e serviços, assim como fatores produtivos".[1]

Permanecem vivas, nesse sentido, as lições de Adam Smith (1723-1790), para quem "a solução para o funcionamento da economia na sociedade deve ser encontrada nas leis de mercado, na interação do interesse individual e na concorrência, uma vez que o empresário se vê obrigado pelas forças da concorrência a vender suas mercadorias a um preço próximo do custo de produção: é preciso ser o mais eficiente possível para manter seus custos baixos e permanecer em condições competitivas. A 'mão invisível' do mercado não só designa as tarefas, mas também dirige as pessoas na escolha da profissão, fazendo com que se levem em conta as necessidades sociais. Da mesma maneira, o mercado regula quais são as mercadorias que devem ser produzidas".[2]

Para Smith, a "essência da economia de mercado é que nela tudo se converte em mercadorias com um preço e que as ofertas dessas mercadorias estão sujeitas à variação de preço".[3]

Todavia, a visão de economia de mercado que nos interessa, e a qual tem sido reiteradamente debatida e tratada pelos juristas no mundo todo, não é a tradicio-

(1) TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN, Francisco. *Introdução à economia*, p. 46.

(2) Idem, ibidem, p. 61.

(3) Idem.

nal, conceituada em todos os manuais de economia e presente nas ciências econômicas desde longa data, mas sim a visão pós-moderna, liberal – ou neoliberal como preferem alguns –, construída a partir do período que se convencionou chamar de pós-fordista e que redundou no capitalismo atual, designado por uns como maduro e por outros como selvagem, com pregações marcadamente liberais, não intervencionistas, numa entoação mais feroz da política do *laissez faire*.

Nesse sentido, leciona Jorge Mosset Iturraspe que economia de mercado, "según la versión de sus corifeos neoconservadores, es la designación del orden espontáneo en el que suceden las acciones deliberadas y propósitos individuales que hacen que la vida en sociedad se desarrolle en forma tal que todos los individuos, en determinado momento, lleguen a cooperar entre sí y satisfacer sus necesidades con economia de recursos".[4]

Para compreender-se a evolução da economia de mercado do período moderno ao pós-moderno, mister se faz analisar o fenômeno do fordismo, que imprimiu profundas alterações no modelo capitalista vigente à época, bem como a sua queda e a passagem ao período pós-fordista, no qual moldou-se o capitalismo neoliberal, a economia de mercado nos termos que a vemos hoje.

O fordismo, cuja data simbólica inicial foi 1914, quando Henry Ford introduziu sua jornada de trabalho de oito horas diárias numa linha de montagem,[5] caracteriza-se por ser um modelo de acumulação intensiva de capital que se funda em duas premissas básicas: a reorganização do processo de trabalho sobre a base tayloriana,[6] com a introdução da luz elétrica por exemplo, e a formação de estruturas de consumo massivas de bens produzidos industrialmente de forma seriada.[7]

O termo fordismo tornou-se a maneira usual de se definirem as características daquilo que muitos consideram constituir-se um modelo de produção, fundamentado em inovações técnicas e organizacionais que se coadunam tendo em vista a produção e o consumo em massa. O processo de produção fordista tem seu fundamento na linha de montagem acoplada à esteira rolante, evitando assim o deslocamento dos trabalhadores e mantendo um fluxo contínuo e progressivo das peças, permitindo a redução dos tempos mortos, e, portanto, a porosidade.[8]

(4) *Como contratar em uma economia de mercado*, p. 75-76.

(5) HARVEY, David. *Condição pós-moderna*, p. 121.

(6) O taylorismo e o fordismo não se confundem. Caracteriza-se o primeiro pela intensificação do trabalho através de sua racionalização científica, tentando evitar movimentos inúteis, ao passo que o segundo é mais abrangente, envolvendo extensa mecanização, através de máquinas-ferramentas, linhas de montagem, esteira rolante e divisão/especialização do trabalho (LARANJEIRA, Sonia M. G. "Fordismo e pós-fordismo". In: CATTANI, Antonio David (org.). *Trabalho e tecnologia: dicionário crítico*, p. 91).

(7) GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*, p. 53.

(8) LARANJEIRA, Sonia M. G. Op. cit., p. 89.

Consoante lição de Antonio Gramsci, o fordismo representava um "maior esforço coletivo até para criar, com velocidade sem precedentes, e com uma consciência de propósito sem igual na história, um novo tipo de trabalhador e um novo tipo de homem", concluindo que os novos métodos de trabalho "são inseparáveis de um modo específico de viver e de pensar e sentir a vida".[9]

Trouxe o fordismo profundas implicações para o capitalismo, demonstrando, ao contrário do que se defendia na época, que era possível aumentar-se a produção, reduzirem-se os preços, elevar-se o consumo e, desta forma, aumentar as taxas de lucro.[10] Como decorrência disso, emergiu a sociedade de consumo de massas.

Tinha Henry Ford plena convicção na capacidade de regulamentação da economia por parte das corporações, a ponto de aumentar os salário de seus empregados no início da Grande Depressão, na expectativa de que isto aumentasse a demanda, recuperasse o mercado e restaurasse a confiança nos negócios, o que mostrou-se insuficiente e frágil para recuperar o baque no capitalismo da época, uma vez que tal intento somente foi alcançado mediante intervenção estatal.

Após a Grande Depressão dos anos 30 e da Segunda Grande Guerra, surgiu um fordismo maduro, aliado a um Estado intervencionista. O período pós-guerra assistiu ao crescimento do Estado do bem-estar social, regulamentador e rígido.

O Estado keynesiano ou benfeitor, conforme assevera Ghersi, "nació con el modelo fordista y se expandió como 'proceso contensor' de la desintegración social, asegurando los benefícios de la educación, la salud, la seguridad social y en donde fueron factores fundamentales la propensión al crecimiento sostenido y la esperanza de pleno empleo".[11]

O crescimento da expansão de pós-guerra pautou-se em uma série de compromissos e reposicionamentos por parte dos principais atores dos processos de desenvolvimento capitalista. O Estado passou a assumir novos (keynesianos) papéis e construir novos poderes institucionais; "o capital corporativo teve de ajustar as velas em certos aspectos para seguir com mais suavidade a trilha da lucratividade segura; e o trabalho organizado teve de assumir novos papéis e funções relativos ao desempenho nos mercados de trabalho e nos processos de produção".[12]

A partir do final da década de sessenta e início da de setenta, o modelo de acumulação fordista começou a entrar em declínio por motivos, segundo identificou Carlos Ghersi, pautados na tendência decrescente da taxa de lucro empurrada por força, dentre outros, da crise fiscal do Estado, mudanças de relações de poder, transformação do sistema estrutural produtivo, mudanças no padrão de consumo, e o descrédito na redistribuição social que efetuava o Estado do bem-estar social.[13]

(9) Apud HARVEY, David, op. cit., p. 121.

(10) LARANJEIRA, Sonia M. G. Op. cit., p. 90.

(11) Op. cit., p. 54.

(12) HARVEY, David. Op. cit., p. 125.

(13) Op. cit., p. 48.

Na década de 70, acentuaram-se mudanças substanciais no modelo de produção fordista, por força de pressões competitivas, causadas, principalmente, pela concorrência japonesa.

As novas formas de produção foram difundidas e implementadas numa esfera econômica de intensificação dos processos de inovação tecnológica, mediante a utilização de tecnologia de base microeletrônica, e de competição em nível global.[14]

David Harvey identifica a causa do declínio do fordismo na rigidez do Estado keynesiano que se havia engendrado, que cada vez mais foi se confrontando com os ditames do capitalismo, da economia de mercado. Neste sentido, asseverou que "o período de 1965 a 1973 tornou cada vez mais evidente a incapacidade do fordismo e do keynesianismo de conter as contradições inerentes ao capitalismo. Na superfície, essas dificuldades podem ser melhor apreendidas por uma palavra: rigidez. Havia problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e de longo prazo em sistemas de produção em massa que impediam muita flexibilidade de planejamento e presumiam crescimento estável em mercados de consumo invariantes. Havia problemas de rigidez nos mercados, na alocação e nos contratos de trabalho. (...) A rigidez dos compromissos do Estado foi se intensificando à medida que programas de assistência (...) aumentavam sob pressão para manter a legitimidade num momento em que a rigidez na produção restringia expansões da base fiscal para gastos públicos".[15]

Nessa esfera de acontecimentos ingressa-se na era do pós-fordismo, chamado por Harvey de acumulação flexível, marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo; marcada por uma flexibilização dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo.[16] Como consectário dessa flexibilização, surgem setores de produção novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados, inovação comercial, tecnológica e organizacional. Passa-se para um Estado não intervencionista, não regulamentador e adepto à privatização, em detrimento da socialização do bem-estar.[17]

Surge assim a nova economia de mercado, que imprime uma volta ao liberalismo de Adam Smith, porém com conotações próprias.[18]

O capitalismo, vale dizer, a economia de mercado, é uma administração ideológica da economia, da mesma forma que o é o socialismo, e a ideologia capitalista atual, a nova economia de mercado, visa dar forma – a sua própria forma –, à inteira convivência dos homens.[19] Ocorre a busca da supremacia das normas da

(14) LARANJEIRA, Sonia M. G. Op. cit., p. 91.

(15) Op. cit., p. 135-136.

(16) Idem, ibidem, p. 140.

(17) Idem, p. 140-168.

(18) Daí a razão de ser chamado de neoliberalismo.

(19) IRTI, Natalino. *Economia di mercato e interesse publico*, p. 435-436.

economia de mercado sobre os demais segmentos da sociedade, a busca do império da economia de mercado.

Nesse diapasão, alerta Jorge Mosset Iturraspe que em uma economia de mercado existem prioridades econômicas que se colocam acima das normas ou dos valores que elas pretendem consagrar: a permanência de capitais estrangeiros, a segurança jurídica, entendida esta como o respeito cego à letra do contrato; a não-revisibilidade dos negócios pelos juízes; a manutenção do proveito, lucro ou benefício calculado; a liberdade dos preços etc. Existe, assim, uma hierarquização da atividade empresarial como motor da economia, o que faz com que os usos e costumes empresariais tenham força normativa, e sejam considerados como parte das regras invisíveis, da regulamentação natural, a qual o direito deve respeitar e não alterar.

Acima de tudo, a economia de mercado crê na Economia e duvida do Direito, em relação à regulamentação da sociedade civil. Confia nos fatores de produção e desconfia da regulação jurídica. Levanta os valores da eficiência e da produtividade e despreza os da escala axiológica do direito como a justiça, a eqüidade, a solidariedade. Desumaniza a vida em sociedade. Adere a um capitalismo duro, agressivo, selvagem. Prega o Estado mínimo.[20]

Pauta-se essa ideologia da supremacia das regras da economia de mercado, na defesa da idéia do direito natural. A economia de mercado, afirmam seus defensores, corresponde às leis naturais uma vez que não é construída, sendo pois ínsita ao ser humano, que passa a ser o *homo oeconomicus*. Alerta neste tocante Natalino Irti que o caráter natural da economia de mercado a retira da evolução histórica, a subtrai da disputa de opiniões, dota-a, enfim, daquela incontrovertibilidade própria das leis físicas e químicas, alertando ainda o citado autor que o velho direito natural retorna na forma mais fresca e desenvolvida, da economia de mercado.[21] Da mesma forma preleciona Jorge Mosset Iturraspe: "Cuando se alude a ese orden espontáneo se intenta dar a entender que no es una creación deliberada del hombre. Su surgimiento *es una respuesta de la naturaleza a la necesidad que el hombre tiene de vivir en sociedad*".[22]

Uma vez que as normas econômicas são normas naturais, ínsitas ao ser humano, argumentam seus defensores que devem elas prevalecer sobre as normas jurídicas, consistentes em uma construção volitiva e artificial do homem. Novamente preciosos aqui os esclarecimentos de Natalino Irti: "Le leggi di natura si dichiarano debitrici del diritto dello Stato, cioè di una costruzione volontaria e artificiale degli uomini. L'economia di mercato assume, come presupposti condizionanti, taluni istituti giuridici: dalla proprietà privata all'efficacia vincolante dei contratti, dall'ordine interno all'esecuzione coercitiva delle sentenze. E non vediamo noi, pressochè ogni giorno, imprenditore e apostoli del mercato, uomini

(20) Op. cit., p. 35-37.

(21) Op. cit., p. 436.

(22) Op. cit., p. 76.

d'affari e di finanza, commentatori e tecnocrati, invocare obrigazione di norme o emanazione di norme: un'attesa di *regole*, ossia di decisione politiche. Che contraddice l'asserita naturalità dell'economia?".[23]

Para os defensores da economia de mercado, o direito deve limitar-se a facilitar o livre desenvolvimento da racionalidade individual, sem intervir, salvo em situações-limites, como, por exemplo, nos casos dos monopólios.[24]

A ideologia do capitalismo hodierno faz ressonar o apelo à neutralidade, entendida esta como a estraneidade ao conflito e, o conflito, argumenta-se, pertence à política e não às normas econômicas, as quais são objetivas e neutras, certas e incontroversas.[25]

O interesse público, de profunda relevância no Estado do bem-estar social, não mais é levado em conta na ideologia da nova economia de mercado, posto que a definição de interesse público deriva de decisões de vontade políticas, e não da neutralidade e tecnicismo econômicos. Ademais, na economia de mercado privilegia-se a harmonia dos interesses individuais.[26]

O neoliberalismo, no dizer de Carlos Alberto Ghersi,[27] "há *barrido literalmente* con los valores de la modernidad, sobre todo con los sociales, lo social, lo colectivo y al disolver aquella axiología e incorporar la etiqueta del individualismo exacerbado, ha sacralizado y coronado el *super yo*, en reemplazo del *yo* en la sociedad de este fin de siglo.

Esto también tiene conexidad con la *moralidad católica y laica*, ambas son abandonadas y entonces la sociedad posmoderna *sublima* el deseo, la felicidad, el proyecto personal, en donde no existe el sacrificio y el deber hacia el otro, las únicas virtudes son el *interés* individual y el *utilitarismo* económico".[28]

Os caracteres distintivos da economia de mercado, que a diferenciam de qualquer outra ordem de produção, consistem na existência de um intercâmbio de bens e serviços de forma livre e voluntária, e a ausência de coerção arbitrária, necessária para permitir o desenvolvimento da concorrência, com a qual se garante a eficiência do mercado.

Por outro lado, não há economia de mercado, ou seja, há incompatibilidade com a ideologia da economia de mercado, quando o Estado toma decisões que conferem vantagens a alguns e desvantagens a outros; quando o Estado pretende

(23) IRTI, Natalino. Op. cit., p. 438.

(24) MOSSET ITURASPE, Jorge. Op. cit., p. 77.

(25) IRTI, Natalino. Op. cit., p. 437.

(26) Idem, ibidem, p. 438-439.

(27) Ghersi identifica o neoliberalismo, a nova economia de mercado, como uma das decorrências da pós-modernidade (op. et loc. cits.). Da mesma forma David Harvey (op. cit., p. 115-184).

(28) GHERSI, Carlos Alberto. Op. cit., p. 24-25.

dirigir a economia; quando o Estado mantém monopólios com o intuito de prestar bem-estar à população; e quando há a tutela de certos setores da sociedade em face de sua debilidade e vulnerabilidade.[29]

Enfim, caracteriza-se o capitalismo neoliberal pela exaltação do individualismo em contraste com a preocupação social do Estado do bem-estar social; pela exaltação das normas da economia de mercado que devem prevalecer sobre as normas jurídicas, posto que aquelas são ínsitas ao homem ao passo que estas são criação de decisões políticas, não neutras; pela exaltação da política do *laissez faire*, onde o mercado deve se auto-ajustar sem intervenção estatal; o Estado deve ser o *Estado mínimo*. Caracteriza-se pois pelo império das normas econômicas sobre todas as outras normas vigentes na sociedade.

2.2 *Os novos contornos do Estado frente à ideologia da economia de mercado*

O Estado tem sofrido profundas mutações ao sabor das correntes econômicas reinantes em determinados momentos históricos. Do Estado moderno ao Estado pós-moderno, diferentes períodos de sucederam, alterando a maneira de o Estado encarar as relações econômicas e os seus efeitos na vida dos cidadãos. Cumpre pois analisar esse desenvolvimento estatal ao longo da história para que se possa entender o estágio atual do Estado neoliberal.

O Estado moderno costuma ser analisado através da distinção de duas fases: a do Estado liberal, pautado no individualismo, nas regras econômicas e na não-intervenção estatal, e a do Estado social, desenvolvido após as duas guerras mundiais e que se caracteriza pela florescente absorção do social por parte do Estado.

O berço do Estado liberal encontra-se nas Monarquias absolutistas e na ascensão da burguesia, conforme leciona Dalmo de Abreu Dallari: "O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica por que já no século XVIII o Poder Público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao *individual* em favor do *coletivo* era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos".[30]

"O advento do Estado liberal está intrinsecamente ligado à ascensão ao poder econômico e político da burguesia, fortalecida com o declínio da aristocracia, após o absolutismo monárquico que ajudou a construir, e que nessa segunda fase visou limitar. É precisamente na limitação do poder estatal ao mínimo necessário que o liberalismo veio a se desenvolver no plano jurídico."[31]

(29) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., p. 76-77.

(30) *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 233.

(31) LOBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*, p. 10-11.

O Estado liberal surge, assim, ancorado na idéia da conquista da liberdade, e da utilização dessa liberdade, pela revolução burguesa, e que vai atuar no intuito de diminuir o poder estatal, permitindo, assim, um agir mais consistente e desprendido da burguesia, detentora do poder econômico. Prevalece a vontade livre dos particulares.

Note-se que o Estado liberal burguês encontra seu supedâneo primeiro nas idéias de liberalismo econômico de Adam Smith.

Nesse diapasão, alerta José Paschoal Rossetti que "em *A riqueza das nações*, de Adam Smith, encontram-se as bases da posição liberal. Exatamente quando as primeiras grandes inovações tecnológicas constituíam irreversíveis sintomas do fortalecimento do capitalismo industrial, Smith lançou os alicerces da teoria econômica liberal e estabeleceu os princípios fundamentais responsáveis pelo equilíbrio dos sistemas baseados na livre empresa capitalista.

Verificou Smith que o interesse individual era a mola propulsora dos sistemas baseados na livre-iniciativa e observou que os indivíduos, procurando seus próprios interesses, agiam freqüentemente em benefício da própria sociedade".[32]

O Estado liberal moderno fixava pois suas bases no individualismo como forma de atingir o interesse coletivo, na minimização do Estado e na sua não-intervenção nas relações individuais.

O direito do Estado liberal consistia na proteção dos direitos dos indivíduos contra a pretensão de interferência do Estado na sua vida privada. Visava garantir a livre circulação das idéias, pessoas e bens, de maneira livre e sem interferências estatais. Garantia enfim ao cidadão, o uso e respeito às suas liberdades privadas.

Todavia, a idéia liberal, ancorada na igualdade dos homens, que livremente regulariam seus interesses individuais, sem a intervenção do Estado, mostrou-se frágil e inconsistente.

O "Estado liberal criou as condições para a sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes".[33]

O mundo assistiu a sérias injustiças praticadas em nome de uma liberdade e um individualismo que não levavam em conta a desigualdade material existente entre

(32) *Introdução à economia*, p. 369.

(33) DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 235.

os homens e, especialmente após as duas grandes guerras, passou-se a sentir latente a necessidade de o Estado tutelar os interesses coletivos, que sobrepor-se-iam aos interesses particulares. Diante dessa necessidade, assiste-se a incoação do Estado social.

"A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passa a dominar nesta fase. A sociedade atual exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia industrial (...).

Nesse contexto social, o Estado assume importância determinante. Firma-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. O Estado *guerreiro*, o Estado *político*, passaria a ser o Estado *econômico*".[34]

O Estado passa a preocupar-se com o desenvolvimento da economia e com as relações econômicas e passa a regrá-las, preocupando-se com as questões sociais, com a justiça social, preocupando-se em coibir os abusos provocados pela ideologia do *laissez faire*, reinante no Estado liberal.

O "*Estado-política* foi substituído pelo *Estado de serviço*, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das conseqüências mais penosas da desigualdade econômica".[35]

Conforme preleciona André-Noël Roth, o "Estado social tem tido a missão de favorecer, no quadro nacional, o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos. Ele se converteu em um instrumento de transformação e de regulação sociais".[36]

O direito no Estado social era tendente a orientar as condutas humanas rumo ao desenvolvimento social. Assumiu uma franca preocupação e proteção aos interesses públicos, em grau de superioridade ao interesses individuais. O direito, enfim, foi o grande instrumento de intervenção estatal na busca dos intentos do Estado social, quais sejam, o desenvolvimento econômico e a proteção social dos indivíduos.

Consoante já tivemos oportunidade de analisar, o Estado social surgiu no período econômico em que o fordismo influenciava o capitalismo. Porém, com a derrocada do período fordista, pelas causas adrede apontadas, e com o surgimento do período pós-fordista, começa a se formatar novamente as características do Estado, voltando a atuar fortemente as correntes econômicas liberais. Abandona-se neste momento o Estado moderno e ingressa-se no Estado pós-moderno ou Estado neoliberal.

As novas diretrizes da economia mundial colocaram em crise o Estado moderno, fazendo com que as respostas fornecidas pelo Estado social não mais servis-

(34) LOBO, Paulo Luiz Neto. Op. cit., p. 11.

(35) DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 237.

(36) "O direito em crise: fim do Estado moderno?". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, p. 17.

sem diante da nova realidade. É André-Noël Roth quem faz o alerta: "A crise do atual Estado indica que os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação, postos em pé há um século, já não funcionam. O Estado Nacional já não está em capacidade de impor soluções, seja de um modo autoritário ou seja em negociação com os principais atores sociopolíticos nacionais, aos problemas sociais e econômicos atuais".[37]

E continua o citado autor, asseverando que a principal causa dessa crise está no fenômeno da globalização, que influi na definição de políticas públicas internas de cada Estado, identificando quatro rupturas com a ordem mundial anterior.

A primeira ruptura consiste na capacidade estatal de garantir segurança aos cidadãos e integridade territorial, que restou abalada com o fim da guerra fria, onde havia um modelo bipolar, passando-se a um modelo multipolar complexo, que necessita de uma nova definição de alianças. A segunda, encontra-se na mundialização da economia, eis que o desenvolvimento econômico em nível planetário diminui o poder de coação do Estado e impende ao fracasso qualquer tentativa isolada, por algum país, de manter uma política social, estando pois as políticas fiscais e intervencionistas internas limitadas pela competência econômica mundial. A terceira, está na internacionalização do Estado. É que a participação dos Estados em organizações internacionais, por força da necessidade de uma gestão global de muitos problemas, influi nos processos políticos internos, obrigando o Estado a coordenar suas políticas com as de outros Estados. A quarta ruptura consiste no direito internacional que, se antes se caracterizava por seu débil poder de coerção, agora firma-se como um princípio normativo superior que permite aos indivíduos reivindicar sua aplicação ou denunciar sua violação pelo Estado.

Tais rupturas têm o condão de provocar uma perda da força da soberania e da autonomia dos Estados na formulação de políticas internas. "No plano externo, o Estado Social já não pode pretender regular a sociedade civil nacional de maneira soberana. E, no plano interno, sua ação não permite resolver a crise e aparece como impotente".[38]

O neoliberalismo, desta forma, instalou-se e iniciou seu questionamento ao Estado do bem-estar.

Leciona Carlos Alberto Ghersi que a primeira investida da nova economia de mercado foi buscar a revisão total e definitiva do Estado moderno por seu superdimensionamento e sua ineficácia, que distorcia o livre jogo do mercado, tratando de minimizá-lo ao máximo.

Segue Ghersi apontando as alterações promovidas pelo Estado neoliberal no Estado moderno:

"El segundo argumento fue sanear toda la legislación que a criterio *de quienes implementaban el ajuste* entorpecían la plena competencia del mercado, destra-

(37) Op. cit., p. 17-18.

(38) Idem, ibidem, p. 18-19.

bar la importación de productos, de tal forma que la economía adquiriera mayor dinamismo y conseguir insertarse así en la globalización del mercado, experiencia que ja habíamos vivido (...) y sólo sirvió para generar una avalancha de productos asiáticos de mala calidad e inservibles a las necesidades básicas insatisfechas de los estratos bajos de la población (...).

La tercera medida consistió en desmontar *el monopolio* público en el ámbito de los servicios esenciales, gas, luz, agua, eletrecidad, teléfonos etc., dando paso a las famosas *privatizaciones* hechas en el mayor de los casos administrativos y de corrupción de toda la historia (...), favoreciendo determinados *grupos económicos* que pasaron a constituir *monopolios privados* extractores de beneficios a la comunidad sin que hasta ahora haya existido una *cuantificable mejora* en la prestación de los mismos.

Un abandono notorio y expreso de la *politica social*, dejando penetrar en áreas de trascendencia a la empresa privada sin *controles*, *verbi gratia*, en el ámbito de la medicina o de la educación. La disminución en los presupuestos estatales para estos dos *servicios esenciales de inversión*, condena a una inmensa población a la marginalidad y en términos de país, implica una *desinversión hacia los recursos humanos*, vitales para el crecimiento y desarrollo futuro.

En el aspecto impositivo, resultan de trascendencia las reformulaciones por su impacto en la tasa de beneficio de las empresas y los salarios reales de los consumidores, se incrementa y profundiza una estructura fiscal de impuestos al consumo, totalmente regresiva, que si bien logra incrementar la recaudación, rápidamente se estancará en la *meseta* y comenzará a ser insuficiente para los requerimientos del propio Estado, aun en las condiciones de achicamiento en que se pretende dejarlo.

Por último – no porque lo sea efectivamente, sino para que la enumeración no se haga tediosa – se emprende una grandiosa ofensiva contra el supuesto *costo argentino*[39] que tendría su piedra angular en los *derechos adquiridos por los trabajadores*, *verbi gratia* derecho a vacaciones progresivas, indemnizaciones etc., sin una meditación profunda sobre el tema, sin diferenciar entre la corrupción sindical y los verdaderos derechos de los obreros (...).

En suma se pretende bajar el costo argentino, atacando el salario real y pauperizando la población trabajadora, que ahora sin educación pública y salud comienza las *peripecias del posmodernismo*".[40]

O Estado moderno nasceu liberal e evoluiu para o social. Agora, o Estado pós-moderno, neoliberal, volta aos ímpetos do liberalismo, com conotações próprias em função desse novo período histórico, que inexistiam no modernismo.

(39) Leia-se aí 'custo Brasil', uma vez que as assertivas de Ghersi, ao que nos parece, aplicam-se também no caso brasileiro.

(40) Op. cit., p. 146-148.

Assim, visa desfazer o que o Estado social logrou alcançar. Há em conseqüência a privatização do Estado, a globalização da economia – e de certa forma do próprio Estado –, a não-intervenção do Estado na esfera privada, enfim, a redução do Estado ao seu mínimo.

A privatização, uma das características do Estado imerso na nova economia de mercado, consiste na mudança de atividades ou funções do Estado para o setor privado; consiste na mudança do público para o privado na produção de bens ou serviços.

A ideologia da privatização – e não certas privatizações motivadas por questões técnicas ou de má Administração Pública – contém em si um ataque contra a responsabilidade social, contra o Estado moderno e seu sistema de proteção e de prevenção social. É um instrumento de reformulação da estrutura estatal e não somente uma forma de descarga de trabalho.[41]

Juntamente com a privatização, anda de mãos dadas outra característica do Estado neoliberal, qual seja, a desregulamentação, ou a não-intervenção, que consiste em reduzir a intervenção do Estado na esfera das relações privadas e liberar os mercados.

O intuito da privatização e da desregulamentação foi bem sintetizado por Jorge Mosset Iturraspe: "privatizar y desregular para dejar hacer a los particulares. Dejar hacer para que impere un orden natural, espontaneo, libre de coacciones y sanciones".[42]

Nessa esteira, faz-se necessária a reconstrução da sociedade civil, que deve ser feita distinguindo-se a do mercado, num sentido contrário ao que ocorrera no Estado moderno. O desenvolvimento da pessoa, a proteção ao mais fraco e às minorias, a família, são coisas da sociedade civil, que devem ser buscadas longe do mercado, que com isso não se preocupa e não se coaduna.

Por fim, a globalização, como uma das características marcantes dessa nova ordem econômica que, conforme vimos acima, constitui-se ao mesmo tempo na principal causa das mutações estatais neoliberais e da crise do Estado moderno.

Esta economia mundial, livre, expõe entre os Estados soberanos as mesmas mazelas que cravejam os indivíduos dentro de cada Estado: potencializa as diferenças materiais existentes, que somente podem coexistir pacificamente amparadas por uma ordem normativa superior e não na "mão invisível" da economia de mercado.

É mais uma vez Carlos Alberto Ghersi quem faz o alerta: "En los tiempos que corren la cuestión es sumamente compleja, la llamada globalización del mercado, implica un desafio para los estados nacionales y las empresas, pues dado los términos de la nueva competitividad, en necesario un adecuado nivel tecnológico,

(41) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., p. 79.

(42) Op. et loc. cits.

estructura de costos, sistemas de transportación, que sólo los países superdesarrollados y las empresas transnacionales pueden alcanzar, relegando a los Estados del tercer mundo – algunos de ellos con apenas economías de subsistencia – a un papel intranscendente de algunas materias primas o productos de escaso valor agregado o valor internacional de venta".[43]

O direito que deriva do Estado neoliberal é aquele que dê azo às pregações de tal forma estatal, ou seja, que "respeite" os ditames econômicos da não-intervenção, da privatização e da globalização.

Consigna André-Noël Roth que tal direito é marcado por um retrocesso e uma deslegitimação da regulação social estatal, caracterizando-se pelo deslocamento e pela fragmentação das instâncias legitimadas a promulgar regras. A interdependência dos países causada pelo fenômeno da globalização, bem como a complexidade dos *novos problemas*, como, *verbi gratia*, o meio ambiente, culminaram numa crise do direito, refletida na dificuldade do Estado de aplicar suas próprias leis e no reconhecimento do pluralismo jurídico, revestido este último na perda, por parte do Estado, do monopólio de promulgar regras uma vez que, cada Estado, em setores cada vez mais numerosos, deve levar em conta a situação internacional antes de promulgar sua legislação nacional.[44]

2.3 Direito e neoliberalismo – A teoria contratual e a nova lex mercatoria

Uma vez analisada a evolução da economia de mercado, desde o seu nascedouro com as conotações delineadas por Adam Smith, até o seu estágio hodierno, neoliberal, e uma vez tendo-se traçado paralelamente a isto as mutações que a ideologia econômica tem acarretado nas características do Estado, mister se faz agora empreender análise também nas alterações que o direito tem sofrido em decorrência dessa evolução na economia de mercado, em especial o direito dos contratos.

Os contratos, como expressão jurídica das relações econômicas, acompanharam a evolução econômico-estatal desencadeada ao longo do período histórico moderno. Nessa esteira, pode-se distinguir a existência de três concepções contratuais: a primeira, chamada de *clássica* ou *liberal*, a segunda, *moderna* ou *social*, e a terceira, designada por *pós-moderna* ou *neoliberal*.

A teoria contratual *clássica* ou *liberal* teve seu berço no liberalismo econômico de Adam Smith e na concepção de Estado liberal, e traduz-se na expressão da liberdade individual ou da autonomia da vontade. É, pois, a resposta jurídica aos ideais de liberdade individual, não intervencionismo estatal e grande poder das normas econômicas.

(43) Op. cit., p. 151-152.

(44) Op. cit., p. 20-21.

A respeito da teoria contratual *clássica*, leciona Cláudia Lima Marques que na "ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito (...)".

"Nesse sentido, a função da ciência do direito" era "a de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes. A tutela jurídica limita-se, nesta época, portanto, a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias através dos contratos, desinteressando-se totalmente pela situação econômica e social dos contraentes e pressupondo a existência de uma igualdade e liberdade no momento de contrair a obrigação."[45]

A concepção *tradicional* do contrato foi petrificada nos códigos oitocentistas, sendo esta a teoria aceita no Código Civil brasileiro de 1916, e que continua a influenciar grande parte da teoria contratual.

Da autonomia da vontade, que fundamentou a teoria contratual *liberal*, decorreram alguns pilares básicos do mundo jurídico, a saber: a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos, e os vícios do consentimento.[46]

A autonomia da vontade baseia-se nas premissas da igualdade e da liberdade dos indivíduos, premissas essas nas quais pauta-se a *liberdade contratual*, que significa a liberdade de contratar ou não, de escolher com quem contratar, e de fixar o conteúdo do contrato, estabelecendo os seus limites, sem interferência do Estado, e com a proteção do direito. A ninguém poderia ser imposta uma contratação que não decorresse de sua autonomia da vontade.

Na liberdade de escolher o conteúdo do contrato encontra-se o elemento mais significativo a estimular, embora indiretamente, os mais hábeis a conseguirem vantagens em detrimento dos mais inábeis, o que atende, com perfeição, às leis do mercado.[47]

Por outro lado, se o contrato é decorrência exclusiva da autonomia da vontade das pessoas; se o homem é livre para contratar ou não, bem como para estabelecer os limites da contratação; se a vontade é importante fonte das obrigações, superior até mesmo à lei,[48] natural que brote com toda volúpia a *força obrigatória dos contratos*, isto é, a obrigatoriedade de se cumprir aquilo que foi livremente pactuado e que passa a fazer *lei entre as partes*. O direito, por seu turno, deve dar amparo a esta força obrigatória dos contratos, que limita a atuação jurisdicional ao que as partes estipularam, não podendo o conteúdo contratual ser revisto pelo juiz, uma vez que decorreu da livre manifestação de vontade das partes envolvidas. Somente as figuras da força maior ou do caso fortuito, ou um novo acordo de vontades, poderá desobrigar as partes.

(45) MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 37-39.

(46) Veja-se a respeito Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 44-48.

(47) SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 23.

(48) MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 47.

A força obrigatória dos contratos encontra-se insculpida na máxima *pacta sunt servanda*. O contrato deve ser cumprido nos termos que foi acordado, constituindo-se numa força absolutamente vinculante entre as partes. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, o "direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la e reconhecer a sua força criadora".[49]

É também no dogma da autonomia da vontade que se encontra a origem dos *vícios de consentimento*. É que se a vontade das pessoas tem o condão de obrigalas contratualmente, com as pessoas e nos termos escolhidos, sendo tal acordo de cumprimento compulsório, mister se faz que a vontade das partes seja livre, consciente, e sem influências coatoras externas.[50]

Se a autonomia da vontade é a pedra angular do direito nesse momento histórico, se a vontade é a fonte principal das obrigações, se esta vontade uma vez externada e enlaçada com a vontade de outra pessoa torna-se de cumprimento compulsório, deve o direito zelar para que no momento da manifestação a vontade seja livre, consciente, e livre de pressões exteriores.

Neste aspecto, novamente preciosas as lições de Cláudia Lima Marques: "Ainda quanto às conseqüências do dogma da autonomia da vontade, cabe destacar que se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao direito a não ser em casos especialíssimos de lesão. Os motivos que levaram o indivíduo a contratar, suas expectativas originais, são irrelevantes".[51]

Baseava-se a autonomia da vontade na premissa falsa da concepção formalista, da igualdade e da liberdade política, segundo a qual todos o homens são livres e iguais, sem importar saber se a todos foram dadas as mesmas condições concretas de exercitarem suas liberdades.[52]

A concepção contratual *moderna* ou *social*, que contrapõe-se à corrente *liberal*, surgiu com o advento do Estado social, no período em que o fordismo influenciava o capitalismo.

As transformações sociais e econômicas ocorridas no século XX tornaram inadequada a concepção tradicional do contrato, máxime pela supressão daquelas premissas que a sustentavam em virtude do surgimento do fenômeno da sociedade de massas.

(49) Op. et loc. cits.

(50) Veja-se Cláudia Lima Marques, op. et loc. cits.

(51) Op. cit., p. 48.

(52) Veja-se a respeito Fernando Noronha, op. cit., p. 64.

O contrato liberal exerceu uma função individual, em conformidade com a ideologia do liberalismo. Nesse aspecto, lembra Fernando Noronha que o "Estado liberal era a forma política de uma sociedade visceralmente individualista".[53] Todavia, com a evolução do Estado, o contrato necessitou passar por uma reestruturação, a fim de adequar-se aos novos ditames do Estado social, passando também ele a exercer uma função social.

Foi efetivamente com o advento da massificação da sociedade que se fez notar a necessidade de uma reestruturação da teoria contratual. O "contrato tradicional ainda continuou, por algum tempo mais, atendendo satisfatoriamente as necessidades sociais. Só quando o fenômeno da *massificação* chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções".[54]

A partir do século XIX, a Revolução Industrial, e mais tarde o fordismo como modelo de produção, deram início a profundas alterações políticas e jurídicas, engendrando determinados fenômenos, dentre os quais destacam-se a urbanização e a concentração capitalista. Decorreu a primeira do crescimento populacional e da migração da população do campo para as cidades, em busca de melhores condições de vida; a segunda, nasceu do aprimoramento das formas de produção e da concorrência econômica, que propiciou uma melhora nas condições de produção e distribuição.

Como decorrência disso, surgiu a *massificação* da sociedade, em suas várias facetas: a "massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colméias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos, por atos de membro não identificado (...); nas relações de consumo, finalmente, com os contratos padronizados e de adesão e até com as convenções coletivas de consumo (...)".[55]

No contrato tradicional, havia uma relação jurídica estabelecida entre dois indivíduos livres e iguais formalmente; era um indivíduo contratando com outro indivíduo. No contrato moderno, o indivíduo dá lugar aos grupos. A vontade individual perde lugar para a vontade do grupo ou do Estado.[56] Há, em decorrência da massificação da sociedade, uma despersonalização na contratação moderna.

Observa Cláudia Lima Marques que "na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumido-

(53) Op. cit., p. 69.

(54) NORONHA, Fernando. Op. et loc. cits.

(55) Idem, ibidem, p. 71.

(56) LOBO, Paulo Luiz Neto. Op. cit., p. 18.

res. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados *contratos de massa*, destacaremos, (...) os *contratos de adesão*[57] e as *condições gerais dos contratos* ou *cláusulas gerais contratuais*".[58-59]

No mesmo sentido, explica Paulo Luiz Neto Lobo que "as relações massificadas ou anônimas que se realizam através de *tickets*, bilhetes, bônus etc., tendem à automatização. A automatização não se enquadra no esquema tradicional do contrato (...)".[60]

Se estas novas técnicas de contratação são por um lado indispensáveis ao moderno sistema de produção e distribuição em massa, traduzindo-se em inúmeras vantagens às empresas por força da agilidade e segurança que conferem, por outro lado, constituem-se em um verdadeiro perigo ao consumidor, que é a parte hipossuficiente da relação contratual.[61]

Notou-se que sob o manto do liberalismo, as rédeas mercadológicas favoreciam os grupos economicamente mais fortes, isto é, ao invés de a liberdade ser exercida em pé de igualdade pelos indivíduos, alguns, economicamente mais fortes, eram privilegiados e dominavam a relação. A igualdade era somente formal, eis que os indivíduos eram colocados pelo ordenamento jurídico como *iguais*, porém, a igualdade material nunca existiu, porque os homens não são iguais na sua essência, e isto resultou por provocar sérias disparidades nos negócios privados.

Diante do surgimento das novas figuras contratuais, como a do contrato de adesão, por exemplo, observou Cláudia Lima Marques que em "muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes (...) desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual".[62]

Por força dessa constatação, inicia-se "uma tentativa de mitigar estas diferenças que despontam por ocasião da formação do contrato estreitando o campo de atuação da autonomia da vontade. São estabelecidas limitações quanto à escolha

(57) "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito" (MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., 53-54).

(58) "Entende-se como contratos submetidos a *condições gerais* aqueles contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico" (MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., 59).

(59) Op. cit., p. 49.

(60) Op. cit., p. 21.

(61) Ver Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 53.

(62) Op. cit., p. 84.

do co-contratante. Servem de exemplo os casos em que há no mercado um determinado monopólio. Nestas circunstâncias, obriga-se o detentor a aceitar os contratantes sob pena de negar-se a estes acesso a certos e determinados bens que são, de alguma forma, essenciais. Também minora-se o poder de contratar quando se cria a obrigação da renovação do contrato".[63]

O direito do Estado social é um direito que sucumbe ao interesse coletivo, que protege o hipossuficiente, que rompe, enfim, com o individualismo do Estado liberal. Nesse diapasão, o contrato, na concepção social, privilegia o princípio da ordem pública em detrimento da autonomia da vontade. Daí defender a doutrina a substituição da *autonomia da vontade* pela *autonomia privada*, sendo esta a possibilidade conferida aos particulares de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em contraposição àquela, que consistia na liberdade absoluta dos indivíduos para decidirem-se por contratar ou não, com quem contratar, e o que contratar.[64] Nas palavras de Luís Renato Ferreira da Silva, a autonomia da vontade, de "um poder puro passou a ser adjetivada como um poder-função", posto que a "liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual".[65-66]

Ao lado da *autonomia privada*, a *justiça contratual* e a *boa-fé contratual* passam a configurar-se em princípios dos contratos modernos.[67]

A justiça contratual, nas palavras de Fernando Noronha, "traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual. E, dentro dos contratos, o seu campo de eleição é, naturalmente, o *contrato comutativo*, que é aquele que pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação – e que, de resto, constitui a mais importante categoria contratual da vida real, e a mais comum". Alerta ainda o citado autor que "o equilíbrio entre compromissos assumidos e benefícios esperados, que interessa ao princípio da justiça contratual, não deve ser medido pela avaliação das partes e, sim, de acordo com um critério objetivo (justiça substancial objetiva)".[68]

Por *boa-fé*, entende-se o dever que têm as partes de agirem dentro de certos padrões esperados de correção e lealdade. É o "dever de agir conforme determinados padrões de honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra

(63) SILVA, Luís Renato Ferreira da. Op. cit., p. 29.

(64) NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 111-116.

(65) Op. cit., p. 31.

(66) Neste sentido, o novo Código Civil brasileiro reza, em seu art. 421, que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

(67) Ver por todos Fernando Noronha, op. cit., p. 99-110.

(68) Op. cit., p. 215-225.

parte".[69] Como bem observou Clóvis V. do Couto e Silva, a boa-fé objetiva consiste no "dever de levar em conta o interesse da outra parte".[70] No dizer de Cláudia Lima Marques, "significa (...) uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes".[71]

Não se deve entretanto confundir a boa-fé objetiva, que consiste no dever de lealdade, de cooperação, entre as partes contratantes, e o qual consiste em um princípio contratual, com a boa-fé subjetiva, que é o estado de ignorância, o estado negativo de consciência, em relação a determinada situação jurídica que se apresenta, capaz de lesar direitos de outrem.[72]

No mundo contratual, a boa-fé objetiva tem atuado em três distintas funções: como *elemento hermenêutico-integrativo*, devendo a boa-fé ser utilizada como elemento de interpretação dos contratos e também como norte orientador a guiar o juiz na função de integração dos contratos;[73] como *instituto criador de deveres*

(69) SILVA, Agathe E. Schmidt da. "Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo". *Ajuris* 67/143.

(70) *A obrigação como processo*, p. 30.

(71) Op. cit., p. 107.

(72) Ver Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 410-427, e Agathe E. Schmidt da Silva, op. cit., p. 143.

(73) Neste aspecto, esclarece Fernando Noronha que "a regra segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé (...) tem dois desdobramentos: primeiro, os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável. (...) Comportando uma cláusula diversos sentidos possíveis, na dúvida a interpretação deve favorecer o sentido que assegure a preservação do contrato, ou do negócio jurídico unilateral (...). Havendo dúvida quanto ao significado da cláusula, será ela interpretada no sentido mais favorável à parte que assume obrigações (...). Havendo dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu (...)" (op. cit., 152-156).

Leciona ainda Judith Martins-Costa que os "passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considera-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente (...). Por esta deve ser compreendido, neste específico campo funcional, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar" (op. cit., 430-432).

jurídicos, atuando, neste aspecto, na criação de deveres jurídicos para as partes, deveres esses chamados secundários, anexos ou instrumentais, relacionados com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica alheia;[74] e como *norma de limitação do exercício dos direitos subjetivos*, estabelecendo, neste aspecto, a impossibilidade de o titular do direito subjetivo exercer tal direito com rompimento dos deveres de cooperação e lealdade impostos pela boa-fé, isto é, impossibilidade de agir com abuso de direito.[75]

O conceito social de contrato, enfim, opondo-se à concepção liberal, substitui a idéia de autonomia da vontade absoluta pela idéia de eqüidade e de justiça, passando a haver cada vez mais uma intervenção estatal limitadora da vontade das partes na abrangência do negócio jurídico, cujo intuito é o de fazer prevalecer o interesse da coletividade sobre o interesse individual.

Entretanto, o contrato entra hodiernamente em uma nova crise, identificada como a crise da pós-modernidade. Cláudia Lima Marques aventa que com "a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna".[76] Estamos numa época de mudanças legislativas, políticas e sociais que se caracterizam por uma ruptura com a era moderna e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, engendrados na Revolução Francesa, e que não se fizeram sentir para todos, e mostram-se hoje inatingíveis por completo.

Vê-se um ceticismo em relação às ciências como capazes de dar respostas aos problemas da vida. Desconfia-se da capacidade do direito em organizar as sociedades democráticas em virtude da exclusão social e dos demais efeitos perversos causados pela atual economia de mercado, caracterizada por um capitalismo neoli-

(74) SILVA, Clóvis V. do Couto e. Op. cit., p. 35.

Leciona Judith Martins-Costa, com supedâneo em Julio de Almeida Costa, que tais deveres instrumentais "são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos *avoluntarísticos* nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, 'deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses', e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor. Entre os deveres com tais características encontram-se, exemplificativamente: a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança (...)*; b) os *deveres de aviso e esclarecimento* (...); c) os *deveres de informação (...)*; d) o *dever de prestar contas* (...); e) *os deveres de colaboração e cooperação* (...); f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte* (...); g) os *deveres de omissão e de segredo* (...) etc." (op. cit., p. 438-439).

(75) "Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida" (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 457).

(76) Op. cit., p. 89.

beral. Há também uma mudança no estilo de vida através da valorização dos bens imateriais, da hegemonia dos contratos de fazer em relação aos de dar etc.

É a crise do Estado do bem-estar social, como observa Cláudia Lima Marques: "É também a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo. Realidade de acumulação de bens não materiais, de desemprego massivo, de ceticismo sobre o geral, de um individualismo necessário, da coexistência de muitas metanarrativas simultâneas e contraditórias. Realidade da perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta. É uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações. É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do direito".[77]

A pós-modernidade ainda não solidificou suas características, ainda não amadureceu, de maneira que em alguns momentos identifica-se com um retorno do liberalismo, ao pregar o afastamento do Estado, como, por exemplo, nas privatizações ou no exagerado apego à autonomia da vontade, pretendendo deixar livre o mercado, sem intervenções, e, em outros momentos, aventa resquícios do Estado social, pretendendo a valorização dos direitos humanos e a tutela dos débeis. Pode-se dizer que de certa forma o contrato pós-moderno mistura características dos seus antecessores modernos.

Há uma fase de insegurança conceitual e fática. De um lado, a pós-modernidade defende o sepultamento do Estado social resgatando a não-intervenção estatal, sob o argumento de que acarreta uma insegurança legal, e, de outro, fomenta uma cerrada regulamentação a fim de evitar os abusos decorrentes das liberdades econômicas, passando a impor um controle no mercado em relação aos contratos socialmente mais importantes.

Busca-se novamente a vontade como fonte de legitimação, porém uma *vontade racional* que visa proteger o hipossuficiente, positiva no caso do consumidor, mas que se radicalizada pode chegar a ponto de afastar a legitimidade do Judiciário para a resolução das lides, como, *verbi gratia*, no caso da arbitragem. Essa liberdade, por vezes radicalizada, pode conter também em seu bojo um discurso neoliberal da economia, que leva a aceitar a exclusão social de muitos diante de uma posição passiva do Estado frente à força da economia de mercado.

"Sendo assim, em tempos pós-modernos é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de justiça e eqüidade e, principal-

[77] Op. cit., p. 92.

mente, no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia da vontade. Caso contrário, o próprio direito brasileiro ao privilegiar os mais fortes levará à opressão e exclusão dos mais fracos na sociedade. A crise atual leva a pensar na necessidade de proteção da vontade do consumidor, como ideal utópico remanescente da metanarrativa da modernidade, de tratamento desigual aos desiguais. (...) A liberdade do consumidor é que deve ser protegida, sua autonomia de vontade, racional e efetiva. São tempos de relações contratuais múltiplas, despersonalizadas e a durar no tempo (...)".[78]

Nessa esteira, o direito deve apresentar-se como um instrumento de organização social justa e equilibrada, como um instrumento de eqüidade e inclusão social, em contraste absoluto ao abuso do poder econômico. Deve o direito apresentar-se como um meio de contenção dos abusos e da exclusão causadas pela economia de mercado, e não como um servo desta, a teor do que defendem alguns.

Vê-se o renascimento da autonomia da vontade, porém protegida, com o intuito de garantir a proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores, isto é, garantir a correta manifestação da vontade dos mais fracos. O objetivo é garantir uma autonomia real da vontade da parte mais fraca da relação contratual, uma vontade protegida pelo direito, colocada a salvo das pressões mercadológicas e dos métodos agressivos de venda.

Esta nova autonomia da vontade busca a liberdade contratual de ambos os contratantes, materialmente desiguais, e não somente de um deles, que é o que ocorreria caso não houvesse uma proteção do hipossuficiente por parte do direito. Os novos direitos dos consumidores, como o direito à informação, à reflexão e ao arrependimento, vêm ao encontro dessa autonomia da vontade protegida.[79]

O típico contrato pós-moderno é o *contrato cativo de longa duração*, que consiste na relação contratual que se utiliza dos métodos de contratação em massa para o fornecimento de serviços especiais, criando relações complexas e de longa duração, "envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de *catividade* ou *dependência* dos clientes, consumidores".[80] Resgatam tais contratos a personalidade das relações, consoante observou Cláudia Lima Marques.[81]

(78) MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 99-100.

(79) Idem, ibidem, p. 97.

Nessa esteira de acontecimentos é que surge o Código de Defesa do Consumidor, como resposta do direito a essas novas necessidade, vislumbrando a proteção da vontade da parte débil nas relações de consumo, sendo, pois, um instrumento de limitação da autonomia da vontade, de relativização da força obrigatória dos contratos, e de proteção da confiança e dos interesses legítimos, reconhecido o princípio da vulnerabilidade do consumidor (Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 117-133, e Paulo Valério Dal Pai Moraes, *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*).

(80) MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 68.

(81) Op. cit., p. 125. Com entendimento contrário Carlos Alberto Ghersi. Op. cit., p. 45-70.

Se por um lado a pós-modernidade contratual é a busca da vontade protegida, real, do contratante desprivilegiado na relação, por outro é a volta do liberalismo, da supremacia das regras da economia de mercado.

Leciona Jorge Mosset Iturraspe que a "*privatización* del mercado, la puesta en manos de los particulares del *hacer en el intercambio*, y por ende en la contratación, significa tanto la superación del dogmatismo jurídico del siglo XIX que consagra el Código Napoleón y pasa al Código de Vélez, como la superación del *humanismo solidarista* del siglo XX, superación no en sentido de 'mejoramiento' de la regulación social en beneficio de las personas, sino con el alcance de *dejar atrás*. Se podría aludir a un retorno: del Estado liberal ao Estado social o benfector y de éste, otra vez, a un modelo liberal; empero, el *control social* no es el mismo: se ha pasado de la concepción *represiva* a la *promocional* y luego al *dejar hacer*".[82]

Esta nova visão da economia de mercado pretende a volta absoluta do privado na auto-regulamentação das suas vontades, sem intervenção estatal. A privatização do Estado, neste sentido, significa a privatização do contrato. O direito não deve impor limites à contratação; tais limites devem ser apenas os da ordem econômica, que é natural, ínsita ao ser humano. Busca-se substituir a legislação estatal pela nova *lex mercatoria*, que traduz os usos e costumes da comunidade internacional de comerciantes, consistindo em uma lei sem fronteiras, fruto de um mercado globalizado, "sem Estado", e sem um *direito de autoridade*, mas, sim, um direito que *deixa fazer*.[83]

3. Atuação notarial em uma economia de mercado

Feita uma análise perfunctória a respeito da evolução da economia de mercado ao longo da história, bem como da evolução do Estado, e as conseqüências que tais alterações acarretaram no mundo jurídico, em especial no mundo contratual, cumpre agora empreender análise a respeito de como respondeu a função notarial a tal processo evolutivo.

Como nasceu a função notarial e como portou-se diante da passagem do Estado moderno e, principalmente, como deve desenvolver-se e como deve responder frente ao advento da pós-modernidade. É o que se pretende buscar responder.

(82) Op. cit., p. 89.

(83) Ver por todos Jorge Mosset Iturraspe, op. cit., p. 112-116.
Nessa defesa da supremacia da nova *lex mercatoria*, defende-se mesmo a sua autonomia diante do direito, que deve respeitá-la e não pretender regrá-la (cf. Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos*, p. 68-71).

3.1 A evolução da função notarial

A história do notariado confunde-se com a história do direito e da própria sociedade, residindo, aí, a sua beleza e importância.

Daí assistir razão à afirmação de que "le developpement de la civilisation et du notariat vont de pair, le recul de l'un entraine celui de l'autre".[84]

Através dos tempos, os notários têm relatado, por seus atos documentados, a evolução do direito e da humanidade, registrando na história os grandes acontecimentos. Neste sentido, bastante lúcida a assertiva de Rafael Gibert, de que "los notários, por la forma escrita, son los más genuinos historiadores del derecho",[85] e também a de Maria Cristina Costa Salles, ao dizer que foram "três os marcos das conquistas européias: a espada do conquistador, a cruz da religião e a pena do Tabelião".[86]

Desde os tempos mais remotos, a sociedade já sentia a necessidade de meios para fixar e perpetuar os seus convênios, surgindo daí os encarregados de redigir os contratos, não obstante a pluralidade de denominações e o maior ou menor grau de limitação no desempenho da função.[87]

Na civilização egípcia encontra-se o mais prisco antepassado do notário, qual seja, o escriba.[88]

(84) ARMAND, Jacques; VOLINE, Marc. *La grande histoire du notariat*, p. 13.
Traduzindo-se para o vernáculo, assim reveste-se a assertiva: "o desenvolvimento da civilização e do notariado andam juntos, o recuo de um leva ao do outro".

(85) "Notarios en la historia del derecho". *Revista de Derecho Notarial*, ano XXXI, n. CXXI-CXXII, p. 413.

(86) "As origens do notariado na América". *Revista Notarial Brasileira*, ano I, n. 1, p. 8.

(87) SILVA, Antonio Augusto Firmo da. *Compêndio de temas sobre direito notarial*, p. 19.

(88) Cláudio Martins, em posição isolada, sustenta ser anterior a origem do notário, ao assim se manifestar: "Sem dúvida, as raízes do notariado estão mergulhadas em época bem mais prístina".
Depois passa a citar qual seja a origem do notariado no seu entender:
"Bem cedo, por força da lei das necessidades crescentes, o relacionamento social se tornou mais exigente, sobretudo no que se referia aos assuntos de trocas ou de mercado, esboço de economia fechada. E foi preciso disciplinar esse relacionamento em ascensão através de interpostas pessoas, na hipótese, pela confiança que inspiravam, os sacerdotes (...).
Como ainda não existia a escrita, os negócios eram igualmente memorizados pelo sacerdote memorista, cuja integridade se fazia, assim, a única garantia do cumprimento das relações negociais.
O memorista foi, portanto, o primeiro indivíduo a exercer, embora rudimentarmente, a função notarial" (*Direito notarial teoria e técnica*, p. 47-48).

Os escribas pertenciam às categorias de funcionários mais privilegiadas e lhes era atribuída uma preparação cultural especialíssima e, por isso, os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada e, por vezes, se transmitiam em linha de sucessão hereditária.[89] Eram eles que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como atendiam e anotavam todas as atividades privadas. No entanto, como não eram possuidores de fé-pública, havia a necessidade de que os documentos por eles redigidos fossem homologados por autoridade superior, a fim de alcançar valor probatório.

O povo hebreu também teve seus escribas. Segundo Antonio Augusto Firmo da Silva, no direito hebreu existiam o escriba da lei, o escriba do povo, o escriba do rei e o escriba do Estado.[90]

Também os escribas hebreus eram possuidores de uma preparação cultural especial, gozando de grande prestígio, sendo os escribas da lei e do povo, no dizer de João Mendes de Almeida Júnior, revestidos de caráter sacerdotal.[91]

As sagradas escrituras bem dão notas desta situação, quando no livro de Esdras, Capítulo VII, versículo 6, diz: "Esdras, portanto, que era um escriba muito hábil na lei de Moisés, que o Senhor Deus tinha dado a Israel, voltou de Babilônia. O rei concedeu-lhe tudo o que ele pediu, porque a mão do Senhor seu Deus era com ele"; e no Versículo 11: "Esta é, pois, a cópia da carta em forma de edito, que o rei Artaxerxes deu a Esdras sacerdote, escriba instruído nas palavras e nos preceitos do Senhor, e nas cerimônias que ele prescreveu a Israel".

Dentre os escribas hebreus, o que mais se assemelhava ao notário, por redigir contratos estando vinculado à atividade privada, era o escriba do povo.

Note-se que estes ancestrais do atual tabelião eram somente redatores, faltando-lhes, porém, a fé-pública, o poder de autenticar o que redigiam, fato pelo qual sua função não se equipara ao conceito atual da função notarial, no entanto, a ela se aproxima.

Também na Grécia existiam oficiais públicos cuja função, a de lavrar os atos e contratos dos particulares, se assemelha à função notarial. Tais funcionários denominavam-se *mnemons*.[92]

(89) COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. *Perspectivas da função notarial no Brasil*, p. 10; Idem. "Notariado I". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. LV, p. 1.

(90) Leciona esse autor que o escriba da lei desempenhava o mister de interpretar a lei; o escriba do povo redigia pactos e convênios; ao escriba do rei incumbia autenticar atos e resoluções monárquicas; e, ao escriba do Estado, cabia exercer funções do Conselho de Estado e colaborar com os tribunais de justiça (op. cit., p. 14).

(91) *Órgãos da fé pública*, p. 7.

(92) MARTINS, Cláudio. *Teoria e prática dos atos notariais*, p. 6.

Segundo João Mendes de Almeida Júnior, com apoio em Aristóteles, outros funcionários públicos faziam parte da estrutura administrativa e judiciária da Grécia, além dos *mnemons*: os *epistates*, cuja função era a de escrever os atos do processo judicial, e os

Sua importância era reconhecida e foi crescendo conforme o desenvolvimento da vida civil grega, de tal sorte que Aristóteles referia-se aos *mnemons* afirmando que existiam em todos os povos civilizados e que eram necessários numa cidade bem organizada.[93]

Como ensina João Mendes de Almeida Júnior, "em todos os países onde dominou a civilização helênica, observa-se a existência de notários, incumbidos de dar aos contratos o seu testemunho qualificado",[94] e assim também o foi na Grécia.

Uma análise etimológica da palavra *mnemons* revela a essência do notariado grego, qual seja, a guarda e a lembrança dos contratos, isto é, a pré-constituição de prova.

O povo romano, no seu início, dispensava o documento escrito. A lei natural e a boa-fé imperavam soberbas e, assim, a palavra dos cidadãos fazia fé em juízo.

Entretanto, com a expansão do povo romano com a conseqüente multiplicação das relações civis, foram surgindo os vícios, esgaçando a boa-fé que reinava, engendrando a necessidade de se dar vigor aos contratos, registrando-os em documentos escritos, como forma de guardar a palavra.

Com este intuito, surgiram oficiais dos mais variados matizes, dentre os quais os *notarii*, os *argentarii*, os *tabularii* e os *tabelliones*.

Os *notarii*, símile do taquígrafo moderno, costumavam escrever com notas que consistiam nas iniciais das palavras ou em abreviaturas, de significado difundido na praxe. Conta Antonio Augusto Firmo da Silva que os *notarii* escreviam suas notas "com tal rapidez que por muito depressa que se pronunciassem as palavras a mão ia mais depressa ainda".[95]

Apesar de terem dado nome ao notário de hoje, suas funções não se confundem, porquanto os *notarii* sequer eram revestidos de caráter público.

Os *argentarii* eram espécies de banqueiros[96] que conseguiam dinheiro por empréstimo para particulares, elaborando o contrato de mútuo e registrando em livro próprio o nome e cognome do devedor.

hieromnemons, que tinham a incumbência de guardar e conservar os documentos públicos e particulares (op. cit., p. 16).

Com efeito, assinala o filósofo Aristóteles: "Há também um funcionário para receber os contratos privados, escrever os julgamentos dos tribunais e também redigir as petições e citações em justiça. Este cargo é em alguns lugares dividido em várias partes, mas há um titular de que dependem todos os demais. São chamados de *hiéromnérôns*, arquivistas, secretários ou qualquer outro nome semelhante" (*A política*, III, X, 118).

(93) ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 16; SILVA, Antonio Augusto Firmo da. Op. cit., p. 15.

(94) Op. cit., p. 16.

(95) Op. cit., p. 15.

(96) ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 21.

Existiam também os *tabularii*, que eram empregados fiscais, tendo por incumbência a direção do censo, a escrituração e guarda de registros hipotecários,[97] o registro das declarações de nascimento, a contadoria da Administração Pública, a feitura de inventários das coisas públicas e particulares,[98] dentre outras.

Aos *tabelliones*, porém, remonta o verdadeiro precursor do notário moderno. Eram eles encarregados de lavrar, a pedido das partes, os contratos, testamentos e convênios entre particulares. Intervia o *tabellion*, ou *tabellio*, nos negócios privados com notável aptidão como redator, assessorando as partes embora fosse imperito no direito,[99] além do que propiciava uma eficaz conservação dos documentos.[100]

Os *tabelliones* eram pessoas livres, ao contrário dos *tabularii*, que eram escravos do público.

Leciona João Mendes de Almeida Júnior, com supedâneo em Cujaccio e Perezio, que os imperadores Arcádio e Honório nobilitaram o tabelionato "colocando-o entre os ofícios municipais e, à semelhança destes, devia ser exercido gratuitamente por todo o cidadão inteligente, probo e honesto".[101]

Encontra-se, como vemos, no *tabellion*, o antecessor do notário de hoje, de acordo com a interpretação característica do notariado de tipo latino.

Depreende-se da evolução histórica do notariado que trata-se de uma instituição pré-jurídica, que teve sua incoação e desenvolvimentos decretados pela necessidade social, e não por uma criação jurídica decorrente do meio acadêmico ou legislativo. Nesse sentido, sábias as palavras de Ramón Fraguas: "No fueron los reyes, ni las cortes, ni los señores, los creadores del notariado. El notario surge del seno de la sociedad y al *servicio de la sociedad*, para cubrir un vacío".[102]

Assinala o mesmo Ramón Fraguas que, na história medieval, surgiram várias classes de notários, criados por certas autoridades, e que agiam a serviço da autoridade ou poder que os criara. Porém, paralelamente a eles, desenvolveram-se os notários das vilas e das cidades, que agiam a serviço de todos sem distinção, de maneira independente e, que por isso mesmo, conquistaram a confiança de todos e impuseram-se frente às outras classes, fazendo com que desaparecessem. Surge assim o *notário público*, com a característica da imparcialidade.[103]

(97) ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 22.

(98) SILVA, Antonio Augusto Firmo da. Op. cit., p. 17.

(99) ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Op. cit., p. 22.
Posição contrária é a de Antonio Augusto Firmo da Silva ao afirmar com base em Pondé que os *tabelliones* tinham "conhecimento do direito, o que lhes permitia agir como assessor jurídico" (op. cit., p. 18).

(100) SILVA, Antonio Augusto Firmo da. Op. cit., p. 18.

(101) Op. cit., p. 23.

(102) *El valor social de la institución notarial en nuestros dias*, p. 202.

(103) Idem, ibidem, p. 203.

Da mesma forma que a instituição notarial é pré-jurídica, nasceu no seio da sociedade com o intuito de suprir necessidades de certeza e segurança reclamadas, igualmente o é a fé pública notarial. É que os notários públicos, que conquistaram a confiança da sociedade, tinham, além da imparcialidade, outra característica fundamental, qual seja, a de serem verdadeiros, de exprimirem a realidade dos acontecimentos. Foi a sociedade que qualificou de autêntico e indiscutível o documento redigido e firmado pelo notário, e todas as manifestações que nele se continham, cuja veracidade afirmava o autorizante. A sociedade concedeu fé, investiu de fé o documento notarial. Outra coisa é que posteriormente as leis consagrassem e reconhecessem em seus textos essa fé notarial preexistente.[104]

Desse surgimento histórico, como meramente redator e com caráter autenticante, de tornar crível o que afirmasse correr em sua presença, evoluiu o notariado, diante do aumento da complexidade da vida jurídica, para tornar-se um profissional do direito, que, além de redigir os devidos instrumentos jurídicos com fé pública, conhece o direito, faz uma qualificação jurídica dos atos que realiza e assessora jurídica e imparcialmente as partes envolvidas no negócio jurídico.

Chega-se pois à figura atual do notário do tipo latino,[105] como um profissional do direito, a quem é delegado o exercício da função pública notarial, imparcial e dotado de fé pública. Aliás, em solo brasileiro, tal conceituação encontra-se insculpida no art. 3.º da Lei 8.935/94: "Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro".

A função notarial, ou seja, a função exercida em caráter privativo pelo notário na consecução dos atos notariais, é dotada hodiernamente de alguns caracteres fundamentais que, ao mesmo tempo que delineiam a atividade notarial, a diferenciam da atuação de qualquer outro profissional do direito. Nesse diapasão, tem-se como principais caracteres da função notarial o da imparcialidade, o jurídico, o cautelar e o público.

Do caráter jurídico da função notarial decorre, antes de mais nada, que o tabelião é um profissional do direito; é bacharel em direito, aprovado em concurso público de provas e títulos que exige alta capacitação técnica; é, pois, profissional habilitado a tratar com questões de alta indagação jurídica com extrema competência. Não se concebe mais notários meramente redatores, como já o foram quando da sua incoação, mas a sociedade hodierna, com suas relações de alta complexidade, reclama notários assessores jurídicos das partes, verdadeiros juristas. Neste sentido, observou Santiago Raúl Deimundo que "nuestra sociedad actual requiere mucho más que escribas documentadores. Reclama, sobre todo,

(104) Veja-se a respeito Ramón Fraguas, op. cit., p. 203-204.

(105) A expressão *notariado do tipo latino*, embora possa induzir em erro, serve para identificar o notariado adotado em países de origem latina, que adotam o direito romano-germânico, e que assumiu determinadas características consideradas como ideais para o notariado.

juristas consejeros frente a la necesidad de una cada vez más seguridad hipertrofiada, libre de ambigüedades, imprecisiones e incertidumbres".[106]

Decorre também do citado aspecto que a função notarial é uma atividade jurídica. O tabelião recebe uma situação econômica ou moral levada pelas partes e a qualifica (conceitua e classifica) juridicamente, a molda de acordo com o direito. Deve o notário ser um assessor jurídico das partes, orientando-as juridicamente acerca do regramento pertinente aos atos que pretendem celebrar, bem como acerca das conseqüências jurídicas de tais atos, a fim de garantir a certeza e segurança jurídicas *a priori*, zelando pela criação de atos jurídicos perfeitos, prevenindo litígios.

Nesse mister jurídico, o notário exerce a polícia jurídica dos atos que pratica, que se bifurca em dois aspectos relevantes: o primeiro, revela o dever do notário de desempenhar sua função conforme os ditames do ordenamento jurídico, conforme o direito, não podendo ser o sustentáculo de atos ilícitos, devendo na confecção de seus atos zelar pela correta aplicação do ordenamento jurídico, não podendo acatar, portanto, pedidos de atos que contenham em seu bojo alguma contrariedade ao direito, como uma cláusula abusiva por exemplo, devendo, igualmente, conforme já asseveramos, ser um assessor jurídico das partes, explicando o alcance jurídico dos atos realizados; o segundo, revela o dever do notário zelar pela correta autonomia da vontade, assegurando a livre manifestação da vontade das partes, livre de vícios e de pressões, devendo pois o notário buscar a manifestação da vontade real das partes, cultuada pela pós-modernidade, conforme vimos acima.

A imparcialidade do notário reza que deve ele conduzir sua atividade com igualdade e eqüidistância no tratamento com as partes envolvidas no ato jurídico; deve ele ser imparcial e tratar a todos com igualdade. Importa aqui ressalvar que o notário não defende seus clientes, como o faz o advogado, mas, defende, sim, o ato jurídico a ser praticado e a correção deste, de acordo com o ordenamento jurídico, devendo por isto o notário ser eqüidistante e orientar igualmente a todos os envolvidos no ato que se realiza, seja a parte que o elegeu, sejam os demais envolvidos no ato notarial.

O tabelião deve estar acima dos interesses envolvidos, constituindo-se obrigação sua proteger as partes com igualdade, dando-lhes todo o conjunto de explicações necessárias e oportunas, e livrando-as com imparcialidade dos enganos que pode engendrar a sua ignorância ou até mesmo uma possível presença de má-fé. Ele deve em igual medida e com a mesma lealdade tratar ao cliente habitual como ao acidental; ao que o elege como ao que o aceita; ao que o paga como ao que se beneficia de sua atividade sem despesa alguma. É notário das partes e de nenhuma em particular: preside as relações dos particulares, e sua posição eqüidista dos diversos interessados.[107]

(106) *Pensamiento y sentimiento sobre el notariado*, p. 97.

(107) Ver a respeito Leonardo Brandelli, *Teoria geral do direito notarial*, p. 131.

A imparcialidade notarial não significa apenas tratar a todos igualmente, mas, sim, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, buscando equipar de alguma forma a relação jurídica. Assim, se houver uma parte hipossuficiente na relação, deve o notário dispensar uma maior preocupação com esta, orientando-a e atendendo-a com muito mais afinco, a fim de tentar tornar a relação jurídica o mais equânime possível.

Note-se que e a imparcialidade notarial vem ao encontro da *autonomia real da vontade*, preconizada no modelo contratual pós-moderno, pois, uma vez que as partes não são materialmente iguais, como supunha o contrato liberal, deve o notário buscar minimizar essa desigualdade existente, orientando e zelando pelo hipossuficiente, com muito mais cuidado, para que possa haver uma correta manifestação de vontade por parte deste, protegendo enfim esta vontade.

Do caráter cautelar da função notarial, decorre que o notário tem um mister de evitar litígios, de agir de maneira a garantir a confecção de atos jurídicos perfeitos, livres de vícios. A intervenção notarial garante a observância ao ordenamento jurídico na esfera de desenvolvimento gracioso do direito, garantindo a segurança e certeza jurídicas *a priori*, acautelando direitos e prevenindo litígios.

A função notarial opera na esfera da realização voluntária do direito. O notário molda juridicamente os negócios privados, a fim de que se adeqüem ao sistema jurídico vigente, prevenindo, por conseguinte, que futuros vícios sejam aventados, e que lides se instaurem.

O notário, no exercício regular de sua função, adianta-se a prevenir e precaver os riscos que a incerteza jurídica possa acarretar a seus clientes.

A função do notário é essencialmente um mister de prudência, e o é mais acentuadamente que a de outros operadores do direito, justamente por este sentido cautelar que a rege.

Nas complexas relações sociais contemporâneas a certeza acerca das concretas relações e situações subjetivas é um imperativo, fato pelo qual os ordenamentos jurídicos tutelam a busca por essa certeza, combatendo o fenômeno da incerteza *a posteriori*, ou seja, combatendo uma incerteza após o seu aparecimento, mas, principalmente, combatendo tal fenômeno previamente ao seu aparecimento, prevenindo-o no plano da realização espontânea e pacífica do direito, que é onde brota.

Se o direito consiste em regras de conduta que permitem a vida pacífica em sociedade, deve o Estado dar meios permissivos e assecuratórios para o cumprimento voluntário dessas normas de conduta, vale dizer, do direito. Não se poderia imaginar uma sociedade na qual o direito fosse sempre descumprido e aplicado pelo Poder Jurisdicional do Estado. O litígio é a patologia jurídica e deve ser evitado a todo custo; a sanidade jurídica é o cumprimento voluntário do direito e este deve ser fomentado pelo Estado.

É nesta esfera de desenvolvimento voluntário do direito que atua o notário, como uma *longa manu* do Estado, buscando garantir a certeza e segurança jurídicas *a priori*, buscando prevenir litígios.

Aí está, portanto, o fundamento, a beleza e a importância da atuação notarial: a intervenção estatal, através de um agente delegado, na esfera de desenvolvimento voluntário do direito vislumbrando a certeza e segurança jurídicas preventivas, evitando litígios, acautelando direitos, dando certeza às relações e sendo portanto um importante instrumento na consecução da paz social.

O caráter público informa que a função notarial é pública; ao Estado pertence e à coletividade interessa. Em que pese seja atividade exercida por um privado, mediante delegação, é função pública, uma vez que prevenir litígios, acautelar direitos, zelar pela correção jurídica na esfera da realização privada de atos jurídicos, a toda a sociedade interessa. O notário é, como vimos, uma *longa manu* do Estado a intervir preventivamente na esfera de desenvolvimento gracioso do direito.

3.2 O Estado neoliberal e a atividade notarial

Vimos acima que três são as características que identificam o Estado pós-moderno, ou neoliberal, a saber: a privatização, a globalização e a não-intervenção.

Privatizar, vimos, é transferir atividades do Estado para o setor privado; é transferir do público para o privado a produção de determinados bens ou serviços. Desregular, ou não intervir, é reduzir a intervenção do Estado na esfera de atividades privadas; é liberar os mercados. Atendem à ideologia do privatizar e não intervir para deixar fazer os particulares, deixar que a ordem natural do mercado se desenvolva livremente. Pretende-se assim que o Estado sucumba aos ditames da economia de mercado, que reinaria soberana, como a nova ordem natural, inerente a todos os povos.

Embora "mascarados" por vezes, identificou Jorge Mosset Iturraspe quais os verdadeiros intentos da privatização e da desregulamentação do Estado: pretende-se voltar atrás de um longo processo de intervencionismo estatal nascido com o Estado social dos anos 30 aos 80 e que começou com a tutela da população trabalhadora, cambiando a proteção alcançada pela *flexibilidade laboral*, sob o argumento do favorecimento do *pleno emprego*; busca-se desjuridicização do mercado, passando-se de um mercado altamente regulado juridicamente para um mercado livre de regulação; busca-se transformar o Estado no ente apto a remover as barreiras existentes ao pleno desenvolvimento da economia de mercado, tida como uma ordem natural, isto é, a superação dos obstáculos ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, do Estado social, é substituída pela superação dos obstáculos ao pleno desenvolvimento da economia de mercado; os profissionais do direito são desprestigiados em virtude dos valores que defendem, contrários aos valores impostos pela economia de mercado, aos quais o direito deve apenas servir; busca-se a supremacia do direito econômico empresarial, em substituição ao direito do Estado, visando-se a uma interpretação econômica do direito; não intervir, para que as lacunas sejam preenchidas pela nova *lex mercatoria*, é a ordem do dia; a privatização tem criado monopólios de funções públicas, essenciais, que antes se encontravam nas mãos do Estado e que agora se encontram nas

mãos de privados, como, por exemplo, água, luz, telefone; enfim, a racionalidade econômica imposta preza pela eficiência da atividade empresarial.[108]

Esta inspiração neoliberal de Estado cria uma sociedade extremamente individualista, onde preocupações sociais não têm lugar. A preocupação com a pessoa humana como tema central do Estado cede lugar à preocupação com o mercado, com a eficiência da economia de mercado e seus postulados.

É mais uma vez Iturraspe quem alerta: "El panorama que se abre a nuestros ojos azorados, fuera de órbita, es el de una masa de indivíduos que concurren al mercado: que los nuclea y relaciona. Se observa, además de um Estado en fuga – que ha dejado sus herderos en uno *testamento* privatizador y desregulador –, una sociedad civil esfumada, borrosa, confundida".[109]

Esta pretendida criação neoliberal de Estado, na qual impera sem limites a economia de mercado, e ao direito só resta servi-la, não pode vingar, eis que se mostrou extremamente injusta, alijadora e tão-somente benéfica para alguns que detêm o poder econômico, potencializando assim as diferenças entre aqueles que têm poder econômico e aqueles que estão à mercê do poder econômico. Mister se faz que haja uma efetiva intervenção estatal e jurídica a fim de coibir os abusos praticados em nome da ordem econômica que, efetivamente, não pode sobrepor-se à pessoa humana, à qual aquela existe tão-somente para servir.

No império da economia de mercado o ser humano mostra-se vulnerável, só, abandonado. Se faz necessário, portanto, buscar uma nova sociedade civil, na qual encontre a pessoa humana refúgio e proteção, a qual cumpra seus fins não mercadológicos e ofereça tutela à ínsita dignidade do ser humano. Nessa nova sociedade civil, o Estado tem um papel fundamental de proteção, regulamentação, e fomentação de relações econômicas saudáveis e que não esmaguem os mais débeis. Deve haver uma espécie de Estado eclético, que concatene alguns aspectos do Estado liberal, permitindo um desenvolvimento econômico que gere empregos e produza a riqueza de um país, com alguns aspectos do Estado social, evitando abusos em nome das normas econômicas, que não podem superar a importância do ser humano.

Conforme asseverou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o "mundo neoliberal, ajustado a uma *economia de mercado* sem limites, insiste em não acertar suas contas com os *diferentes* e a *diferença*. (...) Não há dúvida de que houve um agigantamento do *econômico* diante do *social* e do *político*. (...) Consolidou-se a *coisificação* do homem e, daí por diante, não seriam as estruturas tradicionais, fundadas em uma racionalidade pretensamente compreensiva do *social* e do *político* que iriam segurar a corrida ao 'quero gozar mais'".[110]

(108) Op. cit., p. 83-86.

(109) Idem, ibidem, p. 116.

(110) "Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal". In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al. Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 56.

A reconstrução da sociedade civil deve fazer-se distinguindo-se-a do mercado, não identificando-a com o mercado, buscando valores ignorados pela economia de mercado, como, por exemplo, o de ter em conta os "desprestigiados pelo mercado" como os hipossuficientes e as minorias, o de cultivar a pessoa humana e suas aptidões, o de colocar tônica na identidade individual e nas diferenças de cada um superando assim a massificação, o de buscar, enfim, valores que formem o núcleo social. "Son las 'cosas de la sociedad civil': la plaza, la Iglesia, los árboles y las piedras. La familia y la amistad. Pero por sobre todo, las personas humanas, como eje, centro, preocupación constante. Chicos o grandes, útiles o inútiles, sanos o enfermos. Que se valem por si mismos o que requieren atención permanente. Nada de esto preocupa al mercado".[111]

É nesta busca de estruturação de uma nova sociedade civil, pautada na dignidade da pessoa humana, que releva sobremaneira a função notarial, como um meio de intervenção estatal, através de um agente seu, vislumbrando coibir abusos na esfera das negociações privadas.

Embora não seja o notário um funcionário público, exerce ele uma função pública, que lhe é delegada pelo Estado, e, nessa medida, consiste em uma verdadeira *longa manu* do Estado na esfera de desenvolvimento gracioso do direito, nas negociações privadas. Deve atuar o notário no sentido de minimizar os efeitos da pretensa supremacia da economia de mercado, sendo pois um importante colaborador na construção de uma nova sociedade civil. Nesse sentido, deve zelar pela proteção do hipossuficiente através uma atuação imparcial e um assessoramento jurídico cauteloso e amparador, pela não supremacia dos economicamente mais fortes, pela observância contínua da relevância do princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, entre outros. O notário, enfim, é o agente imparcial, profissional do direito, a quem é incumbida a importante missão de evitar abusos na esfera das negociações privadas, fazendo com que se aplique corretamente o ordenamento jurídico estatal que, como vimos, deve ser protetor do hipossuficiente e fomentador da dignidade humana.

Impedir a injustiça é quiçá uma das mais nobres funções do notário, e para isto conta, entre outros recursos, com a devida informação, com o legal assessoramento e com o humano conselho. À desigualdade cultural, o notário oporá seu dever de informação, de orientação, e até de proteção ao mais indigente, e à desigualdade econômica oporá a igualdade jurídica, ou seja, o equilíbrio entre as partes, resultando de um espírito de justiça e de um sentimento de eqüidade em seu mister profissional.[112]

Se a sociedade clama pela intervenção do Estado a fim de brecar os abusos cometidos em nome da livre economia de mercado e a fim de proteger o débil economicamente e de concretizar valores sociais, esquecidos pelo neoliberalismo,

[111] MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., p. 118.
[112] RAÚL DEIMUNDO, Santiago. Op. cit., p. 60.

tem essa mesma sociedade no notário um dos agentes mais hábeis e aptos ao auxílio de tais intentos. Buscar a eqüidade da relação jurídica que se estabelece protegendo o hipossuficiente, evitar o predomínio dos que têm poder econômico nas relações jurídicas, buscar enfim, na esfera de negociações privadas, o alcance dos valores sociais e não meramente o desenvolvimento da economia é o que se impõe ao notário nos dias de hoje, de maneira que nele encontrará a sociedade um baluarte de certeza e segurança jurídicas, e também de justiça, de coibição de abusos.

O notário, através do seu mister jurídico, imparcial e cautelar, não há de ficar inerte frente ao aniquilamento da vontade do mais fraco e à franca abusividade dos detentores do poder econômico. Deve ele agir no sentido de buscar possibilitar a manifestação da vontade real, livre, do mais fraco economicamente, *protegendo-o*, e concretizando os valores da sociedade, eleitos no ordenamento jurídico, e não os valores da economia de mercado. Assim deve agir o notário pois a sociedade assim espera que ele aja e o ordenamento jurídico tem nele um eficaz instrumento na busca de seus ditames sociais.

Não fosse o assessoramento de um profissional do direito imparcial – o notário –, de modo a acautelar direitos, não teriam os hipossuficientes solução de proteção em seus negócios privados, restando apenas submeterem-se aos desígnios do poder econômico e, posteriormente, buscar amparo no Poder Judiciário. O notário, porém, busca a segurança jurídica aprioristicamente, contribuindo para o alcance dos valores sociais e para a proteção do mais fraco, de modo a evitar litígios, garantir direitos, e conseguir a pacificação social. Daí a importância cada vez maior de o Estado, através de sua preocupação social, buscar a intervenção cada vez maior da atuação notarial nas negociações privadas.

3.3 A nova teoria contratual e a função notarial

Vimos que os contratos pós-modernos polarizam-se dentro de uma dicotomia derivada da insipiência hodierna: por um lado, resgatam a autonomia da vontade, porém, uma autonomia racional, protegida, que permita ao hipossuficiente manifestá-la da mesma forma que a parte mais privilegiada; por outro, prega-se o afastamento da regulamentação estatal, a fim de deixar livres os particulares para auto-regularem-se.

Entretanto, deve-se efetivamente buscar, como já dissemos, uma intervenção do Estado a fim de coibir abusos em nome da economia de mercado. Deve-se efetivamente buscar a autonomia racional da vontade, a proteção do hipossuficiente, a boa-fé objetiva, a justiça contratual, com a colaboração estatal. O direito deve, enfim, ser um instrumento de justiça e de inclusão social.

Diante desses imperativos contratuais hodiernos, de proteção do hipossuficiente, de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em relação aos contratos de consumo, de respeito à boa-fé objetiva, de busca da justiça contratual e da função social do contrato, a função notarial assume uma posição relevante dentro do ordenamento jurídico, devendo, pois, ser fomentada. Vejamos.

O direito, como norma de conduta social, pode concretizar-se de duas maneiras: sem lide, em sua normalidade, ou com lide, havendo um conflito de interesses a ser resolvido. No segundo caso, atuará o Poder Jurisdicional do Estado, resolvendo a lide, e dizendo o direito no caso concreto. Na primeira situação, e que consiste na normalidade jurídica – eis que a imensa maioria de atos jurídicos nascem, desenvolvem-se e são cumpridos de maneira voluntária e sem lide –, não se furta o Estado de intervir, auxiliado e fornecendo instrumentos que orientem ao cumprimento correto do ordenamento jurídico, prevenindo a lide e garantindo segurança jurídica, e um dos mais eficazes e poderosos desses instrumentos jurídicos é sem dúvida a instituição notarial.

Há atualmente certa tendência nas ciências no sentido de uma atuação preventiva muito valorizada em relação à atuação remediadora. A profilaxia toma um vulto cada vez maior dentro do âmbito científico. Nesse sentido, a medicina, por exemplo, além de tratar das situações patológicas, também, e preferencialmente, busca prevenir que elas aconteçam, busca conservar a saúde ao invés de somente tratar a doença, visto que a atuação profilática é muito mais segura, mais barata, e muito menos traumática.

Também para as ciências jurídicas vale tal raciocínio. A saúde social não somente se mantém com medidas contenciosas, resolutivas dos conflitos instalados, senão, principalmente, procurando que estes não se produzam e que as normas jurídicas se desenvolvam normalmente. Para tanto, é preciso promover esse desenvolvimento jurídico normal através de uma adequada profilaxia jurídica, isto é, através do uso de instrumentos adequados à prevenção de litígios, tendo o Estado papel fundamental, e sendo a instituição notarial um dos mais valorosos instrumentos profiláticos conhecidos.

Conforme lição de Juan Vallet de Goytisolo, "el orden jurídico, tanto o más que el producto de un ordenamiento justo y adecuado y de una correlativa organización judicial competente y eficaz, es fundamentalmente el resultado de un entramado vivo de actos humanos ajustados a derecho. Este entramado de actos ajustados a derecho, que constituye una conducta social generalizada y de la que es fruto la salud social, puede ser promovido y ayudado con instituciones jurídicas adecuadas que faciliten ese bien obrar y doten la vida social de la seguridad jurídica precisa para su desarrollo y para el logro del público bienestar".[113]

Nessa profilaxia jurídica tem o notário um papel fundamental, conforme notou M. Gonçalves Pereira: "A função notarial tende a conseguir preventivamente a certeza da sua aplicação às relações e situações jurídicas e aos direitos subjectivos, na sua estática e na dinâmica do tráfico jurídico. E esta actuação é tanto mais importante quanto é certo que o direito, como a Medicina, têm que ser cada vez mais preventivos, procurando evitar que conflito ou a doença surjam".[114]

[113] *El notario y la contratación en la sociedad de masas*, p. 214.

[114] *Notariado e burocracia*, p. 35.

A profilaxia jurídica reduz custos e traumas se comparada em relação à composição da lide e, entretanto, nossa cultura jurídica insiste em fomentar o gigantismo processual, da preocupação com a resolução da lide, em detrimento da ínfima preocupação que se tem dispensado à prevenção da lide.

Na seara contratual, a profilaxia jurídico-notarial fez-se sentir de longa data, através da exigência, sob pena de nulidade do ato, do instrumento público notarial – escritura pública – para determinados atos jurídicos que o legislador considerou mais relevantes.

Não é em vão a exigência de determinadas formas dentro do direito. Têm elas o condão de proteger a manifestação da vontade, correta, livre, e sem vícios e, hodiernamente, têm também a função de proteger o hipossuficiente. O instrumento público-notarial tem cumprido a contento tal missão, tutelando a manifestação da vontade e exercendo a polícia jurídica de correção dos atos praticados, bastando para comprovar tal assertiva observar o ínfimo número de escrituras públicas que dão ensejo a lides que deságuam nos tribunais. O maior rigor formal do ato notarial e a presença qualificada do notário com seus caracteres do assessoramento jurídico imparcial e da fé pública, logram alcançar os desígnios buscados na imposição das formas, consoante bem salientou Juan Vallet de Goytisolo: "Como contrapartida de la mayor jerarquía de valor del documento notarial (...) se exige en la formalización de aquél un mayor rigor (...): *en lo substantivo* no son admitidas en el documento público las exteriorizaciones de voluntades ilícitas ni defectuosas; y *en lo formal*, está reglamentado el formato del instrumento (...)".[115]

Todavia, com o advento neoliberal, com o movimento de afastamento do Estado bem como de qualquer agente seu das relações privadas, diminuiu-se a obrigatoriedade da intervenção notarial. Os contratos de compra e venda de imóveis financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação, e os contratos de compromisso de compra e venda celebrados com construtoras, são exemplos de atos que passaram a dispensar a intervenção do notário e, são, ao mesmo tempo, espécies contratuais de massa, em que é notória a disparidade, a vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra. Passa-se pois a dispensar a intervenção notarial num momento em que mais do que nunca se faz necessária a figura de um terceiro assessor jurídico imparcial das partes. Decorrência deste processo, é o aumento da abusividade contratual e das lides geradas por tais contratos.

Hoje, mais do que nunca, em face da pós-modernidade, e das alterações no panorama contratual provocadas por ela, faz-se sentir a necessidade de uma atuação notarial mais consistente a fim de minimizar os efeitos nefastos da contratação de massa, tentando tornar o mais equânime possível as relações contratuais, através de um mister jurídico, imparcial, e qualificado pela fé pública.

Vimos que a função notarial engloba um caráter jurídico. Significa isto que o notário, ao exercer sua função, deve necessariamente observar e aplicar correta-

[115] Op. cit., p. 216.

mente o ordenamento jurídico vigente. Significa, ainda, que ao atuar deve o tabelião exercer a polícia jurídica dos atos que pratica, isto é, fará em todos os atos notariais que presidir uma análise acerca da juridicidade de sua forma e seu conteúdo, não apenas observando as regras formais do ato que pratica, mas também qualificando e analisando juridicamente o conteúdo do ato, devendo nesse sentido vedar qualquer vício contido em alguma das cláusulas do contrato.

Nesse aspecto, deve o notário, antes de mais nada, coibir a presença no ato notarial de vícios genéticos, ensejadores de nulidades ou anulabilidades. Deve avaliar a capacidade das partes e agir no sentido de certificar a ausência de vícios na vontade manifestada, bem como avaliar a presença e sanidade dos requisitos de validade dos atos jurídicos.

Mas, mais do que isso, deve o tabelião possibilitar a manifestação da vontade racional, ou da real manifestação de vontade das partes, que consiste em uma das súplicas da pós-modernidade contratual. Nesse sentido, o agir imparcial do notário deve ser o de tratar desigualmente os desiguais, amparando o desamparado, orientando com muito mais cuidado o hipossuficiente, dispensando mais tempo de atenção ao débil do que à outra parte, zelando pela possibilidade de a vontade do hipossuficiente fazer-se sentir, mesmo diante de um contratante em posição bastante mais confortável e, mesmo quando a possibilidade de manifestação de vontade do hipossuficiente não puder existir, como em um contrato de adesão em que a outra parte detenha algum monopólio por exemplo, deve o notário orientar a parte acerca das conseqüências jurídicas do ato estipulado e de uma possível discussão de cláusulas eventualmente abusivas na esfera competente.

No caso de relação de consumo, onde embora possa em alguns casos não haver hipossuficiência mas sempre há a vulnerabilidade[116] do consumidor, a intervenção notarial mina a maioria das mazelas nas quais se manifesta tal vulnerabilidade, dentre as quais Paulo Valério Dal Pai Moraes aponta as seguintes: o tecnicismo, a complexidade e a extensão contratual, a predisposição de cláusulas, a generalidade dos contratos decorrente da massificação, a consideração do estado de necessidade do consumidor por vezes presente, e a dimensão dos caracteres do contrato.[117]

Na análise material feita pelo tabelião, deve ele entrar no mérito do ato jurídico celebrado, impedindo o acesso ao instrumento de cláusulas nulas. Aqui,

[116] A "vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova" (Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. In: Paulo Valério Dal Pai Moraes. Op. cit., p. 105).

[117] Op. cit., p. 226-229.

fará o notário um controle acerca das cláusulas abusivas, e das cláusulas ilícitas de um modo geral, não permitindo o seu acesso ao instrumento contratual. Ao deparar-se com um contrato de consumo, por exemplo, fará o tabelião uma análise das cláusulas que as partes pretendem ver inseridas no instrumento contratual e, verificando que alguma delas é abusiva por ferir algum dos direitos do consumidor, vedará a sua inclusão no instrumento, esclarecendo e orientando as partes a respeito do ocorrido. Note-se que tal procedimento, que é função tipicamente notarial, evita que um sem-número de acordos de vontades que se constituem em lides em potencial chegue ao Judiciário, por ter havido uma eficaz profilaxia jurídica.

Também a boa-fé objetiva e a justiça contratual devem ser observadas pelo notário na sua análise jurídica do conteúdo da contratação. Havendo ofensa a alguma delas, será igualmente vedada pelo notário a inclusão da cláusula.

Frente à massificação das relações, cumpre perquirir como restaria a função notarial diante da contratação de adesão. Estaríamos diante de um fenômeno do instrumento notarial de adesão? Ou, ao contrário, o instrumento notarial seria justamente um poderoso combatente à adesividade contratual?

Pensamos estar na segunda indagação a resposta correta. De regra, a atividade notarial, por todas as suas características ímpares que vimos, funciona como um freio à mera adesão, levando ao hipossuficiente a possibilidade de manifestar a sua vontade, diminuindo as diferenças materiais entre as partes contratantes. Assegurando o notário à parte débil a possibilidade de manifestar sua vontade, assegurará a possibilidade de discutir cláusulas, vetando o próprio notário cláusulas abusivas, o que, de fato, contribui enormemente para a minimização do fenômeno da mera adesão.

Mas, para isso, é preciso que o legislador imponha a forma pública-notarial como essencial ao ato, sob pena de nulidade, pois, se assim não for, a adesão se materializará mediante instrumento particular, sequer chegando ao notário a possibilidade de atuar preventivamente. Efetivamente, um dos casos em que o notário pouco poderá fazer é aquele em que as partes celebram um pré-contrato – um contrato de compromisso de compra e venda por exemplo –, por instrumento particular, estando o mesmo cumprido pelo consumidor, e a intervenção notarial somente se dá para o cumprimento da parte do fornecedor. Em tal situação pouco poderá fazer o notário pela proteção da parte vulnerável, pois o fato estará consumado quando se buscar a intervenção notarial, embora sempre seja possível ao notário aconselhar juridicamente.

Outra situação problemática é a dos monopólios, nas quais é imposta uma contratação previamente definida e, se o consumidor não aceitar, não contratará com este fornecedor e não encontrará nenhum outro que possa substituí-lo. Em tais situações, dificultosa também estará a atuação notarial. Porém, em tal caso, perece possível o assessoramento notarial revestir-se de orientação à parte vulnerável na identificação de eventuais vícios contratuais bem como na indicação dos meios adequados para a salvaguarda de seus direitos subjetivos.

A posição de imparcialidade do notário, como aventou Juan Vallet de Goytisolo, "obliga a tratar de influir, en cuanto nos sea posible, en las entidades vendedoras, con nuestro consejo desinteresado, para que las cláusulas de los contratos sean, ciertamente sólidas, pero claras y sobre todo eqüitativas".[118]

Continua o conspícuo notarialista: "Aparte de ello, a los compradores es preciso que los tratemos a cada uno individualizadamente; no como una masa. No olvidemos que también entre ellos saltan los problemas que, a veces, no se detectan con una mirada superficial (...). Sin duda, esta atención individualizada está a nuestro alcance, y es nuestro deber no descuidarla. Para nosotros, en el ejercicio de nuestra función, nunca debe existir masa, sino personas con su propia identidad y con sus peculiares problemas y hemos de atenderlas individualizadamente, al menos para asegurarmos de que no tienen especiales problemas".[119]

Vê-se, assim, que a instituição notarial é importante instrumento na consecução da certeza e segurança jurídicas preventivas, bem como um importante instrumento na consecução de alguns dos intentos da teoria contratual pós-moderna, como o controle da eventual abusividade de direitos. Cabe, pois, ao direito fomentar cada vez mais tal instrumento, e teremos certamente mais segurança jurídica e atos jurídicos com menor incidência de vícios e de abusos a direitos subjetivos alheios.

4. Conclusões

Diante do que se expôs, vê-se que a função notarial tem uma importante missão a cumprir frente à complexidade da vida jurídica em uma economia de mercado.

As alterações provocadas pelo fenômeno da pós-modernidade, especialmente em sua face econômica, no mundo contratual, reclamam uma intervenção estatal efetiva, a fim de proteger a vontade real do hipossuficiente, num sentido visceralmente oposto ao que postulam alguns corifeus da economia de mercado, que pretendem vê-la reinando absoluta, longe de qualquer proteção estatal.

Nesse diapasão, tem-se na atividade notarial, sem sombra de dúvidas, uma das mais valorosas instituições de profilaxia jurídica, a dar certeza e segurança às relações, e cuja eficácia é francamente comprovada historicamente.

Deve o notário, pois, diante da nova realidade contratual, zelar pela correta e livre manifestação da vontade real das partes, protegendo o hipossuficiente, evitando a mera adesividade contratual, zelando pela aplicação da boa-fé objetiva, vedando a inclusão contratual de cláusulas abusivas, sendo, enfim, um jurista imparcial a erigir uma relação jurídica perfeita, o mais equânime possível, a despeito da desigualdade material das partes.

[118] Op. cit., p. 226.
[119] Op. cit., p. 226.

Para tanto, porém, é necessário que o legislador prestigie e fomente cada vez mais a utilização notarial, obrigando a intervenção notarial em casos cada vez mais abrangentes, como forma de proteção do hipossuficiente, em sentido contrário ao que vem ocorrendo, onde se tem desprestigiado a atuação notarial e diminuído sua atuação, criando-se, assim, um solo extremamente fértil para o desenvolvimento da lide e da afronta aos direitos dos hipossuficientes ou dos consumidores, o que efetivamente interessa à economia de mercado, mas não interessa ao direito, tampouco à sociedade.

Por fim, que nos sirva de norte a lição de Santiago Raúl Deimundo: "La función notarial encaminada hacia la seguridad jurídica, halla su fundamento en una especial actitud del espíritu que trasciende el límite de lo estrictamente jurídico para convertirse en el basamento moral más preciado de la personalidad notarial".[120]

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. 187 p.

ARMAND, Jacques; VOLINE, Marc. *La grande histoire du notariat*. Paris: Jean Michel Place, 1995. 53 p.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001. 100 p.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 197 p.

CORREAS, Óscar. "El neoliberalismo en el imaginario jurídico". In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al. Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 1-15.

COSTI, Renzo. "Tutela degli interessi e mercato finanziario". *Rivista Trimestrale di Diritto e Precedura Civile*, anno LIII, n. 3, p. 769-77, Milano, set. 1999.

COTRIN NETO, A. B. "Notariado – I". In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 55, p. 1-7.

———. *Perspectivas da função notarial no Brasil*. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul [1973?]. 42 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal". In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al. Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 39-77.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 259 p.

DEIMUNDO, Santiago Raúl. *Pensamiento y sentimiento sobre el notariado*. Buenos Aires: Depalma, 1989. 111 p.

ENJOJI, Helena Sayoko. "A lei do consumidor e o registro de imóveis". *Revista de Direito Imobiliário*, ano 20, n. 41, p. 37-48, São Paulo, maio-ago. 1997.

[120] Op. cit., p. 103.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. 160 p.

FERRI, Giovanni B. "La 'cultura' del contratto e la strutture del mercato". *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno XCV, n. 11-12, p. 70, Padova, nov.-dic. 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 261 p.

FRAGUAS, Ramón. "El valor social de la institución notarial en nuestros dias". *Revista Internacional del Notariado*, año XXXI, n. 77, p. 201-14, Buenos Aires, 1981.

GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1997. 450 p.

GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 1995. 159 p.

GIBERT, Rafel. "Notarios en la história del derecho". *Revista de Derecho Notarial*, vol. CXXI-CXXII, Madrid, jul.-dic. 1983.

GOYTISOLO, Juan Vallet de. "El notario y la contratación en la sociedad de masas". *Revista de Derecho Notarial*, vol. XXVIII, n. 109-110, p. 221-28, Madrid, jul.-dic. 1980.

GUAITA, Vicente de Prada. "Nuevos campos que abre la informática a la función notarial". *Notariado y contratación electrónica*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2000. p. 317-52.

GUESNERIE, Roger. *A economia de mercado*. São Paulo: Ática, 1997. 119 p.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2000. 349 p.

IRTI, Natalino. "Economia di mercato e interesse pubblico". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, p. 435-45, anno LIV, n. 2, p. 435-45, jun. 2000.

LANZÓN, Fernando Goma. "El desarrollo de la función notarial en el ámbito del comercio electrónico: explicaciones, reflexiones y comentarios". *Notariado y contratación electrónica*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2000. p. 201-45.

LARANGEIRA, Sonia M. G. "Fordismo e pós-fordismo". In: CATTANI, Antonio David (org.). *Trabalho e tecnologia: dicionário crítico*. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: Ed. Universidade, 1997. p. 89-94.

LIBONATI, Bernardino. "Ordine giuridico e legge econômica del mercato". *Rivista delle Società*, anno 43, n. 6, p. 1.540-1.564, Milano, nov.-dic. 1998.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. "O controle registral das cláusulas gerais de contratação". *Revista de Direito Imobiliário*, ano 19, n. 39, p. 56-65, São Paulo, set.-dez. 1996.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. 95 p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. 613 p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. 668 p.

MARTINS, Cláudio. *Direito notarial – Teoria e técnica*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974. 246 p.

———. *Teoria e prática dos atos notariais*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 388 p.

MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. 544 p.

———. "Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo". In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 611-661.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 259 p.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 327 p.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Como contratar en una economia de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 230 p.

NERI, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1980. vol. I. 634 p.

NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. 263 p.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. "Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil – constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-54.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. 260 p.

PEREIRA, Antonio Albergaria. *Comentários à Lei 8.935: serviços notariais e registrais*. Bauru: Edipro, 1995. 167 p.

PEREIRA, M. Gonçalves. *Notariado e burocracia*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. 111 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. III. 596 p.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução è economia*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1991. 810 p.

ROTH, André-Noël. "O direito em crise: fim do Estado moderno?" In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. 160 p.

ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. "Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos". In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. 303 p.

SALLES, Maria Cristina Costa. "As origens do notariado na América". *Revista Notarial Brasileira*, ano I, n. 1, p. 7-10, São Paulo, jan.-abr. 1974.

SANZ, Don Antonio Pérez. "El notario y la sociedad". *Revista Internacional del Notariado*, ano XLII, n. 87, p. 173-200, Buenos Aires, 1991.

SARASOLA, Jose Madridejos; MARTINEZ-RADIO, Antonio de la Esperanza; SANTONJA, Vicente L. Simo. "Caracteristicas del notariado en el mundo de hoy". *Revista de Derecho Notarial*, p. 79-197, Madrid, abr.-jun. 1984.

SAUCEDO, Ricardo Javier. *Regimen del notariado en el Mercosur*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1998. 284 p.

SEVILLA, Diego Simó. "Las nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico". *Notariado y contratación electrónica*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2000. p. 405-34.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. "Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo". *Ajuris*, ano XXIII, n. 67, p. 130-53, Porto Alegre, jul. 1996.

SILVA, Antonio Augusto Firmo da. *Compêndio de temas sobre direito notarial*. São Paulo: Saraiva, 1979. 125 p.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 165 p.

TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN, Francisco. *Introdução à economia*. São Paulo: Makron Books, 1999. 401 p.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [19—]. 768 p.

3. ESTUDOS NOTARIAIS

3.2

FUNÇÃO NOTARIAL CRIADORA DE DIREITO*

JOSÉ FLÁVIO BUENO FISCHER
e
KARIN REGINA RICK ROSA

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. A tradicional função notarial à luz da legislação brasileira: 2.1 Constituição da República Federativa do Brasil; 2.2 Código Civil; 2.3 Código de Processo Civil; 2.4 Lei 8.935, de 18.11.1994 – 3. A função criadora do direito na atividade notarial: 3.1 Fontes do direito; 3.2 Possibilidade de criação do direito pelo notário brasileiro – 4. O notário criador de direito x legislador: 4.1 A interpretação como atividade criadora; 4.2 O notário intérprete e criador do direito – 5. A ata notarial – um exemplo de criação de direito pelo notário – 6. Perspectivas de desenvolvimento da função criadora do notário: 6.1 Em face da evolução legislativa no âmbito privado; 6.2 Em face do desenvolvimento das técnicas contratuais e das técnicas de documentação dos atos e dos contratos – 7. Considerações finais – Bibliografia.

1. Considerações iniciais

A função notarial é tão rica, tão complexa e tão realizadora, que, certamente, não poderia limitar-se a reproduzir, mecanicamente, normas, códigos e leis, quando no exercício de sua atividade de atender ao desejo dos usuários desses serviços.

Mais, muito mais há de ser realizado pelo notário, utilizando-se de todo seu arsenal intelectual, espiritual e emocional.

Quando esse profissional do direito enfrenta uma questão que lhe é posta por um usuário de seus serviços, deve o notário buscar, antes e acima de tudo, investigar, profundamente, até mesmo nas palavras não ditas pelo cliente, na sua postura, na eventual ansiedade, enfim, em todo o contexto das manifestações de vontade, qual exatamente a preocupação que lhe aflige, que problema ele consegue traduzir com suas palavras, que receios preenchem sua mente.

Entendida, assim, a verdadeira causa que o trouxe até a presença do tabelião, utilizando-se de sua experiência, de seu *feeling*, e de toda a bagagem de conhecimentos técnicos e jurídicos de que dispõe, o notário há de buscar a adequação da vontade ao ordenamento jurídico vigente em seu país.

(*) XXXIII Congreso Internacional del Notariado Latino – Atenas – setembro 2001.

Havendo previsão legal específica e enquadramento jurídico expresso, irá o profissional redigir o instrumento apropriado ao caso concreto.

Porém, parafraseando a Dra. Maria Helena Rau de Souza, Juiza Federal no Rio Grande do Sul, com quem tivemos o privilégio de privar por longo tempo, "nos tabelionatos viceja a mais rica casuística de que o mundo jurídico tem conhecimento". Isto é: as manifestações decorrentes do convívio humano, os relacionamentos que vão se estabelecendo ao longo da vida das pessoas, os cuidados que se vão tornando indispensáveis com respeito às pessoas e ao patrimônio, a insegurança projetada para o futuro, enfim, todo o contexto decorrente do ambiente familiar e comunitário, acaba por colocar perante o notário uma gama infindável e sempre renovada de situações a que esse profissional deve dar solução jurídica adequada.

Em dado momento de minha vida profissional, durante uma semana determinada, tantos tinham sido os casos de conflitos em potencial, decorrentes de situações familiares e patrimoniais, que, ao atender mais um preocupado cliente, em consulta telefônica, enquanto ele desabafava suas preocupações, surgiu-me, como que do nada, a frase: "Como são intrincados e complexos os meandros que perpassam os inter-relacionamentos humanos!". Significa: como é difícil o convívio das pessoas. Mas a frase surgiu, ao que parece, com a carga de complexidade que reflete, nela mesma, o quanto são, efetivamente, variados, cheios de detalhes, difíceis e, às vezes, quase insolúveis os problemas trazidos à apreciação notarial.

E digo quase insolúveis, exatamente no contexto em que me insiro no desempenho de tão nobre e importante missão. Tenho o vício, até, de pensar que, quando sou procurado por alguém, não posso deixar de apontar uma solução para o seu caso concreto. Se meus conhecimentos, minha experiência, minhas emoções e meus sentimentos, num primeiro momento, parecem não encontrar solução, vou à procura da legislação, da doutrina, do contato com colegas e outros profissionais do direito e de outras áreas, até que uma trilha surge, mesmo que não muito clara, apontando um caminho adequado.

Mas quando, nem assim, parece haver enquadramento legal adequado ou solução prevista claramente na lei, surge, invariavelmente, a mola propulsora da criatividade: é preciso, em não havendo previsão específica, ainda assim apontar como pode o interessado encontrar instrumentalização, se for o caso, para obter a segurança, a autenticidade e a eficácia que veio buscar junto ao tabelião.

É então que começa a manifestar-se a denominada função notarial criadora do direito.

Pois sobre tal tema é que me debrucei por alguns meses, com o indispensável auxílio da Dra. Karin Regina Rick Rosa, advogada em Novo Hamburgo, e talentosa pesquisadora, buscando verificar, na legislação e na experiência notarial brasileiras, o quanto é concreta a criação de direito, na atividade notarial em nosso País. Passamos pelo exame, inicialmente, da tradicional função notarial, à luz da legislação brasileira, falando a seguir sobre a função criadora de direito, na ativi-

dade notarial, seguindo então pela comparação da atividade do notário criador de direito e do legislador, enfrentando a questão da interpretação da lei, como atividade criadora, verificando exemplos concretos, como a ata notarial, e projetando, a seguir, quais seriam as perspectivas do desenvolvimento da função notarial criadora de direito.

2. A tradicional função notarial à luz da legislação brasileira

2.1 Constituição da República Federativa do Brasil

"Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1.º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2.º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses."

O *caput* do art. 236 se mostra particularmente importante para a definição da atividade desenvolvida pelo notário no sistema brasileiro, resolvendo aparentemente[1] questão antiga acerca da natureza da função notarial. O preceito constitucional é claro ao afirmar que os serviços são exercidos em caráter privado, portanto por particular, através de uma delegação do Poder Público. A disposição acabou consagrando e tornando legal o que a doutrina brasileira especializada há muito já lecionava.[2]

(1) Dizemos aparentemente, pois, como será apreciado mais adiante, não são pacíficas, ao menos no âmbito da Corte Suprema, a natureza e a condição do notário – servidor público ou agente público.

(2) Nesse sentido Antônio Augusto Firmo da Silva, na obra *Compêndio de temas sobre direito notarial*, datada de 1979, p. 53, após analisar a questão da definição da função notarial, cita Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem os notários são particulares em colaboração com a Administração (*Situação jurídica dos serventuários públicos*).

Já após a edição da Lei 8.935/94, que regula a atividade notarial e de registro, Antônio Albergaria Pereira, *Comentários à lei – Serviços notariais e registrais*, 1995, p. 23 *et seq.*, *verbis*: "Delegar é transferir um encargo ou um poder. Em nosso referido trabalho 'A Constituição Coragem e o notariado brasileiro', assim apreciamos os efeitos dessa delegação: 'Aqueles a quem esses serviços forem delegados, pela sua natureza e pelas peculiaridades de seu exercício, não poderão ser enquadrados na

O reconhecimento da qualidade de particular em contraposição à de servidor público influencia diretamente os limites do desempenho da atividade notarial, mas esta questão será objeto de apreciação detalhada no item seguinte, sendo que aqui apenas importa destacar que a matéria foi objeto de atenção e definição pelo constituinte.

Seguindo a análise do art. 236, destaca-se o § 1.º, para o âmbito deste estudo, pelo fato de ter o Poder Público assegurado e mantido para si a fiscalização dos atos notariais, no caso, a ser exercida pelo Poder Judiciário. Nos termos da lei federal, a função fiscalizadora é exercida, então, pela Corregedoria Geral de Justiça, que faz inspeções periódicas nos estabelecimentos notariais, além de publicar ordens de serviço e boletins, que servem de apoio para o notário, orientando-o nas questões de difícil solução e uniformizando as práticas no âmbito jurisdicional sobre o qual atua. Com isso é realizada uma fiscalização direta e, a nosso ver a importância disso se reflete de maneira que, na medida em que o Poder Judiciário aprova os atos praticados pelo notário, ao mesmo tempo os está ratificando.

Os §§ 2.º e 3.º tratam da questão dos emolumentos, atribuindo também à lei federal competência para sua fixação e regulamentação e da forma de ingresso por concurso. Tais dispositivos não necessitam apreciação neste estudo.

De modo que os dois pontos expressivos e de maior interesse no dispositivo constitucional dizem com o caráter privado da função, que é exercida por delegação, e a fiscalização dos atos notariais pelo Poder Judiciário. A seguir, passaremos à análise dos artigos do Código Civil, que de forma direta ou indireta estão relacionados à atividade e a função notarial.

carreira dos servidores públicos civis, porque não integrarão o quadro da Administração Pública direta, e nem serão integrantes de uma autarquia ou de uma fundação pública. Só são servidores públicos aqueles que em planos de carreira integram a Administração Pública direta, ou a autarquia direta ou a fundação pública. Isso está claro e expressamente definido no art. 39 da Constituição. A Delegação é uma forma indireta de administração dos serviços públicos. Os que exercem esses serviços, por delegação, são particulares, e, como tais, continuam vinculados no Poder Público unicamente pelo ato de delegação... Pela Delegação, o Poder Público competente, com poderes para exercer serviços notariais e de registro, descentraliza-os de suas funções, transferindo-os para serem exercidos por pessoas físicas fora do seu quadro de servidores públicos civis... A delegação prevista no preceito constitucional é a investidura de uma pessoa física no exercício das atribuições do Poder Público, e que por este deveriam ser exercidas. O Poder Público deixa de exercer tais funções e delega o seu exercício a particulares, mediante condições previstas no texto constitucional e lei. O delegado, ao ser investido nas funções, não adquire os característicos do poder delegante, muito embora sua investidura no exercício decorra de preceitos legais estabelecidos pelo próprio poder delegante. Exercendo eles essas funções, definidas na própria Constituição como de caráter privado, não se transforma em servidor público, simplesmente por exercê-las".

2.2 *Código Civil*

A mais tradicional doutrina sobre o assunto aponta como função notarial aquela que consiste em redigir e dar forma legal aos atos e contratos que deva autenticar.[3] A grande diferença entre o notário e os outros profissionais do direito, o que o distingue dos outros aplicadores do direito, é o fato de que o Estado atribui aos atos praticados pelo notário fé pública. A fé pública, segundo os ensinamentos de Roberto J. Pugliese, é a necessidade que o direito tem de impor ao corpo social a crença de serem verdadeiros determinados atos que especifica em sua forma e modo, no caso praticados pelo notário.[4] Ainda sobre a fé pública, leciona Firmo da Silva,[5] *verbis*:

"E a Fé Pública Notarial é o poder que a lei atribui aos notários em virtude de sua nomeação para o cargo pelo Estado, para que, a pedido das partes e sob determinadas formalidades, assegure a verdade de fatos e atos jurídicos que lhe constem ou lhe sejam solicitados. As afirmações dos notários gozam do benefício legal de serem tidas como autênticas até prova em contrário".

Carlos Luiz Poisl,[6] notário aposentado, em trabalho sobre a fé pública, reconhece-a como a essência da função notarial e como algo que não decorre apenas da titulação, da nomeação ou da formação acadêmica do profissional, mas principalmente da confiança dos membros da sociedade. A partir disto, é feita uma distinção entre o que o autor denomina de verdadeira fé pública (esta decorrente da confiança e crença do povo) e a fé pública legal (decorrente da delegação pelo Poder Público ao notário).

(3) Antônio Augusto Firmo da Silva. Op. cit., p. 49.

(4) *Direito notarial brasileiro*, p. 69.

(5) Op. cit., p. 59.

(6) "Fica extremamente fácil entender que a fé pública é a essência da função notarial. Não existiria o tabelião se não contasse com a confiança daqueles que solicitam o seu mister, se não fosse dotado de fé pública. Não importa que se diga ser essa fé uma parcela de Poder Público, de poder estatal, atribuída pelo Estado a quem exerce funções públicas de qualquer espécie, inclusive a notarial. Não importa. Porque só a declaração da autoridade pública de que determinada pessoa é tabelião não é bastante. Faltará o essencial a essa pessoa se ela não contar com a confiança popular. A fé pública notarial é um *plus*, um algo mais, que não advém automaticamente de um título, ou da aprovação em concurso, ou de conclusão de estudos acadêmicos. Ela é adquirida por merecimento próprio, no contato diário com o homem comum, que é o juiz irrecorrível a decidir se essa pessoa merece a sua confiança, se nela o povo pode depositar fé, a fé do povo, a fé pública. Juntam-se então, num casamento perfeito, aquela fé que emana do povo, a fé pública natural, com aquela outra fé que é a parcela do Poder Público, a fé pública legal. A primeira é a autêntica fé, a crença que brota do íntimo, que nenhum poder humano, mesmo inquisitorial, pode impor a ninguém. A segunda é a fé forçada pelo *imperium* da autoridade estatal. Dessa simbiose surge a fé pública notarial, *sui generis*, peculiar, só dele, tabelião".

Cláudio Martins, por sua vez, destaca quatro aspectos diferentes da profissão do notário: autenticação e certificação, através da legitimação de documentos particulares e extração dos públicos de suas notas; assessoramento; interpretação, que ocorre quando o notário adapta a vontade das partes ao ordenamento jurídico; instrumentação, através da redução do negócio jurídico em instrumento público garantindo-lhe a eficácia.[7]

O Código Civil é o instrumento básico de utilização do notário no desempenho de suas atividades, não obstante lhe seja exigido conhecimento do direito em geral, agora, inclusive o título de bacharel. Sem pretender aqui analisar todos os artigos que se relacionam com a atividade notarial, passaremos a transcrever apenas alguns deles, que mencionam diretamente a função notarial, comentando-os na medida em que for propício para este estudo.

O art. 73 determina que a instituição do bem de família far-se-á em escritura pública. Certamente tal dispositivo visa à segurança para aquele que a institui e a publicidade para os futuros e eventuais credores:

"Art. 73. A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da Capital do Estado".

O art. 82 do CC é de extrema relevância, já que trata dos requisitos de validade do ato jurídico. A capacidade do agente, o objeto lícito e a forma determinada ou não proibida por lei devem obrigatoriamente ser observados pelo notário no desempenho de sua atividade. Na própria redação do artigo cada requisito remete a outro artigo, pois sobre eles é mister que o notário tenha total domínio e conhecimento, sob pena de formalizar ato nulo ou anulável:

"Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)".

Os arts. 133 e 134 do CC contêm as seguintes disposições:

"Art. 133. No contrato celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato".

"Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:

I – nos pactos antenupciais e nas adoções;

II – nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr$ 50.000 (cinqüenta mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola.

§ 1.º A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter:

[7] *Direito notarial – Teoria e prática* ..., p. 16 *et seq.*

a) data e lugar de sua realização;

b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato;

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;

d) manifestação da vontade das partes e dos intervenientes;

e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como do tabelião, encerrando o ato.

§ 2.º Se algum comparecente não puder ou não souber assinar, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3.º A escritura será redigida em língua nacional.

§ 4.º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz, que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5.º Se algum comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos 2 (duas) testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.

§ 6.º O valor previsto no inciso II deste artigo será reajustado em janeiro de cada ano, em função da variação nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN (Lei 6.423, de 17 de junho de 1977)."

A determinação da assinatura do tabelião revela a fé exigida para segurança dos interessados, e a presunção de certeza do negócio formalizado.

"Art. 136. Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:

I – confissão;

II – atos processados em juízo;

III – *documentos públicos* ou particulares;

IV – testemunhas;

V – presunção;

VI – exames e vistorias;

VII – arbitramento."

Ainda quando não exigida forma pública, esta poderá ser utilizada como prova. Neste sentido, parece-nos que foi desnecessária a disposição, pois se os

documentos públicos são considerados prova quando a lei os exige para a formalização do ato, nos outros casos também haveriam de sê-lo, já que o que pode o mais, pode o menos.

O art. 145 e seguintes tratam das nulidades e das anulabilidades. Matéria indispensável para o notário, ainda que, uma vez formalizado o ato notarial, o mesmo somente poderá ser declarado nulo ou ser anulado por sentença constitutiva positiva ou negativa, através de decisão judicial ou através de novo ato notarial. Mencionamos isto para chamar a atenção dos colegas ao fato de que, mesmo sob fiscalização do Poder Judiciário, o notário desempenha sua atividade com independência e autonomia, não havendo possibilidade de desfazimento de seus atos a não ser nas hipóteses mencionadas. Inclusive, merece destaque o art. 153, pois determina que a nulidade parcial do ato não prejudica a parte em que for válido.

"Art. 145. É nulo o ato jurídico:

I – quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5.º);

II – quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;

III – quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130);

IV – quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

V – quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito."

"Art. 146. As nulidades do artigo antecedente podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes."

"Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente (art. 6.º);

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)."

"Art. 148. O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro.

A ratificação retroage à data do ato."

"Art. 152. As nulidades do art. 147 não tem efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício.

Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade.

Parágrafo único. A nulidade do instrumento não induz a do ato, sempre que este puder provar-se por outro meio."

"Art. 153. A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal."

No que diz respeito ao direito de família, observa-se uma participação intensa do notário, seja ao formalizar os pactos antenupciais, quando os nubentes optarem por regime diverso do legal; seja no reconhecimento voluntário de paternidade; seja na declaração de união estável (atualmente sem previsão no Código Civil). Em alguns casos a escritura pública é a forma exigida (art. 256), em outros é optativa, mas sempre é a mais conveniente e segura (art. 313).

"Art. 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312).

Parágrafo único. Serão nulas tais convenções:

I – não se fazendo por escritura pública;

II – não se lhes seguindo o casamento."

"Art. 313. As doações para casamento podem também ser feitas por terceiros, no contrato antenupcial, ou em escritura pública anterior ao casamento."

"Art. 357. O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, par. ún.)."

Quando as regras incidem sobre a propriedade imóvel, a exigência da escritura pública e do registro no Ofício Imobiliário é fundamental para garantia do adquirente. Através da forma pública o notário funciona como fiscal do Estado, controlando diretamente as obrigações tributárias e se responsabilizando por eventuais falhas na fiscalização.

"Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

I – pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel;

II – pela acessão;

III – pelo usucapião;

IV – pelo direito hereditário."

O art. 1.288 e seguintes tratam do instrumento de mandato, a procuração, que em determinados casos deverá ser feita por instrumento público (como, por exemplo, no caso de outorgante menor representado por pai ou mãe); em outros, por instrumento particular. A firma reconhecida no instrumento particular deixou de ser obrigatória nos casos de ajuizamento de ação; todavia, em alguns casos os juízes a exijam (como na Justiça Federal, Seção Judiciária de Novo Hamburgo).

"Art. 1.288. Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses.

A procuração é o instrumento do mandato."

"Art. 1.289. Todas as pessoas maiores ou emancipadas, no gozo dos direitos civis, são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

(...)

§ 2.º Para o ato que não exigir instrumento público, o mandato, ainda quando por instrumento público seja outorgado, pode substabelecer-se mediante instrumento particular.

§ 3.º O reconhecimento da firma no instrumento particular é condição essencial à sua validade, em relação a terceiros."

"Art. 1.291. Para os atos que exigem instrumento público ou particular, não se admite mandato verbal."

Por fim, o art. 1.632 e seguintes do CC dispõem acerca dos testamentos, suas variações, suas exigências, requisitos e a forma pela qual o mesmo será confeccionado e firmado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

"Art. 1.632. São requisitos essenciais do testamento público:

I – que seja escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador, em presença de cinco testemunhas;

II – que as testemunhas assistam a todo o ato;

III – que, depois de escrito, seja lido pelo oficial, na presença do testador e das testemunhas, ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

IV – que, em seguida à leitura, seja o ato assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo oficial.

Parágrafo único. As declarações do testador serão feitas na língua nacional."

"Art. 1.634. O oficial público, especificando cada uma dessas formalidades, portará por fé, no testamento, haverem sido todas observadas.

Parágrafo único. Se faltar, ou não mencionar alguma delas, será nulo o testamento, respondendo o oficial público civil e criminalmente."

"Art. 1.638. São requisitos essenciais do testamento cerrado:

I – que seja escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo;

II – que seja assinado pelo testador;

III – que, não sabendo, ou não podendo o testador assinar, seja assinado pela pessoa que lho escreveu;

IV – que o testador o entregue ao oficial em presença, quando menos, de cinco testemunhas;

V – que o oficial, perante as testemunhas, pergunte ao testador se aquele é o seu testamento, e quer que seja aprovado, quando o testador não se tenha antecipado em declará-lo;

VI – que para logo, em presença das testemunhas, o oficial exare o auto de aprovação, declarando nele que o testador lhe entregou o testamento e o tinha por seu, bom, firme e valioso;

VII – que imediatamente depois da sua última palavra comece o instrumento de aprovação;

VIII – que, não sendo isto possível, por falta absoluta de espaço na última folha escrita, o oficial ponha nele o seu sinal público e assim o declare no instrumento;

IX – que o instrumento ou auto de aprovação seja lido pelo oficial, assinando ele, as testemunhas e o testador, se souber e puder;

X – que, não sabendo, ou não podendo o testador assinar, assine por ele uma das testemunhas, declarando, ao pé da assinatura, que o faz a rogo do testador, por não saber ou não poder assinar;

XI – que o tabelião o cerre e cosa, depois de concluído o instrumento de aprovação."

"Art. 1.639. Se o oficial tiver escrito o testamento a rogo do testador, podê-lo-á, não obstante, aprovar."

"Art. 1.642. Pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as cinco testemunhas, escreva, na face externa do papel, ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede."

"Art. 1.643. Depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o oficial lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue."

Como se vê, não são poucos os artigos do Código Civil que mencionam diretamente a atividade desempenhada pelo notário, havendo outros tantos que se relacionam com a prática notarial indiretamente, não apenas no Código Civil, mas na legislação extravagante. Seria impossível citá-los um a um para identificar a relação com o direito notarial; transcrevemos os que nos pareceram mais relevantes.

2.3 Código de Processo Civil

No âmbito da legislação processual interessa comentar em especial a seção referente à prova documental, eis que diretamente relacionada à atividade notarial. Deste modo, transcrevemos os artigos para a seguir comentá-los e complementarmos com a doutrina pátria.

"Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença."

Neste artigo aparece o que Roberto J. Pugliese[8] definiu como função pública tripartite da atividade notarial, qual seja: a legalização, a instrumentalização e a autenticação. Na função de legalização compete ao notário adaptar o ato à norma jurídica vigente. A função de instrumentalização se relaciona à confecção e guarda do documento público; e a função de autenticação consiste em dar ao ato praticado a presunção de veracidade.

"Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:

I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas.

II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas.

III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público, conferidas em cartório, com os respectivos originais."

José Mário Junqueira de Azevedo[9] refere que os atos notariais podem ser divididos em duas classes: os atos praticados em ciência própria e os atos tomados por declaração. Os atos elencados nos incisos do art. 365, segundo a classificação do autor, representam os atos de ciência própria, que são praticados no exercício das funções do notário por conhecimento direito.

"Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta."

Certamente a disposição contida neste artigo leva em conta a seriedade e a confiança depositadas no notário, que são inerentes à atribuição de fé pública de que o mesmo é dotado, afirmando que nenhuma outra prova, por mais especial que possa ser, pode dar lugar ao ato que é de competência do notário – confecção do instrumento público –, quando a lei o exigir. Daí se conclui que o legislador intentou, nos casos expressos em que for exigido o instrumento público, garantir a integridade, a honestidade e retidão do ato através da intervenção do notário, mostrando-se atento à segurança dos membros da sociedade e afirmando a importância da atividade notarial.

"Art. 369. Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença."

No campo probatório, a função notarial se relaciona com a função conservadora atribuída ao notário em relação aos instrumentos por ele elaborados. A afirmação de que o documento notarial é prova pré-constituída, segundo informa Francisco Martinez Segovia,[10] tem sido rebatida por doutrinadores de respeito,

[8] Op. cit., p. 66.

[9] Apud Pugliese, p. 75.

[10] *Función notarial* ..., p. 234.

como Nuñez Lago, Gonzalez Palomino e Monasterio. Para Segovia o mais acertado é colocar o documento notarial como possível prova pré-constituída, quando houver controvérsia judicial. Isto porque a função do documento não é única e exclusivamente pré-constituir prova, já que as partes não estão pensando em litígio quando formalizam sua vontade. Todavia, o autor admite que o documento notarial é prova de um direito. Daí, conclui que o documento notarial produz prova para a vida diária e normal, e, eventualmente, é prova pré-constituída para a demanda.

2.4 Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994

A Lei 8.935/94 regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

No art. 1.º já é possível identificar a natureza e finalidade da atividade notarial, senão vejamos:

"Art. 1.º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos".

Walter Ceneviva[11] esclarece que o termo *serviço* caracteriza o trabalho técnico e especializado desenvolvido pelo profissional sob as ordens do Poder Público, através de delegação, para cumprimento de funções específicas com independência, mas sob fiscalização do Poder Judiciário. Como se pode constatar, há uma preocupação do doutrinador em afirmar a independência do notário no cumprimento de suas funções, havendo tão-somente a fiscalização exercida pelo Poder Judiciário.

O art. 3.º retoma o texto constitucional, caracterizando o notário ou tabelião como profissional do direito, que tem fé pública e a quem é delegado o exercício da atividade notarial, *verbis*:

"Art. 3.º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro".

Novamente cumpre trazer a questão da delegação e seus efeitos, eis que, mesmo após a promulgação deste diploma legislativo, que deveria ter dirimido as controvérsias acerca da matéria, o que se observa é a permanência das divergências, inclusive entre os Ministros do STF. Para Walter Ceneviva[12] os notários e os registradores são agentes públicos, ainda que não exerçam cargos públicos. Todavia, o próprio autor cita a decisão do Pleno do STF, no julgamento do RE 178.236,

(11) *Lei dos Notários e Registradores comentada*, p. 21.

(12) Op. cit., p. 28.

na qual o rel. Min. Octavio Gallotti, decidiu, por maioria, que os notários exercem cargo público, como se verifica:

"(...) sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (arts. 40, II, e 236 e seus parágrafos da CF/88)".

O interesse em transcrever os argumentos constantes nos votos que foram vencidos à decisão da maioria decorre do fato de que, dependendo da definição que se dá ao notário, considerando-o um servidor público ou um agente público, decorrem os limites de sua atuação e da possibilidade de desenvolver atividade criadora de direito ou não, que é o objeto deste estudo. Por isso, entendemos fundamental a discussão e necessária a transcrição de segmentos dos votos vencidos, que vão ao encontro do posicionamento por nós adotado.

A posição por nós adotada é contrária à maioria dos votos, de modo que passaremos a transcrever parte dos votos dos Ministros que foram vencidos no julgamento, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence. O Min. Marco Aurélio faz um estudo detalhado acerca da característica da delegação e suas conseqüências. No julgamento do RE 178.236 a relevância e discussão da matéria estavam relacionadas à questão da aplicação do art. 40, II, da Constituição da República Federativa do Brasil – que trata da aposentadoria compulsória aos setenta anos dos servidores públicos – aos notários.

A seguir, passamos a transcrever parte do voto do Min. Marco Aurélio, que foi o terceiro Ministro a votar, quando este fundamenta as razões de seu posicionamento contrário ao do relator e ao Min. Maurício Corrêa:

"Pois bem, com a Carta de 1988, não houve a repetição dessa disciplina. Deu-lhe um tratamento todo próprio à questão. Mediante o preceito do art. 236, previu-se que os serviços notariais e de registro seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, e que lei regularia as atividades, disciplinaria **responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro** – que não é a responsabilidade do servidor em geral – e dos seus prepostos, e definiria a fiscalização dos atos desses delegados, não há a menor dúvida, pelo Poder Judiciário – § 1.º.

Considerada, até mesmo, a regra do art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que preceitua que 'O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público – é uma situação diversa –, respeitando-se o direito de seus servidores', entendo que houve uma modificação substancial a obstaculizar o enquadramento dos notários dos cartórios de que cuida o art. 236 como servidores públicos, e, portanto, como passíveis de virem a ser enquadrados no art. 40, II, da CF. Não posso dizer que na hipótese de delegação aquele que a exerce, visando ao exercício de

uma atividade que caberia de início ao Poder Público, é um servidor público. Concessionário não é servidor público, da mesma forma que um notário, se enquadrado no art. 236, porque simples delegado, não o é. Hely Lopes Meirelles ressalta que não se podem confundir os conceitos de concessionário e de servidor público. Por outro lado, é preciso perquirir o alcance do art. 40 referido, tendo em vista a seção em que está incluído, a Seção dos Servidores Públicos. As equiparações constitucionais vêm expressas, como é o caso da contemplada no § 6.º do art. 37, justamente quanto à responsabilidade das pessoas naturais e de direito privado que prestam, seja por concessão, delegação ou permissão, serviços públicos, quanto a danos causados por si a prepostos a particulares. Não se tem preceito algum que equipare o notário, que exerça atividade em caráter privado, como está na cabeça do art. 236, com servidor público. Ele não percebe dos cofres públicos. O ganho que aufere decorre da equação alusiva dos emolumentos cobrados segundo a lei federal prevista no § 2.º do artigo em comento à respectiva conta qualquer desequilíbrio negativo que venha a exsurgir. A doutrina brasileira, conforme ressaltado em memorial subscrito por Celso Antônio Bandeira de Mello, é uníssona – Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*, Ed. Forense, 1974, p. 277 *et seq.*, e, antes, "Teoria dos servidores públicos", *RDP*, vol. 1, jul.-set. 1967, p. 40 *et seq.*); Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro.* 14. ed. São Paulo: RT, p. 66-72, em especial p. 71); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Ed. Atlas, 1990, p. 304 *et seq.*, notadamente 308); Diógenes Gasparini (*Direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 1989. p. 105 *et seq.*, notadamente 109, n. 2.3), e o próprio autor do memorial (*Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, São Paulo: RT, 1973, p. 3 *et seq.*, e *Regime constitucional dos servidores públicos da administração direta e indireta*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1991, p. 9 *et seq.*, bem como parecer em *RDP* 80/45). O mesmo ocorre com a estrangeira – Guido Zanobini (*Corso di diritto amministrativo*, Varese: Giuffrè, 1936, p. 168 *et seq.*, particularmente 180), Renato Alessi (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano.* 3. ed. Varese: Giuffrè, 1960. p. 38-39) e Enzo Capaccioli (*Manuale di diritto amministrativo.* Padova: Cedam, 1980. p. 228-230). Daí Hely, o administrativista por todos sempre lembrado, haver consignado em *Direito administrativo* ..., 14. ed., publicado pela Ed. RT, à p. 71, que: 'Estes agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria se encontram os concessionários e permissionários de serviço público, os serventuários de ofícios e cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos e demais pessoas que recebem designação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo'. Os notários enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com os serviços de pessoas que também não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que os aproximam, regida não pela lei disciplinadora do Regime Jurídico Único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sim, os empregados do Cartório, do notário dele titular,

tais como este, nada recebem dos cofres públicos, não passando pela cabeça de ninguém enquadrá-los, mesmo assim, como servidores e atribuir-lhes os direitos inerentes a esse *status*. Contratante e contratados, consideradas as normas da Consolidação das Leis do Trabalho, são empregador e empregados. Como, então, sem desapego ao sistema decorrente da Carta Política da República, assentar, em detrimento da previsão do exercício da atividade em caráter privado, que os notários são servidores públicos e, por isso, somente por isso, estão enquadrados na previsão do inc. II do art. 40 nela contido, estando assim sujeitos a aposentadoria compulsória? E os proventos, como serão calculados?"

O Min. Sepúlveda Pertence foi mais crítico ao rebater os argumentos de seus colegas que consideram o notário servidor público, afirmando que aqueles, ao fazerem uma interpretação retrospectiva, recusaram-se a ver que a Constituição mudou. Do voto se extrai, *verbis*:

"Cuida-se de um serviço público, o que, porém, não resolve, por si só, o *status* do seu agente; nem todo serviço público é executado por servidor público, e o exemplo típico é o serviço prestado por delegação do Estado, como está no art. 236 da Constituição. Não se pode conceber que o Estado delegue a prestação de serviço público a quem é servidor público. O delegado, é elementar, exerce a delegação em nome próprio; o servidor o faz em nome do Estado, 'presenta o Estado', para fazer honra à linguagem do saudoso Pontes de Miranda ... A investidura por concurso público também não me impressiona para caracterização do notário como servidor público. De um lado, no exemplo escolar de exercício de serviço público por delegação, que é da concessão de serviço público, a Constituição impõe licitação, que é, *mutatis mutandis*, uma forma de concurso. Neste Plenário, aliás, já levamos a exigência do concurso público também aos empregos em sociedades estatais, sem com isso afirmar que se tratava de servidores públicos (refiro-me ao MS 21.322, de 03.12.1993, rel. o Sr. Min. Paulo Brossard). Quanto ao problema da remuneração, assim como no passado repetidamente se disse que o fato de não receber vencimentos, mas emolumentos, não descaracterizava o serventuário, o oficial como servidor público, também é certo que não basta para caracterizá-los como tal, quando a Constituição os define de modo diverso, como delegatários de serviço público. Não preciso lembrar hipóteses clássicas: pense-se apenas na concessão de obra pública em que tributos podem ser arrecadados e apropriados por particulares como remuneração. Não desconheço os testemunhos doutrinários nem a jurisprudência tão bem e precisamente resenhados no voto do Sr. Min. Celso de Mello. Mas exatamente o apelo e a invocação dessa doutrina e dessa jurisprudência estabelecidas sobre regimes constitucionais anteriores é que, com todas vênias, me convencem de que a douta maioria se entregou ao exercício do que se tem chamado de 'interpretação retrospectiva', recusando-se a ver que a Constituição mudou".

Como ressaltado pelo Min. Marco Aurélio, Hely Lopes Meirelles,[13] em sua festejada obra de direito administrativo, considera que os notários e os registradores

[13] *Direito administrativo brasileiro*, p. 71-76.

não são servidores públicos, tampouco funcionários públicos. São agentes públicos com função notarial e de registro e, em que pese pertencerem ao gênero agentes públicos, não são agentes administrativos, de modo que não se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relação profissional.

Cumpre transcrever, ainda, a definição apresentada por Walter Ceneviva,[14] com a qual estamos de acordo, que diz: "No direito brasileiro, notário e registrador são agentes públicos, considerando-se que o Poder lhes delega funções, subordinados subsidiariamente, em certos casos, a regras colhidas no regime único previsto na Constituição, sem jamais atingirem, porém, a condição de servidores púbicos."

Seria impossível desenvolver este estudo sem adentrar na questão do enquadramento do notário, questão esta, como visto, muito controvertida. Consignamos aqui nossa opinião, acompanhada dos ensinamentos muito bem expostos pelos Ministros do STF, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, com os quais concordamos integralmente. O notário não é servidor público e não pode ser equiparado ao funcionário público, ressalvado o caso da responsabilidade penal, não estando subordinado à Administração Pública, também ressalvada a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Para finalizar, mencionamos o autor estrangeiro Francisco Martinez Segovia,[15] para quem a função notarial é função privada qualificada com efeitos de

[14] Op. cit., p. 30.

[15] "1) Las funciones públicas son las funciones del Estado, que se distribuyen entre los tres Poderes: Ejecutivo o administrador, Legislativo y Judicial. La función notarial no se encuadra en ninguno de los tres, luego no es función del Estado, o sea no es función Pública. En todos los campos doctrinarios repasados se encuentra coincidencia y puede verse a título de ejemplo: Díaz de Guijarro, Enneccerus, Otero y Valentín, Julio A. Perez y Tavares de Carvalho. 2) Ningún funcionario del Estado puede autorizar, normalmente, un documento notarial en ejercicio de sus funciones. Cuando lo hace es: a) Por vía de suplencia, por faltar notario en el lugar (caso de los jueces de paz autorizados, los cónsules, los capitanes); b) por vía de avance sobre las funciones notariales. Ambos casos son anormales. 3) El sueldo o costo pagado por ele presupuesto del Estado, la dependencia jerárquica y la responsabilidad del Estado son tres notas características y esenciales del funcionario publico, que no se dan en el Notariado y en esto está conforme la totalidad de la doctrina. A título de ejemplo puede verse las opiniones de Díaz de Guijarro, Gutiérrez, Guardiola Y Sanahuja. 4) La doctrina del derecho administrativo admite la existencia de funcionarios honorarios que carecen de sueldo, pero tienen las demás características: dependencia jerárquica y responsabilidad del Estado por sus actos. No puede incluirse al notario entre los funcionarios honorarios. 5) Es indiferente para el público qué funcionario atiende la función pública. Existe lo que Sanahuja llama fungibilidad. En el Notariado es fundamental la libre elección del notariado y nos es admisible su imposición por el Estado ni su sustitución sin voluntad de las partes. 6) La dependencia jerárquica importa el recurso de revisión de los actos del funcionario, lo que no existe en el Notariado. 7) La única vinculación, no fundamental, del Notariado con el Estado es la designación o nombramiento o la inscripción

publicidade e com valor semelhante a uma função pública. Para argumentar sua posição, o autor aponta nove distinções entre a função notarial e a função pública, concluindo que a função notarial não é função pública.

Passamos a seguir ao exame dos arts. 6.º e 7.º, nos quais se encontram elencadas as atribuições e competências dos notários e tabeliães:

"Art. 6.º Aos notários compete:

I – formalizar juridicamente a vontade das partes;

II – intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III – autenticar fatos;".

"Art. 7.º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

I – lavrar escrituras e procurações públicas;

II – lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;

III – lavrar atas notariais;

IV – reconhecer firmas;

V – autenticar cópias.

Parágrafo único. É facultativo aos tabeliães de notas realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato."

Tais artigos expressam a tradicional função notarial, aquela que deu origem ao próprio instituto, pois há muito que a profissão de tabelião ou notário tem sido praticada. Walter Ceneviva[16] menciona que o vocábulo tabelião ou *tabellae* tem origem no latim, e correspondia àquele que na antiga Roma escrevia. O

en la matrícula o elenco profesional, según los distintos sistemas... 8) Podría enunciarse, como se ha hecho a veces, que hay dos tipos de funciones públicas: a) funciones públicas del Estado; b) funciones públicas que no son del Estado. Esta distinción es inconsistente. Como lo anota Enneccerus, la función pública es desarrollada y agota en el *ius publicum* y éste se particulariza por la actuación de entes colectivos que atienden un interés general en ejercicio de una potestad pública o sea en cuanto tales. El ente colectivo y sus integrantes son los dos extremos de la relación pública. No hay, pues, sino funciones públicas del Estado. 9) He pensado que podría intentarse una distinción: a) de funciones públicas por ser funciones del Estado; y b) de funciones públicas por tener efectos de publicidad. Pero esta distinción es también inconsistente e introduce confusión en vez de claridad, pues la segunda clase deriva de un efecto común a la función pública y a la función notarial, un efecto que no puede constituir un elemento para fundar una división (Op. cit., p. 165 *et seq.*).

(16) Op. cit., p. 38.

termo notário, também do latim *notariu*, tem significado de aquele que anota. A evolução resultou no conceito anteriormente mencionado, do profissional habilitado, dotado de fé pública, com função de receber declarações e documentá-las de forma própria.

Assim, a primeira atribuição de lei do notário é formalizar juridicamente a vontade das partes, e para isso, é necessário que o notário tenha amplo conhecimento e domínio sobre as regras do ordenamento jurídico, de maneira que possa adequar a vontade privada à norma cogente. A doutrina clássica já reconhecia esta função do notário, destacando-se os ensinamentos de Carlos Emérito González.[17] Ainda sobre o primeiro inciso do art. 6.°, chama atenção o comentário de Antônio Albergaria Pereira,[18] que faz questão de afirmar que a lei também confere ao notário o poder de intervir nos atos e negócios jurídicos que as partes diante dele presentes desejarem dar forma jurídica.

A segunda atribuição tem cunho mais burocrático, pois delega ao notário a função de confecção do instrumento negocial e conservação do mesmo para consulta por qualquer um que se mostre interessado.

Por último, o art. 6.° atribui genericamente ao notário a função de autenticar fatos. Entende-se por fatos aqueles que forem juridicamente relevantes, capazes de provocar efeitos em atos ou negócios jurídicos.[19]

Observadas essas atribuições e as já traçadas quando comentamos os artigos do Código Civil e de Processo Civil, é possível concluir que o notário, além de responsável pela confecção e conservação dos instrumentos negociais, possui uma função que abrange a interpretação da lei. Tal função é de extrema importância e já aponta o rumo que este estudo tomará.

As atribuições elencadas no art. 7.° estão diretamente relacionadas ao desempenho do notário com observância das normas específicas contidas no Código Civil, de Processo Civil, pois se relacionam exclusivamente às procurações e escrituras públicas. Aliás, para Francisco Martinez Segovia,[20] o fato de a função e documento notarial estarem legislados no Código Civil e nas leis civis é fundamental para diferenciar a função notarial das funções públicas, pois estas estão tratadas no direito administrativo, político ou constitucional.

(17) "La consecuencia principal de la función notarial es, por supuesto, la creación del instrumento público. El estudio de éste se vincula estrechamente a la forma, a la prueba y al negocio jurídico que contiene. O sea, aspectos sustantivos o civiles, procesales y ejecutivos del mismo. De ellos, no hay duda alguna que la forma descuella sobre los otros, porque sin el cumplimiento de los requisitos legales formales, el instrumento público no existe. La forma tiene que existir, porque es la exteriorización de las voluntades jurídicas vinculantes (Op. cit., p. 202).

(18) Op. cit., p. 30.

(19) Neste sentido, Walter Ceneviva, op. cit., p. 44.

(20) Op. cit., p. 168.

Note-se que, ao elencar as atribuições que constituem a atividade notarial, a lei praticamente incorporou as lições doutrinárias mais antigas, trazendo-se como exemplo os ensinamentos de Carlos Emérito González,[21] em obra clássica, na qual o autor desenvolve o conceito da função notarial, desde sua característica mais elementar – do notário responsável pela materializador do instrumento público – até sua especificidade – adequador da vontade das partes e responsável pela guarda do instrumento com validade e eficácia oponível contra todos e com presunção de veracidade.

Para concluir, transcreve-se a lição de Affonso Dionysio da Gama[22] ressaltando a relevância da atividade notarial, *verbis*:

"Da mais alta e elevada importância social são as funções desempenhadas pelos tabeliães. Nem podia deixar de ser assim, uma vez que elles, no desempenho de suas funcções, agem sempre como depositários da confiança das partes que, perante elles, comparecem; por conseqüência, como depositários de grandes e valiosos interesses e, muitas vezes, como verdadeiros reguladores da vontade das mesmas partes".

No Capítulo V, que trata dos direitos e deveres dos notários e registradores, o art. 28 dispõe, *verbis*:

"Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei".

Destaca-se aqui o registro do legislador de que as atribuições notariais são exercidas com independência. Para Walter Ceneviva[23] tal independência é relativa, tendo em vista a condição de delegados do Poder Público, sob a discrição deste que:

"a) regula a outorga e a atividade do delegado, impondo condições para o ingresso na função e para o exercício dela;

b) disciplina a responsabilidade civil e penal, segundo o devido processo legal, do delegado e de seus prepostos, sendo a primeira objetiva e a segunda personalíssima;

c) define a fiscalização pelo Poder Judiciário, sob o juiz competente, na comarca e sob o órgão judiciário corregedor-geral, no Estado;

d) fixa emolumentos, sendo as regras gerais de nível federal, e as especiais, variáveis em cada unidade da Federação".

(21) Op. cit., p. 198.

(22) *Manual dos tabeliães*. São Paulo: Saraiva, 1938. Apud João Roberto Parizatto. *Serviços notariais e de registro*, p. 15.

(23) Op. cit., p. 159.

O autor entende, ainda, que a independência dos notários também encontra limitação no princípio da legalidade, imposta pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a todos os servidores públicos.[24]

Antônio Albergaria Pereira também vê a atividade notarial desempenhada com limitações, apontando o que segundo ele são duas expressivas particularidades que limitam a independência do notário: o interesse público e a fiscalização pelo Poder Judiciário.[25]

Neste ponto, todavia, com o devido respeito, discorda-se da posição do primeiro doutrinador, ressaltando-se que ele anteriormente defendeu de forma acirrada a condição dos notários como agentes públicos e não servidores públicos. Ademais, a condição de intérprete do direito, inerente à função notarial, também ficaria prejudicada com a subordinação ao princípio da legalidade.

Adotando entendimento diverso encontramos a lição de João Roberto Parizatto,[26] sendo interessante a transcrição do trecho extraído de sua obra *Serviços notariais e de registro, verbis*:

"Pelo dispositivo em apreço os notários e registradores não mantêm caráter de subordinação com quem quer que seja, nem mesmo com o Poder Público, ressalvada a fiscalização dos serviços prestados por esse, através do Poder Judiciário, como se infere do art. 37 da Lei 8.935, de 18.11.1994. De tal modo e como se insere também do art. 21 da mencionada lei, os notários e oficiais de registro têm livre direção na prática dos atos atinentes aos serviços que prestam, cabendo-lhes, ainda, de forma livre, o gerenciamento administrativo e financeiro (...)".

Roberto J. Pugliese[27] também faz consideração importante sobre o assunto, como se verifica:

"Os atos notariais, praticados pessoalmente ou por auxiliares, no exercício da função, não são jamais submetidos a qualquer verificação administrativa. Administrativa de mérito. O ato praticado, mesmo que em evidente afronta à ordem jurídica, se completo, não se permite alterá-lo, corrigi-lo, emendá-lo, rasurá-lo ou anulá-lo, enfim, não se altera salvo através de ordem judicial que venha declará-lo nulo ou através de outro ato notarial. A fiscalização administrativa, praticada pelo órgão competente, limita-se a apontar as falhas, nulidades ou irregularidades, sem interferir no instrumento em si. Pode, até por essa razão, o notário sofrer alguma sanção prevista, sem que, no entanto, o ato sofra alteração, enquanto não retificado por outro ou declarado judicialmente nulo".

Concordamos plenamente com os ensinamentos destes dois últimos autores, eis que é exatamente dessa forma que ocorre na prática o desempenho da atividade

(24) Op. cit., p. 162.
(25) Op. cit., p. 76.
(26) Op. cit., p. 58.
(27) Op. cit., p. 80.

de notarial, sendo os atos notariais fiscalizados, e, eventualmente, quando apurada alguma falta, há a sanção do profissional. Todavia, é impossível o desfazimento do ato realizado pelo notário sem que haja um processo judicial que o declare nulo ou determine sua anulação, ou ainda, como citou Pugliese, pela realização de outro ato notarial posterior, que revoga o anterior.

E assim encerramos este segundo item, com uma breve análise da legislação brasileira que trata direta e especificamente da função notarial e da atividade do notário como profissional do direito. A seguir abordaremos a função criadora do notário, a partir das fontes do direito.

3. A função criadora do direito na atividade notarial

3.1 Fontes do direito

Para falarmos sobre a função criadora do notário é imperioso traçar algumas considerações acerca das fontes de direito em nosso ordenamento jurídico. São reconhecidas como fontes de direito as fontes materiais e as formais. A fonte material, segundo Paulo Nader,[28] é a sociedade, e as fontes formais são aquelas que emanam de comandos do Estado, reconhecendo esse autor uma terceira fonte, denominada não formal, representada pelos costumes, pela analogia, pela eqüidade.

Para Paulo Dourado de Gusmão,[29] a classificação das fontes se dá apenas entre as formais e as materiais, assim como praticamente a unanimidade dos doutrinadores reconhece a existência de fontes materiais e fontes formais de direito, dividindo-se essas últimas em fontes estatais e fontes não estatais. Segundo Gusmão, as únicas e verdadeiras fontes do direito são as materiais, justificando que fonte significa de onde o direito provém e que somente as materiais apontam a origem do jurídico, enquanto as formais indicariam apenas os meios pelos quais as materiais se apresentam revestidas. As fontes materiais são aquelas derivadas dos fenômenos sociais e pelos elementos retirados da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes. Tais elementos contribuem para formação do conteúdo ou da matéria das regras jurídicas, que são as fontes formais do direito. As fontes formais podem ser definidas como os meios pelos quais o direito positivo é conhecido. Assim, é através dos meios (lei, costume, decreto) que a matéria

(28) "Fontes materiais – é a sociedade, como centro de relações de vida, como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos. Como causa produtora de direito, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados fatores do direito, como a moral, economia, geografia etc." (*Introdução ao estudo do direito*, p. 170 e 171, apud Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas* ..., p. 11).

(29) *Introdução ao estudo do direito*, p. 130.

(econômica, moral etc.) que não é jurídica se transforma em jurídica. O mesmo autor divide as fontes formais do direito em fontes estatais e fontes não-estatais, ficando a lei, os decretos, dentro da classificação de fontes estatais, e o costume, por exemplo, dentro das fontes não estatais.

Como já referido, para Gusmão[30] as fontes formais podem ser classificadas em três categorias: fontes estatais – leis e decretos, por exemplo; fontes infra-estatais – costume, contrato coletivo de trabalho, jurisprudência, por exemplo; fontes supra-estatais – tratados internacionais, princípios gerais de direito de outros povos, por exemplo.

Quanto à hierarquia das fontes formais, a mesma varia de acordo com o sistema jurídico adotado. Quando o sistema adotado é o da *common law*, o costume e o precedente jurisprudencial são as principais fontes do direito. No sistema continental, adotado pelo Brasil, a lei é a principal fonte de direito.

Interessa-nos aprofundar alguns detalhes sobre a fonte formal não estatal denominada costume, pois em nossa opinião o notário cria o direito a partir desta fonte – o costume –, já que ao notário não cabe participar diretamente na elaboração da lei, como Poder Legislativo, nem profere sentença, como o juiz.

Henri Lévy Bruhl[31] aponta o costume como fonte de maior importância dentro do sistema de direito, como se verifica, *verbis*: "o costume elabora surdamente o novo direito do mesmo modo que a vida latente opera nas espécies vegetais e animais. É a fonte vital das instituições jurídicas. Tem, pois, uma esfera de aplicação indefinida. Não é uma fonte de direito entre outras. Não seria exagerado dizer que é a única fonte de direito".

Segundo esse mesmo autor,[32] o costume pode se dar por manifestações positivas ou negativas, e nesse último caso podemos citar o desuso, identificado na legislação pela expressão *letra morta*. Como costume criador o autor cita o exemplo do cheque pré-datado, muito oportuno inclusive no caso do ordenamento brasileiro. Destaca, ainda, que a prática geralmente se desenvolve em um âmbito restrito para, posteriormente, após uma adesão total, transpor aqueles limites que o restringiam.[33] Nesse sentido podemos citar que é bastante comum o nascimento de certos costumes a partir de práticas por um grupo determinado de profissionais, práticas que acabam se expandindo e se tornando um costume uniforme em toda a sociedade.

(30) Idem, ibidem, p. 133 *et seq.*

(31) *Sociologia do direito*, p. 41.

(32) Idem, ibidem, p. 44.

(33) "Com muita freqüência, a nova solução progride primeiro clandestinamente, num meio restrito – por exemplo, socioprofissional; depois, tendo obtido a adesão de todos, transpõe os limites da profissão para transformar-se em prática corrente e, por fim, ao termo de um prazo muito variável, recebe a sanção legislativa, que comporta igualmente a sanção judiciária (Op. cit., p. 45).

O costume, segundo Carlos Maximiliano, constitui uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática reiterada e uniforme que lhe dá força de lei.[34]

Paulo Dourado de Gusmão[35] refere que o costume é a fonte mais antiga do direito, citando que os Códigos da Antigüidade, como o de Hamurábi ou a Lei das XII Tábuas, nada mais eram do que a compilação de costumes tradicionais. O autor define o costume como a "regra de conduta usualmente observada em um meio social por ser considerada juridicamente obrigatória".

Segundo Norberto Bobbio,[36] os elementos do costume são: a generalidade; a uniformidade, sendo que deve ser repetido de forma análoga ou idêntica; a continuidade, a repetição precisa ser ininterrupta; a durabilidade, de modo que sua ocorrência deve se dar por um longo tempo; a publicidade ou notoriedade, devendo ser conhecido por todos.

Edgar Bodenheimer,[37] ao tratar do costume, afirma permanecer sua natureza quase sempre em dúvida até o momento em que o juiz ou tribunal declare existir de fato a convicção dos membros da sociedade de sua força obrigatória de lei. Todavia, na opinião do autor, uma vez estabelecido que o direito não se origina exclusivamente dos comandos do Estado, é perfeitamente possível atribuir caráter de direito a um costume quando sua prática for seguida da intenção de estabelecer relações definidas capazes de gerar direitos e obrigações de força compulsória. Quanto ao notário há um elemento mais forte a solidificar o costume como direito, e no caso, então, como direito criado pelo notário, qual seja, o fato de que, por disposição constitucional, o notário tem seus atos fiscalizados pelo Poder Judiciário. Por lei, essa fiscalização é exercida pela Corregedoria Geral de Justiça, e, sob nosso ponto de vista, a aprovação dos atos praticados pelo notário, incluídos aqueles derivados da prática, implica ratificação e atribuição dos mesmos como direito.

Eduardo Espínola[38] esclarece que os costumes, embora não tenham mais a importância exclusiva que outrora possuíam, ainda são considerados como fonte

(34) Refere o autor que "Exatamente por se formar pouco a pouco, à medida das exigências incoercíveis do momento e do meio, a exegese costumeira há de corresponder, melhor do que outra qualquer, às necessidades sociais. Produto exclusivo da evolução, merece todo acolhimento da ciência jurídica, hoje norteada pela Sociologia." *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 191.

(35) Op. cit., p. 149.

(36) Apud Paulo Dourado de Gusmão, op. cit., p. 150.

(37) *Ciência do direito – Filosofia e metodologia jurídicas*, p. 356.

(38) "Escreve Windscheid: 'A razão jurídica dos povos pode estabelecer o direito de dois modos – mediata ou imediatamente. Mediatamente, ela estabelece o direito por meio da legislação. Imediatamente, por meio dos costumes. Certamente, êste último modo de estabelecê-lo é na origem em todos os povos, pràticamente o mais importante; uma legislação mais fecunda pertence ùnicamente a um grau mais avançado da cultura dos

de direito objetivo, citando a respeito as opiniões de Windscheid, François Gény, Ihering, entre outros.

François Gény destaca a importância do costume para o desenvolvimento do direito privado, e quando fala dos modos pelos quais o mesmo se manifesta cita a atividade notarial.[39]

> povos'... No mesmo sentido Gény: 'Não é sèriamente discutível que o costume tenha representado um papel dos mais consideráveis na formação tanto do direito positivo em geral, como no que nos rege em particular. Para bem dizer, a maior parte das instituições jurídicas privadas, tão copiosamente regulamentadas hoje pela lei escrita, não puderam se constituir senão pela força do costume. Com efeito, não se compreende bem, por exemplo, como um regime matrimonial, como o da comunhão entre esposos, consistindo todo êle em práticas sobrepostas uma às outras, em faculdades recíprocas que se equilibram, em regras gradativamente variadas ao extremo para satisfazerem os mais sutis interêsses, teria podido se estabelecer pela autoridade um pouco brutal de uma legislação escrita, sem ter sido elaborado, até em suas minudências, pelo uso de muitos séculos. O costume aparece-nos, pois, na história jurídica, pelo menos considerada em globo, como um preparo indispensável do direito escrito. De outro lado, em nosso estádio atual de civilização e depois que se fizerem profundamente sentir os benefícios da lei escrita, pareceria, com razão, mais que temerário desconhecer a superioridade desta, relativamente ao costume, como fonte formal do direito, exatamente adaptada às necessidades de nosso estado social, e não se deve hesitar em condenar, como um 'preconceito romântico', segundo a forte expressão de Bluntschli, a opinião daqueles que prefeririam, ainda para nosso tempo, o costume à lei escrita como expressão perfeita do direito positivo'... 'O espírito subjetivo não tinha podido conciliar com êsse fato: suas aspirações não tendo podido receber satisfação, tinha-se êle refugiado nas tristes solidões do direito natural. A noção do direito costumeiro permitiu-lhe sentir-se em terreno seu neste mundo exterior, como em uma criação para a qual teria êle próprio contribuído e que exprimiria as aspirações obscuras e imperfeitas que em si mesmo trazia. (IHERING, Espirit, vol. 20)" (*Sistema do direito civil brasileiro*, p. 121).

(39) "É sabido que na maior parte de nossa França antiga, importantes matérias de direito privado se constituíram mediante o costume, a organização da propriedade imobiliária, o regime sucessório, o direito matrimonial, muitas formas de procedimento e de execução coativa etc. Ainda que outras matérias, submetidas ao direito romano ou ao direito canônico, a recepção destas legislações, estranhas ao fundo jurídico nacional, nasceu em quase todos lugares através do direito consuetudinário, e na verdade não era mais que o resultado de um uso motivado pela perfeição do direito escrito ou pela harmonia do sentir comum com o direito da igreja. Claro está que, assim entendido o costume, pode se revelar de diversos modos. Umas vezes surgirá de simples atos que traduzem na vida diária o mesmo uso que se faz, outras, de práticas extrajudiciais, da prática notarial, por exemplo, manifestando claramente o caráter geral da regra; outras, de resoluções judiciais quando expressam o sentimento jurídico que anima o costume; outras, por fim, de opiniões ou ditames de jurisconsultos respeitados, quando se possa achar neles uma prova sólida da convicção dos interessados. Por outro lado, o direito consuetudinário não tem um caráter universal" (*Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, p. 292).

Em que pese se tratar o sistema jurídico brasileiro de sistema positivista, já no art. 4.º da LICC é possível identificar como fonte de direito outras que não apenas as fontes formais. O art. 4.º dispõe:

"Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Da mesma forma, no diploma processual civil o legislador fez questão de repetir e enunciar as fontes não formais admitidas para o juiz sentenciar, afastando, desse modo, a *non liquet*. O juiz não pode deixar de julgar o processo, sob a alegação de lacuna ou obscuridade na lei, devendo, nos casos em que se deparar com tais situações, se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. O art. 126 do CPC dispõe:

"Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

Importa destacar essas normas, pois nos sistemas positivistas mais rígidos as fontes de direito se limitam exclusivamente às fontes formais, ou seja, os preceitos ou mandamentos formalizados, promulgados ou elaborados por um órgão legislativo.[40] Tais sistemas, fruto do pensamento iluminista, do encontro da clareza e segurança jurídica absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, mostraram-se ultrapassados e incompatíveis com a finalidade do direito.[41]

Rudolph von Ihering,[42] seguindo as orientações de Rousseau e Kant, afirmava que o Estado é a única fonte do direito, e as normas que não podem por ele ser impostas não constituem regras de direito. Em contraposição ao monismo daqueles que apenas consideravam como direito o sistema legal posto pelo Estado, estavam os teóricos do pluralismo jurídico, que sustentavam que ao lado do direito do Estado ou sem o direito do Estado, existem ordenações jurídicas múltiplas. A tese pluralista se expandiu até a Escola do Direito Livre.

(40) Nesse sentido Edgar Bodenheimer, p. 327.

(41) Carlos Maximiliano, na obra *Hermenêutica e aplicação do direito*, afirmava: "os próprios Códigos revelam ter sido reconhecida a impossibilidade de tudo especificar e prescrever; porquanto deixam ao alvedrio do julgador o apreciar inúmeros motivos de demanda, ou de escusa; por exemplo, quando se referem a boa ou má fé; eqüidade; força maior; moral; bons costumes; ingratidão; imprudência, ou imperícia; objeto ilícito, ou impossível; fim ilícito, ou imoral; injúria grave; dolo, no civil e no crime; bem como usarem das expressões quando exeqüível; sempre que for possível; ou mandarem graduar a pena conforme as circunstâncias agravantes e atenuantes; ... até mesmo o texto, sobretudo nas leis processuais, confia muita coisa ao 'prudente arbítrio do juiz'. Os repositórios modernos ainda se revelam mais dadivosos de autonomia que os antigos. Assim é que o Código Civil alemão, como o suíço, principalmente no Livro sobre obrigações, abrange e especifica inúmeros casos de Treu on Glaoben, de boa fé e lealdade, e outros requisitos, cuja existência e extensão devem ser apreciadas segundo o critério pessoal do julgador" (p. 62).

(42) Segundo Godofredo Telles Junior, *A criação do direito*, p. 430.

Desse modo, a primeira observação que fazemos é no sentido de demonstrar que a legislação brasileira permite ao juiz utilizar outras fontes de direito que não a lei positiva.[43] Com fundamento nessa constatação é que vemos a possibilidade concreta de o notário, ao desempenhar sua atividade, também desenvolver atividade criadora do direito. É através da fonte não formal representada pelo costume que a atividade criadora do notário tem espaço e efetivamente ocorre, como restará demonstrado nos itens seguintes. Em nosso ordenamento há, inclusive, uma prova concreta da atuação dessa atividade criadora do notário, que, após se consolidar como costume, acabou se tornando norma positiva.

3.2 Possibilidade de criação do direito pelo notário brasileiro

Falamos sobre as fontes do direito, ressaltando a importância do costume, dentre as fontes reconhecidas em nosso ordenamento, pois é através do costume que a atividade criadora do notário se apresenta mais notadamente. Outra forma de criação do direito pelo notário se dá quando ele atua como intérprete, mas sobre esse assunto nos ocuparemos no próximo item; pois, não raro, tais práticas repetitivas – ou costume – acabam recebendo normatização através do Poder Legislativo, como anteriormente mencionado.

Cumpre destacar, por oportuno, que de maneira alguma se está sugerindo neste estudo que o notário passe arbitrária e indiscriminadamente a criar normas de direito, desrespeitando ou atropelando regras preexistentes. O notário deve pautar o desempenho de sua atividade seguindo as normas legais disponíveis, principalmente aquelas contidas no Código Civil, que é seu instrumento imprescindível, senão o principal. Ocorre que, assim como o direito é um fenômeno social muito mais amplo do que se pode compilar em códigos e leis, e mais, essencialmente mutável, como são os fenômenos sociais, é extremamente fácil concluir que por vezes a norma não lhe suprirá a dúvida, não lhe dirá como proceder naquele caso específico. Nesse caso, sim, baseado em seus conhecimentos técnicos, na proximidade que tem com a sociedade e seus membros, poderá o notário criar o direito. Através da mediação entre o convívio direto com os membros da sociedade e as práticas nela afloradas, a legislação positiva e a própria jurisprudência, cabe ao notário desempenhar sua função, formalizando atos, redigindo instrumentos públicos, recebendo a vontade das partes e a tornando juridicamente válida e eficaz.

Por outro lado, cabe salientar que não é a qualquer costume que se pode atribuir caráter de norma costumeira. Nesse sentido Carlos Maximiliano[44] aponta

(43) Paulo Dourado de Gusmão faz questão de ressaltar que no sistema continental há uma subordinação do costume à lei, sendo que aquele não pode contrariá-la e não admite o desuso da lei (op. cit., p. 135).

(44) Op. cit., p. 193.

os requisitos que se fazem necessários para que o costume seja reconhecido como fonte de direito, senão vejamos:

"Sempre se consideraram indispensáveis alguns requisitos para que estilos, praxes, usos tomassem o caráter de norma costumeira; deveriam ser 'uniformes, públicos, multiplicados por longo espaço de tempo e constantemente tolerados pelo legislador'. Só prevalecem quando certos (suscetíveis de prova da sua existência), consentâneos com a razão e o bom senso, acordes com a lei escrita, mantidos por dilatado tempo, ininterruptamente e sem variações perceptíveis, com aquiescência geral (indisputados, portanto). Em resumo: têm valor jurídico uso, ou costume, diuturno, constante, uniforme e não contrário ao direito vigente".

Há situações, entretanto, em que o aplicador do direito, no caso o notário, poderá não encontrar no ordenamento jurídico norma legal para determinada situação. Diante dessa hipótese, caberá ao notário desempenhar sua função como caberia ao juiz, recorrendo às outras fontes que lhe estão disponíveis e que são reconhecidas pela legislação.

Mutatis mutandis, já que estamos falando sobre criação de direito, interessa verificar o significado do vocábulo *criar* no dicionário. Para o verbo criar, encontramos as seguintes definições: "tirar do nada, transformar, educar; gerar; inventar; produzir; cultivar; instituir; fundar". Para o caso da atividade notarial, entendemos que os melhores significados para o verbo criar, ou seja, aqueles que realmente têm identificação com a função notarial, são os de: transformar, produzir, cultivar e o de instituir. A criação como transformação dá-se quando o notário traduz um comportamento social já solidificado em uma prática relacionada a sua atividade. Como exemplo disto podemos citar, no caso do Brasil, a formalização da escritura pública contendo declaração de união estável. A união estável já é uma prática social reconhecida constitucionalmente e equiparada ao casamento. Todavia, diferentemente do casamento, não possui documentação no Registro Civil de Pessoas Naturais. Dessa circunstância decorre o fato de que, por ocasião de demandas judiciais, como, por exemplo, o inventário, a prova da união estável geralmente é feita através de testemunhas ou de outros documentos que não uma certidão com fé pública.

Para suprir essa ausência e principalmente os anseios da sociedade, os notários começaram a redigir escrituras públicas contendo a declaração de que os comparecentes vivem em união estável. Tal documento possui a característica de documento público, com presunção de veracidade *juris tantum*, e revestido de fé pública decorrente da assinatura do notário. Ora, com esse exemplo fica clara a existência de uma atividade criadora por parte do notário.

Partindo da afirmação muito pertinente de Edgar Bodenheimer,[45] propomos uma reflexão comparativa entre a função judicial e a do notário, para concluir que

[45] "Considerando que a principal função do juiz é resolver questões cujas raízes estão no passado, não podemos, por um princípio de ordem geral, atribuir-lhe plena participa-

enquanto aquele trabalha na resolução de questões cujas raízes estão no passado, ao notário cumpre a tarefa de contribuir com a construção da ordem jurídica do futuro, na exata medida em que, ao produzir um ato notarial, deve levar em conta as relações dele decorrentes, e que se projetam para o futuro.

O modelo positivista do iluminismo racionalista, buscando evitar as arbitrariedades do antigo regime, apresentava o seguinte enunciado: *dura lex, sed lex*; traduzindo-se "é necessário que a justiça tenha olhos vendados, que não veja as conseqüências do que faz".[46]

O fracasso do ideal positivista deu-se em função de que a aplicação do direito deve ser informada pela capacidade de valorização dos fatos em razão das normas, cujo sentido precisa ser aferido em conexão com a intrínseca variabilidade do contexto histórico cultural para que foram concebidas e cuja evolução precisam acompanhar.[47]

Com essas observações queremos deixar registrado o entendimento de que o juiz é criador de direito, o que por muitos pensadores e doutrinadores foi e ainda é negado, sem se conceber sua atividade como a de ser a boca da lei. Reconhecendo-se, pois, a atividade do juiz como criadora do direito, é perfeitamente possível aceitar a atividade criadora do notário e até mesmo do advogado, no desempenho de suas atribuições. Superada essa questão, e admitindo-se a função criadora do juiz, como primeiro passo para afirmar a também atividade criadora pelo notário, passamos a analisar as diferenças no âmbito de atuação deste e daquele, utilizando os sábios ensinamentos de Carlos Nicolás Gattari.

Gattari, convencido da atividade criadora do juiz, afirma que o direito não nasce apenas com a sentença prolatada pelo juízo.[48] Refere que pautar a criação do direito pela sentença é tão esdrúxulo, que significaria o mesmo que dizer que a saúde nasce nos hospitais.[49] O autor refere que o notário desempenha suas ativi-

ção na tarefa de construir a ordem jurídica do futuro. De modo geral, deve êle conservar-se dentro dos moldes da estrutura social existente, e trabalhar com os materiais que o passado e o presente lhe forneçam" (op. cit., p. 427).

(46) Plauto Faraco de Azevedo, *Aplicação do direito* ..., p. 120.

(47) Plauto Faraco de Azevedo leciona: "Só superando o modelo positivista é possível ver-se adequadamente a aplicação do direito e, nela, o processo hermenêutico por inteiro, isto é, reclamando 'uma palavra (escrita ou oral) ou uma prática, que constitui seu objeto; um autor, o intérprete; métodos destinados a atingir o objetivo buscado; e, ademais, a consideração do contexto histórico-social no qual esta operação se realiza" (op. cit., p. 122 e 123).

(48) "A individualização e concreção do direito se realiza tanto pela decisão judicial quanto pelo negócio jurídico formalizado pelo notário" (*Prática notarial*. vol. 4, p. 75).

(49) "Si el derecho logra su función esencial por lo antijurídico y si su misma existencia depende del hecho ilícito, deberíamos levantar un agradecido monumento al infractor. Como consecuencia, reducir la vivencia del derecho sólo al tribunal es creer que la salud florece en los hospitales" (op. cit., p. 178).

dades de acordo com a norma legal, contribuindo para criação do direito concreto ao redigir com suas próprias palavras, técnicas ou costumes o contrato que instrumentaliza ao interpretar e adequar a vontade das partes, realizando as mesmas operações com as mesmas normas legais que aplica o juiz. Haveria, desse modo, uma semelhança nas duas atividades, em que pese serem um tanto distintas. De modo que, se a crítica ao positivismo se funda no fato de ser impraticável a tarefa do juiz como mero 'aplicador' de uma regra (boca da lei), mais ainda se torna inviável tal tarefa ao notário, já que a essência de sua atribuição implica a adaptação, adequação e interpretação da vontade das partes para formalização do instrumento público.

No que diz respeito às diferenças entre a função judicial e a função notarial, podemos destacar a independência do notário – reafirmada no item 2, em que deixamos claro que não se trata o mesmo de servidor público. Assim, enquanto a atividade criadora judicial se depara com no mínimo cinco limites dificilmente suscetíveis de serem ultrapassados, segundo Plauto Faraco de Azevedo,[50] o notário possui uma independência no exercício de sua atividade, independência essa que decorre de lei que a concede e reconhece, que possibilita a criação do direito.

Em suas conclusões, Gattari esclarece que a criação do direito pode ocorrer de três maneiras diferentes: pela aplicação da norma legal, pela interpretação da norma legal ou pela integração da norma legal. Ressalta que a maioria dos autores reconhece como criadores do direito apenas o legislador e o juiz, e o juiz atua *a posteriori*, utilizando a norma legal e o contrato pré-constituídos. Por outro lado, menciona que a vontade formalizada pelas partes sob a forma de contrato se torna *lei entre as partes*, fazendo nascer um dever de submissão a essa lei. A partir disso, conclui que o notário, ao aplicar, interpretar e integrar a norma, utiliza exatamente a mesma metodologia que o juiz para criação do direito, colaborando para a criação do direito na medida em que tem competência, qualificação e legitimidade para formalizar a vontade das partes. Nesse ponto, chama atenção o autor para o fato de que o notário cria o direito antes do juiz, pois o aplica, interpreta e integra antes daquele. Afirma, ainda, que, em sua atividade criadora, o notário é muito mais livre que o juiz, já que atua sobre a situação jurídica presente e futura, enquanto o juiz somente pode criar sobre a situação jurídica preexistente.[51]

(50) "Primeiro, a atividade do juiz é circunscrita pelo espírito da ordem jurídica, de que derivam diretrizes fundamentais que plasmam, em maior ou menor medida, todas as instituições que a integram. Segundo, a atividade judicial cinge-se, em regra, aos dados do caso *sub judice*. Terceiro, das decisões dos juízes cabe recurso para instâncias diversas, hierarquicamente organizadas, em cujo ápice encontram-se os tribunais constitucionais, que têm por missão velar pelo cumprimento das leis. Quarto, a atividade judicial é sempre fiscalizada pelo advogado, o órgão do Ministério Público e pelos juízes da instância superior. Não se pode esquecer que a atividade judicial se desdobra em uma carreira, para cuja ascensão a ofensa contumaz às leis seguramente não beneficia. Quinto, nos juízos colegiados, o pensamento do juiz precisa, em certa medida, ajustar-se ao de seus pares (Op. cit., p. 121).

(51) Op. cit., p. 178-179.

4. O notário criador de direito *x* legislador

4.1 A interpretação como atividade criadora

Os autores que se dedicam ao estudo do direito notarial apontam como sendo uma das funções do notário a interpretação da lei e da vontade das partes, como já vimos nos itens anteriores.

Juridicamente, a interpretação define-se como a declaração precisa do conteúdo e do sentido das normas.[52] Para a escola de exegese, também conhecida como método tradicional, o intérprete deve se limitar a pesquisar a vontade do legislador.[53] Em contraposição, temos o pensamento desenvolvido por François Gény, que criou a chamada técnica da livre investigação científica do direito, para quem o objeto de estudo do intérprete é a vontade legislativa, e não a vontade do legislador.[54] Na obra datada de 1902, François já refere que por vezes a lei escrita será completada pelos costumes. Mesmo assim, haverá pontos em que o jurisconsulto poderá não encontrar resultados claros nem na lei nem nos costumes, e terá de pensar diretamente na natureza das coisas, questionando a si próprio os elementos sociais que deverão norteá-lo. Para ele, todos os elementos de investigação social devem desempenhar seu papel na interpretação jurídica, cabendo ao intérprete saber reconhecer o valor próprio de cada um e, assim, classificá-los. Chama a atenção para o fato de ser inútil pretender enquadrar todas as soluções necessárias em um sistema de teoremas precisos e denominados pela lógica pura, sendo necessário não perder de vista o fato de que a natureza dos problemas a serem resolvidos deixará sempre um lugar à apreciação subjetiva do intérprete.[55]

Eduardo Espínola afirma que a finalidade da interpretação não é apenas reconhecer o pensamento do legislador, mas determinar o verdadeiro sentido das normas jurídicas, declarando-lhes seu conteúdo. O autor segue expondo que, para alguns autores, e cita Paula Batista, somente as leis obscuras necessitariam de interpretação. Espíndola mesmo se posiciona contrariamente àqueles, afirmando que inexiste distinção entre leis enunciadas com precisão ou leis obscuras, podendo qualquer uma delas ser objeto de interpretação, admitindo que até os costumes podem ser objeto de interpretação.[56] Também entendendo que toda a lei tem e deve ser interpretada, mesmo quando clara, encontra-se Paulo Dourado de Gusmão. O autor[57] refere que a obscuridade não é condição da interpretação.

(52) Conforme leciona Eduardo Espínola, op. cit., p. 175.

(53) Paulo Dourado de Gusmão refere como representantes desta escola Demolore, Laurent, Marcadé e Baudry Lacantinerie e cita a seguinte afirmativa de Laurent: "Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; o direito está escrito nos textos autênticos. (Op. cit., p. 273).

(54) Op. cit., p. 274.

(55) *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, p. 615.

(56) Op. cit., p. 176.

(57) Op. cit., 279.

Segundo Mauro Capelletti,[58] cabe ao intérprete dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, que se constitui em símbolo do ato de vida de outra pessoa. O autor refere que a interpretação legislativa ocorre da mesma forma que a interpretação das artes ou da literatura, e cita como exemplo a comparação entre a música e a lei. No caso da música, por exemplo, cada intérprete traduzirá os símbolos que compõem a partitura – símbolos universais – com suas variações e nuances individuais, e isto acontecerá independentemente do fato de o intérprete permanecer fiel ao texto que tem diante de si. Por conseqüência, o intérprete será sempre forçado a ser livre.[59]

Para Clóvis Beviláqua, interpretar a lei é revelar o pensamento que anima suas palavras.

Cumpre esclarecer que, quando se fala em interpretação legislativa e de vontade, consideramos como ultrapassado o pensamento ligado ao positivismo normativo, sobre o qual traçaremos algumas observações aliadas aos críticos das tradições justinianas e montesquianas. No que diz respeito ao reconhecimento da atividade interpretadora dos operadores do direito, em que pese termos plena convicção da existência e da necessidade da mesma, referimos que muitos doutrinadores, ainda influenciados pelas idéias iluministas, se recusam a admiti-la.

Vejamos, então, rapidamente os fundamentos e a ideologia do positivismo normativo, para que fique claro nosso repúdio a tal sistema. O positivismo veio como tentativa de solução para acabar com as decisões arbitrárias que passaram a ser comuns no período antigo. Juntamente com o ideal da separação dos poderes,

(58) *Juízes legisladores*, p. 22.

(59) "Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e, pois, de criatividade mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, 'aplicá-los' e 'realizá-los', em novo e diverso contexto, profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein com as também geniais, mas diversas, de Cortot, Gieseking ou de Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas" (p. 21 e 22).

estava a definição do âmbito da atividade de cada um dos poderes, sendo que todos deveriam funcionar harmoniosamente, de forma independente e autônoma, sem haver interferência de um no campo de atuação do outro. Dentro dessa concepção, ao Poder Legislativo cabia a elaboração de leis claras e precisas, para que o Poder Judiciário pudesse desempenhar seu papel único e exclusivo de "dizer o direito". Assim, do ponto de vista positivista, o juiz não tinha atribuição, nem poder, e porque não dizer, nem necessidade de interpretar a lei, já que esta lhe vinha às mãos com clareza e precisão incontestáveis. Ainda seguindo este raciocínio, se o Poder Judiciário não podia interpretar, assim também não o podiam fazê-lo os outros aplicadores do direito, como o notário, por exemplo.[60] Como mencionado, tal posicionamento nasceu sob a influência da tradição justiniana e montesquiana que reconhecia no juiz uma atividade puramente cognoscitiva e mecânica, limitando-se, no desempenho de sua atividade, a ser a "inanimada boca da lei".[61] Quando a existência de uma atividade interpretativa era reconhecida, os autores ressalvavam que a mesma era única e a correta.

Os movimentos contra o positivismo jurídico nasceram principalmente a partir da metade do século XX, como leciona Ovídio Araújo Baptista da Silva,[62] representados por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique*, de François Gény[63] em França, para citarmos alguns. Aliás, como já mencionamos os fundamentos do método de François Gény, interessa mencionar seu argumento às críticas lançadas a seu pensamento. Sobre essas críticas, especialmente aquela que acusa o método de abrir espaço para a arbitrariedade, o autor esclarece que no sistema do positivismo jurídico existe apenas uma ilusão daqueles que acreditam haver uma interpretação estrita dos textos legais, pois, na realidade, a

(60) Nesse sentido, Mauro Capelletti menciona o comentário do juiz inglês Lord Reid de que em tempos passados "entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito".

(61) Nesse sentido é enriquecedora a lição de Mauro Capelletti, op. cit., p. 32, *verbis*: "Justiniano procurou coibir todo comentário jurídico ao seu Corpus Juris, e assim impedir que no futuro os juristas, 'com sua verbosidade', causassem confusão à acabada clareza de sua legislação. Codex, I, 17, 12. Tentativa similar, com proibição aos juízes de interpretar as leis e a instituição do *référé législatif*, que de modo utópico reservava ao legislador tal interpretação, foi realizada pelos legisladores da Revolução Francesa, sob a influência, entre outras, da filosofia de Rousseau e Montesquieu".

(62) *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 197.

(63) "Aun bajo su forma positiva, el Derecho se nos ofrece como un conjunto de reglas, nacidas de la naturaleza de las cosas, y que deben ser deducidas por medio de una interpretación, más o menos libre, de los elementos sociales que aquél tiene por objeto ordenar en vista del bien común. Directamente inspirado por la justicia y la utilidad general, su esencia le pone muy sobre las fuentes formales, que no son más que revelaciones empíricas destinadas solamente à dirigir los juicios humanos de manera más precisa; pero, en sí, siempre incompleta é imperfectos" (op. cit., p. 614).

partir do pensamento concreto do legislador não se encontra na lei nada além do que nela se quer pôr.[64]

Discordando totalmente do pensamento iluminista e aderindo ao pensamento divulgado pelas modernas escolas mencionadas, entendemos que tanto o juiz quanto qualquer operador do direito atuam na condição de intérprete, e nessa interpretação acabam criando direito. Para enriquecer nossa argumentação citamos a obra de Mauro Capelletti, dedicada exclusivamente ao estudo sobre a atividade criadora dos juízes, que entendemos ser também aplicável ao notário. O autor italiano, ao explicar que os termos interpretação e criação não são antagônicos, esclarece que no desempenho da atividade de interpretação do direito legislativo sempre haverá criação.[65] Refere, ainda, a revolta contra o formalismo como razão para o reconhecimento da atividade criativa no âmbito judiciário.

Com muita propriedade, também, estão as críticas lançadas contra o positivismo formuladas por Ovídio Araújo Baptista da Silva, na obra *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. O doutrinador faz uma análise profunda acerca da mudança pela qual o sistema de direito passou ao longo dos séculos, desde o direito romano, que é a base para todo o direito moderno e atual. Fixando sua crítica no âmbito do processo civil, o autor ataca os ideais positivistas, demonstrando que eles são totalmente inadequados para o direito.[66]

Eduardo Espínola[67] explica que para os adeptos à escola do direito livre algumas leis são rígidas e não suportam interpretação; entretanto, há leis suscetíveis de complementação, leis que são destinadas a receber do intérprete o desenvolvimento que o legislador não podia dar.

Sobre a importância da atividade interpretadora nos fala Clóvis Beviláqua:[68]

"O intérprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um fato da evolução jurídica. É certo que a sua opção é limitada pelo próprio edito da lei, e se êste recusa aceitar as modificações sociais, o intérprete nada mais tem que fazer senão esperar que o legislador retome a sua emprêsa atrasada

(64) Op. cit., p. 617.

(65) "Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade" (op. cit., p. 20).

(66) "Como igualmente já dissemos, a ideologia da ordinariedade, consagrada através do Processo de Conhecimento, assenta-se no falso pressuposto – que constituíra o sonho de Leibniz – de que moral e o direito sejam tão demonstráveis como qualquer teorema matemático; e que a norma jurídica, fruto de um legislador iluminado, sendo por isto tão compreensivelmente clara, haveria de ter, invariavelmente, sentido unívoco, e a sentença, sendo produto de um juízo de certeza, teria de representar a única solução correta. Ora, uma tal concepção do fenômeno jurídico, já seriamente questionada a partir do início do nosso século, tornou-se, nos últimos cinqüentas anos, precisamente, na segunda metade do século XX, desenganadamente anacrônica" (op. cit., p. 197).

(67) Op. cit., p. 196.

(68) Apud Eduardo Espínola, op. cit., p. 197.

e, enquanto esse momento não chega, pedir à razão jurídica que lhe revele a norma a seguir".

Por outro lado, há que se ter em mente que os diversos intérpretes não são seres inanimados; ao contrário, carregam convicções e ideais que lhes são intrínsecos e que inevitavelmente exercem influência quando da interpretação. Nesse sentido se destaca a sábia lição de Espínola,[69] ao referir que pode a lei apresentar diferentes significados por seus intérpretes, senão vejamos:

"É que como fator principal, se vê que é diversa a forma de entender uma mesma norma por vários intérpretes que chegam a resultados diferentes, quando só um dêles pode chegar ao que pensou o legislador, se é que algum assim o fez".

A este respeito, Ovídio Araújo Baptista da Silva[70] cita que até mesmo Kelsen, considerado a maior expressão do normativismo moderno, já admitia que a norma jurídica pode ter diversas interpretações permitidas e legítimas, senão vejamos, *verbis*:

"... a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no acto do aplicador do direito... A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) e que a justiça (correção) jurídico-positivista desta decisão é fundada na própria lei. Configura-se o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de classificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do direito apenas tivesse de pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade..." (*Teoria pura do direito*, 3. ed. portuguesa. Coimbra, 1974, p. 467).

Assim, considerando que o notário é operador do direito e trabalha diretamente com a lei, e, portanto, considerando que a atividade interpretadora traz em si a criação, sua atividade criadora também se revela através da interpretação.

4.2 O notário intérprete e criador do direito

No item anterior esclarecemos as razões pelas quais entendemos que o positivismo jurídico se mostra insuficiente e inadequado para a aplicação do direito. Também, já esboçamos nosso entendimento no sentido de considerar o notário, como operador do direito, um intérprete. No caso do notário haverá interpretação tanto da vontade das partes, que será traduzida e formalizada no instrumento público, quanto da lei, que é o instrumento por ele utilizado no exercício de sua função delegada. Por outro lado, seguindo a lição de Mauro Capelletti, considera-

[69] Op. cit., p. 185.

[70] Op. cit., p. 197 e 198.

mos que quando houver atividade interpretadora, haverá criação, pois esta é ínsita àquela.

A atividade interpretadora do notário existirá em diferentes hipóteses, podendo-se afirmar que quando o notário está diante de uma norma legal e busca seu conteúdo e sentido, estará realizando atividade interpretadora. Do mesmo modo, estará interpretando e, portanto, criando, quando se deparar com uma situação de inexistência de norma, ou quando houver lacuna na lei.

Concordamos em parte com os ensinamentos de autores como Paula Batista, de que há determinadas normas que são rígidas e não propiciam vasta interpretação. Todavia, intencionalmente ou não, em muitos casos a norma se apresenta aberta, possibilitando e até exigindo uma complementação, que necessariamente ocorrerá através da interpretação.

Desse modo, quando no exercício de sua função o notário se deparar com uma situação em que não haja norma jurídica expressa, deverá recorrer às outras normas, à analogia, ou até mesmo aos costumes para suprir a lacuna ou para complementar o que a norma deixou em aberto.

Por outro lado, vítima dos excessos do positivismo, nosso ordenamento em alguns casos peca pelo excesso de formalismo, apresentando preceitos legais totalmente fechados e rígidos, exigindo do notário e dos operadores do direito uma posição mais conservadora. Vale lembrar, todavia, que nesse caso novamente o costume desempenha um papel relevante, por que são vários os exemplos de normas contidas em nossos Códigos que perderam sua vigência por total desuso, decorrente certamente da incompatibilidade com a realidade contemporânea. Outra situação com a qual o notário pode se deparar, assim como pode o juiz ou outro operador do direito, é a lacuna. E quando se deparar com um caso em que não houver lei, código, doutrina ou jurisprudência sobre o assunto, o notário deverá recorrer à analogia. A analogia, conforme nos explica Paulo Dourado de Gusmão, é a aplicação de um princípio jurídico, estatuído para um caso a outro que, ainda que não seja idêntico, é semelhante ao previsto pelo legislador, informando, ainda, que a doutrina reconhece dois tipos de analogia: a *analogia legis* e a *analogia juris*. No primeiro caso é tomado um caso similar; no segundo, uma matéria análoga.[71]

Cumpre sempre ressaltar que a interpretação pelo notário deve obedecer o critério discricionário, estando absolutamente afastada a hipótese de interpretação arbitrária. Cremos que a observância desse critério se faz através da fiscalização direta realizada pela Corregedoria Geral de Justiça. Quando interpreta a lei, o notário não pode se limitar apenas ao texto e às palavras; deve ter em mente as necessidades sociais e as exigências da justiça e da eqüidade. Assim, entendemos que a interpretação não pode ser apenas formal, devendo ser, antes de tudo, real, humana e principalmente útil. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Paulo Dourado de Gusmão,[72] quando afirma, *verbis*:

(71) Op. cit., p. 288.

(72) Op. cit., p. 280.

"... o sentido atual da norma tem que ser compatível com o texto interpretado e com o resto do sistema jurídico. Portanto, a letra da lei interpretada e o sistema jurídico, a que ele pertence, limitam a liberdade do intérprete. Há um momento em que o intérprete não pode ir além, momento em que não pode mais atualizar, sob pena de abandonar o direito constituído, para criar direito, a pretexto de interpretá-lo. Isso porque a norma tem potencialidades limitadas, que acabam sendo esgotadas".

Até este ponto, procuramos demonstrar que efetivamente o notário é criador de direito. Cria através dos costumes, de forma quase que natural, pois tem contato intenso com a sociedade e contato saudável, ou seja, no momento muito anterior ao litígio, no momento que antecede inclusive a formação das obrigações. Cria, ademais, ao interpretar a vontade das partes que diante dele comparecem, e cria ao interpretar a legislação vigente, trabalhando, neste sentido, como verdadeiro mediador que instrumentaliza as vontades de acordo com a lei, sempre com total imparcialidade.

A importância do reconhecimento de uma atividade criadora no âmbito da função notarial está relacionada com a própria situação do direito em nosso País, que é dramática. O Poder Legislativo há muito não tem dado conta de cumprir com seu papel, sendo que muitas vezes as leis editadas, quando entram em vigor já não mais atendem às necessidades sociais. Exatamente por isso o Poder Executivo tem incessantemente legislado, através da edição de medidas provisórias, que de provisórias nada têm, eis que acabam se eternizando e funcionando como se leis fossem. A par disso, podemos citar o quadro caótico por que passa o Poder Judiciário, que não dá conta de julgar o demasiado número de processos. Ainda sobre as leis, não nos esqueçamos da avalanche de reformas, que, sem escrúpulos, são enxertadas nos códigos para "maquiar" aquilo que não dá mais para disfarçar. Dentro de todo este contexto, tem sobressaído toda e qualquer forma extrajudicial de solução de conflitos, sendo a prevenção o maior trunfo dos membros de nossa sociedade. Por isso, e exatamente por isso, a função notarial, muitas vezes depreciada, é extremamente importante e deve ser destacada e reconhecida. O notário, ao contrário do juiz, desenvolve todo o seu trabalho antes do litígio, e com isso se encontra em situação privilegiada e, ao mesmo tempo, de grande responsabilidade. Quanto maior for a confiança dos membros da sociedade na pessoa do notário, maior será sua intervenção na realização dos negócios jurídicos, e maior será a segurança das pessoas que negociam. Sendo a atividade notarial uma função estatal delegada, cumpre ao notário observar regras muito semelhantes às que o juiz observa, especialmente no que diz respeito à imparcialidade, havendo razão de sobra para o incentivo ao "uso" do notário e para sua valorização junto à sociedade. O reconhecimento da atividade criadora tem por finalidade precípua a diminuição da enorme distância entre as leis e os fatos sociais.

A atividade criadora de direito do notário deve se desenvolver incessantemente, sendo seu dever receber os elementos do meio exterior – social – e elaborá-los para em seguida projetá-los por meio dos instrumentos que formaliza.

Ademais, é preciso ter em mente que o notário, no exercício de suas funções, atua diretamente na chamada jurisdição voluntária, e isto é reconhecido pelos doutrinadores mais respeitados dos diversos ordenamentos jurídicos.

5. A ata notarial – um exemplo de criação de direito pelo notário

No item 2 nos ocupamos em demonstrar que a atividade notarial se desenvolve com autonomia e independência, ressaltando nosso entendimento de que o notário, em que pese desempenhar função delegada do Estado, não é servidor público, e portanto não está submetido ao regime e aos princípios aos quais os servidores públicos estão sujeitos. Nos itens 3 e 4 expusemos as razões que nos levam a crer na existência de atividade criadora de direito pelo notário, atividade criadora que ocorre através da interpretação dos textos legais e da vontade das partes e através da utilização dos costumes, que constituem fonte de direito reconhecida em nosso ordenamento.

Para comprovar efetivamente que o notário cria direito, trazemos como exemplo prático um instituto que, após uso reiterado pelos notários brasileiros no desempenho de suas atividades em resposta a uma necessidade dos membros da sociedade, tornou-se regra legislativa. Trata-se da ata notarial, que foi inicialmente regulamentada pela Consolidação das Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1990, e, a partir de 1994, passou figurar no Capítulo II, Seção II, da Lei Federal 8.935, de 18.11.1994.

O Estado do Rio Grande do Sul foi o precursor, ao tomar a iniciativa de normatizar a ata notarial na Consolidação das Normas da Corregedoria Geral de Justiça, através do Provimento 3/90, que inseriu nos arts. 638, 639 e 640 as seguintes redações, *verbis*:

"Art. 638. Ata notarial é a narração de fatos verificados pessoalmente pelo Tabelião".

"Art. 639. A ata notarial conterá:

a) local, data de sua lavratura e hora;

b) **nome e qualificação** do solicitante;

c) narração circunstanciada dos fatos;

d) declaração de haver sido lida ao solicitante, e, sendo o caso, às testemunhas;

e) assinatura do solicitante, ou de alguém a seu rogo, e, sendo o caso, das testemunhas;

f) assinatura e sinal público do Tabelião."

"Art. 640. Cópias de atas notariais serão arquivadas em pasta especial no Tabelionato."

Os artigos supracitados são o resultado de uma intensa negociação do Colégio Notarial do Rio Grande do Sul com a Corregedoria Geral de Justiça do Estado

até a aceitação de proposta que criou dispositivos legais para o instituto, reforçando-se que o mesmo há muito já integrava o âmbito da prática notarial.

A Lei Federal 8.935/94, em que pese reconhecer a ata notarial na seção que trata da competência e das atribuições do notário, foi muito tímida e se limitou a mencionar a competência do notário para autenticar fatos (art. 6.°, III) e lavrar atas notariais (art. 7.°, III), não havendo qualquer outra menção ao instituto. Vejamos os artigos:

"Art. 6.° Aos notários compete:

(...)

III – autenticar fatos".

"Art. 7.° Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

(...)

III – lavrar atas notariais."

Sabemos que são poucos os Estados de nossa Federação que se preocuparam em legislar sobre o assunto, seja pela edição de lei estadual, seja através de provimento ou resolução de suas Corregedorias, havendo, ainda, uma lacuna legislativa. Para resolver essas questões não previstas em lei, cabe ao notário recorrer aos ensinamentos da doutrina estrangeira, onde certamente obterá orientações significativas, já que em vários países a ata notarial recebeu atenção maior do legislador, podendo citar-se o México, por exemplo, país em que a ata notarial está prevista com maior detalhamento na própria lei notarial.[73] Aplicando, então, a analogia e os costumes, o notário, quando solicitado, redigia documento contendo a narrativa relativa a um fato que este presenciou.

Cumpre mencionar que os artigos constantes na Consolidação das Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul e até mesmo a singela referência na legislação federal são a prova concreta da atividade criadora de direito que o notário desenvolve no desempenho de suas funções. Dizemos isto baseados no fato real de que a regulamentação legislativa do instituto se deu em resposta a uma prática que se repetia reiteradamente na rotina de trabalho dos notários. Aliás, para comprovar que a utilização da ata notarial é muito anterior a sua legislação, fazemos questão de transcrever nesta oportunidade os arts. 39 e 40 do Anteprojeto de Lei Notarial elaborado pelo Colégio Notarial do Brasil, Secção do Rio Grande do Sul, datado de 1978, *verbis*:

[73] Citamos o art. 82 da Lei Notarial mexicana, que conceitua e define a ata notarial com bastante clareza e precisão: "Art. 82. Acta notarial es el instrumento original autorizado, en el que se relaciona un hecho o acto jurídico que el notario asienta en el protocolo, bajo su fe, a solicitud de parte interesada" (B. Perez Fernandez del Castillo, *Derecho notarial*, p. 323).

"Art. 39. Reputam-se verdadeiros os fatos narrados por tabelião em ata notarial, a requerimento do interessado ou de ofício, e que ele pessoalmente tenha verificado".

"Art. 40. A ata notarial conterá:

I – se a requerimento:

a) local e data de sua lavratura;

b) nome e qualificação de quem a solicitou;

c) narração circunstanciada dos fatos;

d) declaração de ter sido lida ao solicitante, e, sendo o caso, às testemunhas, ou de que a leram;

e) assinatura do solicitante, e, sendo o caso, das testemunhas, bem como do tabelião, encerrando o ato.

II – se de ofício:

a) local e data de sua lavratura;

b) narração circunstanciada dos fatos;

c) assinatura do tabelião.

Parágrafo único. Recusando-se o solicitante a assinar a ata a requerimento, o tabelião declarará a circunstância antes de subscrever."

Pois em 1978 já havia um movimento liderado pelo Colégio Notarial do Rio Grande do Sul, voltado para criação de dispositivos legais na lei notarial, que dispusessem acerca da ata notarial. Chama atenção, inclusive, o fato de que a redação proposta, como se verá mais adiante, parece-nos bem mais coerente, completa e significativa, em relação àquela efetivamente constante na atual Lei Federal.

Algumas questões merecem atenção quando se trata da ata notarial, especialmente o cuidado que se deve ter em diferenciá-la da escritura pública, que constitui um dos documentos mais conhecidos de competência do notário, senão o mais conhecido. A doutrina refere como principal diferença entre a ata notarial e a escritura pública o fato de que naquela o notário faz uma narrativa de atos ou fatos que estão acontecendo ou aconteceram e que foram ou são por ele presenciados. Já na escritura pública, o notário é responsável pela elaboração de um documento contendo a declaração de vontades de pessoas, constituindo, assim, um negócio jurídico. Na doutrina estrangeira podemos citar Carlos Emérito González,[74] que aponta outro autor como sendo o que melhor diferencia a ata notarial e a escritura pública – Nuñez Lagos. Este, em síntese, explica que as atas notariais declaram um fato que não constitui uma declaração de vontade, ao passo que a escritura tem por conteúdo justamente uma declaração de vontade, que constitui um negócio jurídico.

(74) *Derecho notarial*, p. 332.

A doutrina estrangeira também se preocupa em classificar as atas em dois tipos distintos, reconhecendo a existência das atas de percepção e das atas de protocolização, de notificação ou de requerimento.[75] Em nosso ordenamento tal distinção inexiste. O artigo da Consolidação de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul menciona apenas que as atas notariais são a narração de fatos, dando-nos a idéia de que em nosso ordenamento somente existem atas notariais de percepção.

Merece destaque a determinação constante no art. 640 da Consolidação das Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, que se refere à forma pela qual a ata notarial será mantida no tabelionato, determinando que o notário deverá arquivar cópia da ata que confeccionar em pasta especial. Ora, quando o legislador determinou o arquivamento em pasta especial, afastou o arquivamento da ata notarial nos livros de notas, livros típicos nos quais são protocolados os instrumentos públicos confeccionados pelo notário. Há dúvida quanto à razão ou à justificativa para afastar o arquivamento da ata notarial nos livros notariais.

Outra observação importante está relacionada também à forma de arquivamento, que reflete na própria qualidade da ata como documento público ou particular, pois no caso dos instrumentos públicos, como as escrituras públicas, o documento original fica protocolado no livro de notas e as cópias ou traslados dele extraídos são fornecidos às partes ou aos interessados. Já no caso da ata notarial isso não acontece. O notário simplesmente fica com uma cópia da ata notarial, que será arquivada em um arquivo especial, e o original será entregue ao solicitante/requerente. Como conseqüência, podemos referir que, permanecendo sob a forma de protocolo em livro de notas, a ata notarial tem sua função pública reforçada, pois deixa de ser patrimônio do particular (solicitante) para ser propriedade pública, que permanece sob os cuidados do notário.[76] Entendemos que, por medida de segurança e inclusive para que a ata notarial possa ser considerada

(75) "Las actas han sido motivo de clasificación doctrinal y legislativa, González Palomino considera que hay dos tipos de actas:

a) Las que documentan una actividad 'pasiva' (frase paradójica pero clara) del notario; una percepción. Son las actas de presencia.

b) Las que documentan una actividad 'activa' del notario: actas protocolización de notificación o de requerimientos" (Del Castillo, op. cit., p. 323).

(76) A respeito da importância do protocolo, citamos a lição de Enrique Gimenez-Arnau, *Introducción al derecho notarial*, p. 285, *verbis*: "En cierto sentido puede decir-se que el Protocolo es público, en cuanto, como veremos, no es un patrimonio propio del Notario, sino un depósito que el Estado le confía como consecuencia de la función. Mas este carácter público, mejor dicho, de propiedad pública que tiene el Protocolo, no equivale a que haya de serlo su contenido: una cosa es la solemnización o intervención oficial en los actos privados de los que infiere a quien corresponde la propiedad del Protocolo y otra cosa es que los actos protocolizados.... Es decir, el Notario es un depositario del Protocolo, que le guarda en razón de su función. El establecimiento de esta doctrina afecta para nada a la conservación que, contrariamente a lo que antaño ocurría, es más segura".

instrumento público, da mesma forma que a escritura pública o é, a lei deveria ter determinado seu protocolo em livro de notas do tabelionato. Esse é procedimento adotado em outros países, e, em nossa opinião, não há razão para que esse não seja o procedimento aqui.

A preocupação com relação à forma de arquivamento da ata notarial tem razão de ser, pois a ata notarial pode alcançar uma importância muito grande quando considerada como prova pré-constituída confeccionada por agente que tem fé pública, especialmente se tivermos em mente a relevância do papel da prova em nosso ordenamento jurídico. A menção se dá, pois nosso sistema processual ainda tem como herança a tradição de que o verdadeiro processo é o de conhecimento – aquele com a maior amplitude e profundidade em matéria de prova, levando ao juiz a uma cognição plena. Tal posição nos dias de hoje se mostra altamente discutida, mas não podemos esquecer que ainda é a vigente no sistema processual civil brasileiro. Reforçando o caráter probatório da ata notarial, o autor chileno Eugênio Gaete Gonzalez, em obra dedicada exclusivamente à ata notarial, esclarece que a mesma serve como prova pré-constituída, que antecede a existência de algum processo, tendo, assim, verdadeiro sentido cautelar.[77]

Retomamos o parágrafo em que referimos a possibilidade de o legislador ter determinado o protocolo da ata notarial em livro de notas, equiparando-a, deste modo, à escritura pública, pois, em que pese a existência de divergência no ordenamento jurídico pátrio, entendemos que a ata notarial é um instrumento público. Para justificar essa posição, adotamos a classificação dos instrumentos públicos proposta por Carlos Emérito González. Para este autor, os instrumentos públicos podem ser administrativos, judiciais e notariais, sendo que o instrumento público notarial pode ainda ser classificado em principal ou secundário.[78] Os instrumentos públicos principais são representados pelas escrituras públicas, instrumentos que contêm atos ou negócios jurídicos e que permanecem arquivados no tabelionato. Os instrumentos públicos secundários referem-se àqueles que não ficam arquivados, como, por exemplo, as autenticações, o instrumento de aprovação de testamento cerrado e as próprias atas notariais. A partir da orientação do art. 640 da Consolidação de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, podemos afirmar que no Estado do Rio Grande do Sul as atas notariais são instrumentos públicos secundários.

Observando o conceito atribuído por Cláudio Martins ao termo instrumento, verificamos que, após referir que o mesmo possui sentido extenso, afirma sua definição jurídica como ato escrito capaz de produzir efeitos jurídicos.[79] Se considerarmos essa definição, então a ata notarial também se constitui instrumento

(77) "... pues están salvaguardando, cautelando los derechos particulares ya sea para lograr un acuerdo fuera de juicio sea para posteriormente servir de medios de prueba tutelares, esto es dentro de la relación procesal contenciosa"(*Actas notariales*, p. 22).

(78) Op. cit., p. 321.

(79) *Direito notarial, teoria e técnica*, p. 113.

público, pois não haverá quem possa negar-lhe a capacidade de produzir efeitos jurídicos.[80]

Antonio Augusto Firmo da Silva[81] afirma que instrumento público para nosso ordenamento jurídico é a escritura pública, que representa genericamente os atos e negócios jurídicos de competência notarial. O autor destaca, ainda, que o instrumento público notarial obedece sempre normas impostas por lei, regulamentos e provimentos, revestindo-se de forma legal.[82] Mais uma vez, a partir desses ensinamentos é possível concluir que a ata notarial constitui um instrumento público, no caso, secundário, pois tem forma legal – o art. 639 CNCGJ determina os requisitos da ata notarial –, mas não está protocolada nos livros de notas do tabelionato, já que o art. 640 da CNCGJ determina que a ata notarial deverá ser arquivada em pasta especial.

Para Carlos Emérito González[83] o instrumento público notarial tem três requisitos essenciais: a) a configuração do instrumento; b) as partes contratantes; c) o notário. A configuração do instrumento diz com a forma legal e a redação, sendo que esta última deverá obedecer a uma seqüência lógica. Sobre as partes contratantes, devem ser observadas a identificação, a capacidade e a outorga. Por último, faz-se necessária a firma do notário, portador de fé pública, elemento este essencial para dar autenticidade ao instrumento. Tomando esses requisitos, concluímos que a ata notarial em nosso ordenamento jurídico é instrumento público, eis que: obedece uma forma legal, sendo exigida uma seqüência lógica na narrativa do notário; há determinação legal para constar na ata notarial o nome e a qualificação do solicitante, além da sua assinatura; e, por fim, a assinatura e sinal público do notário.

O autor espanhol Enrique Gimenez-Arnau,[84] ao tratar das classes dos documentos notariais, divide-os em documentos notariais com valor de instrumento público e sem valor de instrumento público. Os documentos notariais com valor de instrumentos públicos são classificados em: protocolizados, que abrangem os originais e as cópias de escrituras e atas em sentido estrito; e não protocolizados,

(80) Neste sentido citamos a lição de Walter Ceneviva, ao comentar o inc. III do art. 6.° da Lei 8.935/94, op. cit., p. 44, *verbis*: "O verbo autenticar é aqui vinculado ao termo fatos. Significa a confirmação pela autoridade da qual o notário é investido, da existência e das circunstâncias que caracterizam o fato, enquanto acontecimento juridicamente relevante. Quando uma certa ocorrência possa dar origem a direitos, passa a ser considerada fato jurídico, capaz de provocar efeitos em atos ou negócios jurídicos. Assim é, por exemplo, com a escritura de comparecimento, em que a parte afirma, sem contraditório, apresentar-se ao serviço notarial, dizendo estar cumprindo tal ou qual atividade, para preservar direito próprio ou de terceiro".

(81) Op. cit., p. 63.

(82) Op. cit., p. 66.

(83) Apud Firmo da Silva, op. cit., p. 66.

(84) Op. cit., p. 251.

que incluem todas as atas em sentido amplo, incluindo-se as legalizações, as autenticações de firma, as certidões de existência e vigência de leis e as traduções. A partir dos ensinamentos do autor, é possível verificar que o mesmo considera as atas notarias correspondentes à narrativa de fatos como documento público com valor de instrumento público, já que as mesmas não se encontram enumeradas no rol das atas em sentido amplo. O autor esclarece, ainda, quais tipos de atas são protocoladas e quais deixam de ser protocoladas, ressaltando que tanto umas quanto as outras são verdadeiros instrumentos públicos.[85]

Firmo da Silva[86] refere que para Clóvis Beviláqua instrumento público é o escrito por oficial público, no âmbito de suas atribuições, observadas as formalidades legais. Levando em conta que a ata notarial está prevista em dois artigos distintos da Lei Federal – arts. 6.º, III, e 7.º, III –, que definem as atribuições e competências do notário, não resta dúvida de que a mesma é instrumento público.

Cumpre ressaltar que Antônio Albergaria Pereira,[87] ao comentar o art. 7.º, III, da Lei 8.935/94, faz referência que a ata notarial deve ser registrada no livro de notas do notário, o que nos parece ser mais do que lógico, com a devida *venia*.

No que diz respeito ao conteúdo da ata notarial, Eugênio Gaete Gonzalez menciona que somente poderão ser elaboradas atas relativas a fatos que não atentem contra a moral, os bons costumes ou a ordem pública, ou seja, que representem o exercício lícito de um direito. Como exemplo, o autor refere que o notário não poderá invadir uma propriedade privada sem autorização do dono para fazer a narrativa de um fato, sob pena de estar ultrapassando os limites próprios do

(85) "De la clasificación que hemos hecho del instrumento público en este mismo capítulo (1) se desprende que de acta se puede hablar en un sentido amplio y en un sentido restringido. Con arreglo al primer criterio se pueden clasificar así: incorporadas al Protocolo – actas de presencia, actas de referencia, actas de notoriedad, actas de protocolización, actas de depósito; no incorporadas al Protocolo – testimonios por exhibición, testimonios en relación, testimonios de vigencia de leyes, testimonios de existencia, testimonios de legitimidad de firmas, legalizaciones, fes de vida, traducciones de documentos" (Op. cit., p. 273).

(86) Op. cit., p. 67.

(87) "Aí está uma inovação estabelecida na apreciada lei. Essa competência notarial leva-nos a conceituar 'Ata Notarial', como sendo o registro pelo notário em seu livro de notas da ocorrência de um Fato Jurídico, fato esse que pode ser natural ou voluntário. É uma distinção que ora fazemos entre escritura notarial e ata notarial, para, clareando nosso entendimento sobre a distinção feita, deixar expresso que, para nós, a escritura deve ser destinada ao registro de Atos Jurídicos e a Ata Notarial deve registrar Fatos Jurídicos em qualquer de suas modalidades. *Tudo deve ser registrado no livro de notas do notário, que, ante a liberdade que a lei lhe dá de organizar sua notaria, pode ele, se assim entender, ter um livro de notas para o registro de escrituras; um livro de procurações para registro dos mandatos outorgados; um livro de testamentos para registro dos testamentos que lavrar e dos termos de aprovação de testamentos cerrados e agora, também um livro de notas para registro de atas notariais*" (Op. cit., p. 35).

exercício de suas funções. Praticando uma conduta como essa, o notário estaria desrespeitando o princípio da legalidade. Outro dever a ser observado está relacionado ao princípio da inescusabilidade, ou obrigatoriedade, pelo qual o notário não pode se escusar ou deixar de atuar naqueles assuntos para os quais é solicitado. No Chile, conforme informa o autor, esse princípio encontra ressalva apenas na justa causa e na competência. Por último, deverá o notário cumprir com seu dever de objetividade e de observância das formas. Isso significa que, na elaboração da ata, o notário não poderá efetuar apreciações ou emitir opiniões pessoais subjetivas a respeito dos fatos de que está tomando conhecimento. Nesse sentido, o autor destaca que se trata de tarefa dificultosa, especialmente quando o profissional estiver diante da elaboração de uma ata de percepção.[88]

Tais deveres são da maior relevância. Todavia, não há sequer uma referência a eles em nossa legislação. Nem por isso o notário poderá deixar de observar esses cuidados quando da elaboração da ata notarial, eis que totalmente compatíveis com os princípios que regem a atividade notarial no Brasil.

Como elementos formais gerais da ata notarial, Eugênio Gaete Gonzalez cita: a) o requerimento; b) ato material de comprovação; c) a narração expositiva; d) a documentação anexa; e) a autorização de ata. Vejamos o que significam estes elementos e no que eles são compatíveis com as exigências contidas em nossa legislação. Explica ele que o requerimento é exigido, já que o notário não pode atuar *ex officio*, mas esclarece que este poderá ser escrito ou oral, que deverá ser sempre lícito e que deverá sempre constar na ata. A letra *e* do art. 639 da CN-CGJRS menciona que a ata notarial deverá conter a assinatura do solicitante, levando-nos a concluir que o requerimento é implícito, e, não havendo determinação expressa, poderá ser escrito ou oral. O autor esclarece que o ato material de comprovação é a realização material do requerimento, que poderá ocorrer através da observação de fatos – nas atas de percepção; ou através das atas de certificação. O ato material constitui o fato ou os fatos sobre os quais recai a ata e que deverão ser redigidos pelo notário, formando a ata propriamente dita. Tal elemento não consta expresso nos artigos que cuidam da ata notarial em nosso ordenamento, mas parece natural que o fato a ser narrado precise existir para a elaboração da ata. A narração expositiva é definida como o ato pelo qual o notário faz o traslado do ato material de comprovação para o documento escrito, de forma precisa e objetiva.[89] Nesse caso o art. 639, *c*, é claro ao mencionar que ata notarial conterá a narração circunstanciada dos fatos. Sobre a documentação que deverá acompanhar a ata, Eugênio[90] refere que cabe ao notário avaliar a necessidade e a conveniência do acompanhamento de documentos com a ata. Novamente aqui nossa legislação foi omissa. Entretanto, entendemos que o notário é efetivamente a pessoa mais adequada para avaliar a necessidade e a conveniência de eventuais

(88) Op. cit., p. 59.
(89) Op. cit., p. 78.
(90) Op. cit., p. 83.

documentos que possam acompanhar a ata notarial. Por fim, temos que a autorização é representada pela firma do notário, de modo a fazer-se autor daquele instrumento. Afirma, assim, que é o ato formal pelo qual o notário passa a ter responsabilidade como autor da ata, passando a responder por ela. Pois este é o último requisito exigido, à letra *f* do art. 639 da CNCGJRS.

Até aqui entendemos já haver demonstrado que a ata notarial é um exemplo claro e inequívoco de criação notarial, que teve por conseqüência a posterior intervenção legislativa. Assim como a ata notarial, há outros exemplos do quanto criativa pode ser e é a atividade desenvolvida pelo notário, que merece todo o respeito e a atenção do legislador, eis que constitui rica fonte de interação entre os membros da sociedade e o Estado. Aproveitamos a oportunidade para consignar nossa opinião de que a ata notarial é, sim, instrumento público, que pode e deve ser amplamente divulgado para utilização pelos membros da sociedade, eis que seu valor probatório é inquestionável, e fica aqui a sugestão de alteração do art. 640, para que a ata notarial possa ser protocolada em livro de notas do tabelionato, como nos parece ser mais adequado. Em realidade, o ideal seria que a Lei Federal 8.935/94 dispusesse mais minudentemente sobre os requisitos para a feitura da ata notarial, adequando, assim, a lei às práticas já desenvolvidas no dia-a-dia do fazer notarial brasileiro.

6. Perspectivas de desenvolvimento da função criadora do notário

6.1 Em face da evolução legislativa no âmbito privado

A atividade notarial no Brasil, em que pese estar diretamente relacionada ao ramo do direito civil, incidindo especialmente no âmbito das obrigações, das sucessões e do direito de família, entre outros, é anterior à promulgação do Código Civil. Oportuno lembrar que antes da elaboração de uma legislação sob a forma de código contendo as normas cíveis, em nosso ordenamento vigiam as disposições prescritas nas Ordenações, herdadas de Portugal.

O autor do projeto aprovado que veio a se tornar o Código Civil brasileiro foi Clóvis Beviláqua, e a data da promulgação da Lei 3.071 foi 1.º.01.1916. Parece-nos indiscutível que pelo menos parte das disposições contidas nesta lei, ao longo dos anos, foi se tornando inócua, e por mais que haja uma tendência natural de se perpetuar o *status quo*, é impossível pretender que as regras do século passado em sua integralidade se mantenham inalteradas e adequadas com as necessidades da sociedade atual. Certo também é que a lei jamais poderá prever tudo, uma vez que se trata de uma previsão genérica e abstrata. Justamente por isto, alguns dispositivos do diploma civil sofreram alterações, que em alguns casos se deram através da promulgação de novas leis ordinárias, de alterações no texto constitucional, e em outras pelo próprio desuso pelos aplicadores do direito de determinadas disposições incompatíveis com a realidade. Cumpre destacar, entretanto, que esta é uma constatação em nível mundial, pois, examinando a obra *Doctrina notarial*

internacional,[91] que contém as recomendações e conclusões de todos os XXII Congressos Internacionais do Notariado do Tipo Latino, verificamos que, por exemplo, o tema relacionado aos regimes matrimoniais foi objeto de discussão no II Congresso, realizado em Madrid – 1950; no VII Congresso, realizado em Bruxelas – 1963; no VIII Congresso, realizado no México – 1965; no XIII Congresso, realizado em Barcelona – 1975; e no XVIII Congresso, realizado em Montreal – 1986, o que prova que o direito civil está em constante mutação e que os notários se preocupam em acompanhar e discutir essas mudanças. Não seria exagero, aliás, afirmar que, diante dos avanços tecnológicos com velocidade cada vez mais assombrosa, este Congresso poderia se realizar todos os anos, e assim mesmo as matérias jamais estariam esgotadas e sempre nos depararíamos com alterações significativas.

A prática notarial é inegavelmente afetada sempre que tais alterações ocorrem, de forma que se uma lei nova altera as regras da capacidade civil, o notário terá de observar esse novo preceito, respeitando as regras de vigência da lei no tempo e espaço.

Como exemplo de dispositivos do Código Civil que foram totalmente alterados por lei ordinária e pela Constituição da República Federativa do Brasil, podemos citar o Título I do Livro I do Código Civil que trata do casamento. Até o advento da chamada Lei do Divórcio, o casamento era instituição que apenas se desfazia com a morte de um dos cônjuges. A Lei 968, de 10.12.1949, previa apenas o desquite, que, todavia, não dissolvia o casamento. Posteriormente veio nova alteração legislativa, com o advento da Lei 6.515, de 26.12.1977, trazendo como novidade a dissolução do casamento pelo divórcio.[92] Atualmente, no âmbito das relações familiares, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 equiparou a união estável ao casamento,[93] e na prática notarial o que tem acontecido é o comparecimento de casais que vivem em união estável para declarar essa situação através de escritura pública, o que pode ser muito bem comparado à certidão de casamento, expedida pelo Registro Civil. Tal escritura, como mencionado em item anterior, é extremamente importante, pois constitui prova por instrumento público, assegurando direitos legais em caso de falecimento de um dos companheiros. Além disso, podem os contratantes dispor sobre as conseqüências patrimoniais dessa união.

Outra situação fática que tem sido amplamente discutida pelos juristas pátrios e até internacionalmente, é a união de pessoas do mesmo sexo e sua reper-

[91] p. 121.

[92] "Art.2.º A sociedade conjugal termina:

(...)

IV – pelo divórcio.

Parágrafo único. O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio."

[93] "Art. 226 (...)

cussão nas relações familiares – de sucessão e adoção, por exemplo. Nesse caso também cumpre ao notário se manter atento e, em nossa opinião, participar ativamente de tais debates, pois ele, sim, pode trazer informações valiosas e contemporâneas dos anseios que atormentam a sociedade. Da mesma forma, é ele quem acaba encontrando soluções que se prestam à finalidade que pretendem as partes quando o procuram, pois se a lei não reconhece o direito à sucessão para os companheiros do mesmo sexo, tal problema tem sido resolvido através da doação da metade disponível, ou mediante disposições testamentárias. Se é a melhor, acreditamos que não, pois quem vive como se casado fosse, e isso é a própria Constituição que afirma, deve ser considerado casado, e, portanto, deve ter o direito à sucessão reconhecido.

O regime legal de bens também é matéria sujeita a alterações freqüentes, sendo que em nosso ordenamento antes era instituído como regime legal o da comunhão total de bens, depois substituído pelo regime da comunhão parcial de bens, que vige atualmente.[94] Para o caso de os nubentes optarem por outro regime que não o da comunhão parcial, a legislação determina que o contrato seja feito por escritura pública.[95]

O Código de Processo Civil também tem passado por alterações significativas, e, em termos notariais, a atenção deve estar sempre direcionada às questões

§ 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facultar sua conversão em casamento.

§ 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

(94) "Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que celebrarem com infração ao estatuído no art. 183, n. XI a XVI (art. 216).

II – do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos.

III – do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos do art. 183, n. XI, com consentimento do tutor.

IV – de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, n. XI, n. III, 426, n. I, e 453).

(95) "Art. 256 (...).

Parágrafo único. Serão nulas tais convenções:

I – não se fazendo por escritura pública."

Ainda:

"Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:

I – nos pactos antenupciais e nas adoções".

probatórias. O sistema probatório em nosso ordenamento é bastante amplo, propiciando às partes a utilização de meios modernos e de novas tecnologias. O art. 362 do CPC determina a aceitação de todos os meios de prova, legais e moralmente aceitos, como se verifica:

"Art. 362. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

Como o notário tem papel importantíssimo na formação da prova dos negócios jurídicos, pode *criar* novos meios a serem utilizados futuramente em caso de existir um litígio. Para exemplificar, citamos um caso concreto ocorrido no 1.º Tabelionato de Novo Hamburgo, em que ao notário foi solicitada a confecção de uma ata notarial, tendo esta por objeto a narrativa do conteúdo de uma página da Internet. O notário acessou a página e narrou todo seu conteúdo, anexando à ata uma via impressa da página da *web*. O requerente, então, possui uma ata notarial contendo uma narrativa com fé pública que poderá ou não ser utilizada futuramente em litígio, sendo indiscutível o caráter probatório e a legalidade de tal documento, constituindo o mesmo, em nossa opinião já anteriormente defendida, um documento público, nos termos do art. 364 do CPC, que dispõe, *verbis*:

"Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram na sua presença".

Importante mencionar a lição de Egas Moniz de Aragão,[96] que conceitua o documento público como aquele que se forma perante o oficial público, seja ele escrivão, tabelião ou funcionário.

Por fim, interessa destacar que o notário pode ser uma peça da maior importância para a expansão em nosso País das técnicas de mediação, uma vez que constitui elemento intrínseco de sua função a atividade de conciliar os interesses das partes, agindo sempre como terceiro imparcial e desinteressado em favorecer qualquer um dos comparecentes. Com os conhecimentos que lhe são exigidos e pela característica de verdadeira jurisdição voluntária que o notário desenvolve, quando, por exemplo, é autorizado a fazer um arrolamento extrajudicial, que somente é submetido à homologação em juízo, não há razão para afastar do rol de suas atribuições, a de mediador responsável pela solução amigável de conflitos. Por outro lado, tal solução mais do que conveniente se mostra necessária, pois ao mesmo tempo que nossos juízes e desembargadores não têm condições físicas ou materiais para atender a demanda de processos que lhe são apresentados, da mesma forma a sociedade ainda se sente muito insegura com a idéia de permitir que um agente privado possa ser o responsável pela decisão de um conflito. Reconhecendo o Estado esta tarefa ao notário, resolveria os dois problemas expostos.

[96] Apud Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. II, p. 38.

Com isso, deixamos claro que a atividade notarial antecede até mesmo a codificação das normas do direito civil, ao menos em nosso ordenamento jurídico, o que por si só demonstra a importância dessa atividade para o direito e os membros da sociedade e que acompanha a evolução legislativa, adaptando-se às novas regras, quando não, criando-as.

6.2 *Em face do desenvolvimento das técnicas contratuais e das técnicas de documentação dos atos e dos contratos*

A função notarial, para que permaneça como instrumento útil dentro do meio social, além de se adaptar às novas normas legislativas, precisa se adequar às novas tecnologias. Sabemos que isso nem sempre é fácil, principalmente em um país extenso como o nosso, onde as disparidades são gritantes. Se no âmbito estadual é possível constatar diferenças gigantescas entre os estabelecimentos notariais, quiçá no âmbito federal. Ao passo que alguns notários se empenham e esforçam para disponibilizar as tecnologias de ponta, outros colegas precisam se esforçar para manter o serviço em funcionamento. A situação decorre principalmente do fato de as comarcas possuírem potenciais econômicos muito diversificados, e pelo fato de que o notário somente conta com os recursos financeiros recebidos pela prática dos atos notariais, ou seja, quem tem mais trabalho, ganha mais. Com a tabela determinando o custo dos atos notariais através da lei de emolumentos de cada Estado da Federação, cabe a cada notário titular administrar e organizar seu estabelecimento, não havendo repasse de qualquer valor pelo Estado para o exercício da função delegada. Assim, é inevitável que em algumas localidades, nas quais a atividade é intensa, os ganhos e o investimento também o sejam.

O que acontece, então, é que o notário titular de um estabelecimento com movimento intenso tem condições de melhor se aparelhar, utilizando os recursos mais modernos. O resultado disso beneficia a todos: os próprios clientes, membros da sociedade, terão a sua disposição um serviço mais ágil, eficaz, rápido e com uma margem de erro cada vez menor; os notários, que poderão arquivar com maior facilidade os documentos que são de sua responsabilidade, terão condições de atender melhor seus clientes e, com isso, melhorarão a qualidade de seus serviços cada vez mais.

Parece-nos não haver dúvida de que o principal recurso a possibilitar uma infinita e ainda desconhecida gama de benefícios é a informática. A revolução tecnológica com o surgimento do computador nos últimos cinqüenta anos invadiu a realidade de nossas vidas de forma assustadora. Nesse aspecto, o computador tem ocupado um lugar de destaque, cada vez mais inserido na estética e nas práticas empresariais e comerciais. Se a informática tem sido extremamente útil e já quase imprescindível nas atividades burocráticas, especialmente financeiras, não se pode negar os benefícios que pode proporcionar em outras áreas, como por exemplo na educação e na simples comunicação a longa distância (termo este que já tem questionada inclusive a existência).

Para a atividade notarial, o computador se mostra útil para resolver uma série de problemas: desde a solução para o acúmulo do volume de documentos à solução para questão da conservação dos mesmos, até a forma de armazenamento e conferência de dados.

No 1.º Tabelionato de Novo Hamburgo, por exemplo, o sistema de autenticação de documentos está totalmente informatizado, é é utilizada, inclusive, a identificação por meio de fotografia digital e coleta eletrônica da impressão digital. Assim, quando uma pessoa comparece no estabelecimento notarial para fazer uma ficha, esta é confeccionada através do armazenamento dos dados do cliente no computador juntamente com a impressão digital e uma fotografia feita pela câmera digital, na mesma oportunidade. Os dados ficam registrados e podem ser facilmente acessados pelo funcionário quando a pessoa retornar para autenticar firma por autenticidade ou por semelhança. Esse sistema não tem previsão legal específica, mas prova a atividade criadora de direito do notário e, quem sabe, antes do que se imagina vai estar previsto legalmente. Em realidade, a lei permite, genericamente, ao notário, utilizar quaisquer meios tecnológicos ao seu alcance, para a realização de suas funções. A partir daí, o notário cria tal tipo de solução mencionada.

Outra atividade que hoje conta com a intervenção da informática é a lavratura de protestos; neste caso a legislação já menciona e autoriza a utilização da microfilmagem, disco ótico e outros meios, como recurso tecnológico para arquivamento dos dados. A Lei 9.492, de 10.09.1997, que define a competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, no Capítulo XII traz as disposições relativas aos livros e arquivos, e seu art. 32 dispõe:

"Art. 32. *O livro de Protocolo poderá ser escriturado mediante processo manual, mecânico, eletrônico ou informatizado,* em folhas soltas e com colunas destinadas às seguintes anotações: número de ordem, natureza do título ou do documento de dívida, valor, apresentante, devedor e ocorrências".

O art. 34 menciona a microfilmagem:

"Art. 34. Os índices serão de localização dos protestos registrados e conterão os nomes dos devedores, na forma do § 4.º do art. 21, vedada a exclusão ou omissão de nomes e de protestos, ainda que em caráter provisório ou parcial, não decorrente do cancelamento definitivo do protesto.

§ 1.º Os índices conterão referência ao livro e à folha, ao microfilme ou ao arquivo eletrônico onde estiver registrado o protesto, ou o número do registro, e aos cancelamentos de protestos efetuados".

Da mesma forma os notários de todo o mundo estão preocupados em usar os meios tecnológicos disponíveis para facilitar as relações comerciais entre as pessoas e, preocupados, especialmente, em poder assegurar a confiança de seus ser-

viços. O sistema de criptografia assimétrica[97] tem sido objeto de estudo cada vez mais detalhado, buscando-se sempre uma alternativa mais segura e com menor chance de invasão, justamente para que as pessoas possam cada vez mais transmitir dados em rede mundial com privacidade e preservação da integridade. Os estudos relacionados ao documento eletrônico e assinatura digital têm sido acompanhados de perto pelos notários e juristas, já que, em se tratando de pessoa à qual o Estado confiou uma função delegada e que carrega consigo a responsabilidade de dar fé pública notarial àquilo que faz, nada mais coerente do que atribuir ao notário a função de certificar os documentos eletrônicos.

O assunto é complexo e não nos permite um aprofundamento nesta oportunidade, mas merece toda a atenção dos membros do Legislativo e dos próprios notários, pois para que o documento eletrônico circule e cumpra sua função, é necessário que alguém se responsabilize por sua certificação, sendo, assim, muito perigoso deixar que um ente privado se encarregue dessa função. A questão é então, o Estado reconhecer ao notário mais esta atribuição: a emissão de certificados de verificação para documentos eletrônicos. Para que fique claro no que consiste tal atribuição, vamos mencionar a definição de alguns conceitos fundamentais em termos de documento eletrônico.

Augusto Tavares Rosa Marcacini, professor de direito processual civil e membro da Comissão de Informática da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em trabalho intitulado "O documento eletrônico como meio de prova", fala da função que denominou "cibernotário", traçando as seguintes considerações:

"Se mesmo hoje já é possível vislumbrar o uso eficaz de assinaturas digitais, as perspectivas que se abrem são ainda mais promissoras. O futuro estabelecimento de normas próprias para regulamentar o uso de assinaturas digitais tornará seu uso mais difundido. Possivelmente surgirá desta regulamentação a função do 'cibernotário', ou seja, um oficial dotado de fé pública, que poderá certificar com a sua assinatura as chaves públicas de outras pessoas, ou certificar outros atos praticados em meio eletrônico. Como a chave pública do cibernotário deverá ser notória, ou facilmente aferível, ficará mais fácil certificar a autenticidade de chaves públicas. A expedição, pelo cibernotário, de um 'certificado de autenticidade' irá conferir presunção de autenticidade às chaves públicas que certificar, tornando mais seguras as relações jurídicas travadas por meio da Internet."

Como é possível concluir, o sistema de assinatura digital, para que seja seguro, necessita da certificação por um terceiro não contratante que confira a auten-

[97] A criptografia assimétrica utiliza duas chaves, geradas pelo computador, e uma delas é denominada chave pública e a outra, chave privada. A chave privada deve ser mantida em sigilo pelo usuário, enquanto a chave pública deve ser amplamente divulgada. As chaves são dois números, que servem, em síntese, um para desfazer o que o outro faz. Através da criptografia, uma mensagem que foi cifrada pela chave pública não pode ser decifrada com a própria chave pública; da mesma maneira, uma mensagem cifrada pela chave privada somente poderá ser decriptada pela chave pública.

ticidade da referida assinatura. Com base nessas assertivas, também é possível concluir que não existe pessoa mais adequada que o notário para fazer essa certificação, eis que agente público, dotado de fé pública, imparcial, e que por natureza certifica. Logicamente que a questão não se apresenta tão fácil quanto parece, até porque a assinatura digital não se aproxima em nada do conceito de assinatura convencional, constituindo-se aquela de um número, resultado de uma complexa operação matemática – logaritmo – que tem como variáveis o documento eletrônico e a chave privada, detida pelo signatário com exclusividade. Da mesma forma, a assinatura digital de uma mesma pessoa será diferente para cada documento assinado, pois, constituindo este uma das variáveis do logaritmo, o seu resultado será diverso para cada documento.

7. Considerações finais

Após o desenvolvimento das pesquisas e exame da situação notarial em nosso País, especialmente no que respeita à função criadora de direito, é possível afirmar, sem sombra de dúvidas, que no Brasil há espaço, sim, para o desenvolvimento dessa característica, essencial para completar, de forma integral, aquela que, a meu juízo, é a principal função do notário: a social.

No desempenho de nossa atividade, enfrentando o dia-a-dia das questões que nos são trazidas para exame, no papel de intérprete da vontade das pessoas que nos procuram, na busca do entendimento profundo daquilo que realmente aflige o usuário de nossos serviços, está sempre presente a questão social ampla, que tem no notário a perspectiva clara de um encaminhamento satisfatório.

Não é possível admitir-se um notário que desempenhe sua atividade de maneira burocrática, preenchendo formulários, seguindo modelos de escrituras, reproduzindo maneiras de redigir seus atos, de acordo com situações anteriores, de outras pessoas, em outro tempo, e que nunca são exatamente iguais, até porque as pessoas não são as mesmas, e são diferentes as circunstâncias, os sentimentos, as aspirações, as dúvidas, os questionamentos, as preocupações, a ansiedade, as incertezas, enfim, tudo que as leva a procurar no notário a solução de tudo. Lembro de uma ex-funcionária de meu antecessor e mestre notarial, Carlos Luiz Poisl, reconhecido internacionalmente como tal, e que era sua ajudante-substituta. Algum tempo após ter sido eu contratado para a função de substituto do tabelião e determinado a ela a lavratura de ato, de acordo com minuta por mim elaborada, assim se manifestou: "Mas Flávio, isso não pode ser assim. O seu Carlos fez um modelo para mim, há mais de dez anos, e essa é a maneira correta de praticar tal ato. Não posso seguir tua minuta! Preciso copiar o modelo". Com calma e habilidade, precisei explicar àquela senhora (muito mais experiente e com mais idade do que eu, e que tinha sido minha chefa, anos antes, enquanto eu era aprendiz notarial), que os tempos agora eram outros, que eu tinha formação jurídica adequada, que havia examinado o caso em concreto, que entrevistara os interessados, e que minha minuta continha a expressão jurídica compatível com a vontade e as

necessidades dos solicitantes do serviço. E afinal, determinei a lavratura daquele ato, segundo minha redação, usando, também, da autoridade técnica e administrativa que me tinha sido conferida pelo mestre.

Assim é que, se de um lado, deve o notário buscar no direito positivo o enquadramento adequado ao caso em concreto, não pode descurar, de outro, de sua verdadeira missão, que não se limita a isso, que não se encerra na atividade intelectual e técnica, que, na realidade, vai muito além disso, quando se sensibiliza com as emoções e sentimentos, com as circunstâncias que envolvem cada questão e cada pessoa que o procura.

E nessa missão, no exercício desse nobre mister, motivado pelo que denomino de "dever interior", irá o profissional consciente da atividade notarial que exerce ultrapassar os limites burocráticos e gramaticais da aplicação legislativa. Para que, seja no exercício profundo de sua capacidade hermenêutica, seja no preenchimento de lacunas do direito legislado, seja, ainda, na verdadeira criação de solução especial para o caso em concreto, independentemente de previsão legal específica, atinja resultados concretos para os interessados e realize plenamente sua função social, dentro dos princípios próprios preconizados pelas resoluções da União Internacional do Notariado Latino.

Bibliografia

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. 174 p.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. 230 p.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito – Filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. 443 p.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 197 p.

BRUHL, Henry Lévy. *Sociologia do direito*. 2. ed. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997/2000, 141 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. 134 p.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. São Paulo: Saraiva, 1999. 264 p.

CÉSAR, José Maria de Almeida; PEDROTTI, Irineu Antônio. *Serviços notariais e de registro*. São Paulo: Leud, 1996. 281 p.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL/RS. *Lei notarial*. Porto Alegre: AGE, 1978. 38 p.

DEL CASTILLO, Bernardo Pérez Fernández. *Derecho notarial*. México: Porrúa, 1983. 380 p.

———. *Doctrina notarial internacional*. México: Porrúa, 1999. 219 p.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1960. 1.º vol. 341 p.

GATTARI, Carlos Nicolás. *El objeto de la ciencia del derecho notarial.* Buenos Aires: Depalma, 1969. 154 p.

———. *Práctica notarial.* Buenos Aires: Depalma, 1988. vol. 4. 184 p.

GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo.* Madrid: Hijos de Reus, 1902. 638 p.

GIMENEZ-ARNAU, Enrique. *Introducción al derecho notarial.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944. 323 p.

GONZALEZ, Carlos Emérito. *Derecho notarial.* Buenos Aires: La Ley, 1971. 789 p.

GONZALEZ, Eugênio Alberto Gaete. *Actas notariales.* Santiago: La Ley, 1993. 161 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 550 p.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. "O documento eletrônico como meio de prova". Disponível em: <http://www.advogado.com>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001. vol. 5. t. II.

MARTINS, Cláudio. *Direito notarial – Teoria e prática.* Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974. 246 p.

———. *Teoria e prática dos atos notariais.* Rio de Janeiro: Forense, 1979. 360 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. 503 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* São Paulo: RT, 1987.

MORALES, Francisco de P. *El notariado, su evolución y principios rectores.* México: De Letras, 1994. 158 p.

NALINI, José Renato. *Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar.* São Paulo: RT, 1997. 100 p.

PARIZATTO, João Roberto. *Serviços notariais e de registro.* Brasília: Brasília Jurídica, 1995. 348 p.

PEREIRA, Antonio Albergaria. *Comentários à Lei 8.935, dos serviços notariais e registrais.* São Paulo: Edipro, 1995. 167 p.

PUGLIESE, Roberto J. *Direito notarial brasileiro.* São Paulo: Leud, 1989. 146 p.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 188 p.

REVISTA de Derecho Notarial. México: Imprenta Aldina, 1994. 169 p.

RIBEIRO, Benedito Silvério; LOBO JÚNIOR, Hélio; AQUINO, José Carlos G. Xavier de; CHICUTA, Kioitsi; ORLANDI NETO, Narciso; DIP, Ricardo Henrr Marques; JACOMINO, Sérgio; AMADEI, Vicente de Abreu. *Serviços notariais e de registro.* São Paulo: Anoreg-SP, 1996. 272 p.

SEGOVIA, Francisco Martinez. *Función notarial, estado de la doctrina y ensayo conceptual.* Buenos Aires: Ejea, 1961. 306 p.

SILVA, Antônio Augusto Firmo da. *Compêndio de temas sobre direito notarial.* São Paulo: Bushatsky, 1979. 125 p.

3. ESTUDOS NOTARIAIS

3.3

DOCUMENTO DIGITAL – Autenticação notarial ou ato de registro?

PAULO ROBERTO DE CARVALHO RÊGO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A natureza pública do serviço extrajudicial delegado – 3. A autenticidade – Autenticação de cópias reprográficas e a autenticação de originais – 4. A ilegitimidade da autenticação notarial de documentos digitais – 5. O procedimento defendido pelos que apóiam a autenticação de cópia de documento digital por Tabelião de Notas – 6. A adoção da ata notarial para validar o conteúdo de instrumentos digitais – 7. A comparação entre os serviços prestados em RTD e nos Tabelionatos de Notas – 8. A utilidade do reconhecimento de firma como certificação de documento digital – 9. O arquivamento de documentos digitais por empresas privadas – 10. Conclusões.

1. Introdução

Com o advento da tecnologia digital, temos sido surpreendidos com o natural aceno ao público, por parte de alguns dos nossos segmentos, pretendendo alargar os limites de suas atribuições, algumas vezes, até, no único intuito de oferecer melhores e mais modernos serviços à coletividade.

Como conseqüência desse salutar interesse em melhor servir ao público destinatário dos serviços, temos visto, entretanto, a invasão de colegas sobre atos de atribuição específica dos Oficiais de Registro de Títulos e Documentos, o que, por óbvio, assusta e cria animosidades no seio de nossa já tão atacada família, como se pudessem coexistir atribuições "sobrepostas" nos segmentos extrajudiciais.

A verdade, todavia, quer nos parecer que não é essa.

Assim é porque, na realidade, a adoção do *meio* digital não veio para alterar, em nada, as atribuições cometidas aos tabeliães (de notas e de protesto) e aos registradores (civis de pessoas naturais ou jurídicas, de títulos e documentos e de imóveis). O *meio* digital é, assim como o *meio* papel, mero *meio* para instrumentalizar os atos e negócios jurídicos, sendo aplicáveis àquele as mesmas normas hoje já aplicadas a esse.

Temos, portanto, como regra primeira, que o que era realizado através do *meio* papel continuará a ser realizado através do *meio* digital, sem que, com isso, os serviços sofram qualquer alteração, principalmente, no que toca às atribuições de cada segmento dos serviços extrajudiciais.

Tanto assim que o legislador, em sua grande sabedoria, ao vislumbrar a adoção do *meio* digital, em momento algum fez qualquer menção às Leis 6.015/73 e 8.935/94, não tendo demonstrado mesmo nenhuma intenção de revogar seus dispositivos e nem mesmo alargar o alcance desses, sabedor que é de sua desnecessidade, eis que inexiste qualquer impossibilidade de adequação do novo *meio* aos serviços já descentralizados e atribuídos naqueles diplomas legais.

É certo que alguns profissionais do serviço extrajudicial, no esforço em defender novas teses, têm buscado arrimo em legislação e doutrina alienígena, como se houvesse nova tese jurídica a defender, olvidando, por certo, que o nosso direito não abraça o regramento que disciplina, por exemplo, o notariado latino.

Reflexo disso, também por exemplo, está no atual regramento argentino, que busca dar ao notariado a atribuição para a lavratura de atas notariais para a constituição em mora no tocante a títulos de crédito, o que no nosso direito é atribuição específica dos Tabeliães de Protesto. Outro exemplo claro está na atribuição conferida ao notariado latino para a confecção de atas notariais notificatórias, o que, no nosso direito, é atribuição especial e específica dos oficiais de registro de títulos e documentos. Exemplo corriqueiro, também, é a pretensão de alguns notários brasileiros em adotar a ata notarial para dar autenticidade a documentos, tratando-os como se fossem autenticação de cópias reprográficas e a fim de roborá-las, confundindo a similitude existente em nosso vernáculo, entre a autenticação de cópias reprográficas e a autenticação, mas de documentos originais para conferir-lhes efeitos probatórios.

Profundos conhecedores do tema, tenho certeza, notários e registradores saberão separar o joio do trigo, garantindo as atribuições e competências outorgadas por lei, nos específicos misteres.

Resta, assim, no nosso entendimento, ao intérprete, apenas adequar a exegese das Leis 6.015/73 e 8.935/94 aos novos tempos e ao atual novo *meio* digital, aplicando suas regras, dentro de suas atribuições.

2. A natureza pública do serviço extrajudicial delegado

É sabido por todos os tabeliães e oficiais que o serviço que lhes foi outorgado, por delegação, é exercido em caráter particular. Sabem, também, que, até mesmo por versar delegação (ou seja, uma forma de descentralização) o serviço que lhes foi atribuído é um serviço público, sujeito às regras do direito público.

Nesse sentido e para que não pairem dúvidas quanto a esse elementar conceito, que é básico para o entendimento de todo o raciocínio aqui desenvolvido, escusamo-nos em cansar os ouvintes com a lembrança da melhor doutrina sobre o assunto. Ensina o especialista Walter Ceneviva que "o serviço notarial e de registros se subordina rigorosamente ao princípio constitucional da legalidade. O ato praticado ou praticável é sempre previsto em lei, para ser executado e cumprido na forma desta" (*Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 211, comentários ao art. 41 da Lei 8.935/94).

No mesmo sentido, ensinava o mestre Hely Lopes Meirelles que os "Agentes delegados – são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou *serviço público* e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas *segundo as normas do Estado* e sob permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria se encontram os concessionários e permissionários de obras e *serviços públicos*, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma *atividade estatal* ou serviço de interesse coletivo" (cf. f. 19, segundo parágrafo).

Quer dizer: apesar de exercidos em caráter privado, os serviços delegados são públicos e estão sujeitos ao regramento do direito público, sujeitando cada delegado aos limites de atribuições que lhes foram legitimados por lei.

Roborando, ainda mais, esta assertiva, a lição do ilustre 28.º Tabelião de Notas da Capital de São Paulo, Dr. Leonardo Brandelli, que, em sua obra *Teoria geral do direito notarial* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 109), conclui que "a maioria da doutrina sustenta que o *direito notarial é direito público*. (...) Analisando-se a disciplina notarial com vistas aos três critérios supra-abordados, conclui-se pela sua publicidade. (...) Por conseguinte, *o direito notarial é direito público, e não privado*".

Não poderá gerar surpresas, portanto, a leitura da conclusão do mestre Walter Ceneviva (*Lei dos Notários e Registradores comentada*, São Paulo: Saraiva, 1996), onde afirma categoricamente que: "notários e registradores são profissionais do direito, mas *praticantes de serviço do interesse público*" e, ainda mais, que "o serviço notarial e de registros atribui garantia às pessoas naturais ou jurídicas (...) *a garantia referida é, ainda, própria do serviço público*. Gera responsabilidades para o Estado e para os titulares dos respectivos serviços (...)" (idem, ibidem, p. 24).

Releva observar que, de igual modo, não impressiona o fato de os delegatários em exame não ocuparem cargo público, porque pode haver, como há, exercício de função pública sem correspondente cargo, como é curial e é o caso de notários e registradores, que desempenham função tipicamente pública, sem serem servidores públicos, porque não ocupam cargos públicos, como é notório.

Por fim, como a esgotar o assunto, transcrevemos os ensinamentos do mestre processualista Ovídio Baptista da Silva, que afirma:

"Com base nos *princípios estabelecidos pela Constituição*, é possível revelar as seguintes *características atuais do instituto notarial: a) trata-se de um serviço público delegado*, a ser exercido por profissionais do direito, na condição de agentes privados; b) disso resulta que as pessoas investidas na função notarial, mediante concurso público, não são funcionários do Estado e nem participam dos quadros de pessoal dos serviços públicos".

"*Como acontece com o regime das concessões de serviço público*, o poder concedente – no caso a União Federal – *reservou-se o poder de fiscalizar a regular prestação do serviço público concedido* à iniciativa privada. Teve a Constituição Federal, no entanto, o cuidado de explicitar que a fiscalização dos tabelionatos e registros *públicos*, atribuídos ao Poder Judiciário, far-se-á como *é próprio ao regime de todos os serviços públicos concedidos*, não sobre o serviço enquanto estrutura organizacional, como empreendimento empresarial privado, e sim sobre seu *produto destinado ao público* (...)" (apud f. 21-22).

Claro como o sol meridiano, portanto, que *o serviço é público, sujeito às regras do direito público* – principalmente quanto à *legitimação* dos seus agentes –, sendo, única e tão-somente, *exercido* em caráter privado.

Quer dizer, tudo isso foi lembrado e dito para que tenhamos em mente que, ao exercermos função delegada, originalmente de competência do Estado, porém hoje descentralizada, estamos legitimados a praticar, apenas e tão-somente, os serviços que nos foram atribuídos. Quer dizer, só possuímos *legitimidade* para realizar os atos que são da "competência" de nossas funções delegadas.

Assim, por exemplo, no Brasil, porque há lei específica, os tabeliães de notas jamais poderão lavrar atas de protesto de títulos, assim como jamais poderão lavrar atas notificatórias. De igual modo, jamais poderão autenticar documentos originais, mas, e apenas, suas cópias reprográficas à vista dos originais.

3. A autenticidade – Autenticação de cópias reprográficas e a autenticação de originais

Questão tormentosa, porque permite confusão pela utilização de vocábulo com sentido ambíguo, é a da autenticidade de documentos, dando azo a que alguns, mais afoitos, entendam que haveria similitude entre a autenticidade de documentos e a autenticação de cópias reprográficas.

Não há.

Há documento original autêntico, porque possui a autoridade de prova, e há a mera cópia autenticada de documento, que com ele não se confunde e tem efeitos diversos.

Uma coisa é dar autoridade e efeito de prova a um documento particular original; outra, completamente diferente, é atestar a "autenticidade" de cópia deste mesmo documento, para efeitos meramente processuais ou procedimentais.

Como vimos, os serviços extrajudiciais possuem atribuições e competências restritas ao disciplinado em lei, porque, sendo públicos os serviços descentralizados outorgados, o agente (tabelião ou registrador) somente estará legitimado a proceder nos limites da lei que criou seu serviço e o delegou. É o que se convencionou chamar de princípio da legalidade, do qual resulta a presunção de legitimidade do agente do serviço público.

Assim, a melhor doutrina de há muito vem ensinando, como o fazia José de Aguiar Dias, sobre a autenticidade, que "considera-se autêntico o documento que faz autoridade de prova ou de solenidade, por expressar, só por si, a observância das formalidades a que estava sujeito. A autoridade é a qualidade do documento autêntico. A lei costuma, em certos casos, presumir a autenticidade, contra o princípio geral de que ela decorre de formalidades especiais, tais como o reconhecimento de firma, nos documentos em geral, a aprovação por tabelião, no testamento cerrado etc. Exemplo dessa presunção é o que ocorre em relação aos documentos apresentados com as cartas rogatórias ou sentenças estrangeiras, para as quais basta, para aquele efeito, o trânsito pela via diplomática" (J. N. de Carvalho Santos. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsói. vol. 5, p. 111).

Observe-se que aquele culto jurista não faz qualquer menção à autenticação de fotocópias. E não o faz porque, apesar de já existente à época esse ato notarial, estava falando tecnicamente da autenticação de documentos, ou seja, de sua jurídica autenticidade, de seu valor como documento autêntico e não como alguns pensam, que a expressão autenticação deriva de um ato menor, ou seja, da autenticação de cópias reprográficas.

Na verdade, a derivação decorre de forma inversa. Porque autêntico o documento original com o qual terá de ser confrontado, obrigatoriamente, a cópia dele extraída e apresentada para conferência por Tabelião de Notas é que será "autenticada".

Note-se: não é documento autêntico; é cópia autenticada. Não é autêntico em sua essência, é autenticado. O sufixo nominal "ado", na língua portuguesa, expressa a idéia de que, apesar de não ser algo, será "provido de", terá o "caráter ou *forma* de". Assim está no léxico de Aurélio:

"-ado. *Suf. Nom.* = "provido de"; "um tanto"; "que tem caráter ou forma de": barbado, ciliado; adamado, avermelhado" (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 38).

Quer dizer, o homem não se confunde com sua barba, mas é provido dela. De igual modo, uma cópia não é autêntica porque passou pelo crivo de um Tabelião de Notas, mas assumiu a forma de, ou seja, foi autenticada. Sem ser, tomou a forma de.

Aprofundando. A cópia não é o documento autêntico, porque esse será sempre o original; ela foi especialmente autenticada para os fins aos quais assim se admite o seja.

É certo que houve larga vulgarização do uso da autenticação de cópias reprográficas, principalmente nas grandes cidades. Isso não desnatura, todavia, o sentido jurídico da autenticação de documentos e nem permite que tomemos a autenticação de cópias como se fosse autenticação de documentos.

E a razão é muito simples. Deflui do fato de que a autenticação de documentos (originais) para gerar aquela autoridade documental de que falava José de Aguiar Dias, em se tratando de instrumentos ou escritos particulares, somente se adquire

através de sua *transcrição* em registro de títulos e documentos, como está expresso no nosso ordenamento jurídico, nos incs. I e VII do art. 127 da Lei 6.015/73 e na Lei 5.433/68. De igual modo, para conservar e garantir seu conteúdo e autenticar sua data, impõe-se a obediência ao regrado no nosso direito, ou seja, o registro previsto especialmente no citado inc. VII do mesmo Dispositivo federal.

Assim sendo, considerando-se o *meio* digital como mera *forma* de instrumentalização (como seria igualmente o papel, o microfilme, o fotograma, por exemplo), dúvidas não pode haver quanto ao fato de que é atribuição dos oficiais de Registro de Títulos e Documentos, e apenas deles, dar *autenticidade* aos seus *originais*, para que possam ingressar no mundo jurídico.

Esse singelo procedimento registral é ato *sine qua non* para que qualquer documento digital adquira autenticidade, dentro do nosso ordenamento.

Procedimento exatamente igual ocorre com o *meio* microfilme, o qual não ocasionou nenhuma dúvida à época de sua regulamentação.

Registrado o documento em *meio* digital junto aos serviços de registro de títulos e documentos, aí, e somente aí, ele passará a ser dotado de *autenticidade* e efeitos jurídicos, sendo passível de extração de certidões com valor exatamente igual ao do *original* (porque registrado, passível de confrontação futura independentemente da vontade da parte sua detentora e de acesso ao público em geral, o que dá efetiva segurança ao ato). Dessas certidões, sem dúvida, poderão ser extraídas, aí sim, cópias reprográficas autenticadas, porque aí o documento original passou a ser dotado de real autenticidade.

Ademais, não pode haver *cópia* em *meio* diverso do *original*. Se houver, não será *cópia*, muito menos "fiel", do original, o que exige similitude inclusive de forma; será *transcrição*. E, transcrição, como se sabe, é ato de *natureza registrária*. Por isso que a *autenticação de fotocópias* não se dá por *certificação*, mas por *atestado* (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Campinas: Bookseller, 2000, t. 3, p. 465). Somente se extrai por *certidão* o que *consta dos livros públicos*.

Também por isso não é possível aos notários digitalizar a imagem de documentos recepcionados em *meio papel* e transformá-los em *meio digital*, diverso do *original*. A *transcrição* de um *meio* para *outro*, ou seja, do *original* para o *livro* de *registro* ou para o *microfilme*, somente é admitida, com *efeitos* perante terceiros e a qualquer tempo, por meio do registro em títulos e documentos.

O nosso direito não reconhece valor a nenhuma outra via de *transformação*.

4. A ilegitimidade da autenticação notarial de documentos digitais

Alegam, os que defendem a tese de que a autenticação de documentos digitais é atribuição dos Tabeliães de Notas, que, apesar de não constar de suas competências limitadas previstas no art. 7.º da Lei 8.935/94, há regramento legal a permitir a certificação digital que pretendem ver praticada, amparando-se no disposto no art. 41 da Lei 8.935/94 e na MedProv 2200/2001.

Ora, nem o art. 41 da Lei 8.935/94 e nem a MedProv 2200-2-2001 atribuíram aos Tabeliães de Notas a possibilidade de arquivamento ou reprodução de meios digitais. E não o fizeram porque tal atribuição já pertence aos registros de Títulos e Documentos.

Como, por certo, sabem distinguir documentos de mero papel (ou sua forma digitalizada), viram-se obrigados a lastrear a posterior autenticação de cópias reprográficas (ou, como queiram, também digitais), na lavratura, casada, de uma precedente ata notarial, na qual ver-se-iam obrigados a transcrever o conteúdo do documento, a fim de *perpetuá-lo* e garantir *segurança* ao meio probatório.

Quer dizer, a ata notarial está entrando nesse procedimento cartorário como um ato de transcrição de documentos, de registro, portanto.

Vê-se, assim, sem grande esforço, que os adeptos da tese confundem fatos e provas. Autenticar fatos por via de atas notariais é narrar um acontecimento, nunca transcrever documentos. Podem fazê-lo com provas testemunhais, que é narrativa, nunca com provas documentais, que exigem transcrição, registro.

Observe-se, também, que o legislador processual, ciente da distinção, autoriza efeito de originais às cópias autenticadas, apenas quando versarem cópias de documentos *públicos* (cf. art. 365, III, CPC), ou seja, documentos seguros e já detentores de *autenticidade* conferida por autoridade pública competente.

É certo que, na prática, pelo desconhecimento de alguns, o que se tem visto é o uso da autenticação de cópias reprográficas em geral. Mas o uso equivocado não justifica o prolongamento do erro.

5. O procedimento defendido pelos que apóiam a autenticação de cópia de documento digital por Tabelião de Notas

Segundo pudemos constatar, os defensores da tese procederiam assim: tiram *cópia* por meio do uso de um *scanner* (aparelho que *fotografa* e converte a imagem dos documentos para o *meio* digital). Essa imagem é *arquivada* em um disco ótico não regravável e recebe uma função denominada *hash* (um código único e secreto que, aplicado sobre o número de *bits* do documento eletrônico, demonstrará a violação de integridade do documento, ainda que um único *bit* seja adulterado) e o *entregam* ao usuário. *Junto a este serviço, o usuário poderá solicitar também ata notarial de conferência do arquivo eletrônico gerado com o documento em papel apresentado.* Aí também o *CD-Rom* é codificado com a função *hash*, e *entregue* à pessoa. *Não fica arquivado.*

Da leitura da descrição desse ilegítimo proceder, fica claro e evidente que está se atribuindo a prática de extrair de documentos, apresentados em meio papel ou digital, uma nova *matriz*, em *meio* digital – como se fosse uma pública forma e sem *concerto* por outro Tabelião (que, ao seu exclusivo nuto, também dispensam) –, a qual é entregue à parte, que, com a tecnologia atual, não poderia alterar seu conteúdo, porque levaria um milênio para conseguir decodificar a função *hash* empregada.

Mas, o que é este *CD-Rom* (ou disquete ou qualquer outra mídia que pudesse vir a ser empregada)? Qual o valor jurídico de seu conteúdo?

É um *"nonada"* jurídico, sem valor algum reconhecido na lei.

Teremos, assim, de examinar o uso da ata notarial para validação do conteúdo do instrumento digital e se é possível o uso da pública-forma como ato notarial capaz de validar esses *CD-Roms*.

6. A adoção da ata notarial para validar o conteúdo de instrumentos digitais

De início, lembramos que o direito comparado, no tocante às atas notariais, não pode ser aplicado no Brasil, porque nosso direito prevê outra solução e há mais tempo, atribuindo aos registros de Títulos e Documentos a transcrição de documentos para que adquiram os efeitos da autenticidade, para o que somente agora os alienígenas despertaram.

Mas, apesar de saber disso, os dissidentes engendraram uma teoria e construíram mais um *iter* no fabrico de um pretenso instrumento público, submetendo o usuário dos serviços cartorários à "solicitação" da lavratura de mais um ato notarial, ou seja, uma *ata notarial* – hoje tratada por alguns notários brasileiros como a panacéia universal, mas que, como ressalta Gilberto Valente da Silva (em <http://www.anoregsp.org.br/jornal/jornal16edb.asp>), não tem todo esse alcance e não lhes dá maior autonomia que a das atribuições taxativas concedidas por lei –, onde, então, *descreve (transcreve?) os documentos eletrônicos apresentados e arquiva suas cópias em papel.*

Esqueceram, todavia, de dar o devido destaque e ressaltar que, para que o "negócio" dê certo, tiveram de *criar* uma *ata notarial* e, nesta criação, *transcrever* o *conteúdo* do *documento digital* e *arquivar* em sua pasta de escrituras uma *cópia*, em *papel*, do referido *documento*, para poderem, no futuro, quando procurados para extração de *cópias com efeitos jurídicos* (*certidão*?), fornecê-las.

Algo nos diz que já vimos esse filme antes nos registros de títulos e documentos para conservação e perpetuidade ...

Quer dizer, de toda essa criatividade, resta uma *cópia matriz*(?), em vistoso *CD-Rom* – porque o original será sempre o original e seus indevidos "clones" são e serão, sempre, cópias, sem vida própria; uma *ata* – chamada notarial em razão de sua origem –, meramente descritiva, onde o notário não narra nenhum *fato*, mas, sim, *transcreve documentos*, desvirtuando sua característica e retirando-lhe qualquer valor jurídico, pelo desvio de finalidade (atas notariais visam a narrativa de *fatos*, não a descrição de *documentos*); e, um *acessório da ata,* ou seja, a possibilidade decorrente de extrair *outras cópias*, no meio papel ou novamente digital, que ficam arquivadas na pasta da escritura, no cartório, para o fim de, no futuro, a pedido do interessado, extrair *novas outras cópias*, agora sim, *autenticadas*!(?).

É um verdadeiro *malabarismo* para se obter aquilo que o legislador, em sua singeleza, chamou de "autenticação de *cópia* de documento".

Lembremos a definição ética e séria que nos dá o 28.º Tabelião de Notas da Capital, Dr. Leonardo Brandelli, no *site* de seu serviço notarial:

"Ata notarial – Ata notarial é a narração circunstanciada de *fatos* presenciados ou verificados pelo notário, ou por substituto legal do mesmo, convocado para sua lavratura. É instrumento notarial no qual o notário ou seu substituto *narra* circunstancialmente um *fato* ou ato jurídico, relatando a forma de seu *acontecimento*, o *estado* das coisas e as *manifestações de vontade*. Na ata notarial não há juízo de *valor* do notário acerca do *fato relatado*. *O objeto da ata notarial deve ser juridicamente relevante e que não seja de competência específica de outro oficial ou funcionário público*" (cf. <http://www.28tabeliao.com.br/atanotarial.asp>).

Ora, o direito é uma ciência e adota sistema lógico de separação de atribuições nos serviços notariais e de registro. A ata notarial brasileira não se presta a sobrepor atribuições aos notários, nem para abrir uma nova forma de conferência de ou autenticação documentos. Muito menos para a abrir a possibilidade de arquivamento de anexos. Serve, sim, para a *lavratura de narrativa de fatos*, para *verbalizar meios de prova orais ou visuais*, testemunhados por alguém ou presenciados pelo Tabelião, mas dos quais *não existam provas materiais ou fotográficas suficientes*. Havendo, registra-se, para adquirir *autenticidade* e apresenta-se *certidão do registro* ou o original em juízo. Não havendo, visando preservar a prova oral ou visual, os fatos são narrados ao Tabelião, que, aí, lavra uma ata notarial para o fim de perpetuar *verbo ad verbum* esse *meio de prova* oral ou visual ainda não verbalizado.

Não há espaço, pois, para o aviltamento da ata notarial e nem ela pode "sobrepor-se", como querem sugerir seus defensores, em uma "competência concorrente", sobre a legitimação somente conferida aos registros de Títulos e Documentos.

Torne-se possível esta anódina "sobreposição", em breve os Tabeliães de Notas poderiam postular a realização de notificações extrajudiciais, como, aliás, influenciado pela doutrina alienígena sobre o instituto, já defende o notário Ângelo Volpi Neto, ao definir o que seria uma

"Ata de Notificação, que como o próprio nome diz tem por finalidade dar notícia de algo, com um determinado propósito a alguém. Essa ata abre grandes *perspectivas à classe*, que devem ser analisadas e debatidas, pois sabemos que esse papel é *hoje* desempenhado pelos oficiais de registro de títulos e documentos" (extraído da internet).

A lei? Ora, a lei...

Assim, é de se observar que:

• o conteúdo gravado em *CD-Rom* não é o documento *original*;

• também não é *pública-forma*, porque não *concertado* por outro Tabelião e porque essa é forma banida do nosso sistema cartorial, porque implica criar "clones" de originais;

• a *ata notarial* está desvirtuada de sua finalidade de descrever *fatos*, passando a ser utilizada para realização de atribuição dos RTDs, ou seja, *transcrever documentos para conservação*;

• a *ata notarial* está sendo impingida ao usuário como uma "venda-casada" de serviços, porque, sem ela, aquele *CD-Rom* de nada vale.

• as cópias extraídas do *CD-Rom* são *cópias de cópias*, não podendo ser autenticadas em Tabelionatos de Notas.

Precisa dizer mais?

Sim. Hão de se respeitar as *atribuições legais* de cada um!

A pública-forma:

Na busca em validar os atos de certificação eletrônica notarial, os defensores da tese tabelioa tentam repristinar a pública-forma (que, em São Paulo, já teve reconhecida sua extinção pelo item 51.2 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da sua egrégia Corregedoria-Geral, que veda sua prática).

Dizem que a pública-forma tem amparo legal no Dec.-lei 2.148, de 25.04.1940 (!), "em especial o art. 2.º".

Não é verdade.

Houve derrogação tácita da lei. Como sabido, ocorre a derrogação tácita "quando a lei nova, por incompatibilidade com a lei anterior, tem tornado ineficaz a norma ou o princípio que se inscreve na disposição entendida como derrogada" (vide De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, 2. ed., Forense, 1967, vol. II, p. 504).

Ademais, faz-se necessário esclarecer que o Dec.-lei 2.148/40 não instituiu e nem dá amparo legal ao uso indiscriminado da pública-forma. Não. Disciplinou, isso sim e apenas, a *emissão de certidões por tempo de serviço no âmbito federal.*

Porém, as "certidões de tempo de serviço" foram eliminadas na administração federal pelo Dec. 84.440/80.

Mas, e acima de tudo, para logo pôr fim à celeuma, a verdade é que *a Lei 8.935/94, em seu art. 7.º*, suprimiu *esse ato dos atribuídos aos Tabeliães de Notas, derrogando as disposições em contrário.*

O silêncio eloqüente das supressões legais, aliás, não é desconhecido dos defensores da tese, pois ele operou, também, recentemente, quando da sanção da Lei 8.952/94, a qual, suprimindo sua obrigatoriedade, eliminou o reconhecimento de firmas apostas em mandatos *ad judicia* (vide art. 38 do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.952/94).

É isso mesmo. Em face da natureza pública do serviço delegado, os Tabeliães de Notas só podem praticar os atos elencados no art. 7.º da Lei 8.935/94, e esta *suprimiu* de sua competência o ato de produzir a pública-forma.

E não o fez sem razão. Assim se deu porque essa antiga prática tabelioa – cuja previsão remontava às Ordenações – já se encontrava em desuso em face da modernização dos serviços extrajudiciais.

É igualmente sabido que as normas vedam o uso da pública-forma para duplicação de documentos. É vedada a criação de *matrizes*, em *CD-Rom*, para duplicação de documentos, como se pretende fazer.

Outrossim, o fato de, em alguns Estados, as normas corregedoras ainda não terem sido atualizadas (por descuido ou desconhecimento), em nada altera sua efetiva e plena derrogação pela supressão determinada no art. 7.º da Lei 8.935/94.

Vê-se, pois, que, também a pública-forma não pode justificar a certificação de documentos eletrônicos pela via notarial.

7. A comparação entre os serviços prestados em RTD e nos Tabelionatos de Notas

Não é a primeira vez que alguém levanta a bandeira da defesa dos interesses do cidadão em proveito próprio, alardeando a equivocada idéia de economia nos custos extrajudiciais. Um simples exame demonstrará não serem verdadeiros os benefícios de uma ilegítima autenticação notarial frente ao registro em Títulos e Documentos.

Propugnam, os defensores da certificação notarial, valorizar o serviço que pretendem oferecer ao público, sugerindo que é vantajoso para as partes, porque podem desfazer-se dos seus papéis. Torçam para que nenhum de seus clientes siga seus conselhos ...

Em primeiro lugar, no *aspecto jurídico*, porque como já visto e é propedêutico, falta *legitimidade* aos Tabeliães de Notas para dar valor de original às cópias digitalizadas, porque não têm *competência legal* para a prática desse ato. A *presunção de legitimidade* esvai-se. Não são os oficiais de RTD que o disseram. Foi a Corregedoria-Geral do Estado de São Paulo, ao afirmar que: "a *autorização legal* para o emprego de tais tecnologias no serviço notarial e de registro, entretanto, *não confere valor de original aos documentos arquivados em discos óticos. O documento microfilmado tem valor de original, mas porque existe Lei federal que assim o garante* (Lei 5.433, de 08.05.1968, regulamentada pelo Dec. 1.799, de 30.01.1996)".

E finaliza: "*Necessário seriam estatutos federais equivalentes para dar o mesmo valor legal às imagens digitalizadas de documentos*, o que não pode ser obtido por norma administrativa".

"Desse modo, *admissível é a utilização de discos óticos pelo serviço notarial e de registro, mas apenas na organização e execução de suas atividades, sem que se pretenda dar valor de original às cópias de documentos armazenadas nesse meio*" (cf. Processo CG-4268/96-Capital).

Em segundo lugar, porque as *cópias autenticadas* pelos Tabeliães de Notas são e sempre serão *cópias*, por isso incapazes de gerar *novas cópias autenticadas* (Normas SP, Capítulo XIV, itens 51.2 e 54).

Ademais, as *cópias autenticadas têm valor probatório relativo*, sujeitando a quem produzi-las em juízo ao desconforto de ter que apresentar seus originais, caso pairem dúvidas da parte contrária ou se faça necessária perícia técnica (grafotécnica, por exemplo).

Imaginemos a hipótese: um usuário passa em frente a um Tabelionato e toma ciência da possibilidade de conservar seus documentos sob forma digital. Maravilhado com tamanha novidade oferecida por um cartório, manifesta interesse por digitalizar os documentos do seu Imposto de Renda. O tabelião, então, lhe oferece, por uma bagatela, além da digitalização, a lavratura de uma *modernissima* ata notarial, a fim de possibilitar autenticá-los no futuro. O usuário, todo pimpão, contrata os serviços. Os documentos são digitalizados, é produzido e entregue a ele *seu próprio CD-Rom*! O feliz usuário vai para casa, passam-se três anos, algumas mudanças e arrumações feitas por sua irrequieta esposa, e o *CD-Rom* é extraviado. Coincidentemente, como na Teoria de Murphy, recebe uma alegre notificação da Receita Federal, convidando-o a apresentar "aqueles" documentos ... Nosso personagem infla o peito, cheio de si, e marcha em direção àquele Tabelião que lhe vendera um lugar no paraíso. Lá chegando, pedem-lhe o *CD-Rom*. Ante a negativa, o Tabelião tenta explicar-lhe que, sem *CD-Rom*, sem cópia autenticada. "*Surpresa*". Perdeu tudo! Quer dizer, fora o risível do exemplo, se os clientes daquele Tabelião acreditaram em suas promessas, perderão seus direitos e seus processos.

De outra banda, o serviço proposto não traz nenhuma vantagem em comparação ao legalmente atribuído aos Oficiais de Registro de Títulos e Documentos.

De início, porque, como bem ressaltou a douta decisão corregedora citada, só a conservação hoje feita em livro próprio ou microfilme tem o mesmo valor legal que o do original. Assim, faz-se necessário registrar o conteúdo do documento digital em microfilme para aferir-lhe necessária autenticidade.

Não fosse o bastante (mas é) e abstraindo-se o aspecto jurídico, pudessem, realmente, os Tabeliães de Notas, produzir *CD-Roms matrizes* e entregá-los à parte usuária do serviço, sem "nada arquivar", surgiriam três problemas: um, quanto à *segurança* do sistema da fé pública; outro, quanto à anunciada *economia de espaço*; e, *last but not least*, o *preço*.

O primeiro, a *segurança*, porque os defensores da tese enfocada esquecem de dizer que, na tecnologia atual dos meios informatizados, violar a função *hash* é considerada excluída (não impossível, o que é diferente), porque seriam necessários vários computadores de grande porte, juntos, para realizarem as operações matemáticas necessárias, o que levaria muitos anos. Olvidam de que os avanços tecnológicos na área da informática desenvolvem-se de forma extremamente rápida e, com isso, o que hoje demandaria anos, amanhã poderá demorar segundos. Assim, ao "não arquivar nada" em seu cartório, o Tabelião de Notas fica impossibilitado de proceder uma segura conferência do *conteúdo* do *CD-Rom* que entregou, candidamente, ao usuário e terá de validar, com sorriso amarelo, o que nele estiver inserido no futuro. Registros para conservação, como o nome diz, têm de ser para a *perpetuidade*, para sempre.

Quanto à *economia de espaço*, parece a piada do bode. Ora, agora que vimos que o usuário não poderá desfazer-se dos seus originais se "*registrados*" em Tabelionatos de Notas, quer nos parecer que, além do volume em *meio* papel, o cliente do Tabelião de Notas terá de guardar, também, vários *CD-Roms*.

Não parece um bom negócio, *data venia*.

A novelinha criada acima jamais aconteceria com um documento registrado em Títulos e Documentos. Porque nesses serviços o *conteúdo é materializado e perpetuado* em microfilme, na forma da lei. Para facilitar a vida do usuário dos serviços de Registro de Títulos e Documentos, seus Oficiais, além de garantir o conteúdo dos documentos que lhes são confiados (porque microfilmados, na forma da lei em vigor), nenhum *CD-Rom* lhe exigem guardar. Passados anos, necessitando obter *certidão* fiel dos seus documentos, o usuário dos RTDs poderá comparecer, *seguro*, ao serviço registral e lá irá obtê-la com valor de *original*. Quer dizer, os serviços de RTD tiram o "*bode*" da vida de seus clientes!

Ademais, os Oficiais de RTD atestam a segurança jurídica do conteúdo dos documentos que registram, examinando-os na forma dos ditames dos arts. 142 e 156 e seu par. ún. da Lei 6.015/73.

O usuário dos serviços de RTD registra seu documento, não precisa e não leva nenhum *CD-Rom* desnecessário e, passados quantos anos o Criador permitir, poderá obter certidão integral (e fotográfica) dos seus preciosos documentos, válidas como o original, por força da Lei 5.433/68. E ainda não falamos do preço!

Como visto, o virtual Tabelião de Notas, para dar ares de legalidade ao ato, obriga uma "venda casada" de serviços aos usuários (tipo: "autentique um documento e pague uma autenticação e uma ata notarial"). Acreditando menos burocrático, para o cidadão, trocar a prática de um ato, uno e indivisível, registral (um registro), feito na hora, por microfilmagem, pela prática de dois atos distintos notariais (uma digitalização autenticada e uma ata notarial de "reforço") – cuja lavratura terá de ser mais demorada, em face da transcrição que enseja, por datilografia –, e, ainda, mais vantajoso, no aspecto econômico. Equivoca-se duas vezes.

Ora, consultando-se as tabelas de emolumentos, hoje em vigor em São Paulo, teríamos:

	RTD		**Tabelionato**
	Registro conservatório (doc. sem valor) **R$ 14,30**		autenticação digital (valor único) **R$ 0,91** **+** ata notarial (doc. sem valor) **R$ 33,04**
		=	
totais:	**R$ 14,30**		**R$ 33,95**

E, como vimos que, para dar validade à cópia digital, fez-se necessário exigir uma ata notarial e que esta é uma escritura, todas as futuras cópias (porque não poderão ser extraídas de cópias de cópias digitais, evidentemente) exigirão a emissão de certidões da referida ata notarial, na tentativa vã de validá-las.

Onde fica mais caro?

Demonstra-se, assim, mais uma vez, que também para o público não há vantagem em eventual usurpação do serviço dos RTDs.

8. A utilidade do reconhecimento de firma como certificação de documento digital

Por fim, alguns dos defensores da certificação de documento digital em Tabelionatos de Notas pretendem unir ao ato de reconhecimento de "firmas" à certificação do documento digital.

É evidente que aqui estamos tratando, novamente, de dois atos distintos. Um, o reconhecimento da "assinatura" digital, ato exclusivamente notarial; outro, a autenticação do *documento* digital.

E, no *meio papel*, o simples reconhecimento de "firma" das partes não induz a autenticidade do conteúdo do documento, como trivial, podendo ser discutido, até mesmo, pelas próprias partes.

Ademais, como já se disse, reconhecer firma digital é, mais ou menos, como dar autenticidade à caneta, porque o que se reconhece são as chaves, pública e privada; é a origem, a autoria do documento, não o sinal personalíssimo da firma.

Não será, portanto, o simples reconhecimento da autoria do documento digital, por meio das chaves utilizadas, que irá validar o conteúdo do documento digital.

9. O arquivamento de documentos digitais por empresas privadas

Dizem, por fim, os defensores da tese em exame que a guarda de documentos é atividade privada, "como qualquer outra". A reserva de competência legal, para eles, seria, apenas e tão-somente, para produzir os efeitos que a lei prevê. Esquecem que o serviço público não se mistura com o privado. Não se pode sujeitar o usuário à prestação de um serviço privado para obtenção de um serviço público e nem será possível fiscalizar, como público, um serviço de natureza privada.

Tabeliães de Notas, assim como os Oficiais de Registro, não são livres para ditar suas atribuições. Têm seus serviços regidos e vinculados por leis próprias que disciplinam o *serviço público* que lhes é delegado. Não podem praticar ou deixar de praticar, ao seu nuto, a fé pública.

As atribuições cometidas aos Tabeliães de Notas, em especial as autenticações de documentos, e aos Oficiais de Registro de Títulos e Documentos, em

especial o registro para conservação e perpetuidade, são bastante diferentes. E a regra especial afasta a geral.

Assim, não se pode dizer, como querem fazer crer os defensores da tese tabelioa, que as partes, ao levar documentos a um cartório, não "desejam produzir efeitos perante terceiros" ou que "querem guardá-los apenas para si, para seu exclusivo uso e manuseio".

Ora, quem não quer os efeitos obtidos junto a um *cartório* não utiliza seus serviços.

Os bancos reconhecem as firmas apostas em cheque que contra eles são sacados e nem por isso têm competência legal para reconhecer firmas em geral.

E assim continuará a ser sem que, por isso, o serviço de digitalização e autenticação de documentos digitalizados passe a competir aos Tabeliães de Notas, apenas porque particulares também podem fazê-lo.

10. Conclusões

1. A autenticidade dos originais de documentos eletrônicos somente poderá conferida por meio do registro de seu conteúdo junto ao Oficial de Registro de Títulos e Documentos competente, que detém a especial atribuição para conferir valor probante aos instrumentos particulares obrigacionais e, aos demais, para sua perpétua conservação, valendo suas certidões como o próprio original (Lei 6.015/73, art. 127, I e VII, c/c a Lei 5.433/68, art. 1.º, § 1.º – permitindo, mesmo, a incineração dos originais);

2. Não se confunde *original autenticado* com *cópia autenticada*. O primeiro somente pode adquirir essa qualidade com seu registro em Títulos e Documentos; a segunda somente pode ser procedida em cópia, mediante confronto com o exame do *documento original autêntico*;

3. As públicas-formas foram suprimidas do nosso direito e as atas notariais e reconhecimento de firmas não se prestam à validação, registro ou conservação do conteúdo de instrumentos sob forma digital, havendo regra especial, que afasta a geral, que atribui a conferência dessa autenticidade aos Oficiais de Registro de Títulos e Documentos;

4. Comparativamente, o registro do instrumento sob forma digital em Ofício de Títulos e Documentos é mais seguro (porque registrado seu conteúdo em microfilme); economiza espaço (porque o usuário não necessita tornar-se depositário de nenhum *CD-Rom*) e custo (porque o registro é mais barato que a ata notarial somada à autenticação da cópia extraída).

O tema está em aberto.

4. PARECERES

4.1

A APLICAÇÃO DA LEI 4.591/64 EM RELAÇÃO À LEI DE REGISTROS PÚBLICOS E SEUS REFLEXOS NA TABELA DE CUSTAS APLICÁVEL AOS SERVIÇOS DE REGISTROS IMOBILIÁRIOS NO ESTADO DE SÃO PAULO

WALTER CENEVIVA

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Relatório – 3. A lei no tempo e o condomínio – 4. Normatividade administrativa – 5. Caso concreto – 6. Conclusão.

1. Consulta

Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – Anoreg SP, por intermédio de seu ilustre presidente, Dr. Ary José de Lima, dá-me a honra de solicitar parecer a propósito do Processo CG 1.270/2001,* envolvendo debate sobre o registro imobiliário de unidades autônomas em condomínio da Lei 4.591/64 e suas conseqüências no cálculo de custas.

O escopo nuclear da consulta está na análise da aplicação da Lei 4.591/64 em relação à Lei de Registros Públicos e seus reflexos na tabela de custas aplicável aos Serviços de Registros Imobiliários no Estado de São Paulo.

A solicitação de parecer foi acompanhada pelo envio de documentação, relativa a procedimento administrativo envolvendo um dos associados da consulente e terceiro.

O enfrentamento do tema trazido com a consulta exige antecipado histórico dos procedimentos havidos, para sua adequada compreensão.

2. Relatório

Este relatório contém escorço do procedimento mencionado, a partir da verificação das peças encaminhadas pela consulente, resumindo as opiniões emitidas e, em certos momentos, emitindo avaliação preliminar deles.

Processa-se, perante a E. Corregedoria Geral da Justiça, reclamação assestada por Construbig Construções e Empreendimentos Ltda. contra o Oficial do Primeiro Registro de Imóveis da Comarca de São Bernardo do Campo. A reclamação foi distribuída em 04.04.2000 e processada perante o Juízo Corregedor Permanente (a 9.ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo), sob o n. 7/2000.

A reclamante informou[1] da construção de dezesseis edifícios, com duzentos e cinqüenta e seis unidades autônomas, em imóvel objeto da Matrícula 71.167, daquele serviço imobiliário, dizendo que "*no curso da construção foram comercializados os contratos com apenas algumas das unidades autônomas, conforme consta da matrícula questionada*". Com assertiva de "*conclusão parcial da obra, cuja averbação se postulava, em especial para poder ultimar que constasse a construção a que se comprometera*", com o que haveria de se instituir hipoteca em favor de ente financeiro, a reclamante disse:[2]

(*) Vide p. 336, desta edição (N.E).

(1) Textos com a grafia do original.

(2) Grifos do original.

"Na oportunidade, o registro exigiu que fosse feita a *atribuição e conseqüente registro desse instrumento*, com o que, inicialmente, não concordou a requerente, tendo em vista que, de acordo com o art. 32 da Lei 4.591/64, não havia indivisão, já que foram comercializados e registrados os contratos respectivos, especificamente relacionados com unidades definidas, determinadas, especificadas.

O pedido traz longa transcrição de decisão da 1.ª Vara de Registros Públicos, do Juiz Ricardo Henry Marques Dip, da qual se extraem os trechos de maior relevo,[3] seguidos, quando necessário, por breves esclarecimentos úteis à conclusão:

"Muito embora o modo mais freqüente de extinção da co-propriedade de unidades autônomas em condomínio em edifício seja a atribuição, com o que melhor se afeiçoa a finalidade da propriedade horizontal, nada impede que consenhores, edificando prédio de apartamentos, preservem a indivisão das unidades autônomas. A autonomia das unidades concerne ao *objeto*, não ao *sujeito*".

Vê-se que o ilustre Magistrado reconhece ser a atribuição o melhor dos modos extintivos da co-propriedade, dentre os correspondentes à propriedade em edificações, tanto que os tem por mais freqüentes. Insiste apenas, mais à frente, como já o fizera antes, em não ser o único. Vejamos como continua:

"Demais, a atribuição não é a única forma de extinção da co-propriedade das unidades autônomas, não havendo autonomia entre o condomínio em edifício e a paralela configuração de uma co-propriedade tradicional, nos limites em que se estabeleça. De um lado. *v.g.*, o interesse potencial de uma ulterior alienação das unidades justifica o condomínio em edifício; de outro o interesse *em ato* da co-propriedade *pro indiviso* legitima a instituição tradicional.

Disto deriva a conclusão de que o ato de atribuição das unidades autônomas não é elemento essencial para a instituição do condomínio em edifício.

(...)

Já se viu, porém, que atribuir unidades autônomas – modo mais freqüente de extinguir o condomínio quanto a elas – não é a forma exclusiva de extinguir a co-propriedade a que se refere, nem depende o condomínio em edifício, para sua existência jurídica, da mesma atribuição, que, aliás, no caso sob exame, não emergiu de par com o registro da instituição. Tampouco há frustração da finalidade do condomínio em edifício com a inocorrência da atribuição, possível que é, ainda que menos freqüente, a preservação da indivisão – para não insistir em que outras formas a de extinção da co-propriedade subsista".

Seja interrompida, novamente, a lição do eminente Magistrado. A questão posta não está em saber se a preservação da indivisão é ou não possível, posto que sabidamente o é. O fulcro da questão está na exigibilidade da atribuição, no caso específico do condomínio em edificações, sob a luz do disposto na Lei dos Registros Públicos. É, aliás, o que o ilustre pensador e eminente Magistrado enuncia logo a seguir, em palavras claras e insuscetíveis de dúvida, curiosamente contrárias ao rumo que o processo percorreu:

"Para que cada condômino seja titular, isoladamente, de uma unidade (ou mais de uma), é indispensável o registro de um instrumento que o torne titular exclusivo daquela unidade, pois o registro da instituição faz nascer a unidade, mantida, nesta, o condomínio existente no edifício e terreno. Para que haja a propriedade exclusiva é que se deve instrumentar a *atribuição* das unidades.

(...)

Aliás, conforme a lição J. Nascimento Franco e Nisske Gondo, 'no instrumento de instituição, discriminação e convenção de condomínio, podem os condôminos proceder à atribuição das unidades autônomas que ficarão pertencendo a cada um deles, extinguindo-se, por essa forma, a indivisão so-

[3] Como no original.

bre as áreas de uso privativo. Trata-se de uma divisão atípica, menos solene, que dispensa a escritura pública' (*Condomínio em edifícios*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 39)".

Retornaremos ao ensinamento de Franco e Gondo em maior extensão, com alternativas a respeito da parte final da citação feita por Dip, mais à frente. Complementemos antes as considerações do ilustre Magistrado:

"No momento em que se admite a instituição de condomínio no regime da Lei 4.591/64, por várias pessoas que continuam como comunheiras em todas as unidades autônomas resultantes dessa instituição, não há porque se falar em vinculação obrigatória com a atribuição de unidades, a qual, por ser facultativa, depende sempre de formal manifestação de vontade dos interessados e se constitui *em um novo negócio jurídico, sujeito, como tal, a um registro autônomo* (art. 167, I, n. 23, da Lei 6.015/73)".

Voltando ao requerimento da reclamante, formulou esta os seguintes pedidos:

"a) seja o Sr. Oficial do 1.º Registro de Imóveis de São Bernardo do Campo compelido a restituir à requerente, *em desdobro*, a quantia indevidamente cobrada, para a prática de atos totalmente desnecessários;

b) seja aplicada ao mesmo Oficial a penalidade administrativo-disciplinar correspondente à gravíssima falta cometida, em especial porque, diante de sua exigência, lhe foram colocados fundamentos, motivo e parecer demonstrando a ilegalidade de sua exigência".

O pedido foi, ainda, amparado por parecer do eminente Dr. Gilberto Valente da Silva, ilustradíssimo cultor do direito registrário, que trouxe o seguinte entendimento, limitado, conforme esclarece, ao caso concreto por ele examinado:

"A solução encontrada se destinou não só à uniformização dos procedimentos registrários na Capital, mas também porque no sistema anteriormente adotado, nas construções a preço de custo, cujas escrituras definitivas só eram formalizadas após a averbação da construção e registro da instituição do condomínio, diziam respeito apenas e tão-somente à venda da fração ideal de terreno, exigindo-se a atribuição porque se tinha, aí sim, um condomínio do Código Civil, com inúmeros titulares de fração ideal, a exigir a definição, através da atribuição, da propriedade exclusiva de cada um dos comunheiros".

Valente, em primeiro lugar, confirma importante elemento, inerente à interpretação histórica do direito, ao anotar, para boa memória dos fatos, que até a decisão agora criticada não houve dúvida quanto à aplicabilidade da atribuição, não apenas porque está na lei, mas por substanciais razões doutrinárias e práticas. Adita o digno cultor do direito, ingressando em campo estranho ao tema, mas inserindo consideração de ordem político-econômica, antes de emitir conceito final sobre o caso concreto:

"E mais, ainda, com tal orientação se evitou a enorme evasão de receita que vinha ocorrendo, com sérios reflexos não só nos emolumentos devidos aos Registros (que eram calculados apenas pelo valor da venda da fração ideal) como especialmente à Fazenda do Estado e do Ipesp, verdadeira fraude fiscal que foi coibida.

Mas, no caso concreto de que se cuida, tendo sido registrada a incorporação, tendo sido alienadas, definitivamente, algumas unidades, não se cuidando de construção a preço de custo ou por administração, não se pode, segundo penso, falar na necessidade de atribuição das unidades, de molde a extremar aquelas já alienadas das que restaram no domínio da consulente".

A cautela de Valente, reiteradamente filiando-se apenas ao caso concreto, é de ser observada com particular atenção. Nem mesmo aquele ilustrado parecerista desejou inserir regra geral. Ao contrário, conteve-se. Limitou-se ao caso concreto. A tese, como se pretende demonstrar adiante, não

é a melhor, *data venia*, mas ainda assim a limitação, adotada por seu nobre autor, é relevante.

A reclamação foi rejeitada, em decisão de cujo teor não disponho. Oferecido recurso, respondido pelo reclamado, foi reformado pelo Exmo. Sr. Corregedor-Geral. Antes do julgamento, a reclamante trouxe decisão do Conselho Superior da Magistratura, assim ementada:

"Registro de imóveis. Dúvida. Instituição parcial de condomínio e atribuição das decorrentes unidades autônomas. Desnecessidade de elaboração de instrumento público. Abertura de matrículas e transposição dos atos já efetuados. Recurso provido".

Julgado o recurso, a ele foi dado provimento por aprovação de parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria, Dr. Antonio Carlos Morais Pucci, pelo Exmo. Corregedor-Geral da Justiça, Des. Luís de Macedo, que recebeu ementa do seguinte teor:

"*Registro de imóveis. Condomínio especial. Emolumentos. Reclamação.* Prévio registro da incorporação e de atos de alienação de frações ideais do terreno vinculadas às futuras unidades autônomas. Averbação, posterior, da construção e registro da instituição do condomínio. Exigência do registrador, satisfeita pela incorporadora e pelos adquirentes das unidades autônomas, com pagamento dos respectivos emolumentos, de atribuição das unidades autônomas aos adquirentes, como se o edifício estivesse submetido ao regime condominial do Código Civil. Desnecessidade de tal atribuição em se tratando de condomínio especial precedido de regular incorporação. Devolução das quantias cobradas pelas atribuições corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 0,5% ao mês. Ausência, porém, de dolo do registrador na cobrança de tais valores. Recurso da reclamante parcialmente provido".

Em relação à decisão recorrida, assim disse o parecer:

"A decisão (f.), ora atacada, entendeu correta a exigência de atribuição de tais unidades aos co-proprietários, salientando que, apesar do prévio registro da incorporação, os adquirentes, durante a construção, adquiriram apenas frações ideais do terreno correspondentes às futuras unidades autônomas, permanecendo, assim, tais unidades, construído o edifício, também em co-propriedade, que se findou apenas com suas atribuições aos respectivos condôminos, à semelhança da divisão da coisa comum".

No seu aspecto mais relevante, o parecer-decisão disse:

"E, em que pesem as razões do registrador, acolhidas na decisão ora combatida, a atribuição das unidades autônomas aos respectivos titulares, após a averbação da construção em edifício sujeito ao regime do condomínio especial precedido de incorporação, não é necessária.

E isso porque a Lei 4.591/64 permite, registrada a incorporação, a comercialização das unidades autônomas em construção ou a serem construídas.

Assim, após considerar a incorporação imobiliária como 'a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas' (art. 28, par. ún.), o legislador, ao cuidar da pessoa do incorporador, fez menção àquele que 'compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob o regime condominial' (art. 29, *caput*), presumiu a vinculação entre a alienação das frações do terreno e negócio de construção na hipótese contemplada no par. ún. do art. 29 e no *caput* do art. 32, referiu-se à possibilidade de comercialização das unidades autônomas pelo incorporador após o registro da incorporação".

Sem quebrar a ordem lógica deste relatório, vale a pena recordar que o respeitável parecer confunde realidades inconfundíveis: objetivar a vinculação das frações ideais às unidades autônomas, como *meta*

optata do incorporador (art. 29), é a afirmação clara de que, quando haja unidades autônomas, a vinculação entre fração ideal (terreno mais partes comuns do prédio *construído*) depende de ato formal que a justifique, em face do registro.

O parecer retomará o tema no capítulo seguinte, mas, em face do trecho retrotranscrito da manifestação de Morais Pucci, é preciso anotar que:

a) a unidade autônoma não é ficção legal, mas realidade física, palpável, construída, à qual *cabem*, na expressa definição legal, frações ideais e *partes comuns*, a registrar.

b) As frações ideais existem desde que vinculadas às unidades autônomas futuras, mas não, por óbvio, às partes comuns,[4] pela evidente razão de que estas não existem no momento em que a incorporação é registrada.

Não é certo, assim, dizer – diferentemente da nota subseqüente de Pucci – que tais unidades estavam destinadas ao novo proprietário, como se este fosse pré-determinado, com os elementos de liquidez e certeza, ajustados à segurança, eficácia e autenticidade características do sistema nacional de registros públicos.[5] O *embrião do condomínio*, mencionado na reprodução feita adiante, não é matriculável, conforme determina com clareza exemplar o item 213 das Normas da Corregedoria Geral.

Por fim, o parecer-decisão assim estabeleceu:

"Ora, no presente caso, o embrião do condomínio especial, concebido com a incorporação e a comercialização das frações ideais do terreno vinculadas às futuras unidades autônomas, irrompeu, averbada a conclusão das obras, com o registro de sua instituição, sem necessidade de atribuição das unidades ao respectivo proprietário, unidades que, nesse regime, já lhe estavam destinadas desde a aquisição das frações ideais do solo a que se vinculam.

A atribuição das unidades aos co-proprietários, exigida para o registro da instituição do condomínio e a abertura das matrículas relativas às unidades autônomas, no presente caso, foi desnecessária, inócua, devendo, portanto, o Oficial restituir ao recorrente a soma dos valores cobrados relativos a tais atribuições, especificados a f., corrigidos monetariamente desde junho de 1998 pelos índices constantes da Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça e acrescidos, desde então, de juros moratórios à razão de 0,5% ao mês".

Seja sustada a transcrição do parecer do ilustre Magistrado para uma ponderação sobre a realidade negocial: é incorreto dizer que "o embrião do condomínio especial... irrompeu... com o registro de sua instituição, sem necessidade de atribuição das unidades ao respectivo proprietário, unidades que... lhe estavam destinadas desde a aquisição das frações ideais do solo ...". Sem prédio construído, a unidade autônoma é esperança, expectativa, anseio. Sabem todos que a cada direito corresponde uma ação que o assegura. Se a esperança não for confirmada, não é ao registrador que cabe resolvê-la, mas ao promissário adquirente, por meio dos remédios ("as ações asseguradas...") previstos nos arts. 639 e 640 do CPC.

Indo em frente, vê-se que, em seguida, veio aos autos manifestação da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp, pedindo a suspensão do processo, o que lhe foi deferido por quinze dias, tempo para apresentação de sua manifestação sobre o tema. Foi o que fez.

A Associação pediu sua admissão "como terceira interessada", ofertando razões para que fossem apreciadas "em caráter infringente".

3. A lei no tempo e o condomínio

O exame da matéria, em face das opiniões que se vêm de referir no relatório, e

[4] Lei 4.591/64, art. 1.º.

[5] Lei 6.015/73, art. 1.º.

de outros temas relacionados adiante, demanda a análise do texto da Lei 4.591, de 16.12.1964, publicada em 21.12.1964, que "dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias". Todavia, antes que nela se ingresse, deve-se ter em vista a aplicação do art. 2.° da LICC, à qual os pareceres já mencionados não deram suficiente atenção:

"Art. 2.° Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1.° 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.

(...)".

A Lei de Introdução aplicada ao caso em exame afirma que, em matéria registrária, a Lei 6.015/73 (posterior) prepondera sobre a Lei 4.591/64 (anterior), no que esta a contrarie. Vale anotar, no particular, que a *atribuição* condominial está na posterior e não na anterior.

O cotejo entre as Leis 6.015 e 4.591 há de obedecer ao dispositivo da Lei de Introdução, colhendo na Lei de Registros Públicos a exegese dos dispositivos da Lei do Condomínio, no referente aos assentos imobiliários no respectivo serviço. Na Lei 4.591/64 é relevante o art. 1.°, assim escrito:

"Art. 1.° As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma, sujeita às limitações desta lei".

Enfrenta-se a interpretação gramatical do texto, a primeira, nas boas regras de hermenêutica, até porque o artigo em causa dá o conjunto fundamental do condomínio horizontal, distinguindo-o do condomínio clássico, previsto no Código Civil. Diz o *caput* de "edificações ou conjuntos de edificações", a eles aplicando o adjetivo "construídos". As unidades isoladas, também ditas autônomas, são as construídas (no passado), inconfundíveis destarte com as frações ideais que lhes integram e que lhes cabem, tanto no terreno quanto nas áreas comuns, igualmente construídas, por atividade acabada, encerrada, finda ao tempo em que o tema da atribuição é de ser considerado. As opiniões que admitem unidade autônoma com o registro da incorporação, embora respeitáveis, não ultrapassam a clara definição legal e a orientação dominante. O debate a respeito foge dos objetivos do parecer.

O direito de aquisição, que a doutrina e a jurisprudência reconhecem, não tem força de afastar a norma escrita, o direito vigente expresso "nas limitações desta lei", afirmado no final do art. 1.°, antes reproduzido.

Sendo, na forma da lei, ação de construir – e, deste modo, acolhida e liberada pela autoridade administrativa competente –, não se admite possa o art. 1.° ser aplicável a atos ainda não existentes, em relação aos quais haja apenas a possibilidade fática de que possam acontecer. Com isso, se tem claro que a "propriedade autônoma" só passa a concretizar-se para o direito após sua completa existência física, nos dois elementos: o dominial e a autonomia.

A propriedade, que a Constituição dignifica no quadro dos grandes direitos individuais, afirmando-a inviolável, tem aquisição privada condicionada às quatro alternativas previstas no art. 530 do CC. Inocorrente uma dessas alternativas gerais ou uma das especificadas no art. 167 da Lei 6.015/73, a propriedade não nasce. A vinculação prevista no. art. 29 da Lei 4.591/64 é, nos precisos termos expressos no dispositivo, um objetivo a alcançar, mas só para quando haja as unidades autônomas especificadas nos parágrafos do art. 1 °.

A autonomia, no diagrama condominial, reforça a qualificação específica, pois a

propriedade é, por natureza, autônoma. Todavia foi necessário, na Lei 4.591/64, aplicar-lhe o adjetivo porque nela cabem, nada obstante a autonomia, partes comuns e frações ideais, aquelas e estas confundidas com as demais propriedades dos demais condôminos. São, assim, desprovidas do verdadeiro característico de independência entre elas, no plano físico.

São essas as razões pelas quais, como adiante se verá, a aquisição dominial, quando formalizado o registro, se referirá não apenas à unidade, mas também à fração ideal e partes comuns do prédio que a ela cabem. A formalização imprescindível não será caracterizável enquanto faltantes os elementos decorrentes do claro enunciado do art. 1.º: prédio construído, unidades residenciais ou comerciais independentes, gerando partes comuns e, em direta correspondência com estas unidades autônomas, as frações ideais. Por isso mesmo surgiu, na lei posterior, o requisito formal da atribuição.

Em outras palavras, a propriedade se formaliza para o direito quando a aquisição dominial, na via entre vivos, se consolide com o respectivo registro, na melhor tradição da lei brasileira desde 1917, quando o Código Civil referiu a transcrição. Ao tratar de atribuição, a Lei de Registros Públicos deu o enquadramento formal da composição dos direitos envolvidos.

A doutrina confunde, às vezes, a fração ideal desta lei com a fração ideal do condomínio do Código Civil. A solução não é boa, pois, mesmo havendo frações ideais, na relação condominial em edifícios, nem por isso devem enquadrar-se entre as da típica legislação civil codificada, pois nesta não há a antecipada e exigível determinação finalística característica daquela. Parecem-se, mas são diferentes.

Quebrando a ordem, em benefício da clareza exegética, leiamos o § 2.º do mesmo art. 1.º, para melhor compreender que não se trata da mesma realidade jurídica:

"(...)

§ 2.º A cada unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária".

A ligação estabelecida está no verbo *caber*: a parte ideal integra-se à unidade e às partes comuns, como elemento inseparável do conjunto, quando houver unidade e partes comuns efetivamente terminadas, seja qual for o tipo da incorporação. Ou seja, coisas comuns mais fração ideal são contidas dentro do direito relativo à unidade autônoma, ganhando a definitiva condição de direito real, oponível a terceiros, quando atribuída a alguém, o seu titular. ***Parte inseparável***, no singular, se refere tanto à fração quanto à coisa comum, como coisa indissoluvelmente integrada à unidade, como complemento dela, em acessão física somente formalizável por meio do assentamento registral da atribuição.

Considerando que o cabimento à unidade autônoma das partes comuns e coisas comuns, bem como sua inseparabilidade, *dependem suspensivamente* de haver prédio concluído, esse é o momento em que a divisão e a atribuição podem produzir o efeito jurídico da propriedade consolidada.

A aquisição comprometida de frações ideais por si só significa pouco na formalização. Por isso mesmo se pode dizer que o § 2.º do art. 1.º tem tido leitura insuficiente, quando esquece a força aditiva de terreno e coisas comuns, representada pela conjunção *e*.

Franco e Gondo, antes referidos na transcrição do parecer da Corregedoria Geral da Justiça,[6] são claros ao afirmar a informalidade da atribuição,[7] o que, por si só, exclui o formalismo registrário.

Os dois respeitados escritores disseram em seu trabalho:

[6] P. 280.

[7] Autores citados, *Condomínio em edifícios*, 3. ed., São Paulo: RT, 1984, p. 14 e 15.

"No instrumento de instituição, discriminação e convenção de condomínio, podem os condôminos proceder à atribuição das unidades autônomas que ficarão pertencendo a cada um deles, extinguindo-se, por essa forma, a indivisão sobre as áreas de uso privativo. Trata-se de uma divisão atípica, menos solene, que dispensa a escritura pública".

A mesma obra remete a outra, onde há afirmação a ser meditada:[8]

"Por isso, construído o edifício, o instrumento formal de atribuição daquelas unidades autônomas a seus titulares tem o efeito retro-operante e juridicamente se considera existente desde o início da construção".

Ora, o registro de imóvel é *formal*, porque não podem acolher atos desprovidos dos característicos essenciais que lhe correspondem. Supondo-se, como dizem os dois eminentes autores, ser aceitável a idéia do *efeito retro-operante*, só faz confirmar que, enquanto não feita a atribuição, tal efeito não surge, a propriedade plena não se caracteriza. O ato formal é a atribuição, não só pela lógica da fisiologia condominial (os passos dos quais se compõe), mas também pelo condicionamento legal do nascimento da propriedade privada na lei brasileira.

Mesmo no capítulo dos títulos e documentos – que se pode referir como exemplo de analogia, embora menos formal e com outras finalidades – a lei determina, quanto ao negócio jurídico assentável:

"Art. 156. O oficial deverá recusar registro a título e a documento que não se revistam das formalidades legais.

(...)".

A respeito já anotei[9] que a lei impõe ao oficial *o dever de recusa ao registro*, quando o papel, o título, ou o documento não se revistam das *formalidades legais*. *Formalidade* refere-se à forma extrínseca do documento, mas por qualquer característico ou exigência determinados pelo ordenamento jurídico.

Retornemos ao art. 1.º da Lei do Condomínio: por conta de tal condição e respeitado o adjetivo *construídos*, o § 2.º deve ter sua interpretação acrescida à do § 1.º, que estabelece que a designação se faz a contar da unidade, individuando-a para efeitos discriminatórios, com a fração ideal e partes comuns, distinguindo o conjunto das demais, ao determinar:

"§ 1.º Cada unidade será assinalada por designação especial, numérica ou alfabética, para efeitos de identificação e discriminação".

Os dois termos finais do dispositivo (identificação e discriminação) vieram a ser lidos, mais de dez anos depois, com o significado que a Lei 6.015/73 (entrada a vigorar em 1976) lhes deu. Interessando ao tema em debate, são chamados à discussão, no art. 167, I, os ns. 17[10] e 23;[11] no art. 176, II os ns. 3[12] e 4[13] e, no mesmo artigo,

[8] J. Nascimento Franco e Nisske Gondo. *Incorporações imobiliárias*. 2. ed. São Paulo: RT, 1984. p. 5.

[9] *Lei dos Registros Públicos comentada*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, p. 287.

[10] "17) das incorporações, instituições e convenções de condomínio;"

[11] "23) dos julgados e atos jurídicos entre vivos que dividirem imóveis ou os demarcarem inclusive nos casos de incorporação que resultarem em constituição de condomínio e atribuírem uma ou mais unidades aos incorporadores;"

[12] "3) a identificação do imóvel, feita mediante indicação de suas características e confrontações, localização, área e denominação, se rural, ou logradouro e número, se urbano, e sua designação cadastral, se houver;"

[13] "4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como:

a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação;

b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro

inc. III, os ns. 2[14] e 3.[15] Todos os referidos elementos, tomados em conjunto, só alcançam forma definitiva quando a unidade autônoma, construída, é atribuída ao incorporador ou aos terceiros aos quais ele a transmita.

Franco e Gondo afirmam a informalidade da atribuição, na ótica da Lei 4.591/64. Mas para a Lei 6.015/73 não é assim, por duas razões, uma geral e outra especial:

a) A razão geral é a do formalismo inerente ao próprio registro imobiliário, tanto que o registrador não ingressa no exame das circunstâncias exógenas, de negócio a registrar. Quanto ao formalismo, escrevi[16] que o registrador de imóveis faz exame extrínseco do título, alheio a questões de alta indagação. A autoridade administrativa policia o registro público, resguardando-o da violação de suas regras próprias e peculiares, fazendo satisfazer as exigências a ela necessárias, e só por exceção, na evidência de ilegalidade ofensiva de um interesse público, se permitirá uma incursão mais profunda.

b) A razão específica, na área registrária (à qual a Lei do Condomínio se subordina no tempo), decorre do art. 169 da Lei de Registros Públicos. O dispositivo vai reproduzido adiante, com suas ressalvas, apenas para mostrar que estas não se aplicam, mas exclusivamente o *caput*:

> "Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo:
>
> I – as averbações, que serão efetuadas na matrícula ou à margem do registro a que se referirem, ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição;
>
> II – os registros relativos a imóveis situados em comarcas, ou circunscrições limítrofes, que serão feitos em todas elas;
>
> III – o registro previsto no n. 3 do inciso I do art. 167, e a averbação prevista no n. 16 do inciso II do art. 167 serão efetuados no Cartório onde o imóvel esteja matriculado mediante apresentação de qualquer das vias do contrato, assinado pelas partes e subscrito por duas testemunhas, bastando a coincidência entre o nome de um dos proprietários e o locador".

E assim é porque, como tenho escrito,[17] a menção de *todos os atos* deve ter decorrido de engano do legislador, ao supor que os casos de registro e os de averbação mencionados no art. 167 estariam compreendidos no registro. Os negócios não são, é evidente, obrigatórios, posto que ligados a acordos de vontade, a conseqüências processuais, a disposições testamentárias e assim por diante. *Atos* é entendido como sinônimo de *registros*, a serem praticados sob imposição da obrigatoriedade contida no art. 169 da Norma Registral.

Salvo nos casos de parcelamento do solo urbano, a *obrigatoriedade* não é acompanhada de pena pelo descumprimento. Todavia:

a) quem não observar esse dever de ordem pública responde pelos prejuízos a que der causa;

b) se o registro e a averbação são feitos[18] para constituição, transferência e extinção de direitos, validade em relação a terceiros e garantia de disponibilidade, nenhum efeito pode ser obtido ou reclamado sem que o

Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda;

5) o número do registro anterior."

(14) "2) o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor, bem como:

a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação;

b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda;"

(15) 3) o título da transmissão ou do ônus;"

(16) Op. cit., p. 308.

(17) *Lei dos Registros Públicos comentada.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, p. 287.

(18) Art. 172 da Lei de Registro Públicos.

registro se complete. Exemplo de sanção indireta decorria da Súm. 621 do STF (depois superada pela Súm. 54 do STJ), que declarava inviáveis embargos de terceiro, opostos por promitente comprador, à penhora do imóvel por ele adquirido, se a promessa de compra e venda não houvesse sido levada a registro imobiliário.

A identificação e a discriminação do § 1.º da Lei Condominial dependem da iniciativa de parte, em obediência ao princípio da instância, consubstanciado no *caput* do art. 13 da Lei dos Registros Públicos:

"Art. 13. Salvo as anotações e as averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados:

I – por ordem judicial;

II – a requerimento verbal ou escrito dos interessados;

III – a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar.

Repetindo velha opinião,[19] há de ser recordado que o artigo consagra a regra tradicional de que ao serventuário se veda a prática de ofício dos atos de registro, salvo os obrigatórios, segundo o chamado princípio de instância. No caso da serventia imobiliária, fará a averbação de nomes de logradouros decretados pelo Poder Público,[20] conforme conste de publicação no *Diário Oficial do Município*, onde houver, ou de certidão expedida pela autoridade competente.

Títulos assentáveis são os apresentados por interessados. O princípio da instância exige, como ficou dito, iniciativa privada. A doutrina discute a possibilidade determinada pela conveniência de poder o Estado, pela preponderância do interesse público, tomar iniciativa de proceder a todos os lançamentos. Entretanto, dadas as garantias que defluem do registro e sua importância para preservação dos negócios jurídicos referentes a imóveis, a ação do particular prepondera, sem conflitar com a obrigatoriedade do sistema brasileiro de registro,[21] mesmo sem haver pena expressamente cominada em lei, para o inadimplemento da obrigação. O ofício imobiliário é receptor passivo dos papéis que lhe são exibidos, assim praticados pelo delegado os atos de seu ofício.

De tais normas resulta a conclusão evidente: o oficial depende de manifestação expressa de quem de direito para atribuir o imóvel a alguém.

Se a regra registrária cuida de afamar, pela obrigatoriedade, os registros indicados no art. 167, I, 23, descabe exegese em sentido contrário. Não se admite ausência de formalidade onde a lei a exige, o que se confirma no art. 221, ao referir a exclusividade dos títulos aceitáveis: escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros, escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo.

O advérbio *somente*, na cabeça do art. 221, exclui aceitação de título estranho aos catalogados nos quatro incisos do artigo, reiterando orientação do direito anterior, confirmada, por exemplo, com a ressalva quanto ao *escrito particular*. É registrável aquele ao qual a lei dá força declaratória, translativa ou extintiva, de direito real sobre imóvel, e que satisfaça os requisitos indicados no artigo. Claro está, da breve referência, que, no escrito particular, a formalidade o integra.

Em obra coordenada por Sérgio Jacomino,[22] Ulysses da Silva diz:

"Um sério obstáculo para a atribuição de unidades autônomas na incorporação, quando há mais de um proprietário, é a abertura de matriculas, uma vez que está ela (a atribuição) sujeita a registro".

(19) Op. cit., p. 29 e 337.

(20) Lei de Registro Públicos, art. 167, II, 13.

(21) Art. 169.

(22) *Registro de imóveis*. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 419-420.

Ulysses recorda lição do Juiz Kioitsi Chicuta em decisão dada na dúvida 334/91:

"'a unidade imobiliária só nasce com o registro da instituição e da especificação condominial, antes disso há tão-somente frações ideais de terreno a que se vinculam unidades em construção e não existentes no plano jurídico registrário'.

(...)

Observem que a linha de pensamento que vimos seguindo, coerente com a orientação superior, fundamenta-se na certeza de que, enquanto não concluído o edifício e registrada a instituição, as unidades autônomas não nasceram para o mundo jurídico, não tendo, portanto, condições de serem ocupadas. E se não podem ser ocupadas porque ainda não nasceram, não há como falar em condomínio especial consumado.

(...)

A despeito dessa posição, pensamos nada impedir que os incorporadores façam constar do próprio memorial de incorporação um acerto quanto à distribuição entre eles das unidades, de acordo com a força de seus títulos, ficando a atribuição para ser feita definitivamente após a conclusão da obra".

A posição de Ulysses e de Chicuta não é apenas a defluente da lei e das garantias que lhe são próprias, mas também lógica e sensata. Somados os elementos jurídicos carreados para o parecer, afirma-se induvidosa, à luz da Lei de Registros Públicos, a imposição de que se atribua cada unidade autônoma, ao seu titular, mediante registro na matrícula.

4. Normatividade administrativa

A pré-conclusão anterior também vale em face da posição administrativa. O Processo CG 1.270/2001 até mesmo tratou da normatividade administrativa estadual:

"A exigência formulada, porém, constitui o efeito colateral de uma interpretação equivocada da legislação em vigor e da ausência de rigoroso cumprimento do disposto nos itens 213 e 214 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, (...)"

Apenas por cautela cabe referir o item 213, que começa afirmando uma das convicções nucleares deste estudo:

"213. Antes de averbada a construção e registrada a instituição do condomínio, será irregular a abertura de matrículas para o registro de atos relativos a futuras unidades autônomas".

Sim, a abertura de matrícula, antes da construção averbada, é irregular pois não se trata de imóvel autônomo, mas parte de outro, já existente: o terreno ocupado ou a ser ocupado pela edificação. A abertura da matricula só será regular *se e quando* a obra existir ("construída", na forma da Lei do Condomínio), liberada pela autoridade administrativa competente, para o fim comercial ou residencial a que se destinar.

A *matrícula* é o núcleo do registro imobiliário. *Cada*[23] imóvel indica a individualidade rigorosa do bem, seja terreno, seja edificação. Na sistemática da lei, *cada* é interpretado em sentido estrito, indicando bem matriculado, estremando-o de dúvida dos vizinhos. Traço assinalador da matrícula é o de referir-se exclusivamente ao imóvel, exigindo perfeita caracterização deste, distinguindo-o dos demais. Permite – como é freqüente em operações condominiais – que prédios, lotes ou área contíguas, se assim o requerer o titular, sejam unificados sob matrícula única, formando um todo, distinto das unidades que o compuseram, individuado na área maior, provocando o cancelamento das matrículas de cada uma das partes originais. O aspecto individuador da matrícula se reforça com o adjetivo *própria*, constante do mesmo artigo. *Cada* e *própria* são palavras nucleares para o in-

[23] Lei de Registros Públicos, art. 176, § 1.º, I, sendo o inciso do seguinte teor: "I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta lei;"

térprete, compatíveis com a exegese sistemática dos arts. 195, 227 e 236.

Se e quando existir a edificação, deverá ser objeto de registro autônomo, diverso daquele do qual se originou, embora integrado por parte do imóvel que compunha o registro velho. Para suprir a lacuna legal desse período (incorporação registrada e inexistente matrícula das unidades autônomas), a E. Corregedoria criou ficha auxiliar (diversa, portanto, da matrícula) relativa a direitos de aquisição da fração ideal que caberá, com as partes comuns, às unidades autônomas, quando concluída a edificação e emitido o "habite-se". Parte do item 213.1 merece reprodução:

"213.1. Independentemente da ficha auxiliar a que se refere o item 212, quando do ingresso de contratos relativos a direitos de aquisição de frações ideais e de correspondentes unidades autônomas em construção, serão abertas fichas complementares, necessariamente integrantes da matrícula em que registrada a incorporação".

Nesse período, coberto pela ficha auxiliar, não existe construção acabada, e a unidade, cuja realidade física se encontra em fase evolutiva, não tem matrícula. A fração ideal, que lhe corresponderá com o registro, se liga a *outro* imóvel (o terreno). Nesse momento, o chão é diverso da pretendida unidade autônoma. Não *cabe* nela, mas mantém-se principal em relação a ela, enquanto não construída. Para mero efeito administrativo, o assento nas fichas auxiliares permite sejam descritas as unidades futuras, com os elementos disponíveis, mas com nota expressa de estarem em construção.[24]

Eventuais ônus existentes na matrícula, em que registrada a incorporação, serão lançados em face do terreno e não da edificação. Norma administrativa diz que *por cautela* e mediante averbação, tais ônus serão transportados para cada uma das fichas complementares.

A matrícula, seja permitida a repetição cansativa, é a do chão, do principal *si et in quantum*, pois inexiste edificação acabada, inexistem unidade autônoma e partes comuns, nem mesmo atribuíveis na ordem do item 213, no subitem 213.4, a tais segmentos condominiais.

Vejamos o 214:

"214. Uma vez averbada a construção e efetuado o registro da instituição e especificação do condomínio, proceder-se-á à averbação desse fato em cada ficha complementar, com a nota expressa de sua conseqüente transformação em nova matrícula e de que esta se refere a unidade autônoma já construída, lançando-se, então, no campo próprio, o número que vier a ser assim obtido (modelo padronizado)".

Uma vez averbada a construção (*já terminada*, quer o texto), não antes, será aberta, para cada unidade autônoma, a respectiva matrícula. A matrícula passa a ser considerada *em si mesma*, pois até então vale o item 214.1:

"214.1. Antes de operada a transformação em nova matrícula, quaisquer certidões fornecidas em relação à unidade em construção deverão incluir, necessariamente, a da própria matrícula em que registrada a incorporação".

A certidão – documento oficial, emitido estritamente na forma e com as limitações da lei – declarará que não se trata de unidade autônoma, nem de novo imóvel, mas apenas parte de outro (do terreno) sobre o qual se realiza – em tese (fato que não compete ao registrador debater) – construção que *poderá* culminar com a criação de unidade autônoma. Inconfundível esta, até então, com o solo, ou parte dele, sobre o qual se construiu. Aí, sim, quando terminada e expedido o "habite-se", nasce a aplicação do art. 167, I, 23, da Lei 6.015/73.

Antes, não.

Não havendo condomínio de unidades autônomas, com os titulares individuados de sua propriedade, não havia motivo ou fundamento para que se formalizasse o instrumento de atribuição, indispensável a seguir.

[24] Subitem 213.2 das mesmas Normas.

5. Caso concreto

A reclamação labora em erro. As unidades isoladas ingressam no mundo do direito real quando realizada a abertura de matrícula respectiva, inseridos seus característicos próprios e partes comuns, inconfundíveis com os do terreno ou de frações ideais deste.

Veja-se que, para o Registro, não houve, no caso da reclamação, alienação de qualquer unidade autônoma, mas promessa de compra e venda da fração ideal do terreno, a integrar futura unidade, abrindo ensejo ao então futuro registro de definitiva venda e compra, quando juridicizada a unidade autônoma, na estrita forma legal.

Fosse correto o raciocínio da reclamante, nem ao menos a construção precisaria existir para que se reconhecessem, no registro, a autonomia da unidade e a identificação plena de seu proprietário, em situação inaceitável, não apenas pelas razões lógicas às quais se pode recorrer, mas, sobretudo, à vista do que dispõe a lei vigente.

Imaginemos, por hipótese, não houvessem as obras sido concluídas: a inexistência registral das unidades subsistiria definitivamente, participando eventuais promissários compradores tão-somente do que resultasse do fracionamento do solo.

Nada mais.

A disponibilidade – uma das garantias asseguradas aos direitos reais registrados – dependeria de que existissem e fossem registradas em nome de seus titulares, pois este é o limite mínimo de satisfação da lei vigente. Dependência inutilizada, na alternativa aqui imaginada, pela não conclusão da obra.

Na venda de fração ideal, relacionada com futura unidade autônoma, se trata de possibilidade jurídica de direito a adquirir. Se e quando existirem unidades isoladas, assim acolhidas pelo direito, haverá a vinculação delas com partes comuns e frações ideais do solo, pois a incorporação, registrada antes, se completará com os passos seguintes, até a atribuição do domínio a seus verdadeiros titulares.

A reclamação, desse modo, desconsidera elementos fundantes do sistema nacional de registros:

a) O direito de aquisição vale entre partes. Frustrado, o adquirente pode obter sua realização em juízo, tanto que o Código de Processo Civil lhe dá os remédios para tanto (arts. 639-640), não substituível por ato do registrador;

b) a identificação e a discriminação da Lei 4.591/64 não suprem a especificação da unidade autônoma, exigida pela Lei 6.015/73, *depois* da construção e da titulação da propriedade afinal adquirida;

c) o pagamento integral pelo adquirente não altera a conclusão: vale entre as partes, como direito obrigacional, a ingressar no campo do direito das coisas, na atribuição.

6. Conclusão

Portanto, percorrida a realidade jurídica do tema, a legislação, doutrina e jurisprudência sobre o assunto em debate e vistos os fatos expostos pela consulente, temos em resumo:

1. O fulcro da questão está na exigibilidade da atribuição, no caso específico do condomínio em edificações, sob a luz do disposto na Lei dos Registros Públicos. Não obstante variações, a doutrina e a via administrativa reconhecem ser a atribuição o melhor dos modos extintivos da co-propriedade, dentre os correspondentes à propriedade em edificações, tanto que os têm por mais freqüentes, embora digam não ser o único. Por isso mesmo, até a decisão agora criticada não houve dúvida quanto à aplicabilidade da atribuição, não apenas porque está na lei, mas por compatibilizar-se com a formação do direito registral do Brasil.

2. Lida a Lei de Introdução ao Código Civil, vê-se que a Lei de Registros Públicos prepondera, naquilo em que conflitam, sobre parte da Lei dos Condomínios. Assim, o art. 1.º da Lei Condominial não é aplicável a atos construtivos inexistentes, no todo ou em parte, apenas com a possibilidade de que

venham a existir. A *propriedade autônoma* da unidade condominial isolada nasce para o direito, no negócio entre vivos, quando satisfeita uma das quatro alternativas do art. 530 do CC, ao ser permitido seu registro. Fração ideal de terreno (antes do fim da construção) é inconfundível com unidade autônoma, somada às partes comuns.

3. A promessa de cessão de direitos sobre construção inacabada (ou nem mesmo iniciada) não gera direito real sobre unidade autônoma. O cabimento das partes comuns, sua inseparabilidade, em face da unidade isolada, dependem, como condição suspensiva, de haver prédio concluído. Satisfeita a condição, surge o momento da matrícula unitária, em que a divisão e a atribuição consolidam a propriedade da unidade, com seus conseqüentes, nos termos do art. 167, I, 23, da Lei 6.015/73.

4. A unidade autônoma não é ficção legal, mas realidade física, palpável, construída, com utilização permitida pela autoridade administrativa, à qual cabem, na definição legal, frações ideais e partes comuns. Quando haja unidades autônomas, a vinculação entre fração ideal (terreno mais partes comuns do prédio construído) depende de ato formal que a justifique, em face do registro, atribuindo-a a seu titular.

5. A formalização da aquisição dominial, retrodescrita, se ajusta aos acréscimos colhidos nos elementos decorrentes do art. 1.º da Lei 4.591/64: prédio construído, com unidades isoladas, mais partes comuns (da edificação) e frações ideais do solo, razão pela qual a transposição da margem do não direito consolidado, para a do direito consolidado, depende da atribuição, tradicionalmente respeitada no direito administrativo e correicional de São Paulo.

A propriedade de quem tenha título para a afirmar se formaliza para o direito, se consolida, com esse passo necessário.

De tudo resulta ser incorreto dizer que a unidade autônoma está predestinada ao proprietário futuro, provida dos elementos de autenticidade, segurança e eficácia característicos do sistema nacional de registros públicos. Ela será destinada àquele que a registrar, com a qualidade inerente à sua própria autonomia, com a fração do terreno onde se localiza. A conclusão se confirma no art. 221 da Lei de Registros Públicos, ao autorizar registro *somente* para os títulos ali referidos. Exclui aceitação de outros, estranhos aos catalogados. A atribuição é o título de reconhecimento da propriedade da unidade autônoma.

7. A atribuição, enquanto ato informal, como quiseram Franco e Gondo – incompatível com o formalismo registrário –, teria sido possível sob a ótica da Lei dos Condomínios, mas deixou de sê-lo sob a luz da Lei dos Registros Públicos, tradicionalmente acolhida pelas normas administrativas da E. Corregedoria Geral.

8. Os atos do registrador são submetidos ao princípio da instância, restritos ao que lhes autoriza a lei. O oficial tem *o dever de recusa ao registro*, quando desrespeitadas as *formalidades legais* e o dever de agir a requerimento de quem tenha interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico.

9. Embora o incorporador possa incluir no memorial de incorporação um acerto quanto à distribuição das unidades, de acordo com a força de seus títulos, a atribuição deverá ser feita, para valer definitivamente, após a conclusão da obra.

10. Os negócios precedentes asseguram direitos pessoais, a serem confirmados pelo direito real, quando satisfeita a imposição de atribuir cada unidade autônoma, ao seu titular, mediante registro na matrícula aberta depois do fim da construção. A Lei 4.591/64 não pode sobrepor-se – posto que anterior – à especificação, elemento essencial do direito imobiliário registral.

É o parecer que me cabe emitir.

São Paulo, 14 de novembro de 2001 – WALTER CENEVIVA, OAB/SP 10.008.

5. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização

SÉRGIO JACOMINO

5.1

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1.1 SEPARAÇÃO JUDICIAL. Requerimento de inventário e partilha. Aquisição imobiliária posterior ao rompimento de fato da relação conjugal. Efeitos. Titulação de área de terras. Consideração, baseada em exame documental, de aquisição. Parcela.

Ementa: I. A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ.

II. Se o Tribunal a quo, *soberano na apreciação da matéria de fato, conclui, à vista da titulação dominial constante dos autos, que a gleba de terras também objeto da partilha, foi adquirida em partes distintas, cada qual com uma origem e em épocas específicas, para efeito de fixação do direito à comunhão no tempo, o reexame da matéria encontra o óbice, na via especial, das Súmulas 5 e 7 do STJ.*

III. Razoabilidade da sucumbência proporcional fixada no acórdão, em face das circunstâncias dos autos.

IV. Recurso especial não conhecido.

REsp 32.218/SP – 4.ª T. – STJ – j. 17.05.2001 – rel. Min. Aldir Passarinho Junior – *DJU* 03.09.2001.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, decide a 4.ª T. do STJ, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de maio de 2001 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior*: Inicio por adotar o relatório que integra o acórdão recorrido, *verbis* (f.):

"1. Trata-se decisão homologatória de partilha dos bens de casal separado judicialmente que conferiu, a cada um deles, 50% do que foi descrito inicialmente (f).

Recorreu o réu argüindo preliminar de nulidade do processo. As questões controvertidas demandam prova ensejando solução pelas vias ordinárias próprias. Diversos dos bens partilhados devem ser excluídos. Assim os adquiridos quando já separados de fato o casal e os incorporados ao seu patrimônio por herança ou cessão de direitos hereditários, em várias épocas. Apenas o primeiro dos bens relacionados foi adquirido pelo comum esforço do casal. Os demais não contaram com a participação da autora, seja pelo tempo, seja pela forma da aquisição. Portanto, faz jus a parte bem maior. Daí a reforma (f.).

Aderiu a autora pretendendo receber honorários de advogado (f.).

Apelos tempestivos (f.), mas apenas o principal respondido (f.) e preparado (f.). Apontou a Procuradoria o desinteresse do Ministério Público na causa (f.)".

O TJSP deu provimento à apelação do réu e julgou prejudicada a da autora, excluindo da partilha determinados bens (f.).

Opostos embargos declaratórios às f., foram eles rejeitados às f.

Irresignada, a autora interpõe, pela letra *a* do art. 105, III, da CF, recurso especial em que sustenta contrariedade aos arts. 275, I e II, do CC e 20 do CPC.

Quanto ao primeiro, diz que os bens adquiridos na constância do casamento com comunhão parcial entram na partilha. Ressalta que os descritos na letra *c* e *d* do item 3 da inicial foram adquiridos pelo varão antes da separação, portanto ainda na vigência da relação conjugal, sendo irrelevante a separação de fato antes ocorrida.

No tocante ao bem descrito na letra *e*, ele foi obtido por usucapião também na constância do casamento.

Com relação aos honorários, afirma que, a ser mantida a decisão, no mínimo haveria que incidir a regra do art. 21, *caput*, porque recíproca a sucumbência, isto se não adotada a tese da sucumbência integral.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de f.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às f., pelo Dr. Miguel Guskow, no sentido do improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr Min. Aldir Passarinho Junior* (relator): Discute-se no recurso especial sobre a exclusão de bens em partilha proposta pela ex-esposa, após separação do casal.

O TJSP assim solucionou a controvérsia (f.):

"Dos cinco imóveis elencados na inicial (f.), todos partilhados pela r. sentença homologatória (f.), insurge-se o recorrente contra a repartição dos quatro últimos, por variados motivos.

Inexiste, assim, controvérsia quanto ao imóvel da letra *a* (um terreno com área de 1.000 m², situado na antiga rua Campinas, atualmente, rua Dr. Armando Pinto, parte do Lote Rural n. 3, no lugar denominado Caixa D'Água, na Fazenda Belém Cachoeira, em Franco da Rocha – f.).

Se o recorrente tinha alguma exclusividade sobre o bem descrito no item *b* da inicial (um lote de terreno com área de 500 m², parte do Lote Rural n. 3, no lugar denominado 'Caixa D'Água', na Fazenda Belém, Distrito, Município e Comarca de Franco da Rocha – f.), dela abriu mão no curso do processo. Não só ofereceu à partilha (f.) como, em seguidas manifestações (f.) ressalta que ele foi adquirido na constância do casamento.

Inadmissível inovação em apelação, como pacíficas doutrina e jurisprudência. Passível, no caso, renúncia. Subsiste a r. sentença quanto a esse imóvel.

Os bens dos itens *c* (um terreno situado na Rua 10, Lote 15, Quadra 18, da planta de terrenos da Cia. Edificadora Auxiliar de São Paulo – Ceaspa, no lugar denominado Jardim Vila Carrão, Distrito de Itaquera, Município e Comarca de São Paulo – f.) e *d* (uma casa e seus respectivos terrenos, situada na Rua Dr. Armando Pinto, n. 120, antiga Rua Campinas, Lote n. 47 da Planta 1-B, no lugar denominado 'Fazenda Belém e Cachoeira', nesta cidade – Franco da Rocha – zona urbana, com área de 333 m² – f.) merecem trato conjunto.

Desde o início o réu impugnou a inclusão deles (f.). Alegou que foram adquiridos após a separação, o que, de fato, ocorreu.

É inequívoco que o casal se separou de fato em 08.10.1961. Assim constou da inicial do desquite (f.). Nesse sentido depôs a autora (f.). Essa a prova oral (f.). Os imó-

veis foram adquiridos, respectivamente, em 07.03.1972 (f.) e 17.11.1972 (f.).

Segundo nova orientação da jurisprudência, observa Yussef Said Cahali, reconhece-se a incomunicabilidade dos bens adquiridos por qualquer dos cônjuges durante a simples separação de fato que precede à separação judicial ou o divórcio direto (*Divórcio e separação*. 6. ed. São Paulo: RT, t. 2, p. 875 *et seq.*).

Se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao direito e à moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem ao outro cônjuge (*RJTJ*/SP, vol. 114/102).

Tal é o caso dos autos.

Assim, os bens descritos nos itens *c* e *d* devem ser excluídos da partilha.

Resta examinar o último dos bens (item *e* – uma área com 254.386.35 m², situada no bairro do Arraial, Distrito de Tuiuti, deste Município e Comarca – f.).

Irrelevante nesse momento a data da sentença de usucapião (de 15.05.1980 – f.). Com efeito, segundo doutrina e jurisprudência referidas por José Carlos de Moraes Salles, preenchidos os requisitos de posse mansa e pacífica, isto é, sem oposição, bem como o do tempo previsto em lei, sem interrupções de posse, e ocorrendo comprovadamente o *animus domini*, ter-se-á consubstanciado o usucapião extraordinário, independentemente da sentença proferida na ação de usucapião, uma vez que esta é meramente 'declaratória' e não constitutiva de direito (*Usucapião de bens imóveis e móveis*. São Paulo: RT, 1991. p. 48).

Os direitos sobre a gleba usucapida foram adquiridos por quotas e em etapas. A primeira delas, em 1922, em razão da morte de seu pai (f.); a segunda, em 05.09.1946, por compra de quota-parte de cunhado e irmã (f.); a terceira, em 1960, pelo falecimento de sua mãe (f.); a quarta, em 22.12.1965, (f.) por cessão de direitos hereditários; e a quinta e última, em 08.04.1979 (f.), por aquisição de direito possessório.

Não se esquecendo a data do casamento (04.12.1952 – f.), o regime de bens (comunhão parcial), a da época da separação de fato do casal (08.10.1967 – f. *v.g.*), de apenas de parte dessas quotas pode a autora participar.

As duas primeiras são excluídas da comunhão, nos termos do art. 269, I, do CC, por serem anteriores ao casamento. As duas últimas por serem posteriores à separação de fato.

A terceira, nos termos do art. 271, III, do CC, se comunica e, portanto, deve ser partilhada. Limita-se, portanto, a participação da autora a 50% dessa terceira quota, como será apurado em liquidação.

Para esses fins, portanto, é dado provimento ao apelo do réu.

c) Em face do notório litígio instaurado no curso desse processo, inafastável a regra de sucumbência (Yussef Said Cahali. *Honorários advocatícios*. São Paulo: RT, 1991. p. 514).

Assim, responde a autora por 3/4 das despesas processuais e honorários de advogado fixados, nos termos dos §§ 4.º e 3.º do art. 20 do CPC, em dois salários mínimos.

d) Diante do que foi decidido no item anterior, resta prejudicado o apelo adesivo da autora.

3. Exclui-se o Ministério Público. Dá-se provimento, em parte, ao apelo do réu, prejudicado o da autora".

Como visto, a controvérsia, agora, se coloca em relação aos imóveis descritos nas letras *e*, *d* e *e* da inicial de f.

Entendeu o aresto, quanto aos dois primeiros (*c* e *d*), que eles não se comunicavam, porquanto o casal estava separado de fato desde 1961, e os bens foram adquiridos pelo cônjuge varão, ora recorrente, em 1972, isto é, onze anos depois.

Correta a decisão.

No julgamento do REsp 226.288/PA, proferi, como relator, o seguinte voto:

"De efeito, o casamento, nos termos do art. 231 do CC, tem, como um de seus pressupostos fundamentais, a vida em comum

no domicílio conjugal (inc. II) e a mútua assistência (III).

No caso em tela, os cônjuges se separaram em 1987, e em 1989 a recorrida ingressou com ação de separação judicial, da qual desistiu em 1991, para diretamente ajuizar ação de divórcio em face do lapso decorrido desde então.

Ao que se vi, portanto, o requisito legal para a conformação do divórcio (art. 40 da Lei 6.515/77) já se achava atendido quando do óbito do sogro, em 1994.

Não parece jurídico nem razoável, pois, *data maxima venia*, que, levando vida absolutamente apartada daquela relação inicial, e até por iniciativa própria tenha pretendido a recorrente desligar-se, em definitivo, dos laços conjugais, possa, agora, vir a reclamar meação sobre herança deixada pelo pai de seu ex-marido, apenas porque o processo de divórcio não chegou a ser sentenciado pelo Poder Judiciário.

Apreciando situações assemelhadas, esta Turma decidiu que:

'Outorga marital. Suprimento. Separação de fato.

A separação de fato, quando se prolonga no tempo, produz efeitos também sobre o regime de bens, de tal sorte que se deve reconhecer como antijurídica a recusa do marido em autorizar a mulher a alienar bem imóvel que ela adquiriu por herança de sua mãe, vinte anos depois da separação.

Recurso conhecido e provido' (REsp 127.077/ES, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, *DJU* de 10.11.1997).

(...)

'Recurso especial.

– Súm. 456 do STF.

– Efeitos da separação de fato do casal.

– Recurso provido' (REsp 10.278/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, unânime, *DJU* de 18.12.1998).

Oportuno transcrever excerto do voto do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar, no primeiro desses precedentes:

'Versando sobre a separação de fato e o efeito do tempo no regime matrimonial de bens, assim se manifestou o eminente Prof. Yussef Said Cahali, no seu excelente trabalho sobre *Divórcio e separação*:

'O regime de bens é imutável sim. Mas se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao direito e à moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desses ao outro cônjuge" (21. ed., II/1.873).

Acompanho esse lúcido entendimento, que atende à realidade das coisas, essa 4.ª T. já decidiu, em situação assemelhada:

'Os bens adquiridos pelo marido após 30 anos da separação de fato não integram a meação' (REsp 60.820/RJ).

Sendo assim, a interpretação dos dispositivos legais citados no r. acórdão (Leis 4.121 e 6.515/77) não poderia levar à conclusão a que chegou a E. Câmara, pelo que estou em conhecer do recurso, pela alínea *a*, e lhe dar provimento, a fim de julgar procedente o pedido de suprimento judicial da outorga marital".

O acórdão ficou assim ementado:

"Civil e processual. Sociedade conjugal. Separação de fato. Ação de divórcio em curso. Falecimento do genitor do cônjuge-varão. Habilitação da esposa. Impossibilidade.

I. Não faz jus à sucessão pelo falecimento do pai do cônjuge-varão a esposa que, à época do óbito, já se achava há vários anos separada de fato, inclusive com ação de divórcio em andamento.

II. Recurso especial conhecido e provido, para excluir a recorrida do inventário".

A situação presente é ainda mais contundente, eis que, na hipótese, o período que mediou entre a separação de fato e a aquisição dos imóveis foi muito mais longo, pelo que é aplicável a mesma orientação que excluiu, da comunhão, os bens havidos após o afastamento ocorrido entre os cônjuges.

Examino, em seguida, a questão alusiva ao imóvel descrito na letra *e*.

O Tribunal, no exame da matéria fática dos autos, salientou que a extensa gleba de cerca de 250.000 m² foi adquirida por força de títulos diversos (herança, compra de quota, cessão etc.).

Assim, a pretensão da recorrente, de ver incluído o todo na partilha, enquanto somente se lhe reconheceu, em face da prova dos autos, o direito à terceira parte, havida por herança comum, e na proporção de 50%, importa no reexame fático da documentação dominial, vedado pelas Súmulas 5 e 7 do STJ.

Refuta-se também a argumentação vinculada à data da separação de direito, pelos mesmos fundamentos acima expostos no REsp 226.288/PA.

Finalmente, no tocante aos honorários advocatícios, a inconformação não merece prosperar.

É que, proposta a partilha, o imóvel "a" não sofreu impugnação. O "b" foi discutido e perdeu o réu. Venceu ele no "c" e no "d" e na maior parte no "e". Assim, a sucumbência proporcional de 3/4 estabelecida à f. me parece consentânea com o resultado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar votaram com o Sr. Ministro-relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de maio de 2001.

5.1.2 FRAUDE À EXECUÇÃO. Alienação na pendência de ação de cobrança. CPC, art. 593, II. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Embargos de terceiro. Procedência.

Ementa: I. O STJ, ainda que relativamente a casos anteriores à Lei 8.953/94, hipótese dos autos, vem entendendo que não basta à configuração da fraude à execução a existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no Cartório competente.

II. Ressalva do ponto de vista do relator.

III. Recurso especial não conhecido.

REsp 103.719/SP – 4.ª T. – STJ – j. 13.02.2001 – rel. Min. Aldir Passarinho Junior – *DJU* 07.05.2001.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, decide a 4.ª T. do STJ, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 2001 (data de julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior*: Inicio por aproveitar o relatório que integra o acórdão recorrido, *verbis* (f.):

"A r. sentença de f., cujo relatório se adota, julgou improcedentes embargos de terceiro articulados em execução movida contra devedor solvente, impondo à embargan-

te o pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência experimentada.

Apelou a vencida, no prazo legal, postulando a reforma integral do julgado e sustentando, para tanto, após escorço fático do ocorrido, que não tinha sido justa a r. sentença apelada, na medida em que atribuíra à recorrente a responsabilidade por não ter se aprofundado na pesquisa da idoneidade dos antecessores na propriedade dos outros 50% do imóvel penhorado. A jurisprudência indicada, no recurso, se orienta no sentido de que quando a compra não é feita diretamente da pessoa do devedor, deve ser resguardada a boa-fé do adquirente, conforme arestos que são colacionados no inconformismo.

Dessarte, a penhora para produzir efeitos *erga omnes* deve, obrigatoriamente, estar registrada, o que, no caso, não se verificara.

Dessarte, o julgamento antecipado implicara em cerceamento de defesa".

O 1.º TACivSP deu provimento à apelação, em acórdão assim ementado (f.):

"Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado da lide. Matéria de direito. Pretensão a produção de prova. Desnecessidade. Cerceamento inocorrente.

Embargos de terceiro. Fraude a execução. Penhora. Incidência sobre bem imóvel alienado. Necessidade de registro no cartório imobiliário competente. Alienações sucessivas. Venda realizada a terceiro não pelos executados-devedores, mas por quem deles adquirira o imóvel constritado. Fraude executória não configurada. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido".

Inconformado, Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. interpõe, pelas letras *a* e *c* do art. 105, III, da Carta Política, recurso especial em que sustenta ofensa aos arts. 592 e 593 do CPC, porquanto ao tempo em que se deu a alienação, já era promovida pelo embargado execução contra Ricardo e Eliana, que haviam em fraude vendido o bem a Octávio e Liuba, de quem a recorrida o adquiriu.

Aduz que não há exigência para registro da penhora, posto que não havia, à época (1988), previsão legal nesse sentido, consoante precedente do STJ, que cita (REsp 2.597/RS, rel. Min. Cláudio Santos, *DJU* de 27.08.1990).

Invoca jurisprudência em apoio a sua tese.

Contra-razões às f., alegando que é adquirente de boa-fé, eis que não havia registro da penhora e os vendedores Octávio e Liuba Lipener eram pessoas estranhas à execução.

Diz que adquiriram o imóvel ainda em 1987, consoante documento junto aos autos, e que também não ficou comprovado que o executado estava reduzido à insolvência.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de f.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior* (relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras *a* e *c* do autorizador constitucional, em que se discute a anulação de venda de imóvel à recorrida, feita por Octávio e Liuba Lipener, que a seu turno haviam adquirido o mesmo bem de Ricardo Samuel e Eliana Lipener, contra os quais era movida execução pelo Unibanco, ora recorrente.

É sustentada ofensa aos arts. 592 e 593 do CPC, a par de dissídio jurisprudencial.

Reza o art. 593, II, que:

"Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

(...)

II – quando, *ao tempo da alienação* ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;".

Meu entendimento pessoal a respeito da matéria se harmoniza com a orientação a respeito do E. STF, no sentido de que bastante a prévia existência de ação para que se configure a fraude à execução, sendo absolutamente possível ao adquirente a obten-

ção de certidões junto aos cartórios de distribuição, para informar-se sobre a situação pessoal dos alienantes e do imóvel, para cientificar-se da existência de demandas que eventualmente possam implicar na constrição da unidade objeto do contrato.

Nesse sentido cito os seguintes acórdãos do Pretório Excelso, *litteris*:

"Fraude à execução. Nulidade da alienação, quando pendia demanda capaz de alterar o patrimônio do alienante, reduzindo-o à insolvência.

Não se requer que em tal demanda haja penhora, e, muito menos, que tenha sido inscrita.

Nem há que cogitar de boa ou má-fé do adquirente.

Art. 895, II, do CPC.

Recurso extraordinário conhecido e provido" (1.ª T., RE 75.349/PR, rel. Min. Luiz Gallotti, unânime, *DJU* de 13.12.1972).

"Fraude à execução. Não há cuidar, na espécie, da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor; para figurar a fraude, basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência proposta a execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia de venda posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela, por parte do executado.

Recurso não conhecido" (2.ª T., RE 108.615/MG, rel. Min. Carlos Madeira, unânime, *DJU* de 1.º.08.1986).

"Embargos de terceiro. Fraude da execução. Para que se configure fraude de execução basta a existência da demanda pendente. Não se requer que em tal demanda haja penhora, e muito menos que tenha sido inscrita; basta a existência da lide pendente e a situação de insolvência do acionado.

Recurso extraordinário conhecido e provido" (2.ª T., RE 83.515/SP, rel. Min. Cordeiro Guerra, unânime, *DJU* de 03.11.1976).

Evidentemente que tais precedentes, assim como o caso ora em comento, são anteriores à alteração procedida no art. 659 do CPC, com a inclusão do § 4.º pela Lei 8.953/94, que passou a exigir a inscrição da penhora para a configuração da fraude.

Na hipótese em exame, Ricardo Lipener, o executado, adquiriu o apartamento em 1984, juntamente com seu pai, Octávio Lipener. A parte de Ricardo Lipener foi vendida a Octávio em março/1989 (f.) e este a alienou a Marise em agosto/1990, pouco mais de um ano após.

Assim, era mais do que razoável, tendo em vista que a alienação foi quase subseqüente, que a compradora buscasse segurança na aquisição, obtendo as certidões acima referidas tanto em nome de Octávio, o vendedor, como no de Ricardo, que até recentemente era co-proprietário do imóvel, pelo que a fraude se configurou.

Esse entendimento, entretanto, não foi o que predominou no STJ, que, em contraposição ao STF, se posicionou no rumo oposto, qual seja, o de somente reconhecer a fraude após o registro da penhora, como se infere dos seguintes arestos:

"Embargos de terceiro. Bem penhorado. Ausência de registro. Hipótese anterior à vigência da Lei 8.953/94.

Não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende de se demonstrar que o adquirente, que não houve o bem diretamente do executado, tinha ciência da constrição. Prevalência da boa-fé" (3.ª T., REsp 225.091/GO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, *DJU* de 28.08.2000).

"Fraude de execução. Embargos de terceiro. Boa-fé. Aquisição feita de outros que não os executados. Alienação depois de instaurada a execução e antes da penhora.

Não há fraude de execução na aquisição feita por terceiro de boa-fé, que compra o bem de outro que não o executado, antes da penhora, sem que houvesse inscrição da distribuição do processo de execução e sem prova de que o adquirente sabia da existência da demanda capaz de levar o primitivo proprietário à insolvência. Nesse caso, a declaração da ineficácia da primeira venda não atinge o terceiro sub-adquirente de boa-fé.

Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos" (4.ª T., REsp 246.625/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, por maioria, *DJU* de 28.08.2000).

Destarte, com a ressalva de meu ponto de vista pessoal, é de se concluir que o acórdão estadual se acha em harmonia com o posicionamento atualmente predominante no STJ, pelo que é de ser confirmado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., 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 Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de fevereiro de 2001.

5.1.3 USUCAPIÃO. Aquisição do imóvel por contrato de promessa de compra e venda. Bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Aquisição por usucapião. Possibilidade. Precedentes. Recurso provido.

Ementa: Na linha dos precedentes desta Corte, a existência de cláusula de inalienabilidade não obsta o reconhecimento do usucapião, uma vez tratar-se de modalidade de aquisição originária do domínio.

REsp 207.167/RJ – 4.ª T. – STJ – j. 21.06.2001 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *DJU* 03.09.2001.

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, 21 de junho de 2001 (data do julgamento) – Min. CESAR ASFOR ROCHA, presidente – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, relator.

EXPOSIÇÃO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*: Trata-se de recurso especial contra acórdão proferido na ação de usucapião movida pela recorrente contra os recorridos, que, ao desprover os embargos infringentes opostos pela autora, assentou a impossibilidade jurídica de usucapião sobre imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade, com esta ementa:

"Direito civil. Usucapião. Ocupação derivada de ato negocial. Promessa de compra e venda de imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade. Bem fora de comércio, art. 94 do CC, insuscetível de aquisição por usucapião. Recurso desprovido" (f.).

Sustenta a recorrente ofensa ao art. 69 do CC e divergência jurisprudencial, argumentando com a possibilidade de usucapir-se bem voluntariamente gravado de inalienabilidade. Pretende a cassação da sentença que indeferiu a inicial para prosseguir-se o feito com a citação dos réus.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido na origem.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do apelo, com base na doutrina e nos precedentes desta Corte.

E o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira* (relator): A jurisprudência desta Corte registrou, no REsp 27.513/

SP (*DJ* 15.04.1996), relator o Min. Barros Monteiro, que "a existência de cláusula de inalienabilidade não obsta o reconhecimento do usucapião". Em outra assentada, ementou a 4.ª T., no REsp 13.663/SP (*DJ* 26.10.1992):

"Ação reivindicatória. Alegação, em defesa, de usucapião extraordinário. Imóvel em fideicomisso, com cláusula de inalienabilidade.

A aquisição por usucapião é aquisição originária. Com relação ao usucapiente, importa a posse pelo prazo de vinte anos, pacífica e ininterrupta, com ânimo de dono. Nenhuma relação ou sucessão existe entre o perdente do direito de propriedade e o que a adquire pelo usucapião. Com o usucapião, simplesmente extingue-se o domínio do anterior proprietário, bem como os direitos reais que tiver ele constituído, e sem embargo de quaisquer limitações a seu dispor. Prazo de vinte anos consumado no interregno entre a data em que o fiduciário mais jovem completou os dezesseis anos, e a data da propositura da ação reivindicatória.

Recurso especial conhecido pela alínea c, mas não provido".

Na ocasião, assinalou o Ministro-relator, Athos Carneiro:

"Todavia, os argumentos com tanta veemência sustentados pelo recorrente são ilididos vantajosamente pela consideração maior de que o usucapião é forma de aquisição originária, como aliás bem sublinhado no aresto proferido nos embargos de declaração. É o magistério de Pontes:

'Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não para se adquirir de alguém. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, antes que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não pode mais subsistir, suplantado por aquele. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, ou nascer um do outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, tampouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente' (Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, vol. XI, § 1.192, n. 1).

Ora, não havendo ponto algum de contacto entre o perdente da propriedade e o usucapiente, não havendo sucessão, o domínio do anterior proprietário extingue-se pelo usucapião em favor do possuidor, e se extingue com todos os direitos reais acaso concedidos pelo anterior proprietário, e com todos os vínculos que caracterizam o anterior domínio, ou limitem o poder de dispor do anterior proprietário. É que o usucapião não surge do exercício do poder de dispor do anterior *dominus*, mas tão só pela posse, longeva e com ânimo de dono, do possuidor. Vale citar autor moderno e altamente conceituado:

'Cremos, porém ser o usucapião uma forma de aquisição originária, porque não deriva de ato entre usucapiente e proprietário, tal qual se dá na desapropriação e na ocupação, por exemplo. A nosso ver, a aquisição da propriedade pelo usucapião faz com que se extingam todos os direitos reais constituídos sobre a coisa pelo antigo proprietário, durante a posse *ad usucapionem*' (Nelson Luiz Pinto. *Ação de usucapião*. 2. ed. São Paulo: RT. n. 3.2).

Em suma: o usucapiente não adquire do anterior proprietário, senão contra ele; 'não lhe incumbe provar a propriedade dele senão o preenchimento dos requisitos inerentes à sua própria aquisição' (Serpa Lopes. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. vol. VI, n. 354, p. 544)".

Na linha desses precedentes, conheço do recurso especial, pela violação do art. 69 do CC, e dou-lhe provimento para, cassando a sentença, ensejar o prosseguimento do feito, com a citação dos réus.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro-relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 21 de junho de 2001.

5.1.4 EXECUÇÃO. Cédula de crédito industrial. Citação dos garantes-hipotecários. Legitimidade. CPC, art. 585, III.

Ementa: I. Aquele que dá em hipoteca, como garantia em favor de terceiros, imóvel de sua propriedade, deve ser citado para integrar o processo de execução. Precedentes.

II. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 248.464/SC – 4.ª T. – STJ – j. 03.05.2001 – rel. Min. Aldir Passarinho Junior – *DJU* – 13.08.2001.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, decide a 4.ª T. do STJ, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de maio de 2001 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente – Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior*: Aproveito o relatório que integra o acórdão recorrido, *verbis* (f.):

"Gervásio Bornhausen e sua esposa Elza Schramm Bornhausen interpuseram agravo de instrumento contra a decisão exarada, nos autos da execução deflagrada pelo Banco do Brasil S.A., que determinou-lhes a citação na condição de executados, em razão de haverem eles dado em garantia hipotecária bem de sua propriedade para asseguração do implemento do crédito garantido.

Sustentam os agravantes não serem eles avalistas, fiadores ou garantidores solidários da devedora, não tendo, portanto, como se falar em responsabilidade pessoal pelo débito da obrigada principal, não podendo eles, em sendo assim, figurar no pólo passivo da executória respectiva.

Pugnaram, no arremate, pela exclusão de seus nomes do pólo passivo da execução em referência, bem como pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, para que não passem a sofrer restrições de crédito.

Concedido o efeito suspensivo pugnado, a agravada, na resposta que ofertou, sustentou não poder ser considerado sujeito passivo da execução promovida apenas o devedor *stricto sensu*, mas todos aqueles que, de alguma forma, sofrerão as conseqüências da ação. Baseou-se para isto em diversos excertos doutrinários, além de julgados deste Tribunal e do STJ, pugnando, então, pelo não provimento do agravo.

Com a resposta, deduziu a parte recorrida agravo regimental, insurgindo-se contra o despacho que imprimiu efeito suspensivo à insurgência, sustentando faltar alguns dos elementos ensejadores do referido efeito".

O TJSC deu provimento ao agravo, em decisão assim ementada (f.):

"Execução. Inclusão, no pólo passivo da ação, dos garantidores, através de hipoteca, da dívida. Não assunção, pelos mesmos, entretanto, da condição de co-devedores. Impossibilidade de ser a execucional direcionada também contra os mesmos. Deci-

são reformada. Agravo de instrumento, para tanto, provido.

Aqueles que, em garantia do débito de responsabilidade de outrem, emprestam garantia hipotecária ao pagamento, sem, contudo, assumirem a obrigação em si, não são co-devedores.

E, em sendo assim, não pode a execução ser intentada também contra os mesmos, com a inclusão deles no pólo passivo da executória, vez que, dentre as hipóteses previstas no art. 568 do CPC, não está incluída afigura do dador em garantia".

Irresignado, o Banco do Brasil S.A. interpõe, pelas letras *a* e *c* do art. 105, III, da CF, recurso especial em que sustenta violação aos arts. 213, 568, I, 585, III e VII, 591, 614, 652 e 655, § 2.°, do CPC, porquanto a citação deve ser feita a todos que sofrem as conseqüências do processo, caso dos recorridos, intervenientes-hipotecantes.

Invoca jurisprudência em amparo a sua tese, salientando, mais, que a citação dos recorrentes, além de inevitável, permite-lhes a defesa mediante embargos.

Contra-razões às f., afirmando que o dissídio é inespecífico, e que os dispositivos legais invocados não afirmam que a citação deve ser efetuada contra quem não é devedor, registrando que não se insurgiram contra a penhora sobre seu imóvel.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de f.

E o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior* (relator): Discute-se no presente recurso especial, aviado pelo Banco do Brasil S.A. com base nas letras *a* e *c* do permissor constitucional, sobre a citação dos recorridos, que deram em garantia hipotecária, em cédula de crédito industrial, imóvel de sua propriedade.

A matéria já foi apreciada no âmbito desta 4.ª T., colhendo-se no sentido da tese bancária os seguintes precedentes, em julgamentos de que participei como vogal:

"Processual civil. Execução. Legitimidade passiva do prestador de garantia hipotecária. Esclarecimento quanto à leitura do acórdão recorrido. Recurso especial. Admissibilidade. Questão fática. Descabimento. Reexame da prova.

O recurso especial não se presta ao reexame da prova.

Se a execução vai atingir o bem dado em garantia, os signatários da hipoteca devem integrar a relação processual executiva. Todavia, não é lícito ao credor exigir, daquele que tão-somente entregou seu bem em hipoteca, mais do que isso.

Recurso não conhecido" (REsp 114.128/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, *DJU* de 08.03.2000).

"Execução. Legitimidade de parte passiva *ad causam* da mulher do avalista, que anuiu à constituição da garantia hipotecária, comprometendo inclusive a sua meação.

– O garante de dívida alheia equipara-se ao devedor. Quem deu a garantia deve figurar no pólo passivo da execução, quando se pretenda tornar aquela efetiva. Precedentes.

– Caso em que, ademais, os executados nomearam o bem hipotecado à penhora. Litisconsórcio passivo necessário entre o garante hipotecário e seu cônjuge.

– Recurso especial conhecido e provido" (REsp 212.447/MS, rel. Min. Barros Monteiro, unânime, *DJU* de 09.10.2000).

Também a E. 3.ª T. tem o mesmo entendimento, a saber:

"Processual civil. Execução por título extrajudicial. Cédula de crédito comercial. Débito garantido por hipoteca de bem de terceiro.

I – É parte legítima na execução intentada com fundamento no art. 585, III, do CPC, aquele que deu garantia hipotecária em pagamento da dívida de terceiro (REsp 7.230/RS – *DJ* 30.09.1991).

II – Recurso conhecido e provido" (REsp 147.520/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, unânime, *DJU* de 08.06.1998).

De efeito, se alguém se dispõe a garantir a dívida de outrem, é, no mínimo, litisconsorte passivo necessário, posto que a lide terá de ser decidida de modo uniforme, sem o que a sentença não terá eficácia contra aquele não citado. E isso independe de serem eles devedores ou não.

Ademais, se o contrato de hipoteca é título executivo, por si só isso também já justifica a presença dos garantidores.

Não se pode dar interpretação literal aos invocados dispositivos processuais, sob pena de se alijar o garante do direito de defesa, eis que o bem será excutido à sua revelia. Bastante o seu interesse no desfecho da causa, e ele está muito presente pela obviedade da defesa, em tese, do patrimônio.

Faço apenas uma ressalva. É que, inobstante a citação, tenho que não é devida sucumbência se não houver resistência à penhora e não for impugnada a cobrança pelos garantidores-hipotecários.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para manter na lide os recorrentes.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos temos do voto do Sr. Ministro-relator.

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar votaram com o Sr. Ministro-relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de maio de 2001.

5.1.5 RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. Regularização administrativa sem participação dos confrontantes. Anulação da ampliação por acórdão. Execução que alcança o que adquiriu área maior do que a registrada no Ofício Imobiliário. Limites subjetivos da coisa julgada.

Ementa: Aquisição a non domino, *que se quis "regularizar", posteriormente, por retificação administrativa de área, sem a participação dos proprietários dos imóveis confrontantes. Anulação da ampliação da área por acórdão judicial, cuja execução alcança aquele que adquiriu área maior do que aquela registrada no Ofício Imobiliário, sem ofensa aos limites subjetivos da coisa julgada. Recurso especial não conhecido.*

REsp 279.301/BA – 3.ª T. STJ – j. 27.03.2001 – rel. Min. Ari Pargendler – *DJU* 04.06.2001.

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, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nancy Andrighi e Pádua Ribeiro.

Brasília, 27 de março de 2001 (data do julgamento) – Min. ARI PARGENDLER, presidente e relator.

RELATÓRIO – Petropar – Agroflorestal Riograndense S.A. interpôs agravo de instrumento contra a seguinte decisão, da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. Cláudio Césare Braga Pereira:

"1. Vistos em inspeção.

2. O presente feito, inaugurado no longínquo ano de 1981 e sentenciado quatro dias após sua intervenção, conforme se verifica às f., fora anulado *ab initio* face decisão da E. 1.ª Câm. Civ. do TJBA, através de acórdão da lavra do eminente Des. José Abreu, tornando, assim, sem efeito todos os atos subseqüentes à inicial.

Outrossim, constam dos autos (f.) informações de que, através de liminar concedida em mandado de segurança, anterior ao julgamento do recurso, teria sido determinado o cancelamento no Registro de Imóveis da averbação efetuada com base na sentença recorrida.

Considerando, pois, a anulação *ab initio* do presente, deve ser devidamente cancelada a averbação efetuada por força da sentença, assim como todos os atos e registros que dela decorreram.

Inexistindo, contudo, nos autos prova deste cancelamento, determino que seja expedido mandado ao Cartório do Registro de Imóveis desta Comarca para que, caso ainda não tenha feito, proceda o cancelamento da averbação determinada no mandado de f., bem como dos atos e registros dela decorrentes, devendo, ainda, certificar o atendimento da ordem aqui emanada. Deverá ser promovida pelo Cartório a notificação de todos os interessados e atingidos pelo cancelamento.

3. A última intervenção dos autores no feito deu-se em 31.03.1983, ou seja, há mais de dez anos, daí por que, com base no art. 267, II, § 1.°, do CPC, determino a intimação pessoal dos mesmos para, em 48 horas, sob pena de extinção, darem andamento ao presente" (f.).

O despacho de sustentação acrescentou:

"Alega fundamentalmente a agravante que não poderia a autoridade judiciária determinar o cancelamento do registro imobiliário da compra que fizera de parte da Fazenda André, nem tampouco o registro do título aquisitivo, vez que, como terceiro de boa-fé, e amparado na presunção de fé pública, a aquisição fora feita de forma regular.

A própria peça do agravo e o documento de f. indicam que a área originariamente registrada da Fazenda André fora posteriormente ampliada para 51.000 (cinqüenta e um mil) hectares, em função de sentença proferida em Processo de Retificação de Registro Civil, tombado sob n. 198/92, anteriormente n. 3900/81 (Cartório Cível). Desta área, com o aumento determinado pela sentença ali proferida, a agravante adquirira 25.000 (vinte e cinco mil) hectares.

O agravante, em suas razões, procura demonstrar ofensa a seus direitos e, em muito, explora sua condição de terceiro e a boa-fé dos registros, aduzindo inclusive (f. 8) que a matrícula fora retificada por sentença constitutiva; contudo, em nenhum momento menciona, de forma clara, que a decisão proferida no Processo de Retificação 198/92, anteriormente, n. 3.900/81 (Cartório Cível), e que ensejou a ampliação da área, fora anulada, não pelo ato impugnado e sob critérios próprios, como mencionou aquele às f., mas sim por decisão, transitada em julgado, do TJBA, em acórdão da lavra do eminente Des. José Abreu, no qual determinou que o processo fosse anulado *ab initio* e cuja cópia fora trasladada por determinação deste juízo, na forma facultada pelo art. 527, § 3.°, do CPC" (f.).

A E. 1.ª Câm. Civ. do TJBA, relator o eminente Des. Carlos A. Dultra Cintra, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do acórdão assim ementado:

"Agravo. Ato hostilizado que cumpriu tão-somente o que foi determinado no acórdão, em nada inovando, o que faz desaparecer qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Agravo improvido" (f.).

Opostos embargos de declaração (f.), foram rejeitados (f.).

Daí o presente recurso especial, interposto por Petropar Agroflorestal Riograndense S.A., com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, por violação dos arts. 47 e 472 do CPC, bem assim do art. 530, I, do CC (f.).

VOTO – A 29.01.1981, Olvebra Agropecuária Ltda., antiga denominação social de Petropar Agroflorestal Riograndense S.A., e outros adquiriram do casal Lindolfo de França Martins 25.000 (vinte e cinco mil)

hectares da "Fazenda André", localizada no Distrito de Iguira, Município de Xique-Xique, BA (f.).

A 19.03.1991, representado por Geraldo Waldemar Moura, o casal de Lindolfo de França Martins requereu, e teve deferida na mesma data, pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Xique-Xique, BA, Dr. Benedito José Carvalhal de Souza, a averbação de área no imóvel denominado "Fazenda André", registrado no Ofício Imobiliário sob n. 4.641, às f. do Livro 3-C (f. 64-65 e 67).

O agente do Ministério Público interpôs apelação, enfatizando nas respectivas razões que "a ação foi intentada no dia 19.03.1981, conforme autuação (f. 1) e despacho (f. 2), ouvidos os confrontantes neste mesmo dia (f. 9), contados, selados e preparados e expedido o mandado, também, ambos os atos com data de 19.03.1981, e, em 20.03.1981, o Bel. Marivaldo Figueiredo Santos, sem procuração nos autos, recebe o original do mandado (f. 11) e desentranha, sem nenhum requerimento, a planta do imóvel (f. 8), conforme recibo de f. 11-v, o que demonstra a agilização da Justiça em Xique-Xique, enquanto há processos que dormem nos arquivos sem nenhuma decisão" (f. 70).

A 08.10.1981, antes do julgamento do recurso, as Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do TJBA, relator o eminente Des. Omar Carvalho, deferiram mandado de segurança impetrado por Genésio Feitosa Souza para "anular a averbação" (f. 76).

E a 1.º.12.1982, a apelação foi provida nos termos de acórdão que tem a seguinte ementa:

"Retificação de área e limites. Remessa da parte para as vias ordinárias. O pedido retificatório de erro constante de registro imobiliário somente poderá ser deferido pela via administrativa se não trouxer prejuízo a terceiro, consoante determinação expressa da Lei 6.015, de 31.12.1973, art. 213. O aludido dispositivo, contudo, prevê a viabilidade da citação de todos os confrontantes, bem como do alienante e seus sucessores, se o pedido envolver alteração da descrição das divisas ou de áreas do imóvel (§ 20 do art. 213 da Lei 6.015 de 31.12.1973), estabelecendo, mais ainda, a Lei dos Registros em seu § 4.º, que se houver fundamentada impugnação o juiz remeterá o interessado para as vias ordinárias. Evidenciando os autos a preterição de todos os mandamentos legais e ficando demonstrado que não se fez, como se deverá fazer, a citação dos confrontantes, anula-se o processo, *ab initio*, para que sejam citados devidamente todos os confrontantes, tramitando o pedido pelas vias ordinárias, conforme mandamento legal, consideradas tempestivas as apelações interpostas" (f. 41).

O cumprimento dos acórdãos, todavia, só foi determinado em 22.09.1993 (f. 38).

Do relato dos fatos, constata-se, primeiro, que a aquisição levada a efeito pela Petropar Agroflorestal Riograndense S.A. é anterior à retificação da área da "Fazenda André", e, segundo, que o MM. Juiz de Direito só fez cumprir o acórdão que desfez o processo *ab initio* (f. 41).

Duas são as conclusões que daí se extraem: uma, a de que, adquirindo parte da "Fazenda André" sem que a respectiva área estivesse devidamente delimitada, Petropar Agroflorestal Riograndense S.A. e outros assumiram os riscos do negócio; outra, a de que qualquer irresignação contra o cancelamento da averbação ou a anulação do processo relativo à "ação de justificação de área e limites" deveria ser endereçada contra os acórdãos que assim decidiram, e não contra o ato do MM. Juiz de Direito, que só fez cumpri-los.

As razões do recurso especial articulam tese que aparentemente impressiona, a de que, na forma do art. 472 do CPC, a sentença não pode ir além das partes no processo.

Não obstante tenha sido suscitado – diga-se, superficialmente – nos embargos de declaração (f. 101), o tema deixou de ser enfrentado pelo Tribunal *a quo*, faltando-lhe o prequestionamento.

"Formando o julgador" – está dito no respectivo acórdão – "seu convencimento sobre os pontos essenciais da causa, pode ser dispensado de enfrentar os argumentos irrelevantes, que não dizem respeito ao núcleo da questão" (f. 104).

Outro tanto se diga em relação ao art. 47 do CPC, que, de todo modo, não tem qualquer pertinência na espécie; o acórdão que o MM. Juiz de Direito fez cumprir não exigia a participação de Olvebra Agropecuária Ltda., antiga denominação social de Petropar Agroflorestal Riograndense S.A., que adquiriu o imóvel *sub judice* antes da averbação da área disputada – circunstância que também desqualifica a invocação do art. 530, I, do CC.

Obiter dictum, o argumento levaria à ineficácia dos acórdãos proferidos no mandado de segurança e na apelação. Com efeito, como cancelar a averbação sem comprometer os atos subseqüentes?

Outra poderia ser a solução, se – como na hipótese retratada no REsp 60.661/MG, relator o eminente Min. Sálvio de Figueiredo, citado no memorial juntado aos autos do agravo de instrumento em apenso (f. 81/97) – a aquisição tivesse sido feita à base da averbação. Ao revés, na espécie, a averbação só se deu após ultimado o negócio jurídico de compra e venda, cujas bases, nesse contexto, não foram alteradas por ela.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª T., 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 Menezes Direito, Nancy Andrighi e Pádua Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 27 de março de 2001.

5.1.6 COMPRA E VENDA. Retrovenda. Simulação.

Ementa: É cabível o deferimento de medida liminar para suspender os efeitos de escritura de compra e venda de imóveis que teria sido lavrada com o propósito de encobrir negócio usurário. Fatos processuais que reforçam essa idéia. Conveniência, porém, de que seja prestada caução (art. 804 do CPC).

Recurso conhecido em parte e nessa parte provido.

REsp 285.296/MT – 4.ª T. – STJ – j. 22.03.2001 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJU* 07.05.2001.

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 em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 22 de março de 2001 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: Agropecuária Amoreiras S.A. agravou da decisão que, nos autos da medida cautelar inominada proposta por Empreendimentos Santa Lauro S.A. e Izabel Coelho Pinto de Campos, concedeu liminar, independentemente de caução, para suspender os efeitos da escritura de compra e venda de imóveis, com pacto de retrovenda. A cautelar fora pedida pelos vendedores porque o contrato de compra e venda encobria negócio usurário, enquanto o agravo dos compradores está fundado na alegação de que a medida fora deferida em decisão sem a devida fundamentação e sem caução, o que é inadmissível.

A E. 3.ª Câm. Civ. do TJMT negou provimento ao agravo, em acórdão assim ementado:

"Recurso de agravo de instrumento. Preliminar de inadmissibilidade do recurso. Ausência da certidão da intimação da decisão agravada. Preliminar rejeitada. Medida cautelar inominada. Liminar deferida para suspensão dos efeitos de escritura de compra e venda com pacto de retrovenda independentemente de caução. Possibilidade. Constatada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Decisão fundamentada de forma concisa. Legalidade. Decisão mantida. Recurso improvido.

Sendo a intimação da decisão agravada realizada pelo correio, válida é a certidão apresentada pelo agravante de juntada do AR aos autos, para verificação do tempestividade do recurso.

Deve ser mantida a liminar concedida em medida cautelar inominada, para a suspensão dos efeitos de escritura de compra e venda com pacto de retrovenda, independentemente da prestação de caução, cuja exigência é uma faculdade do juiz da causa, uma vez verificada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, em decisão fundamentada, embora de forma concisa" (f.).

Rejeitados os embargos de declaração, a agravante, Agropecuária Amoreiras S.A., manifestou recurso especial com fundamento **na alínea *a* do permissivo constitucional,** alegando negativa de vigência aos arts. 458, II, 535 e 804 do CPC. Sustenta que o v. aresto recorrido, para justificar a desnecessidade de caução, fundou-se em situação fática não demonstrada nos autos, qual seja, a existência de patrimônio suficiente para a garantia de eventual execução. Pleiteia a nulidade da r. decisão concessiva de liminar por falta de fundamentação. Afirma que a "r. decisão concessiva da liminar menciona a salvaguarda de 'prejuízo irreparável que causará aos requerentes, a não concessão', sem especificar quais e como, mas não refere os prejuízos que a sua concessão causará ao recorrente, privado da fruição, uso e gozo dos bens imóveis transacionados", sendo imperiosa a fixação da caução. Salienta que a garantia há de ser de outros bens que não os envolvidos no negócio, pois um dos ônus da improcedência será a obrigação dos recorridos de ressarcirem os prejuízos decorrentes da medida que intentaram. Ao deixar de enfrentar de modo adequado esses temas, o r. acórdão ofendeu o disposto nos arts. 458, 535 e 804 do CPC.

Contra-razões às f.

O presente recurso especial foi retido, em atendimento ao disposto no art. 542, § 3.º, do CPC. Entretanto, no MS 6872/MT, determinei fosse afastada a incidência daquela norma, diante da possibilidade do dano. Outrossim, determinei à impetrante comprovasse a origem do negócio e o pagamento do preço, com extratos de contas.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Min. Ruy Rosado de Aguiar* (relator): A recorrente está inconformada com o deferimento da medida liminar que suspendeu os efeitos da escritura de compra e venda dos imóveis referidos na inicial, e insiste na tese de que a decisão da Dra. Juíza de Direito não tem fundamento e descumpriu a lei ao não impor caução. Além disso, o r. acórdão passou ao largo de questões que, se enfrentadas, levariam a solução diversa.

Não encontro, tanto no *decisum* de primeiro grau quanto no r. acórdão, os defeitos de fundamentação apontados pela recorrente. Naquele, estão expostos os motivos pelos quais seria de deferir a liminar, com referência à aparente procedência da tese de fundo sustentada pelos requerentes e ao dano que decorreria da efetivação dos direitos assegurados na escritura de compra e venda. O *fumus boni juris* ficou ressaltado com a instrução deste recurso, no qual a compradora, devidamente instada pelo relator a apresentar o comprovante de

que pagara efetivamente o preço constante da escritura (R$ 1.600.000,00), comprovou apenas parte desse pagamento (R$ 1.000.000,00), a reforçar a idéia de que o saldo restante corresponderia ao ágio. O dano está no fato da perda da posse e da titularidade do domínio de bens que, talvez, tenham sido dados apenas em garantia de dívida usurária.

O r. acórdão, de sua vez, examinou as circunstâncias do caso e explicou as razões pelas quais o agravo não merecia provimento, também na parte em que foi dispensada a caução, providência que fica sempre ao prudente critério do juiz.

Porém, penso que a caução é providência que deve ser cumprida no caso dos autos, onde são discutidos interesses de elevado valor, sem a garantia de que os requerentes da medida terão condições de satisfazer eventual condenação em perdas e danos, na hipótese de decisão final desfavorável, nos termos do art. 804 do CPC.

Posto isso, conheço em parte do recurso e lhe dou parcial provimento para determinar que, na origem, seja oferecida caução suficiente para garantir eventual condenação dos requerentes da medida.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, par unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de março de 2001.

5.1.7 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Viúvo que constitui nova família em união estável. Desocupação do imóvel. Alteração da causa de pedir, baseada no fato novo da mudança. Admissibilidade.

Ementa: Nos termos do art. 462 do CPC o juiz deve considerar fato superveniente, suficiente para determinar o julgamento da causa. Viúvo que constitui nova família em união estável e depois desocupa o imóvel integrante do espólio. Ação proposta pelo primeiro fato e julgada procedente pelo segundo. Admissibilidade.

Recurso não conhecido.

REsp 285.324/RS – 4.ª T. – STJ – j. 22.03.2001 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJU* 07.05.2001.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator. Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 22 de março de 2001 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: N. S. A. e M. M. A. ajuizaram ação de extinção de direito real de moradia contra I. S. S., para a qual invocaram sua condição de pais e herdeiros de M. S. M. A., falecida esposa do réu, casado pelo regime da comunhão universal de bens. Afirmam que M. S. faleceu sem deixar dependentes e o requerido ocupou o imóvel objeto da lide na condição de cônjuge supérstite nos termos do art. 1.611 do CC. Porém o réu teria constituído nova família, embora sem a formalidade do casamento, o que importa a extinção do direito de permanecer no imóvel.

Na audiência, ficou comprovado que o réu já deixara de ocupar o imóvel, cuja posse fora transferida a terceira pessoa.

A sentença considerou esse fato e julgou procedente a demanda, uma vez que a utilização do imóvel por terceira pessoa autoriza o pleito de extinção do direito real de habitação.

O réu apelou e apontou para a nulidade da sentença que acolheu a nova causa, sendo, por isso, *extra petita*. A causa de pedir formulada na inicial foi a de que o réu teria constituído nova família, mas a sentença decidiu que, não estando o réu a residir no imóvel, ocupado por terceira pessoa, teriam os autores, mesmo assim, direito a obter a extinção do direito real de habitação.

A E. 19.ª Câm. Civ. do TJRS negou provimento ao apelo, nos termos da seguinte ementa:

"Limites objetivos da coisa julgada.

Quando os fundamentos da mesma demanda encontram-se distribuídos por dois ou mais dispositivos legais, estamos em presença de uma única ação, posto que o Código de Processo Civil não adota a teoria da substanciação, já que a lei exige que somente os fatos essenciais sejam expostos como fundamento do pedido. Verificando o julgador que houve violação da finalidade do instituto que beneficiava o réu, lícita a procedência da demanda, já que a violação da norma legal do direito de habitação era fundamento implícito da ação, não podendo se falar em mudança da causa de pedir. Negaram provimento" (f.).

Inconformado, o réu interpôs recurso especial com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando afronta ao art. 264 do CPC e, conseqüentemente, ao princípio do dispositivo e da demanda, insculpidos na Constituição, que determinam a atuação do juiz nos limites da lide, pois a atuação do magistrado dependerá da iniciativa das partes. Alega que houve alteração na causa de pedir (união estável) sem seu consentimento, sendo a sentença *extra petita*. Haveria divergência jurisprudencial com o REsp 21.940/MG.

Ofertadas as contra-razões, o recurso foi admitido na origem somente pela alínea *a*, subindo os autos.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar* (relator): Trata-se de saber se a ação de extinção do direito de habitação deferido ao viúvo, proposta porque ele manteria união estável e constituíra família com outra mulher e filha, pode ser julgada procedente porque, depois de instaurada a ação, o viúvo desocupou o imóvel.

O art. 462 do CPC autoriza o juiz a levar em consideração os fatos supervenientes. É o caso. Foi o próprio réu quem, na audiência, informou ter desocupado o imóvel, que "está disponível para a partilha". Diante disso, cabia ao magistrado levar em conta o fato novo, suficiente por si para determinar a sorte da demanda.

Ainda que assim não fosse, persistiria a alegação de que a constituição de família em união estável é causa determinante da extinção do direito de habitação, pois essa situação deve ser equiparada, para tal fim e atendendo aos propósitos da lei, à do viúvo que recasa.

A divergência ficou indemonstrada porquanto o precedente citado admitiu, nas condições referidas, a alteração da causa de pedir, ao examinar circunstâncias que não estão aqui repetidas.

Posto isso, não conheço do recurso.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., 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 Sr. Ministro-relator.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de março de 2001.

5.1.8 REGISTRO DE IMÓVEIS. Arrematação do imóvel em praça. Impossibilidade de registro da carta de arrematação. Cabimento, enquanto houver a indisponibilidade judicial.

Ementa: Decretada por diversos juízos a indisponibilidade do bem imóvel levado à praça, fato do conhecimento da arrematante, a carta não poderá ser registrada enquanto perdurar a indisponibilidade judicial existente. Recurso não conhecido.

REsp 286.082/RJ – 4.ª T. – STJ – j. 29.05.2001 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJU* 20.08.2001.

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. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 29 de maio de 2001 (data do julgamento) – Min. RUY ROSADO AGUIAR, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar*: Cuida-se de recurso especial em processo de dúvida, suscitada pelo Oficial do 9.º Ofício de Registro de Imóveis-RJ, diante do pedido de registro de carta de arrematação de imóvel a respeito do qual foi decretada em outros juízos a sua indisponibilidade.

A Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ sustentou perante o Dr. Juiz de Direito a viabilidade do registro do sua aquisição, pois a alienação judicial desfaz penhora diversa existente sobre o imóvel, devendo o título ser registrado, independentemente do cancelamento dos demais ônus.

A sentença julgou procedente a dúvida.

A Previ apelou, inconformada com o impedimento oposto ao registro da carta de arrematação.

A E. 13.ª Câm. Civ. do TJRJ negou provimento ao apelo:

"Apelação. Registro público. Registro de imóveis.

Dúvida.

Pendente a existência de interdições à alienação de imóvel arrematado, deve o arrematante obter, antes de mais nada, a ineficácia dos obstáculos existentes para fazer valer os seus direitos imobiliários. Lei de Registros Públicos, art. 252; CPC, art. 694" (f.).

A Previ manifestou recurso especial (art. 105, III, *a*, da CF), alegando contrariedade aos arts. 252 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e 694 do CPC. Sustenta que "não há falar em prova de extinção dos ônus reais com o cancelamento do registro, para depois levar o registro o novo título aquisitivo". Salienta que os gravames relativos ao imóvel não impedem o registro da carta de arrematação, pois o adquirente permanecerá suportando os ônus existentes. Trouxe à colação doutrina e jurisprudência em apoio à sua tese.

O MP/RJ opinou pela inadmissibilidade do recurso.

Foi admitido a recurso na origem, subindo os autos.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar* (relator): A existência de registros de indisponibilidade do bem (registrado em nome de terceiros) por ordem de diversos juízos – fato que era do conhecimento da arrematante – impede o registro de carta de arrematação porquanto a arrematante não pode obter a propriedade de bem indisponível sem antes liberar o imóvel daqueles gravames. Não se cuida simplesmente de arrestos, penhoras ou hipotecas, que acompanhariam o bem ou se sub-rogariam no preço da arrematação, mas de ordens de indisponibilidade decretadas pela 15.ª Vara Cível e pela 6.ª Vara de Falências (informação do oficial, f.).

Posto isso, o r. acórdão em exame não contrariou o disposto nos arts. 252 da Lei

6.015/73 e 694 do CPC, pelo que não conheço do recurso.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 29 de maio de 2001.

5.1.9 COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA QUITADO E NÃO REGISTRADO. Incorporação imobiliária irregular. Hipoteca constituída pela construtora promitente. Vendedora sem a interveniência dos adquirentes. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do CDC.

Ementa: 1. Considerando o acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do art. 51, VIII, do CDC, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito.

2. Recurso especial não conhecido.

REsp 296.453/RS – 3.ª T. – STJ – j. 05.06.2001 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 03.09.2001.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Ministros da 3.ª T. do STJ, por maioria, vencido o Sr. Min. Ari Pargendler, não conhecer do recurso especial. Votou vencido o Sr. Min. Ari Pargendler. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-relator.

Brasília, 5 de junho de 2001 (data do julgamento) – Min. ARI PARGENDLER, presidente – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Banco Itaú S.A. interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do 9.º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS assim ementado:

"Ação desconstitutiva de ônus hipotecário. Incorporação imobiliária. Unidades autônomas quitadas antes do financiamento garantido por hipoteca. Registro.

Hipoteca constituída sem consentimento de titulares de promessa de compra e venda quitada dos imóveis onerados. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ofensa aos princípios da boa-fé e da eqüidade. Irregularidade do empreendimento inviabilizando o registro do compromisso de compra e venda *opportuno tempore*. Desconstituição do ônus real.

Embargos infringentes desacolhidos, por maioria" (f.).

Opostos embargos de declaração (f.), foram rejeitados (f.). Sustenta o recorrente contrariedade aos arts. 14, 20, 23, 51, IV e VIII, do CDC, por não se configurar relação de consumo nos direitos reais de garantia.

Aduz violação ao art. 145 do CC, pois o contrato de mútuo hipotecário celebrado atendeu a todos os pressupostos legais.

Alega negativa de vigência aos arts. 755, 758, 849, I, 811, 530, I, 532, 533, 856, 860, par. ún., do CC, 167, I, itens 9 e 18, da Lei 6.015/73, 32, § 2.º, da Lei 4.591/64, e 5.º do Dec. 55.815/65, haja vista que não foi efetuado o pagamento da obrigação princi-

pal, devendo permanecer a hipoteca sobre os imóveis.

Esclarece, ainda, que anteriormente à constituição da hipoteca não existia registro da promessa de compra venda pelos recorridos. Quando constituído o gravame, o título de propriedade já estava transcrito em nome da empresa construtora.

Argúi ofensa aos arts. 535, II, e 458, II, do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido foi omisso quanto à aplicação de alguns dispositivos legais.

Aponta dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados, também desta Corte.

Contra-arrazoado (f.), o recurso especial foi admitido (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Os recorridos ajuizaram ação de desconstituição de ônus hipotecário em apartamento decorrente de contrato firmado entre os réus, por meio do qual o banco "concedeu empréstimo à Marsiaj, mediante garantia hipotecária do imóvel sabre a qual edificava-se o empreendimento imobiliário Edifício Mansione di Trevi, abrangendo, igualmente, as acessões futuras, vale dizer, a totalidade das unidades condominiais, entre elas a adquirida pelos autores". Alegam, ainda, que "quando firmaram seu contrato, fizeram-no tendo em vista a inexistência de qualquer gravame sobre o mesmo. Foram surpreendidas, meses após, mediante manobra escusa dos réus, com ônus hipotecário sem a sua anuência". Segundo os autores não foi utilizado qualquer financiamento, tendo obtido quitação, com o que o ônus hipotecário não pode alcançá-los, invocando o art. 51, VIII, do CDC. Afirmam, também, que exigiram e obtiveram nova redação da cláusula contratual que autorizava previamente o empréstimo hipotecário. A sentença julgou procedente o pedido. Para o juiz, a "cláusula primeira da promessa, assinada em 20.05.1993, menciona a possibilidade da hipoteca a banco. No parágrafo primeiro restou clara a obrigação dos autores em assinar contrato com o agente financeiro. Ou seja, não poderia ser interpretado como outorga de procuração, desde logo, para a construtora hipotecar. Até porque dita cláusula seria nula de pleno direito, art. 51, VIII, do CPC", reafirmando que "pelo que constou no contrato, existiria necessidade da intervenção dos autores na hipoteca, o que não houve". O TARS continuou a sentença, vencido o relator, em grau de apelação. Os embargos infringentes foram rejeitados. Considerou o acórdão recorrido que os autores contrataram a compra do bem em 20.05.1993, pagando no ato a maior parte, e o saldo quitado em 05.06.1993. Somente quase quatro meses depois, em 29.09.1993, é que a incorporadora ajustou com o banco o financiamento da obra, com a garantia hipotecária. Para o acórdão recorrido, "seria indispensável o comparecimento dos adquirentes no ato em que fosse instituída a hipoteca, pelo menos, representados pela ré Marsiaj Oliveira Ltda., na forma do polêmico mandato instituído pela cláusula primeira das condições gerais das f. E isto, como se viu, não ocorreu". Por outro lado, considerou o acórdão recorrido que "o mandato dado para constituir hipoteca é flagrantemente abusivo, nos termos do inc. VIII do art. 51 do CDC, dispensando-se maiores comentários face à literalidade daquela disposição". Por fim, não relevou o acórdão recorrido, diante das circunstâncias do caso, o fato de ter sido levado o gravame a registro antes que os adquirentes registrassem a sua aquisição. Os embargos de declaração foram rejeitados.

Embora apareça em último lugar, o que não é da melhor técnica, o especial manifesta a existência de violação aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC. A simples leitura do acórdão recorrido revela que não existe, sob nenhum ângulo, falta de fundamentação no acórdão recorrido, tendo o tribunal local debatido exaustivamente a questão e considerado as circunstâncias peculiares do caso. Quanto ao art. 535, II, do CPC, o recurso especial não apresenta uma linha sequer, limitando-se a indicar que teria sido violado, o que, sabidamente, não é suficiente. Para prosperar a alegada violação ao art. 535, a parte deve, concretamente, apontar quais as

omissões existentes, sem o que fica baldia a irresignação, à míngua de fundamentação adequada, deficiente, portanto, a peça recursal.

O segundo ataque do especial é sobre a Lei 8.078/90, afirmando que não há relação de consumo entre os adquirentes e o banco e que a argumentação do acórdão recorrido teria como conseqüência a revogação do Código Civil pelo Código de Defesa do Consumidor. Não creio que mereça prevalecer tal fundamentação. Existe, sim, relação de consumo entre os adquirentes e a construtora, discutindo-se, no caso, exatamente, a escritura que celebraram.

Depois, apresenta o especial um rol de artigos do Código Civil (755, 758, 849, I, 811, 530, I, 535, 533, 856, 860, par. ún.), da Lei 6.015/73 (167, I, 9.º e 18), da Lei 4.591/64 (32 e seu § 2.º) e do Dec. 55.815/65 (5.º).

Os arts. 755 e 758, a meu sentir, não foram pré-questionados, não tendo sido tema do acórdão recorrido.

Da mesma forma, não tratou o acórdão recorrido da extinção da hipoteca pelo desaparecimento da obrigação principal (art. 849, I, do CC), mas, sim, tratou de desafiar unta situação concreta da quitação anterior à instituição da hipoteca e da interpretação do contrato, pela via da abusividade da cláusula que instituiu um mandato que, de resto, sequer foi exercido.

O art. 811 não foi afrontado pelo acórdão recorrido, que não contrariou o comando nele previsto, diante do cenário fático que apresentou para excluir o ônus do imóvel dos recorridos.

Os arts. 530, 533 e 535 do CC, da mesma forma, não foram afrontados. O acórdão recorrido não relevou o fato de ter sido o pacto entre o banco e a construtora porque enfrentou a situação de ter sido, primeiro, o pacto e a quitação entre os recorridos e a construtora bem anterior, segundo, que o contrato continha cláusula abusiva de mandato, terceiro, que o mandato sequer foi exercido. Demais disso, não se cuida aqui da aquisição da propriedade, tema, de fato, que não está em questão, nem da transferência de domínio da data da transcrição nem, muito menos, do pagamento do imóvel no tempo da transcrição em quadro falimentar ou de insolvência.

Da mesma forma, não cuidou de desafiar o acórdão recorrido o comando legal genérico de que o registro de imóveis compreende a transcrição dos títulos de transmissão da propriedade, tal e qual previsto no art. 856, I, do CC.

O par. ún. do art. 860 prescreve que "enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos". Em que medida teria o acórdão recorrido violado tal dispositivo? Em nenhuma. O que o acórdão recorrido, repita-se à saciedade, cuidou de desafiar foi uma situação peculiar em que a compra e venda do bem foi assinada e o preço quitado antes da constituição do ônus e que os adquirentes não autorizaram a constituição do gravame e, ainda, o mandato, que não foi exercido, está em cláusula abusiva.

O acórdão recorrido também não afrontou, pelas mesmas circunstâncias indicadas no anterior parágrafo, os arts. 167, I, 9.º e 18, da Lei 6.015/73, 32 e seu § 2.º, da Lei 4.591/64, e 5.º do Dec. 55.815/65.

Finalmente, o art. 145 do CC cuida das nulidades dos atos jurídicos, tema que o acórdão recorrido considerou, apenas, à luz da abusividade do Código de Defesa do Consumidor, a teor do art. 51, VIII.

Quanto ao dissídio, o primeiro paradigma é do TJPR. Não vejo similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma paranaense. E não vejo porque neste último foi considerado que a ausência da prova do pagamento do débito hipotecário com a instituição financeira, relação jurídica distinta, torna descabido o cancelamento da hipoteca; no acórdão recorrido considerou-se que a hipoteca foi constituída sem o consentimento dos titulares da promessa de compra e venda, havendo ofensa aos princípios da boa-fé e da eqüidade, ademais da abusividade da cláusula contratual que au-

torizava a contratação da hipoteca, sendo certo que o mandato sequer foi exercido.

O segundo paradigma é do TJSP e também não guarda a mesma base fática, cuidando de determinar a transferência do bem com o gravame, admitindo o magistrado que a garantia hipotecária é indivisível, o que, como já se viu, não foi objeto do acórdão recorrido.

O terceiro paradigma é desta Corte, relator o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, afirmando que o "compromissário comprador, enquanto não promover o registro do instrumento contratual respectivo, sujeita o imóvel que lhe constitui o objeto às vicissitudes e encargos decorrentes dos atos posteriores da promitente vendedora, que, perante terceiros, continua a figurar no assento imobiliário como incondicional proprietária". Como já assinalei antes, de fato, não promovido o registro, o compromissário comprador fica sujeito aos atos posteriores praticados pela promitente vendedora. Mas, no caso, o que o acórdão recorrido considerou foi que não houve autorização para a constituição da hipoteca no contrato celebrado pelos autores com a construtora e que a cláusula-mandato para que tal ocorresse, segundo o acórdão recorrido, era abusiva. Essa fundamentação nuclear do acórdão recorrido não está no paradigma da Corte nem nos demais.

Por derradeiro, vale anotar, não foi cogitado pelo recorrente o fundamento nuclear do acórdão recorrido, assim a abusividade da cláusula que instituiu o mandato e, ainda, a ausência de autorização dos adquirentes para a constituição do gravame, limitando-se, no cenário do Código de Defesa do Consumidor, a entender que houve negativa de vigência porque não aplicável ao caso. E, permanecendo hígido fundamento não atacado pelo recurso, o especial fica sem passagem (REsp 233.081/AL, da minha relatoria, *DJ* de 30.10.2000).

Com essas razões, eu não conheço do especial.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro*: Sr. presidente, o Sr. Ministro-relator examinou exaustivamente com o costumeiro brilhantismo. Lembra-me que temos, à semelhança dos precedentes da 4.ª T., colacionados da tribuna precedentes desta Turma no sentido de valorizar, no caso, o princípio da boa-fé objetiva contemplado no Código de Defesa do Consumidor.

Então, não só pelos aspectos, tendo relativamente em conta questões jurídicas suscitadas, que foram muito bem afastadas – porquanto não estão caracterizadas as ofensas aos textos legais colacionados, nem os pretendidos dissensos pretorianos –, mesmo sob o ângulo substantivo, se pudéssemos conhecer do recurso, teríamos que desprovê-lo, porque a decisão, fundamentalmente, baseia-se nos nossos precedentes.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-relator, não conhecendo do recurso.

Min. ARI PARGENDLER, presidente – Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, relator.

VOTO VENCIDO – Fico vencido, como de resto fiquei vencido no precedente aludido pelo Min. Pádua Ribeiro.

Data venia, o voto condutor contraria não só a racionalidade econômica, mas também a racionalidade jurídica.

No primeiro caso, porque, a partir de agora, ninguém mais, com juízo perfeito, aceitará uma hipoteca como garantia do pagamento de uma dívida. Que garantia será essa, se um contrato de *gaveta*, sem qualquer publicidade, portanto, desconhecido de terceiros, é suficiente para elidi-la? Nenhuma, podendo-se dizer, sem exagero, que a hipoteca, pomposamente qualificada como direito real de garantia, já não encerra qualquer direito, muito menos real, e não serve como garantia para nada – está no Código Civil, mas já não disciplina as relações jurídicas. Quem, à luz disso, financiará os novos empreendimentos?

No segundo caso, porque a Lei 4.591, de 1964, proíbe a venda de unidades imobiliárias sem que a respectiva incorpora-

ção esteja registrada. A sanção para a conduta proibida é penal, sujeitando o infrator à prisão, sem prejuízo da reparação civil. O voto da maioria, ao invés, convalida o contrato, em prejuízo do credor – inegavelmente de boa-fé, porque não podia saber do negócio celebrado com terceiro. Onde a proteção à boa-fé objetiva?

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ari Pargendler, não conheceu do recurso especial".

Votou vencido o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-relator.

5.1.10 EXECUÇÃO FISCAL. Penhora. Bem gravado com hipoteca. Cédula de crédito rural. Art. 69 do Dec.-lei 167/69. Possibilidade. Prevalência do crédito tributário.

Ementa: 1. É tranqüilo o entendimento no seio do STJ no sentido de que os bens gravados com hipoteca oriunda de cédulas de crédito rural podem ser penhorados para satisfazer débito fiscal, ora por não ser absoluta a impenhorabilidade ditada pelos Decretos-leis 167/69 e 413/69, ora pela preferência outorgada aos créditos tributários.

2. Precedentes das 1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª Turmas do STJ.

3. Recurso especial improvido.

REsp 309.853/SP – 1.ª T. – STJ – j. 07.06.2001 – rel. Min. José Delgado – *DJU* 27.08.2001.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Ministros da 1.ª T. do STJ, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro-relator.

Brasília, 7 de junho de 2001 (data do julgamento) – Min. JOSÉ DELGADO, presidente e relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. José Delgado* (relator): O Banco do Brasil S.A. interpõe o recurso especial com fulcro no art. 105, III, *a*, da Carta Magna, contra v. acórdão que autorizou a penhora sobre imóvel de sócio da empresa executada, afastando a inafiançabilidade sustentada com base no art. 69 do Dec.-lei 167/69.

Nesta ocasião, em sede de recurso especial, alega o Banco do Brasil violação dos arts. 184 e 186 do CTN, 30 da Lei 6.830/80 e 69 do Dec.-lei 167/69.

Sustenta o recorrente, em síntese, que:

a) a decisão recorrida não contempla suficientemente a matéria referente à impenhorabilidade dos bens gravados por hipoteca em cédula de crédito rural, que tem por base o art. 69 do Dec.-lei 167/69, exceção esta que não pode ceder em face de qualquer outra regra;

b) não deve prevalecer a preferência do crédito tributário em face da impenhorabilidade absoluta para os bens vinculados à cédula de crédito rural, nos temos do que estabelece o art. 184 do CTN c/c o art. 30 da Lei 6.830/80.

Sem oferecimento de contra-razões.

Conferido crivo positivo ao processamento do apelo, ascenderam os autos a esta Corte, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. José Delgado* (relator): Em que pesem os doutos ar-

gumentos expendidos nas razões recursais, não há de se permitir o provimento do apelo em exame, eis que a orientação deste Tribunal se firmou na mesma linha do posicionamento adotado pelo atesto de segundo grau.

É tranqüilo o entendimento das Turmas desta Corte no sentido de que os bens gravados com hipoteca oriunda de cédulas de crédito rural podem ser penhorados para satisfazer débito tributário/fiscal, ora por não ser absoluta a impenhorabilidade ditada pelos Decretos-lei 167/69 e 413/69, ora pela preferência outorgada aos créditos tributários.

Ao julgar o REsp 235257/SP (decisão de 02.02.2000, *DJ* de 17.02.2000), externei os seguintes fundamentos:

"O recurso especial merece ser provido. A jurisprudência das 1.ª e 2.ª Turmas tem compreensão de acordo com a súplica do Estado recorrente. Este está correto quando, em suas razões recursais, afirma f. 116/124):

'Srs. Ministros, a C. 6.ª Câm. de Direito Público do TJSP, decidindo como decidiu, negou vigência aos arts. 184 e 186 do CTN, bem como divergiu de julgado proferido pelo C. STF, o que justifica o oferecimento do presente recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *e*, da CF.

O CTN, em seus arts. 184 e 186, determina o seguinte:

'Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e rendas, de qualquer origem e natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis'.

'Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.'

Pois bem, o crédito do Banco do Brasil S.A. é de natureza real e, nos termos do art. 186 do CTN, não é preferencial em face dos créditos fiscais.

Ora, se os créditos reais não preferem aos créditos tributários, conforme legislação em vigor, não há como entender pela preferência dos primeiros.

Desse modo, tem-se afastada até mesmo um concurso de credores entre a Fazenda Estadual e a credor hipotecário, haja vista a preferência que assiste aos créditos fiscais, por força de lei.

No mesmo sentido é a jurisprudência do C. STJ, que já decidiu caso semelhante, nos seguintes termos:

'Os bens dados em hipoteca ou penhor e vinculados a cédula de crédito industrial ou comercial, ressalvada a hipótese de confronto com créditos tributários, são impenhoráveis, porquanto há prevalência, na espécie, do art. 184 do CTN sobre o art. 157 do Dec.-lei 413, de 1969' (cf. v. aresto no REsp 90.155/96, São Paulo, rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJU* 07.10.1996, p. 37.596, apud *Juis – Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-Rom 13, 3.º trim. 1998).

Tributário e processual civil. Execução fiscal. Possibilidade de penhora sobre bem gravado para garantia de cédula industrial – CTN, arts. 184, 186, 187 e 188 – Dec.-lei 413/69 (arts. 57 e 60). Lei 6.830/80 (arts. 11 e 29).

1. Os credores hipotecários, pignoratícios e anticréticos não podem opor ao Fisco a garantia real de que são titulares. No caso, o bem vinculado à cédula de crédito industrial é impenhorável por dívidas outras do emitente, mas não escapa de penhora para garantia da execução fiscal' (REsp 86.349/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *RSTJ* 94/72).

'Processual civil. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Desconstituição da penhora. Bens vinculados a cédula de crédito rural. CTN, art. 184. Dec.-lei 167/67. Precedentes. O art. 184 do CTN, como norma de lei complementar, prevalece sobre dis-

posição do Dec.-lei 167/67. Mesmo em se tratando de impenhorabilidade absoluta, esta não poderia se sobrepor à Fazenda Pública face ao princípio da hierarquia das leis. Estes os entendimentos consagrados na jurisprudência do STJ com a qual se harmoniza o aresto recorrido, incidindo a Súm. 83/STJ. Recurso especial não conhecido' (STJ, REsp 107.682, rel. Min. Peçanha Martins, *DJU* 28.04.1997).

Ressalte-se também, importante observação feita pelo ilustre Des. Guerrieri Rezende às f., no AgIn 91.569.5/7-01, quanto ao art. 57 do Dec.-lei 413/69: '(...) Tenha-se em mente, desde logo, que os bens dados em hipoteca e vinculados à cédula de crédito industrial ou comercial são realmente impenhoráveis (art. 57 do Dec.-lei 413/69). Mas tal assertiva não pode prevalecer sobre os créditos tributários porque o CTN, nos arts. 184 e 186, é categórico em consagrar o princípio da preferência ampla e irrestrita do crédito tributário, ressalvando-se, tão-somente, os créditos relativos à legislação do trabalho. Isto porque o CTN deve prevalecer sobre as normas infraconstitucionais de menor eficácia, por complementar as normas constitucionais de eficácia limitada (...)'.

Da divergência jurisprudencial

No julgamento do RE 103.169/SP, publicado na *RTJ* 112/469, o eminente Min. Soares Muñoz assim se manifestou:

'A cobrança da dívida ativa não está sujeita a concurso de credores ou habilitação, salvo o denominado concurso de preferência em razão de créditos decorrentes da legislação do trabalho e o concurso entre pessoas jurídicas de direito público (arts. 186 e 187 do CTN). Demais, o Banco de Desenvolvimento do Estado de São Paulo S.A. – Badesp, não é pessoa jurídica de direito público, razão pela qual o seu crédito, ainda que eventualmente advindo de contratos anteriores, não pode ser oposto aos fiscais, preferenciais a qualquer outro, salvo a referida exceção, seja qual for a sua natureza ou o tempo de constituição. Examinada, portanto, a pretensão à luz do Dec. 423, de 09.01.1969, tal exame não poderá ser feito em termos isolados ou dissociados das demais normas que alcançam a matéria, dispondo o art. 57 do aludido Decreto-lei que 'os bens vinculados à cédula de crédito industrial não serão penhorados...', sujeita-se ao princípio dos privilégios legais já referidos, entendendo-se, portanto, que não serão penhorados, salvo execução fiscal. É nesse sentido a jurisprudência do Excelso STF, o que poderá ser verificado nos Recursos Extraordinários 74.632, 74.856, 79.212 e 84.059, cuja ementa é bastante expressiva: – 'penhora de bens dados em penhor industrial; respondem estes por dívida fiscal, nos termos do art. 184 do CTN'. A tônica das soluções é mantida na interpretação de que o art. 57 do Dec.-lei 413/69 não revogou o privilégio e não determinou a impenhorabilidade absoluta (*RTJ* 80.628 e 81.440). Resguardou e colocou-se dentro do sistema processual comum, que distingue os bens absolutamente impenhoráveis (arts. 648, 649 e 650 do CPC), ou relativamente penhoráveis, tanto que o art. 184 do CTN faz referência expressa 'aos absolutamente impenhoráveis'. Salienta-se, ao derradeiro, que judiciosa discussão sobre a hierarquização das leis, CTN e a execução especial, perdeu todo seu relevo, dado que o propositor do tema, o saudoso Min. Aliomar Baleeiro, reconsiderou seu voto, então divergente no RE 79.212, ao enfoque da consideração de ser alterada outra lei complementar'.

Todavia, o v. acórdão recorrido decidiu que:

'A impenhorabilidade do crédito rural, todavia, prevalece até contra a Fazenda Pública e, com maior razão, contra os credores particulares (*RT* 493/117, *JTA* 37/47). É que por força do art. 69 do Dec.-lei 167, de 1967, são impenhoráveis – e, portanto, não estão sujeitos a execução (art. 648 do CPC) – os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos por cédula de crédito rural devidamente registrada no registro de imóveis...'.

Da análise do v. acórdão recorrido e do julgado do C. STF trazido para confronto, podem-se retirar entre esses semelhanças e diferenças.

Assemelham-se as decisões no que se refere à matéria apreciada, qual seja, a aplicação dos arts. 184 e 186 do CTN quando em execução fiscal, a penhora incide sobre bem vinculado à cédula de crédito industrial. Todavia, diferenciam-se no resultado do julgamento. Entendeu o v. acórdão recorrido que o bem vinculado à cédula de crédito industrial não pode ser penhorado em execução fiscal; enquanto o v. julgado trazido para confronto, notadamente no voto proferido pelo eminente Min. Soares Muñoz, firmou entendimento de que: 'A cobrança da dívida ativa não está sujeita a concurso de credores ou habilitação, salvo o denominado concurso de preferência em razão dos créditos decorrentes da legislação do trabalho e o ocorrente entre pessoas jurídicas de direito público, (...) razão pela qual o seu crédito (*bem vinculado à cédula de crédito industrial*), ainda que eventualmente advindo de contratos anteriores, não pode ser oposto aos fiscais, preferenciais a qualquer outro, salvo a referida exceção, seja qual for a sua natureza ou o tempo de constituição'. E, portanto: 'penhora de bens dados em penhor industrial; respondem estes por dívida fiscal, nos termos do art. 184 do CTN'.

Neste contexto, é patente a divergência jurisprudencial entre os julgados colocados em confronto".

Outras decisões:

"Processual civil. Execução fiscal. Penhora. Cédula de crédito industrial. Dívida fiscal. Possibilidade. Prevalência do art. 184 do CTN sobre o Dec.-lei 413/69. Precedentes. Divergência jurisprudencial não comprovada. RISTJ, art. 255 e parágrafos.

– São penhoráveis, em execução fiscal, os bens vinculados à cédula de crédito industrial, por isso que o art. 184 do CTN, norma de lei complementar, se sobrepõe ao Dec.-lei 413/69, face ao princípio da hierarquia das leis.

– Divergência jurisprudencial que deixou de atender às determinações contidas nas regras regimentais e legais pertinentes.

– Recurso não conhecido" (REsp 86.042/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 23.08.1999).

"Direito comercial. Tributário e processual civil. Cédula de crédito industrial. Bem dado em hipoteca. Penhora para satisfazer dívida fiscal. Possibilidade. Arts. 184 do CTN, 30 da Lei 6.830/80 e 57 do Dec.-lei 413/69. Precedentes. Recurso desacolhido.

– Os bens gravados com hipoteca oriunda de cédula de crédito industrial podem ser penhorados para satisfazer débito fiscal, seja por não ser absoluta a impenhorabilidade ditada pelo art. 57 do Dec.-lei 413/69, seja pela preferência outorgada aos créditos tributários" (REsp 88777/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJ* de 15.03.1999).

"Processual civil. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Desconstituição da penhora. Bens vinculados a cédula de crédito rural. CTN, art. 184. Dec.-lei. 167/69. Precedentes.

1. O art. 184 do CTN, como norma de lei complementar, prevalece sobre disposição do Dec.-lei 167/69.

2. Mesmo em se tratando de impenhorabilidade absoluta, esta não poderia se sobrepor à Fazenda Pública face ao princípio da hierarquia das leis.

3. Estes os entendimentos consagrados na jurisprudência do STJ com a qual se harmoniza o aresto recorrido, incidindo a Súm. 83 do STJ.

4. Recurso especial não conhecido" (REsp 107682/AL, rel. Min. Peçanha Martins, *DJ* de 28.04.1997).

Em face desse panorama processual, dou provimento ao recurso, invertendo os ônus processuais.

Confira-se a extensa lavra pretoriana:

"Processual civil. Execução. Penhora incidente sobre bens hipotecados com base em cédula de crédito rural. Inexistência de concordância do credor privilegiado. Nulidade da constrição. Dec.-lei 167/67, art. 69.

I – O STJ firmou entendimento pacífico no sentido da impossibilidade de penhora de bem já hipotecado por força de cédula de crédito rural, *ex vi* da vedação contida ao art. 69 do Dec.-lei 167/67.

II – Hipótese em que não foi demonstrado ter havido anuência do credor hipotecário (Banco do Brasil S.A.), circunstância que possibilitaria a atenuação da regra (REsp 13.682/SP, 4.ª T., rel. Min. Barros Monteiro, unânime, *DJU* de 16.05.1994).

III – Recurso especial conhecido e provido, para julgar procedentes em parte os embargos à execução, com a exclusão da penhora dos bens hipotecados" (REsp 170582/GO, 4.ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 20.11.2000).

"Processo civil. Execução fiscal. Embargos de terceiros. Cédula de crédito industrial. Penhora. Possibilidade. Prevalecimento do art. 184 do CTN sobre o Dec.-lei 413/69. Precedentes. Acórdão em consonância com a jurisprudência do STJ. Aplicação da Súm. 83. Dissídio pretoriano inexistente. Verba honorária. Ausência de prequestionamento.

1. Divergência entre decisões do mesmo tribunal não viabiliza o recurso especial (Súm. 13, STJ).

2. Não se conhece do recurso sobre a matéria pertinente à verba honorária, quando não pré-questionada.

3. São penhoráveis, em execução fiscal, bens vinculados a cédula de crédito industrial, pois o art. 184 do CTN, norma de lei complementar, sobrepõe-se ao Dec.-lei 413/69, face ao princípio da hierarquia das leis.

4. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência iterativa do STJ. Incidência de entendimento sumulado da Corte.

5. Recurso especial não conhecido" (REsp 155774/PE, 2.ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 08.05.2000).

"Execução fiscal. Penhora. Substituição. Imóvel rural. Cédula de crédito industrial.

– O bem vinculado à cédula de crédito industrial é impenhorável por dívidas outras do emitente, mas não escapa de penhora para a garantia na execução fiscal. Precedentes.

– Recurso improvido" (REsp 108871/PE, 1.ª T., rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 16.03.1998).

"Execução fiscal. Penhora. Desconstituição.

– A impenhorabilidade do art. 57 do Dec.-lei 413 só se refere a outras dívidas do emitente e não prevalece frente aos créditos tributários.

– Recurso improvido" (REsp 154738/PE, 1.ª T., rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 02.03.1998).

"Execução. Penhora. Crédito rural.

– Bens que se achem vinculados à cédula de crédito rural não podem ser penhorados em execução por outra dívida. Exegese do art. 69 do Dec.-lei 167/67. Precedentes.

– Recurso não conhecido" (REsp 120007/MG, 3.ª T., rel. Min. Costa Leite, *DJ* de 17.11.1997).

"Processual. Impenhorabilidade. Cédula de crédito. Dec.-lei 167/67 e Dec.-lei 413/69. Executivo fiscal. Não incidência.

– A impenhorabilidade dos bens gravados por cédulas de crédito (Dec.-lei 167/67 e Dec.-lei 413/69) não prevalece no processo executivo fiscal (CTN, art. 184)" (REsp 100578/SP, 1.ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros. *DJ* de 17.11.1997).

"Execução. Penhora sobre imóvel objeto de hipoteca constituída por cédula de crédito rural em favor de terceiro.

– A lei é imperativa no sentido da impenhorabilidade dos bens dados em garantia hipotecária mediante cédula de crédito rural, pouco relevando o assentimento, feito com ressalvas pelo credor hipotecário, quanto à realização da penhora sobre esse mesmo bem.

– Arts. 69 do Dec.-lei 167, de 14.02.1967, e 648 do CPC.

– Recurso especial conhecido e provido" (REsp 13682/SP, 4.ª T., rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 16.05.1994).

Sendo esse o panorama dos autos, estando pacificado o assunto em exame no seio jurisprudencial desta Corte, não se cabe prover o apelo extremo.

Por tais considerações, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 1.ª T., 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 Sr. Ministro-relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro-relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 7 de junho de 2001.

5.1.11 COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. Imóvel hipotecado ao Sistema Financeiro da Habitação. Penhora decorrente de execução movida contra a construtora.

Ementa: I. Carece do requisito do prequestionamento recurso especial em que é debatida questão federal não objetivamente enfrentada no acórdão a quo.

II. "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro" (Súm. 84 do STJ).

III. Recurso não conhecido.

REsp 311.871/PB – 4.ª T. – STJ – j. 03.05.2001 – rel. Min. Aldir Passarinho Junior – *DJU* 13.08.2001.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, decide a 4.ª T. do STJ, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participam do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de maio de 2001 – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, presidente –Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior*: Tratam os autos de embargos de terceiro ajuizados por Manuel Ferreira Campos em face da Caixa Econômica Federal, em que se insurge contra a penhora de imóvel efetuada pela instituição bancária, em execução movida contra Construções Civis Ltda.

A 2.ª T. do TRF da 5.ª Reg., por unanimidade, conheceu e negou provimento à apelação da CEF. Considerou ilegítima a constrição, tendo em vista que a falta de registro no cartório respectivo do contrato de compra e venda, avençado anteriormente à execução, não configurou fraude.

Inconformada, a empresa pública interpõe recurso especial pela letra *a* do inc. III do art. 105 da Carta da República, em que aponta violação aos arts. 530, I, 533 e 755 do CC.

Assere que o contrato de compra e venda não registrado não tem eficácia *erga omnes*.

Aduz, igualmente, que o imóvel era objeto de garantia hipotecária do mútuo entre a recorrente e a empresa devedora, não prevalecendo a posterior venda através do contrato acima mencionado.

Sem contra-razões (cf. certidão de f.).

Juízo prévio de admissibilidade do especial no tribunal de origem à f.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior* (relator): Insurge-se o recorrente, com base na letra *a* do permissor constitucional, contra acórdão prolatado pelo C. TRF da 5.ª Reg. nos autos de embargos de terceiro, que entendeu ilegítima a penhora de bem imóvel alienado por devedor ao autor antes da execução, ainda que não registrado o contrato de compra e venda no cartório respectivo.

Preliminarmente, não conheço do recurso quanto à assertiva de contrariedade ao art. 755 do CC. A matéria atinente à constituição de hipoteca sobre o imóvel não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, restando inobservado o requisito recursal do prequestionamento (Súmulas 283 e 356 do STF).

Ventilada no aresto *a quo* a matéria dos dispositivos remanescentes tidos como violados, passo ao exame do recurso.

O aresto estadual, conduzido pelo voto do Juiz Araken Mariz, restou assim ementado (f.):

"Embargos de terceiro. Alegação de posse para exclusão de imóvel objeto de penhora. Possibilidade. Procedência dos embargos. Honorários. Art 20, § 3.º, do CPC.

1. O compromisso de compra e venda, mesmo sem registro, é suficiente para reconhecimento do negócio jurídico, haja vista o caráter informar das relações negociais no Território Nacional.

2. Inexistindo fraude, estão legitimados os possuidores a pleitear a exclusão do bem penhorado em processo de execução.

3. A penhora efetuada em data superveniente à alienação do imóvel comprova a não onerabilidade do mesmo à época de sua aquisição.

4. Procedentes os embargos de terceiro, os honorários serão calculados nos termos do art. 20, § 3.º, do CPC (*RSTAMG* 50/174).

5. Apelação da CEF improvida. Recurso adesivo do embargaste improvido".

Incomportável a reforma da decisão impugnada.

Na sistemática processual vigente, incumbe ao proprietário, ou ao possuidor, a defesa de seu patrimônio objeto de penhora através dos embargos de terceiro, conforme a norma do art. 1.046, *caput* e § 1.º, do CPC, haja vista que somente o patrimônio do executado responde perante o juízo da execução.

In casu, a penhora do imóvel deu-se sobre bem que já não integrava o patrimônio do devedor, pois que alienado para o embargante através de escritura pública. O fato de o documento não ter sido registrado é inteiramente irrelevante, uma vez que não se discute nos embargos de terceiro sobre a propriedade do imóvel, mas a ilegitimidade da penhora em razão de posse anterior em favor do embargante, resultado da alienação que desvinculou o imóvel do patrimônio do executado.

A jurisprudência desta Corte cristalizou-se no Verbete 84/STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 4.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar votaram com o Sr. Ministro-relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de maio de 2001.

6. JURISPRUDÊNCIA NOTARIAL E REGISTRAL

Seleção e organização

ADEMAR FIORANELLI

6.1

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SÃO PAULO

6.1.1 REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida inversa. Apresentação de cópias do requerimento e das certidões levadas a registro. Inaptidão para fins registrários de tais cópias.

6.1.1 USUFRUTO VIDUAL. Requerimento da viúva visando o registro nas matrículas relativas aos imóveis deixados pelo finado marido do direito ao usufruto previsto no art. 1.611, § 1.°, do CC.

Ementa: Necessidade de reconhecimento de tal usufruto no processo de inventário com especificação dos bens sobre os quais recairá.

ApCiv 68.107-0/6 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 04.05.2000 – rel e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo – *DOE* 26.05.2000.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 68.107-0/6, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que é apelante Mônica Oliveira Santos Aloe Rensi e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e tabelião de protestos 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 apelação (f.) interposta por Mônica Oliveira Santos Aloe Rensi, da decisão (f.) que, julgando dúvida inversamente suscitada, manteve a recusa de registro, nas matrículas dos imóveis deixados pelo finado, de requerimento da ora recorrente, instruído com certidões de casamento e de óbito, relativo ao usufruto a que alega ter direito, nos termos do art. 1.611, § 1.°, do CC.

Sustenta a recorrente a necessidade de o usufruto vidual – que, no seu entender, independe de inventário e de partilha e não resulta de direito de família, mas, sim, sucessório – ingressar no fólio real.

Regularmente processado o recurso, posicionou-se a Procuradoria-Geral da Justiça pelo improvimento (f.).

É o relatório.

A recorrente, por petição subscrita por sua advogada, datada de 23.10.1998, alegando ter sido casada pelo regime da comunhão parcial de bens com Francisco Aloe Rensi, morto em 17.04.1994, requereu ao Oficial do Registro de Imóveis de Santa Cruz do Rio Pardo, invocando os arts. 1.611, § 1.°, do CC e 172 da Lei dos Registros Públicos, o registro nas matrículas dos imóveis deixados pelo *de cujus* do usufruto previsto no primeiro dos dispositivos mencionados.

O oficial recusou o registro por entender ser imprescindível seu reconhecimento judicial nos autos do inventário.

Daí a dúvida suscitada inversamente, em que se busca o ingresso de tal usufruto no

fólio real ainda que não reconhecido no juízo do inventário.

Olvidou-se a requerente, porém, de instruir a dúvida com o original da petição referente ao ingresso no álbum imobiliário do usufruto e das certidões de seu casamento e do óbito de seu marido, circunstância, segundo reiterados precedentes deste E. Conselho, que já impõe o desacolhimento do recurso (cf. Apelações Cíveis 43.729-0/1, 37.522-0/8, 34.253-0/8, 33.624.0/4). Isso porque a Lei dos Registros Públicos, ao arrolar taxativamente em seu art. 221 os títulos admitidos a registro, não cataloga entre eles suas cópias, ainda que autenticadas.

Na ApCiv 33.624.0/4-00, relatada pelo Des. Márcio Martins Bonilha, 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 a 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 com 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".

Ademais, a exigência formulada pelo Oficial merece ser mantida.

Ensina Caio Mário da Silva Pereira sobre o usufruto vidual que:

"Temporário e condicional, este usufruto do cônjuge é direito de procedência sucessória quanto à fonte e ao conteúdo, posto que revista forma peculiar. Independe de uma declaração constitutiva, mas assemelha-se nos seus efeitos ao direito real de usufruto" (*Instituições de direito civil*, 5. ed., Forense, 1984, vol. VI, p. 101-102).

Tal usufruto, de origem sucessória, constitui-se *ex vi legis* no momento da morte do cônjuge, quando se abre a sucessão e o domínio e a posse da herança se transmitem aos herdeiros legítimos e testamentários.

Nascido, assim, o usufruto vidual com o óbito do cônjuge, seu ingresso no fólio real não tem natureza constitutiva, mas declaratória. A publicidade em relação a terceiros e a disponibilidade dos bens que grava pelos herdeiros, nu proprietários, reclamam o registro de tal usufruto no álbum real, exigência fundamental à segurança do tráfego jurídico e à garantia da continuidade.

"A transcrição, como já temos dito", lecionava Serpa Lopes, "não tem uma única função, pelo que pode atuar de diversas maneiras, e em todas elas sob um aspecto substancial. Se, nos atos *inter vivos*, opera como elemento de transferência do domínio, nos atos *causa mortis* é exigível como condição de disponibilidade do domínio e como elemento indispensável à sua revelação, ainda que este se haja transmitido por efeito da morte do *de cujus* " (*Tratado dos registros públicos*. 2. ed. 1947, vol. IV, p. 42-43).

E o usufruto vidual, para ingressar no fólio real, depende da especificação dos bens que grava nos autos do inventário. Caio Mário da Silva Pereira, a propósito, observa que:

"Pela Lei 4.121/62, o cônjuge tem direito ao usufruto da 'quarta parte dos bens do cônjuge falecido' ou 'à metade', conforme o caso. Quer dizer: separam-se bens correspondentes à quota-parte do que for deixado

pelo defunto, computando-se sobre esta parte do monte o usufruto do cônjuge sobrevivente. O sistema oferece a vantagem de liberar a fração restante, atribuída aos herdeiros em propriedade plena" (op. cit., p. 102).

Ora, a separação dos bens sobre os quais recairá o usufruto vidual daqueles deixados pelo *de cujus* se realiza nos autos do inventário, em especial na partilha. É no inventário que se verifica qual o patrimônio do *de cujus*, se cobram suas dívidas ativas, se pagam as passivas, os impostos sucessórios e os legados, e, em seguida, se procede a partilha, divisão dos bens da herança segundo o direito hereditário dos que sucedem com a adjudicação dos quocientes obtidos aos herdeiros.

A necessidade de reconhecimento do usufruto em benefício do cônjuge sobrevivente sobre parte dos bens da herança, no processo de inventário, já foi proclamada por este Tribunal de Justiça, no julgamento da ApCiv 61.959-1, relatada pelo Des. Nelson Hanada:

"O usufruto previsto no § 1.º do art. 1.611 da Lei Civil, portanto, é direito sucessório, que, por isso mesmo, deve constar expressamente no processo de inventário, para resguardo de seu titular, figurando, em decorrência, dos títulos a serem expedidos (formal de partilha, carta de adjudicação)" (*RJTJESP-LEX* 96/252-253).

Esse acórdão foi mantido pelo C. STJ, no REsp 4.625/SP, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.04.1991, merecendo transcrever esta parte de sua ementa:

"I – Em face da regra do § 1.º do art. 1.611 do CC, à viúva não se atribui a qualidade de herdeira ou legatária, mas nos próprios autos do inventário se há de reconhecer e consignar o benefício legal a seu favor".

É o formal de partilha (LRP, art. 212, IV), portanto, e não o requerimento da viúva ao Oficial instruído com certidões do casamento e do óbito, que se qualifica como título apto ao ingresso na tábua registral do usufruto legal que a beneficia.

Ante o exposto, negam provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, Presidente do Tribunal de Justiça, e Álvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 4 de maio de 2000 – LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da justiça e relator.

6.1.2 REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida. Cópia de instrumento particular de cessão de quotas de sociedade comercial com caução de imóveis. Inaptidão de cópia de instrumento contratual para ingressar no fólio real.

Ementa: Caução de imóveis que se qualifica como hipoteca e exige para sua validade forma solene, a saber, escritura pública. Dúvida procedente. Recurso não provido.

ApCiv 72.696-0/7 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 12.09.2000 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo – *DOE* 11.10.2000.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 72.696-0/7, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante Ignez Fraletti Saker 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 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 Álvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 12 de setembro de 2000 – LUIS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Trata-se de apelação (f.) interposta da sentença (f.) que manteve a recusa do oficial de registrar no Registro das Pessoas Jurídicas e no Registro de Imóveis cópia de cessão de quotas de sociedade comercial com caução de imóvel.

A recorrente, esclarecendo já ter arquivado na Junta Comercial a cessão de quotas sociais, pugna pelo ingresso do título no registro imobiliário para preservar e dar plena eficácia à caução imobiliária ajustada, realçando a péssima situação financeira em que se acham os cessionários, que descumpriram várias das obrigações contraídas no contrato de cessão de quotas sociais.

A Procuradoria-Geral da Justiça, após lembrar não servir o procedimento de dúvida a exame de questão referente a ato de averbação, mas apenas àqueles relativos a registro, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, porque exibido o título por cópia e, no mérito, pelo seu não provimento, ante a necessidade da forma pública do instrumento para a validade da garantia imobiliária que se qualifica como hipoteca (f.).

E o relatório.

A recorrente informa o arquivamento do instrumento particular de cessão de quotas sociais na Junta Comercial e, por conseqüência, limita seu interesse recursal ao ingresso no serviço de registro de imóveis da denominada caução imobiliária, pactuada na cessão de quotas sociais.

Impende, *ab initio*, caracterizar o ato registrário almejado pela recorrente, se de registro em sentido estrito ou de averbação, definição que repercutirá na competência recursal, se deste E. Conselho ou da Corregedoria Geral, sabido que, segundo inúmeros precedentes deste órgão, a sua competência, do primeiro, nesse aspecto, se restringe às dúvidas, procedimento administrativo que versa apenas sobre atos de registro em sentido estrito, competindo à Corregedoria Geral o exame dos recursos relativos a atos de averbação.

Os cessionários, consoante a Cláusula 5.2, deram em garantia à cedente os dois imóveis, ali especificados, garantia essa "vinculada à inadimplência, única e exclusivamente por parte dos cessionários, de qualquer obrigação assumida perante as instituições financeiras descritas na cláusula terceira, item 3.4" (Cláusula 5.2.1). O não cumprimento das referidas obrigações, segundo a Cláusula 5.2.2, rescindiria o contrato de cessão e os imóveis tornar-se-iam de imediato de propriedade e posse da cedente.

A Lei de Registros Públicos prevê, em seu art. 167, I, n. 2, o registro das hipotecas legais, judiciais e convencionais e, em seu inc. II, n. 8, a averbação da caução e da cessão fiduciária de direitos relativos a imóveis.

O contrato é claro no sentido de que os imóveis, e não direitos a eles relativos, foram dados em garantia, o que, apesar da nulidade da Cláusula 5.2.2 que autoriza a credora a ficar com tais bens na hipótese de descumprimento das obrigações garantidas (cf. CC, art. 765), qualifica tal caução como hipoteca.

Persegue, portanto, a recorrente ato de registro em sentido estrito (LRP, art. 167, I, n. 2), competindo, assim, a este E. Conselho o exame do presente recurso.

Desmerece, porém, provimento o apelo.

Não cuidou a recorrente de exibir o original do instrumento particular de cessão de quotas sociais, o que, segundo reiterados precedentes deste E. Conselho, impede o ingresso de tal título no álbum imobiliário (cf. 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, arrola 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, este E. Conselho reiterou tal entendimento, nos seguintes 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.

Nesse sentido, é pacifica 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".

Por outro lado, caracterizada a denominada caução imobiliária como hipoteca, a validade do contrato constitutivo do tal direito real do garantia não prescindiria de forma solene, a saber, a escritura pública (CC, art. 134, II), sob pena de nulidade do ato (CC, art. 145, III).

Tal vício formal do título legitima, outrossim, a recusa do seu acesso ao fólio real.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

6.1.3 USUFRUTO. Aquisição da nua-propriedade pela mulher e usufruto pelo marido. Comunicação dos aqüestos em virtude do regime de separação legal.

Ementa: Recusa do registro porque, em razão da comunicação dos aqüestos, o marido seria também co-titular da nua-propriedade, não podendo, assim, ser usufrutuário do imóvel todo. Prova, no curso da dúvida, de que a mulher obteve o numerário destinado à compra da nua-propriedade por meio de mútuo pecuniário perante terceiro, satisfazendo sua obrigação perante o mutuante com dação em pagamento de imóvel próprio, adquirido quando solteira. Sub-rogação real. Prova majorada, porém, que não pode ser apreciada neste procedimento de dúvida. Necessidade de reapresentação do título ao registrador instruído com a mencionada prova documental. Recusa do registro mantida. Recurso não provido.

ApCiv 77.870-0/8 – Conselho Superior da Magistratura – j. 02.02.2001 – rel. e Corregedor-geral da Justiça Luís de Macedo – *DOE* 28.08.2001.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 77.870-0/8, da Comarca da Capital, em que são apelantes Perpétua Dias Rangel Dutra e seu marido e apelado o 4.° Oficial de Registro de Imóveis da mesma Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores Márcio Martins Bonilha, presidente do Tribunal de Justiça, com declaração de voto vencido, e Alvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 2 de agosto de 2001 – LUÍS DE MACEDO, corregedor-geral da justiça e relator.

VOTO – Trata-se de apelação (f.) interposta por Perpétua Dias Rangel Dutra e seu marido da sentença (f.) do MM. Juiz Corregedor do 4.º Registro de Imóveis da Capital, que manteve a recusa de registro de escritura pública de compra e venda consignando a compra da nua-propriedade do imóvel pela mulher e a do usufruto pelo marido, sob o argumento de que o varão, em razão da comunhão dos aqüestos preconizada na Súm. 377 do STF, é comunheiro na nua-propriedade, não podendo, assim, ser usufrutuário do imóvel todo.

O casal adquirente, no recurso, insiste no registro do título alegando, em suma, que a mulher teve de emprestar de terceiro o dinheiro necessário à compra da nua-propriedade do imóvel, satisfazendo, após, o mútuo mediante dação em pagamento ao mutuante de outro imóvel seu, próprio, que adquiriu quando era solteira, o que caracteriza a sub-rogação real, afastando da comunicação ao marido a nua-propriedade do imóvel adquirido por compra.

Processado o recurso, posicionou-se a Procuradoria Geral da Justiça pelo provimento (f.).

É o relatório.

O recurso desmerece provimento.

Os ora recorrentes, casados no regime da separação obrigatória de bens, compraram, em 24.02.2000, o imóvel consistente no apartamento 132 do Edifício Siena, localizado na Rua São Carlos do Pinhal, n. 508, com uma vaga na garagem coletiva, consignando a escritura que a nua-propriedade, no valor de R$ 40.000,00, foi comprada pela mulher e o usufruto, no valor de R$ 30.000,00, pelo marido.

Daí a recusa de se registrar o mencionado título negocial, pois, se os bens adquiridos na constância do casamento, segundo a Súm. 377 da Suprema Corte, se comunicam mesmo no regime da separação obrigatória de bens, o marido tornou-se comunheiro da nua-propriedade comprada pela mulher, não podendo, por conseqüência, ser usufrutuário do imóvel todo.

E não se presta o procedimento de dúvida a solucionar questões relativas à existência, ou não, de esforço comum dos cônjuges à aquisição do bem, ou de outras que exigem produção de provas, as quais deverão ser dirimidas em outra via judicial.

Este Conselho Superior da Magistratura, nos autos das Apelações Cíveis 62.111-0/0 e 63.914-0/2, acentuou que:

"A matéria pertinente à interpretação da disposição da Súm. 377 do STF há de ser entendida, nesta esfera administrativa, no sentido de que, inexistente pacto antenupcial instituidor da separação pura, total e absoluta de bens, ou prova de que sejam produto de sub-rogação de bens anteriores ao enlace, presume-se a comunicação dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento no regime da separação legal de bens, somente se admitindo a exclusão da partilha por decisão proferida pelo juízo competente, no exercício da função jurisdicional, com regular ingresso no registro imobiliário.

Em tese, portanto, comunica-se o bem adquirido na constância do casamento realizado no regime da separação legal de bens, conforme se depreende da regra expressa no art. 259 do CC conjugada com o teor da Súm. 377 do C. STF".

É certo, não se olvida, que, em alegações finais, os recorrentes juntaram escritura pública lavrada em 29.05.2000, pela qual a ora recorrente, assistida por seu marido, deu em pagamento do mútuo pecuniário, que contraiu com Paulo Viana de Azevedo Marques, no valor de RS 40.000,00, destinados à compra da nua-propriedade do apartamento 132 do Edifício Siena, localizado na Rua São Carlos do Pinhal, n. 508, e da respectiva vaga na garagem coletiva, um outro imóvel seu, adquirido quando ainda era solteira, e fotocópia da certidão da matrícula imobiliária relativa a tal bem.

Tal prova, que poderia atestar a sub-rogação da nua-propriedade do apartamento

comprado pela recorrente naquele outro imóvel seu, que não se comunicou a seu marido porque adquirido antes do casamento, e, por conseqüências autorizar o registro da escritura de compra e venda da nua-propriedade e do usufruto, não pode, todavia, ser considerada nesta oportunidade.

E isso porque a qualificação do título, na dúvida, deve ser feita tal como ele foi apresentado ao registrador, não se admitindo, neste procedimento, a produção de qualquer prova, salvo informações relativas a dados preexistentes no registro imobiliário, sob pena de se valer o apresentante indevidamente da prorrogação do prazo de vigência da prenotação, em prejuízo de terceiros eventualmente detentores de títulos contraditórios.

A impossibilidade de produção de provas no procedimento de dúvida vem sendo proclamada por este E. Conselho (cf. ApCiv 29.899-0/3 e ApCiv 31.436-0/1), merecendo, nesse aspecto, mencionar o seguinte trecho do acórdão proferido na ApCiv 31.436-0/1:

"Os documentos novos juntados pelo apelante em nada alteram a questão. Não mereceriam sequer conhecimento, porque desnaturam o dissenso original da dúvida e provocam a indevida prorrogação da prenotação (e conseqüente prioridade), enquanto procura o interessado cumprir exigência ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, no curso do procedimento".

Não se pode, ademais, como bem se observou na Apelação Cível 38.058-0/7, deslembrar que:

"Tem decidido de modo tranqüilo este C. Conselho que o procedimento de dúvida não se presta, durante a seu curso, à satisfação das exigências formuladas pelo Oficial Delegado (Apelações Cíveis 12.689-0/6, 5.221-0, 5.841-0).

"Tal conclusão radica-se em que, como se depreende do art. 203, I, da Lei dos Registros Públicos, permitir a interessado valer-se do procedimento da dúvida para, durante sua tramitação, atender exigências formuladas pelo registrador, significaria estender indevidamente o benefício da prenotação, conferindo-lhe prioridade além do trintídio.

Haveria, por conseqüência, manifesto desvirtuamento do sistema paritário, previsto pelo legislador e pedra de toque do registro predial, da posição preferencial dos títulos instrumentadores de direitos reais contraditórios.

Lícito admitir-se, assim, que no procedimento de dúvida de registro predial o *thema decidentum* com que se cristaliza e se informa por aquela situação registrária e por aqueles requisitos do título presentes no momento da prenotação (ApCiv 8.876-0/5)."

Daí porque, no presente caso, ainda que se admitisse atestar, com suficiência a prova documental nova, como realçou o ilustre 3.º Juiz em seu voto divergente, que o "bem imóvel foi adquirido com o produto da alienação de imóvel próprio de um dos cônjuges", não me parece possível apreciar tal prova acrescida nestes autos de dúvida, devendo os recorrentes reapresentar a escritura pública de venda e compra da nua-propriedade e do usufruto ao registrador, instruindo-a com a escritura pública de dação em pagamento, com certidões de seu registro na matrícula imobiliária e de casamento, com documentos necessários à comprovação da sub-rogação real, que serão examinados pelo oficial na qualificação do título e, eventualmente, em novo procedimento de dúvida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

LUÍS DE MACEDO, relator e corregedor-geral da justiça

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO – 1. O recurso, a meu ver, comporta provimento.

Como se extrai do teor da ApCiv 031.799-0/7 da Comarca da Capital, em que figurei como relator (julgado copiado a f. dos autos) a jurisprudência dominante em nossos

tribunais aplica, ainda, a Súm. 377 do STF, que soa: "no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Em termos diversos, entende-se, no atual estágio da jurisprudência, por força do que dispõe o art. 259 do CC, que se comunicam todos os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, mesmo que contraído pelo regime da separação obrigatória, salvo se houver prova de que são produtos de sub-rogação de bens anteriores ao enlace. A outra alternativa possível é a lavratura de pacto antenupcial na qual convencionem os nubentes a separação pura, total e absoluta de bens.

Não se cogita, mais, de esforço comum na aquisição dos bens, porque o que está em jogo não é a ocorrência de sociedade de fato do direito das obrigações (que acarreta sempre a partilha, em todo e qualquer regime de bens, sob pena de consagrar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges), mas sim a comunicação *ex lege* de aquestos, em virtude do casamento.

Irrelevante, ainda, o argumento de que o imóvel adquirido consistiria bem reservado da mulher, porque adquirido com o produto exclusivo de seu trabalho. Sabido, desde o advento da Constituição Federal, que não mais existe a figura do chamado *bem reservado* incompatível com a isonomia conjugal. Dizendo de outro modo, o art. 246 do CC perdeu fundamento de validade, em vista de seu contraste com princípio sensível da Carta Magna (ver Gustavo Tepedino, "A disciplina civil-constitucional das relações familiares", *Temas de direito civil*, Renovar, 1999, p. 347 *et seq.*).

2. Constata-se, porém, no caso concreto, a existência de robusta prova documental encartada nos autos no sentido de que o bem imóvel foi adquirido com o produto da alienação de imóvel próprio de um dos cônjuges.

Tal circunstância, demonstrada pela escritura de dação em pagamento do imóvel próprio e pela cambial e declaração do credor, de que emprestara numerário à Dna. Perpétua Dias Rangel Dutra para aquisição da nua-propriedade, constituem evidências inequívocas de que se deu a figura da sub-rogação de bens próprios, que elide a formação dos aqüestos, em atenção ao que dispõe o art. 269, II, do CC.

Não se vê razão lógica ou jurídica para remeter o casal recorrente à via jurisdicional, com o fito de demonstrar o que já está claro pela boa prova documental constante dos autos. Ademais, a manifestação conjunta dos interessados, a ausência de lesividade a terceiros e a tendência do moderno direito de família de conferir aos cônjuges maior espaço de autonomia privada levam-me a concluir pela legalidade do registro.

O meu voto, portanto, com o respeito devido à posição da Ilustrada maioria, é no sentido do provimento do recurso, para o fim de permitir o acesso do título ao registro imobiliário.

MARCO BONILHA, presidente do Tribunal de Justiça (*DOE* de 28.08.2001).

6.1.4 INGRESSO DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA. Comprovado o recolhimento do ITBI calculado em 2% sobre o valor venal total do imóvel. Nua-propriedade e usufruto alienados para pessoas diversas. Viabilidade.

Ementa: Exigência de comprovação do recolhimento do ITBI relativo à instituição do usufruto, correspondente, nos termos de legislação municipal, a mais 2% calculados sobre o equivalente a 70% do valor venal do imóvel. Desnecessidade. Dúvida improcedente. Recurso a que se dá provimento.

ApCiv 81.751-0/0 – Conselho Superior da Magistratura – j. 27.09.2001 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 81.751-0/0, da Comarca de Barretos, em que é apelante Hércules Cândido Brunelli Júnior e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica 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 ÁLVARO LAZZARINI, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 27 de setembro de 2001 – LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Trata-se de recurso interposto por Hércules Cândido Brunelli Júnior contra decisão que julgou procedente dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Barretos, e, fundado na impossibilidade do proprietário pleno transmitir, por venda, a pessoas distintas, o usufruto e a nua propriedade, negou o ingresso da escritura pública de compra e venda lavrada no Livro 261, f., do 1.º Tabelião de Notas da Comarca de Olímpia, por não ter sido comprovado o pagamento do ITBI incidente sobre a instituição de usufruto, não obstante tenha sido recolhida importância incidente sobre o valor total do imóvel alienado.

Sustenta o recorrente a reforma da decisão recorrida, que deveria ter julgado improcedente a dúvida, afirmando a viabilidade da alienação, pelo titular do domínio, a pessoas diversas, da nua propriedade e do usufruto, e a regularidade do pagamento do ITBI incidente sobre o valor total do imóvel.

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 1.º grau, que manteve a exigência de recolhimento do ITBI incidente sobre a instituição do usufruto, não obstante comprovado o recolhimento do tributo calculado sobre o valor total do imóvel, fundada no entendimento de que não seria possível ao titular da propriedade plena a alienação da totalidade do bem a pessoas diversas, desmembrados os atributos da propriedade para a atribuição da nua propriedade a um dos adquirentes e o usufruto a outros.

A exigência formulada, embora embasada em questões de ordem tributária, diz respeito, na verdade, à interpretação do negócio jurídico realizado pelas partes, para, fundada no entendimento de que o título cujo ingresso se pretende represente, ao lado da alienação da propriedade plena do imóvel, a subseqüente instituição do direito real do usufruto, como operações jurídicas distintas e sucessivas, atribuir a cada uma delas, segundo a lei municipal de regência, os efeitos tributários correspondentes.

Ocorre, no entanto, que não foi esse o negócio jurídico formalizado pelas partes, que, na verdade, expressaram clara e livre manifestação de vontade no sentido de que o titular da propriedade plena de imóvel com relação ao qual não havia usufruto constituído e registrado a transmitiu, por ato oneroso, de forma bipartida, vendendo a um dos adquirentes a nua propriedade e a outros o usufruto, entendimento que encontra amparo na doutrina, como mencionado nas razões de recurso.

A regularidade desse negócio jurídico é admitida pela Corregedoria Geral da Justiça, como consta, dentre outros, do Processo CG 602/99, que disciplina a cobrança de emolumentos em face desse específico ato notarial.

Não se sustenta, portanto, a exigência formulada, dada a inocorrência, no caso concreto, do fato jurídico representado por iso-

lada instituição do usufruto e que poderia ensejar, nos termos da legislação municipal aplicável, a incidência tributária correspondente.

No caso dos autos foi integralmente recolhido o tributo correspondente ao ato instrumentalizado pelo título, que, levado a registro, obteve qualificação positiva, razão pela qual não cabe ao oficial registrador, no exercício da fiscalização que lhe é imposta em face do disposto no art. 289 da Lei 6.015/73, desconsiderar a manifestação de vontade das partes para formular questionamentos tributários que escapam à atividade de qualificação registrária, entendimento expresso, dentre outros, no julgamento ApCiv 41.449.0/9-00, da Comarca de São José do Rio Preto.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

6.1.5 REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida. Pedido de registro de "escritura pública de cessão de exercício de usufruto em anticrese".

Ementa: O usufruto em si é inalienável, mas se admite a cessão do seu exercício, a título oneroso ou gratuito, a terceiro (art. 717, 2.ª parte, do CC). Relação de cunho pessoal e não geradora de direito real, que não ingressa no fólio real. O usufrutuário, por sua vez, não detém a faculdade de alienação do imóvel, mas pode dispor dos frutos ou rendimentos, razão pela qual admite-se que os ofereça em anticrese. Título que comporta registro. Dúvida improcedente. Recurso a que se dá provimento.

ApCiv 81.895-0/6 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 27.12.2001 – rel. e Corregedor-Geral da Justiça Luís de Macedo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos da ApCiv 81.895-0/6, da Comarca de Ituverava, em que é apelante Carlota de Lima Garcia e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica, 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 Álvaro Lazzarini, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 27 de dezembro de 2001 – LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral de Justiça e relator.

Trata-se de apelação interposta por Carlota de Lima Garcia (f.) contra a sentença proferida pela MMa. Juíza de Direito Corregedora Permanente da Comarca de Ituverava, que julgou procedente dúvida inversamente suscitada perante o Oficial do Registro de Imóveis, recusando o registro de "escritura pública de cessão de exercício de usufruto em anticrese", uma vez que o título não figura entre aqueles registráveis e porque o direito de anticrese só pode ser referente a bens imóveis (art. 805 do CC). O título foi prenotado sob n. 72.016, em 29.09.2000 (f.).

A recorrente sustenta, em síntese, que: a) a sentença protege a nu-proprietária, desrespeitando direitos da usufrutuária e de seus credores, pois aquela possui um direito real sobre o imóvel (usufruto vitalício), cujo exercício pode ser transferido, de forma onerosa, a terceiro, para fazer face à uma dívida existente; e b) se o direito é transferível, admite-se a cessão sob a forma de anticrese. Pede o provimento do recurso para que se "proceda ao registro da escritura pública de cessão de usufruto, no Livro 2, de conformidade com a Lei 6.015/73, em seu art. 167, I, 11" (f.).

A Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se pelo improvimento (f.).

É o relatório.

A sentença merece ser reformada.

A recorrente almeja o registro da "escritura pública de cessão de exercício de usufruto em anticrese", lavrada em 18.06.1999 no Serviço Notarial de Pontal, Livro 63, p. 139, figurando como mutuante, e como "credores anticréticos ou mutuários", Édimo Garcia de Lima e outros, tendo por objeto glebas de terras denominadas "Fazenda São Francisco" e "Fazenda São Marcos", matriculadas sob n. 9.947 e 9.949 do Registro de Imóveis de Ituverava (f.).

Certo que o usufruto em si não pode ser alienado, mas o seu exercício pode ser transferido, pelo usufrutuário, a terceiro. Este fica cessionário da faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, como autoriza o art. 717, 2.ª parte, do CC e, aliás, como foi feito no ato notarial de f. Bem lembrado por Ademar Fioranelli que "trata-se de uma relação meramente pessoal entre cedente e cessionário, não se constituindo, assim, o direito real que possibilite o seu registro", sendo "inquestionável que, ao ceder o exercício do usufruto, o usufrutuário está cedendo a percepção dos frutos advindos do usufruto (direito pessoal) e mantém consigo o 'direito real', que é intransferível a terceiro" ("Direito registral imobiliário". *Irib*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 407). Comungam do mesmo entendimento Miguel Maria de Serpa Lopes, *Tratado dos registros públicos*, vol. III, Brasília Jurídica, 1997, n. 451, p. 186-188, e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil – Direitos reais*, vol. IV, 1974, n. 341, p. 245-246). Há, outrossim, precedentes nesse sentido: *Revista de Direito Imobiliário* 12/110, 13/83 e 16/134.

Como ressaltado no MS 136.661-SP, julgado pela 1.ª Câm. do 2.º Tribunal de Alçada Civil, relator o então Juiz Mohamed Amaro:

"O usufruto pertence à classe dos direitos intransmissíveis: não pode o usufrutuário despojar-se dela para aliená-lo a terceiro por título oneroso ou gratuito.

Mas, entendida a intransmissibilidade em termos absolutos, o usufruto seria totalmente inútil desde que ao usufrutuário não fosse possível fruir a coisa pessoalmente, como se lho impedissem a natureza de suas ocupações, a sua idade, moléstias.

Para obviar este resultado, permite a lei a cessão, não do direito, do usufruto em si, mas do exercício de direito. Assim, é facultado ao usufrutuário alienar o exercício do usufruto por um certo prazo ou pelo tempo que tenha de durar, dar de arrendamento o imóvel, alugar a casa, formar sociedade para aproveitar a coisa frutuária (...) Nada impede, assim, que o usufrutuário, ao invés de se utilizar pessoalmente da coisa frutuária, o que poderia ser inútil e até vexatório, a alugue ou a empreste a outrem" (*RDI* 11/132).

"O usufruto, para ter validade *erga omnes* e se constituir como direito real, é registrável (arts. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/73 e 676, 715 e 856, do CC), porém, o título em tela não pode ingressar no fólio real, seja porque não gera direito real mas relação de cunho obrigacional, seja porque o rol do art. 167, I e II, da Lei 6.015/73 é *numerus clausus* (Afrânio de Carvalho, *Registro de imóveis*, 4. ed., 1998, p. 84; ApCiv 2.272-0/SP, j. 13.03.1983, rel. Des. Affonso de André; *JTJ-Lex* 183/342; *RT* 500/104; Processos CG 1084/95 e 961/97) e não prevê a figura da cessão do exercício de usufruto. 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).

Com relação à anticrese, mostra-se inviável seu registro, da forma como convencionada. O usufrutuário ofereceu em anticrese os frutos civis provenientes das duas propriedades imobiliárias.

Ao credor anticrético assiste apenas o direito de reter, em seu poder, a coisa, enquanto a dívida não for paga. Na lição de Clóvis

Beviláqua, a anticrese recai sobre os frutos do imóvel, são os frutos que estão sujeitos ao pagamento da dívida, não o imóvel; a retenção deste é conseqüência do direito de fruição, é um meio, não um fim (*Código Civil*, vol. III, p. 369). Como consta em lição de antigo aresto (*RT* 267/361), "conseqüentemente, no caso da anticrese, para constituí-la bastará ter, sobre o imóvel, ainda que sem a faculdade de aliená-lo, 'un derecho real de disfrute' (Planiol e Ripert, *Trat. pract. de der. civ. francês*, XII, p. 284). Assim, ao usufrutuário, *v.g.*, se reconhece a faculdade de constituir anticrese. E no tocante à capacidade de disposição, frise-se, mais uma vez, que, na anticrese, são os frutos ou rendimentos que são dados para o pagamento da dívida, e tais frutos e rendimentos não são inalienáveis, deles podendo dispor, livremente, o proprietário devedor". Assim sendo, não impede o registro da escritura o contido no art. 756 do CC. O credor anticrético não está, porque não detém o direito de disposição do imóvel, alienando-o, mas oferecendo os frutos civis resultantes dos dois bens imóveis indicados no ato notarial que se quer registrar.

Pela anticrese, pois, o título é admissível para ingresso na tábua predial. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

LUÍS DE MACEDO, rel. e Corregedor-Geral da Justiça.

6.2

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6.2.1 CANCELAMENTO DE HIPOTECA. Incidência do disposto no art. 817 do CC. Perempção que se opera pelo simples decurso do prazo legal. Desnecessidade de ordem judicial para o cancelamento do registro da hipoteca.

Processo CG 346/2002 (56/2002-E) – j. 31.01.2002 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Marcelo Fortes Barbosa Filho.

O Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça: Cuida-se de recurso administrativo interposto por João Domingos Fernandes contra r. decisão prolatada pela MMa. Juíza Corregedora Permanente do 2.º Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Bauru, que indeferiu pedido tendente ao cancelamento de hipoteca inscrita juntei à Transcrição 5.468 do ofício predial referido.

A decisão atacada (f.) sustentou-se na ausência de apresentação de quaisquer documentos atestatórios da quitação do débito garantido ou justificadores da pretensão cancelatória.

O recorrente (f.) argumenta que a hipoteca em apreço encontra-se inscrita sob o n. 773, desde 27.07.1956, tendo sido instituída por seus pais, Pedro Julião Fernandes e Enida Zorzela Fernandes, em garantia da dívida no valor de Cr$ 28.000,00 (vinte e oito mil cruzeiros), em favor do João Peres Blanco. Com o falecimento do pai do recorrente, uma vez ultimado inventário e expedido formal de partilha, sobreveio a recusa do registro, exigindo-se a exibição de documento de "liberação da hipoteca", a ser emitido pelo credor-hipotecário. Decorrido meio século, o recorrente afirma não ter tido a possibilidade de localizar o credor hipotecário, razão pela qual formulou o pedido de

cancelamento em relevo, não tendo sido localizados, também, documentos relativos à quitação do débito. O recorrente afiança haver o credor hipotecário recebido os valores devidos e expõe ter se operado a prescrição extintiva, tal como o previsto no inc. VI do art. 849 do CC em vigor. Pede seja reformado o *decisum*, determinando-se o pretendido cancelamento.

O recorrente, também, juntou aos autos certidões fornecidas pelo Cartório do Distribuidor Cível da Comarca de Bauru (f.), tendo o Ministério Público (f.) emitido parecer no sentido de que seja dado provimento ao recurso interposto.

Relatados, opino.

O recorrente pretende o cancelamento da hipoteca inscrita sob o n. 773, em 27.07.1956, e incidente sob o imóvel transcrito sob o n. 5.468, sempre junto ao 2.º Registro de Imóveis da Comarca de Bauru.

A argumentação formulada, porém, peca pela inviabilidade de seu enquadramento em qualquer das hipóteses componentes do rol fechado (*numerus clausus*) estabelecido pelo art. 251 da Lei Federal 6.015/73, o qual dispõe que: "O cancelamento de hipoteca só pode ser feito: I – à vista de autorização expressa ou quitação outorgada pelo credor ou seu sucessor, em instrumento público ou particular; II – em razão de procedimento administrativo ou contencioso, no qual o credor tenha sido intimado (art. 698 do CPC); III – na conformidade da legislação referente às cédulas hipotecárias".

Num primeiro plano, o próprio recorrente admite não possuir qualquer documento comprobatório do pagamento da dívida garantida e inexistir documento fornecido pelo credor hipotecário e pelo qual é conferida uma autorização expressa de cancelamento, o que exclui a primeira das hipóteses elencadas pela lei.

Num segundo plano, a prescrição, por sua vez, encontra-se prevista no inc. VI do art. 649 do CC em vigor e se concretiza quando ultrapassado prazo de dez anos, entre presentes, e quinze anos, entre ausentes (art. 177 do CC), mas não poderia ser reconhecida na esfera administrativa, sem a formal cientificação do titular do direito real de hipoteca e sem qualquer cogitação acerca da assunção de uma causa de interrupção ou suspensão, cabendo sua declaração na via jurisdicional, uma vez movida a ação própria e adequada.

O recurso, nesse sentido, não comporta provimento.

Compulsada a certidão constante a f., verifica-se, no entanto, a incidência do disposto no art. 817 do CC vigente, o que merece, s.m.j., ser reconhecido de ofício.

Com efeito, a hipoteca em relevo foi inscrita em 27.07.1956, com o que, até a presente data, já decorreram mais que quarenta e cinco anos, sem que tenha sido renovada tal inscrição.

Restou caracterizada, assim, a perempção.

Para que subsistisse a hipoteca, a prorrogação de sua inscrição deveria ter sido promovida dentro do prazo de trinta anos, vencido em 27.07.1986, e, como não o foi, a garantia real perimiu, eis que não se admite sua perpetuidade, cessando, então, a inscrição de produzir seus efeitos próprios (Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. vol. IV, p. 352-353).

Ora, caracterizada a perempção, operada pelo simples decurso de um prazo legal insusceptível de suspensão ou interrupção, conforme o explicitado pelo C. Conselho Superior da Magistratura quando do julgamento da Ap 256.993, da Comarca da Capital (rel. Des. Acácio Rebouças, j. 13.01.1977, *RDI* 3/121), não há necessidade de ordem judicial para que seja promovida averbação correspondente.

Assim, entendo ser possível, de ofício, seja determinada a realização de averbação, reportada a perempção da hipoteca em apreço, o que, apesar de não caracterizar um cancelamento, indicará não produzir a inscrição quaisquer novos efeitos.

Ante o exposto, o parecer, que submeto ao elevado critério de Vossa Excelência, é no sentido de que seja negado provimento ao recurso interposto e determinada, de ofício, a averbação da perempção da hipoteca inscrita sob o n. 773, incidente sobre a Transcrição 5.468 do 2.º Registro de Imóveis da Comarca de Bauru.

Sub censura.

São Paulo, 31 de janeiro de 2002 – MARCELO FORTES BARBOSA FILHO, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

DECISÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso interposto e determino, de ofício, a averbação da perempção da hipoteca inscrita sob o n. 773, incidente sobre a Transcrição 5.468 do 2.º Registro de Imóveis da Comarca de Bauru, expedindo-se mandado na origem. Publique-se, inclusive o parecer.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2002 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça.

6.2.2 CONDOMÍNIO ESPECIAL. Emolumentos. Reclamação. Prévio registro da incorporação e de atos de alienação de frações ideais do terreno vinculadas às futuras unidades autônomas. Averbação, posterior, da construção e registro da instituição do condomínio.

Ementa: Exigência do registrador, satisfeita pela incorporadora e pelos adquirentes das unidades autônomas, com pagamento dos respectivos emolumentos, de atribuição das unidades autônomas aos adquirentes como se o edifício estivesse submetido ao regime condominial do Código Civil. Desnecessidade de tal atribuição em se tratando de condomínio especial precedido de regular incorporação. Devolução das quantias cobradas pelas atribuições corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 0,5% ao mês. Ausência, porém, de dolo do registrador na cobrança de tais valores. Recurso da reclamante parcialmente provido.

Processo CG 1.270/2001 (543/2001-E) – j. 22.08.2001 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Antonio Carlos Morais Pucci.

O Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça: Versam estes autos sobre reclamação, formulada pela ora recorrente, em relação ao 1.º Oficial de Registro de Imóveis de São Bernardo do Campo, que exigiu, após o registro da incorporação e a averbação da construção, com o registro da instituição do condomínio, as atribuições das unidades autônomas aos comunheiros, o que majorou, e muito, os valores pagos pelos atos registrários.

A decisão (f.), ora atacada, entendeu correta a exigência de atribuição de tais unidades aos co-proprietários, salientando que, apesar do prévio registro da incorporação, os adquirentes, durante a construção, adquiriram apenas frações ideais do terreno correspondentes às futuras unidades autônomas, permanecendo, assim, tais unidades, construído o edifício, também em co-propriedade, que se findou apenas com suas atribuições aos respectivos condôminos, à semelhança da divisão da coisa comum.

No recurso (f.), sustenta-se, em suma, a desnecessidade de tal atribuição porque, registrada a incorporação, foram comercializadas as futuras unidades autônomas, já especificadas na incorporação, com as correspondentes frações ideais no terreno, não surgindo, assim, entre os adquirentes de tais unidades, co-propriedade sobre elas.

O Oficial apresentou contra-razões (f.).

A recorrente, em seguida, juntou recente julgado do E. Conselho Superior da Magistratura que tratou de caso similar a este (f.).

É o relatório. Opino.

O recurso merece ser provido em parte.

A recorrente, na qualidade de proprietária do terreno com área de 9.825,78 m^2,

matriculado sob n. 71.167 no 1.º Registro de Imóveis de São Bernardo do Campo, registrou, em 1.º.04.1996, a incorporação imobiliária (R.3) abrangendo dezesseis prédios e, em seguida, passou a alienar frações ideais do terreno vinculadas aos apartamentos em construção (f.).

Em seguida, averbada a construção de dez dos prédios previstos na incorporação, ingressou no registro a instituição do condomínio, subscrita pela incorporadora como condômina de uma parte ideal correspondente a 42,92% do terreno e pelos adquirentes dos apartamentos que se achavam em construção, co-proprietários das frações ideais do terreno a que correspondem as unidades autônomas, com atribuição destas àqueles exigida pelo registrador como se o edifício fosse construído sob o regime condominial do Código Civil e pertencesse em comum aos mencionados co-proprietários.

Sobreveio a abertura das matrículas correspondentes aos apartamentos, figurando, como co-proprietários, a incorporadora e todos aqueles que, durante a incorporação, adquiriram frações ideais correspondentes às futuras unidades autônomas, registrando-se, após, a atribuição da unidade a um dos co-proprietários (f.), com cobrança do valor correspondente a esse ato registrário (f.).

E, em que pesem as razões do registrador, acolhidas na decisão ora combatida, a atribuição das unidades autônomas aos respectivos titulares, após a averbação da construção, em edifício sujeito ao regime do condomínio especial precedido de incorporação, não é necessária.

E isso porque a Lei 4.591/64 permite, registrada a incorporação, a comercialização das unidades autônomas em construção ou a serem construídas.

Assim, após considerar a incorporação imobiliária como "a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas" (art. 28, par. ún.), o legislador, ao cuidar da pessoa do incorporador, fez menção àquele que "compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob o regime condominial" (art. 29, *caput*), presumiu a vinculação entre a alienação das frações do terreno e negócio de construção na hipótese contemplada no par. ún. do art. 29, e, no *caput* do art. 32, referiu-se à possibilidade de comercialização das unidades autônomas pelo incorporador após o registro da incorporação.

E entre outros documentos necessários ao registro da incorporação acham-se: a) o projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; b) o cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade, a respectiva metragem de área construída; c) memorial descritivo das especificações da obra projetada; e d) discriminação das frações ideais de terreno, com as unidades autônomas que a elas corresponderão (art. 32, alíneas *d*, *e*, *g* e *i*).

Já surge, portanto, com a incorporação, a vinculação da fração ideal do terreno com a respectiva futura unidade autônoma, em construção ou a ser construída. Os adquirentes das frações ideais do terreno vinculadas às futuras unidades não se tornam, portanto, co-titulares de direito real de aquisição de tais unidades; ao contrário, cada um titulariza o direito real referente à futura unidade já especificada e vinculada à fração ideal do terreno adquirida.

Nesse quadro, concluída a obra, averbada a construção e registrada a instituição do condomínio especial, as matrículas relativas às unidades autônomas são abertas e recebem, por transporte, os atos de disposição ou oneração das unidades inscritos: a) nas fichas complementares, abertas com o ingresso, no serviço registrário, dos contratos relativos a direitos de aquisição das frações ideais e das correspondentes unidades autônomas em construção, integrantes da

matrícula anterior; ou b) nesta matrícula. Tal entendimento, aliás, foi recentemente acolhido pelo E. Conselho Superior da Magistratura, no julgamento da ApCiv 72.874-0/0, relatada por V. Exa.

Não há, nesse caso, necessidade alguma de atribuição de tais unidades aos respectivos titulares, o que seria imprescindível se o edifício se achasse no regime do condomínio comum, hipótese em que os condôminos seriam co-proprietários de todo o edifício, não apenas das partes comuns.

O saudoso Serpa Lopes, discorrendo sobre a construção do edifício de apartamentos com venda destes antes ou no curso das construções, no regime da lei anterior que não previa o registro da incorporação, já ensinava que:

"Se a coisa futura não pode servir de base para a transcrição ou inscrição, contudo há que considerar algo que existe permanentemente: o solo.

Este, mesmo que sobre ele recaia uma fração pequena, diminuta em relação à quota co-proprietária, não deixa de ser algo susceptível de transcrição ou inscrição.

Vamos fixar as seguintes regras:

'a) na escritura inicial, vende-se, promete-se vender ou se dá em hipoteca uma fração do direito de co-propriedade sobre o solo e depois uma coisa futura – o apartamento;

b) pelo princípio da acessão, enquanto não criada juridicamente a propriedade em planos horizontais, enquanto esta estiver *in fieri*, prevalece o princípio da acessão, em razão do que a venda, a hipoteca e a promessa de compra e venda, na proporção e fração de cada condomínio, acompanham e se estendem sobre o acessório, ou seja, a construção;

c) construídos os apartamentos, e devidamente averbados para o efeito de figurarem individuados no Registro de Imóveis, se a extinção desse condomínio, que clara e forçosamente existiu inicialmente, tiver sido prevista na convenção inicial, pela sua transformação em propriedade em planos horizontais, com a designação do apartamento que deverá tocar a cada um dos futuros proprietários em planos horizontais, nada mais resta do que transcrever essa extinção de condomínio e criação de nova forma de propriedade, com fundamento nas especificações desse mesmo título inicial;

d) se tal extinção não houver figurado expressa na escritura inicial, então cumpre, após a averbação dos apartamentos, que se faça a transcrição de uma nova escritura, para que, extinguindo o condomínio inicial, declare ser a forma dessa extinção a conversão da co-propriedade na propriedade em planos horizontais, especificando cada um dos apartamentos e os seus respectivos proprietários, outorgantes da convenção'" (*Tratado dos Registros Públicos*, 6. ed., Brasília Jurídica, 1997, vol. IV, p. 249-250).

E, mencionando Butera, salientava:

"(...) um sucessivo ato de divisão não é necessário quando no originário, isto é, no momento de aquisição do solo destinado à construção da casa dividida em planos horizontais, é possível proporcionar e individuar o espaço aéreo, que cada um titular ocupará para construir ou fazer construir, unicamente, no próprio interesse, o plano ou porção do plano, apartamento etc. Mas, acrescenta, se faltar essa individuação inicial, o edifício, construído em solo comum, surge comum e indiviso; e daí, para a repartição e distribuição, ser necessário o ato divisório, sujeito sempre à taxa gradual própria da divisão" (p. 252).

Ora, no presente caso, o embrião do condomínio especial, concebido com a incorporação e a comercialização das frações ideais do terreno vinculadas às futuras unidades autônomas, irrompeu, averbada a conclusão das obras, com o registro de sua instituição, sem necessidade de atribuição das unidades ao respectivo proprietário, unidades que, nesse regime, já lhe estavam destinadas desde a aquisição das frações ideais do solo a que se vinculam.

A atribuição das unidades aos co-proprietários, exigida para o registro da insti-

tuição do condomínio e a abertura das matrículas relativas às unidades autônomas, no presente caso, foi desnecessária, inócua, devendo, portanto, o Oficial restituir ao recorrente a soma dos valores cobrados relativos a tais atribuições, especificados a f., corrigidos monetariamente desde junho de 1998 pelos índices constantes da Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça e acrescidos, desde então, de juros moratórios à razão de 0,5% ao mês.

Não se vislumbra, nesta oportunidade, dolo ou má-fé na exigência pelo registrador da atribuição das unidades aos co-proprietários como ato necessário à transformação do condomínio comum em especial, tanto que sua conduta foi tida como correta pela decisão ora recorrida, circunstância suficiente para afastar a ocorrência de falta disciplinar.

E, não evidenciado dolo na cobrança dos emolumentos relativos aos registros das atribuições, incabível se afigura a condenação do Oficial na restituição em décuplo da quantia cobrada a maior e no pagamento de multa.

Patente, porém, será a má-fé do Oficial se, após a ciência da decisão de Vossa Excelência que porventura aprovar este parecer, reiterar, em casos similares a este, a exigência consistente na atribuição das unidades autônomas aos co-proprietários, cobrando as verbas relativas a tal ato, o que legitimará, então, sua condenação na restituição em décuplo das importâncias cobradas para a prática de tais registros e no pagamento de multa, sem prejuízo de imposição de uma das penas disciplinares.

Deverá, outrossim, o Oficial retificar, por averbação, as matrículas relativas às unidades autônomas para a) consignar, no preâmbulo: a1) como proprietário, o nome do titular da propriedade da fração ideal relativa ao apartamento, tornando sem efeito as inserções aí feitas dos nomes dos adquirentes de frações ideais vinculadas a outras unidades; e a2) mencionar, como registro anterior, aquele relativo à aquisição da propriedade do terreno ou, caso tenha havido alienação da fração ideal vinculada ao apartamento durante a incorporação, aquele referente à aquisição de tal fração ideal; e b) cancelar os registros referentes à atribuição de tal unidade ao proprietário da respectiva fração ideal.

Os registros posteriores, efetuados nessas matrículas, não sofrerão qualquer alteração em razão da mencionada retificação.

Tal correção se faz necessária para evitar futuros questionamentos sobre quem foi o titular de tais unidades porque, no presente caso, condomínio especial precedido de incorporação, ao contrário do que consignam as matrículas, nunca houve co-propriedade dos adquirentes das frações ideais do terreno vinculadas aos futuros apartamentos, comercializadas durante a incorporação, sobre as unidades autônomas.

Manifesto-me, portanto, pelo provimento parcial do recurso para os fins supra-expostos.

É o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada consideração de V. Exa., *sub censura*.

São Paulo, 22 de agosto de 2001 – ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

DECISÃO – Visto. Ante o parecer retro do MM. Juiz Auxiliar, que aprovo atribuindo-lhe caráter normativo, dou parcial provimento ao recurso para os fins expostos no parecer. Publique-se, inclusive o parecer.

São Paulo, 23.08.2001 – LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça.

6.2.3 CONDOMÍNIO HORIZONTAL PRECEDIDO DE INCORPORAÇÃO. Emolumentos. Reclamação.

Ementa: Cobrança pelo registro das alienações das frações ideais de terreno que se vinculariam a futuras unidades autônomas

de valores calculados sobre o preço total do negócio inserto no título, a saber, o da fração de terreno e o da unidade autônoma. Cobrança posterior, na ocasião da instituição do condomínio, a título de registro de atribuição das unidades, como meio de extinção de condomínio sobre as unidades, de valores calculados sobre aqueles atribuídos às unidades autônomas na instituição condominial em relação às unidades que tinham sido alienadas e sobre o custo da construção das unidades, apurável segundo tabela do Sinduscon, em relação àquelas que não foram alienadas. Desnecessidade na hipótese de condomínio precedido de incorporação de atribuição sobre as unidades como ato especial de extinção da comunhão entre os titulares das frações ideais sobre as unidades autônomas. Condomínio sobre o terreno que, nesse regime, não migra às unidades. Possibilidade, nesse caso, de atribuição apenas para identificar as unidades que ficarão pertencendo aos titulares das frações ideais do terreno. Cobrança indevida, na espécie, dos valores relativos aos registros das atribuições. Devolução de tais valores determinada.

Processo CG 1.270/2001 (812/2001-E) – j. 26.12.2001 – Parecer do Juiz Antonio Carlos Morais Pucci.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – *O Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça*: Vossa Excelência aprovou (f.) com caráter normativo o parecer de minha lavra, lançado a f. destes autos, que concluiu a) ser desnecessária a atribuição das unidades autônomas aos proprietários de frações ideais do terreno em que foi construído o edifício sujeito ao regime de condomínio especial da Lei 4.591/64, quando precedida a instituição do condomínio de incorporação imobiliária, e, por conseqüência, determinou a restituição dos valores cobrados pelos registros das atribuições; e b) não se tornarem os proprietários das frações ideais do terreno, no condomínio especial precedido de incorporação, com a instituição do condomínio, co-proprietários das unidades autônomas, e determinou a retificação das matrículas abertas relativas às unidades autônomas para que: b1) consignassem como proprietário o nome do respectivo titular da fração ideal do terreno vinculado à unidade autônoma, tornando sem efeito as inserções em tais matrículas, como co-proprietários, dos nomes dos outros adquirentes de frações ideais do terreno correspondentes às outras unidades; b2) mencionassem como registro anterior aquele relativo à aquisição do terreno ou de sua fração ideal; e b3) fossem cancelados os registros referentes à atribuição da unidade ao proprietário da respectiva fração ideal.

Vossa Excelência, em seguida, a requerimento da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp, suspendeu a execução da decisão (f. 200).

A Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp, após, requereu sua admissão como terceira interessada em razão do caráter normativo outorgado ao parecer e pediu a revisão da decisão "para manutenção do sistema de registro dos condomínios, em que a atribuição é, *data venia*, essencial para a continuidade dos registros e a observância do princípio da especialidade".

Sustenta, em suma, a necessidade da atribuição porque a) a unidade autônoma surge apenas com a instituição do condomínio, quando, aí sim, nasce seu vínculo com a fração ideal do terreno; b) muitas vezes, mesmo no regime de incorporação, são alienadas frações ideais do solo a que corresponderão certo tipo de unidade autônoma, sem que seja, ainda, nessa ocasião, determinada, com simples menção, por exemplo, de uma unidade do tipo X, ou Y; c) a atribuição das unidades autônomas aos adquirentes das frações ideais do solo consiste no cumprimento pelo incorporador da obrigação contraída no início de sua atividade de entregar as obras concluídas, negócio jurídico que não se confunde com o modo pelo qual o titular da fração ideal adquire a propriedade da acessão.

Realça, ainda, a necessidade da atribuição nas hipóteses de incorporação com construção por administração, ou a preço de custo, nas instituições de condomínio sem incorporação e nos negócios jurídicos ajustados entre o dono do terreno e o incorporador, previstos no art. 39 da Lei 4.591/64.

O Oficial do Registro de Imóveis, em relação a quem foi oferecida a presente representação contra cobrança de emolumentos, também postulou a reconsideração da decisão de Vossa Excelência (f. 217-226). Insistiu no acolhimento da preliminar de intempestividade do recurso, não apreciada no parecer aprovado por Vossa Excelência, e, no mérito, também afirmou a necessidade da atribuição, deduzindo, a tanto, motivos semelhantes àqueles expostos pela Arisp.

Em diligência (f. 210 e v., 678/679), vieram aos autos cópias dos recibos de emolumentos (f. 240/273), das matrículas imobiliárias relativas ao terreno e às unidades autônomas (f. 274/675) e informação do oficial sobre a base de cálculo considerada para a cobrança de emolumentos relativos aos registros das aquisições das frações ideais durante a incorporação e das atribuições (f. 238 e 686/687).

O Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib (f. 690) e a Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – Anoreg-SP (f. 703), esta apresentando parecer do ilustre jurista Walter Ceneviva (f. 704-741), manifestaram-se pela necessidade da atribuição.

Em seguida, manifestou-se a incorporadora reclamante sobre os pedidos de reconsideração da decisão (f. 744-751).

É o relatório. Opino.

A preliminar de intempestividade do recurso voluntário, levantada pelo oficial em suas contra-razões, por um lapso não foi examinada no parecer ora combatido.

E tal preliminar, ainda que intempestivo seja o recurso, não inviabiliza o reexame da decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor permanente por Vossa Excelência, de ofício, em sede de revisão hierárquica. Ademais o tema debatido nestes autos, correção, ou não, de cobrança de emolumentos relativos a atos registrários, que se vincula aos princípios da legalidade e da moralidade que norteiam a Administração, recomenda que Vossa Excelência reexamine, em sede de revisão hierárquica, de ofício, a decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor permanente.

As questões debatidas nestes autos, não obstante o tempo de vigência da Lei 4.591/64, que trata do condomínio em edificações e das incorporações imobiliárias, quase quarenta anos, são ainda intrincadas e suscitam acalorados e apaixonantes debates.

Ulysses da Silva, então oficial do 8.º Registro de Imóveis de São Paulo, a propósito, iniciou seu estudo intitulado "Condomínio e Incorporação – Lei 4.591/64, reflexões de um registrador" observando que: "Em vigor desde 1964, a Lei 4.591 ainda é terreno fértil para pesquisas e reflexões" (*Revista de Direito Imobiliário* 39/38).

E os esforços destinados à compreensão da nova realidade jurídica delineada pela mencionada lei exigem que abandonemos, às vezes, em alguns pontos, a tentação de interpretarmo-la com os olhos fixos em certos conceitos coesos a outros diplomas legais que tratam de realidades diferentes. Urge estarmos atentos à advertência de Krishnamurti de que, "quando queremos conhecer uma coisa, saber exatamente como ela é, temos de examiná-la bem; não podemos interpretá-la ao sabor dos nossos caprichos" (*A primeira e última liberdade*. São Paulo: Cultrix, p. 20).

O caso retratado nestes autos refere-se à instituição do condomínio especial previsto na Lei 4.591/64, precedido de regular incorporação imobiliária, durante a qual foram alienadas algumas frações de terreno que se vinculariam a determinadas unidades autônomas então em construção, a preço certo.

O terreno destinado à construção do edifício pertencia à incorporadora.

Os títulos relativos aos negócios jurídicos de alienação das frações ideais do solo que se vinculariam às futuras unidades autônomas, celebrados durante o regime provisório da incorporação, discriminaram o preço da fração ideal do solo e o da futura unidade autônoma e, também, individualizaram pelo número a unidade autônoma futura então negociada.

O oficial, em diligência, informou ter cobrado pelo registro de tais alienações na matrícula do terreno valor calculado sobre o preço total consignado nos respectivos títulos, ou seja, sobre a soma dos preços relativos às alienações da fração ideal do solo e da futura unidade autônoma (f. 686, item *a*).

Posteriormente, averbada a construção do edifício, exigiu com a instituição do condomínio a atribuição das unidades autônomas aos titulares das frações ideais do terreno, cobrando pelos registros das atribuições valores calculados sobre: a) R$ 14.187,33, importância atribuída às unidades no instrumento de instituição condominial, em relação às unidades cujas frações ideais do terreno já tinham sido vendidas; e b) R$ 29.085,79, valor da unidade calculada pela tabela do Sinduscon, que considera o padrão do apartamento e sua área, para as unidades cujas frações ideais de solo não tinham ainda sido alienadas (f. 686, item *b*).

Instituído o condomínio especial, as matrículas relativas às unidades autônomas foram abertas figurando como seus proprietários todos os titulares das frações ideais do terreno, como se o condomínio existente no solo tivesse migrado para as unidades autônomas; e, em seguida, nelas foram registradas as atribuições (R.1) que pôs termo à comunhão nas unidades, figurando, a partir de então, como titular das unidades, em relação àquelas que foram negociadas na fase da incorporação, o respectivo adquirente da respectiva fração ideal do terreno e, em relação àquelas que não tinham ainda sido negociadas, a incorporada, co-proprietária do terreno.

O parecer, aprovado por Vossa Excelência, ora combatido, partiu da premissa de que, no condomínio especial precedido de incorporação, os titulares das frações ideais do terreno que se vincularam com a instituição condominial a unidades autônomas, nunca foram co-proprietários dessas unidades, sendo, portanto, desnecessária, nesse caso, a atribuição como meio especial de extinção da co-propriedade nas unidades, e, por conseqüência, determinou a devolução dos valores cobrados a título de registro das atribuições e a retificação das matrículas das unidades para que nela figurasse como proprietário o titular da respectiva fração ideal do solo, cancelando-se o registro da atribuição nas mencionadas matrículas que teria posto fim ao condomínio entre todos os titulares das frações ideais do terreno nas unidades autônomas, co-propriedade essa que, no presente caso, nunca ocorreu.

E, malgrado as doutas opiniões em contrário, ouso insistir na tese de que, no condomínio especial precedido de incorporação imobiliária, os titulares das frações ideais do terreno não se tornam, salvo se por unanimidade deliberarem em sentido contrário, instituído o condomínio, co-proprietários das unidades autônomas, vale dizer, a co-propriedade existente no terreno não se estende, nessa hipótese, instituído o condomínio, às unidades autônomas, sendo, nesse caso, portanto, desnecessária a atribuição como meio especial de extinção do condomínio sobre as unidades.

E assim entendo por verificar que alguns preceitos da Lei 4.591/64 expressam a vinculação das frações ideais do terreno, alienadas no regime da incorporação, ainda que em forma embrionária, às unidades autônomas em construção ou a construir.

Assim, o art. 29, ao tratar do incorporador, refere-se àquele que, "embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem

construídas ou em construção sob regime condominial".

O art. 32, *i*, cataloga entre os documentos necessários ao registro da incorporação, "discriminação das frações ideais de terreno, com as unidades autônomas que corresponderão".

E mais, sinaliza a lei ao se referir a unidades autônomas no art. 28, par. ún. ("(...) considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas"), no art. 29, *caput* ("(...) compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, e edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial (...)"), no art. 32, *caput* ("O incorporador somente poderá negociar unidades autônomas (...)"), e nas alíneas *i* e *j* do art. 32 ao inserir entre os documentos necessários ao registro da incorporação "discriminação das frações ideais de terreno, com as unidades autônomas que a elas corresponderão" e "minuta da futura convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações", que o desaguadouro natural da incorporação, regime provisório que se extingue com a conclusão da edificação ou do conjunto de edificações e sua entrega aos adquirentes em condição de habitabilidade, é o condomínio especial que nasce, averbada a construção do edifício, com o registro de sua instituição.

A incorporação destina-se, salvo deliberação unânime de todos os titulares das frações ideais do terreno, à instituição do condomínio horizontal. É ela, segundo Caio Mário da Silva Pereira, "a modalidade mais corrente" da causa remota de tal condomínio (*Condomínio e incorporações*, 4. ed., Forense, 1983, p. 110).

Sabe-se que o condomínio por unidades autônomas institui-se por ato entre vivos ou por testamento, com obrigatório ingresso no registro imobiliário, devendo conter: a) a individualização de cada unidade; b) sua identificação e discriminação; e c) a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensada sua descrição interna (Lei 4.591/64, art. 7.º).

A atribuição aí referida diz respeito à fração ideal sobre o terreno e partes comuns que se vincula a cada unidade, não à extinção de comunhão nas unidades entre os titulares das frações ideais.

O condomínio horizontal surge no mundo jurídico com o registro de sua instituição. É a partir desse ato que as unidades autônomas ganham existência jurídica própria e se consolida o vínculo entre tais unidades e as respectivas frações ideais sobre o terreno, já concebido com o registro da incorporação, e partes comuns.

O nascimento do condomínio por unidades autônomas com o registro da instituição, quando concebido na incorporação, não conduz às unidades a co-propriedade existente no solo entre os titulares das frações ideais.

Cada titular de uma fração ideal será titular de uma unidade autônoma.

Haverá condomínio na unidade autônoma, nesse caso, apenas se duas ou mais pessoas forem titulares da mesma fração ideal do terreno que corresponderá a certa unidade.

Inexistindo condomínio sobre as unidades entre todos os titulares das frações ideais, descabida se afigura a atribuição como forma especial de extinção de condomínio.

Daí a lição do saudoso Serpa Lopes, transcrita no parecer de f., que, com apoio em Butera, já observava que:

"(...) um sucessivo ato de divisão não é necessário quando no originário, isto é, no momento de aquisição do solo destinado à construção da casa dividida em planos horizontais, é possível proporcionar e individuar o espaço aéreo, que cada um titular ocupará para construir ou fazer construir, unicamente, no próprio interesse, o plano

ou porção do plano, apartamento etc. Mas, acrescenta, se faltar essa individuação inicial, o edifício, construído em solo comum, surge comum e indiviso; e daí, para a repartição e distribuição, ser necessário o ato divisório, sujeito sempre à taxa gradual própria da divisão".

Eis o que ensinam, a propósito, J. Nascimento Franco e Nisske Gondo, mencionando também doutrina alienígena:

"Giuseppe Benachio explica que, adquirido o terreno em partes ideais já prefixadas e igualmente preestabelecidas as unidades autônomas, cujo custeio também os interessados por antecipação se obrigaram, os apartamentos juridicamente já nascem como unidades autônomas e como propriedades exclusivas, por força do próprio título originário: 'Con l'addempimento di tutte le obbligazioni, si realizza poi un effetto reale ben precisa in quanto, a mano che il fabbricato viene costruito, sorgono tanti diritti di proprietà'.

Por isso, construído o edifício, o instrumento formal de atribuição daquelas unidades autônomas a seus titulares tem o efeito retrooperante e juridicamente se considera existente desde o início da construção: 'Si è parlato di atto con efficacia obligatoria immediata e con efficacia reale subordinata alla condizione sospensiva della effettiva construzione, avveratasi la quale condizione, il condomínio dovrebe ritenersi costituito con effetto retroattivo al momento della conclusione dell'accordo'.

Branca chega a ser irônico ao dizer que, sem tal hipótese, os apartamentos não têm tempo de se tornarem propriedade comum, porque seus donos não o querem: 'I piani non fanno a tempo a divenire comuni perchè i condomini non vogliono'.

Realmente, a 'divisão' a que se referem as partes, no instrumento de instituição e especificação do condomínio, não corresponde a um procedimento divisório típico, em que as partes reciprocamente transferem uma às outras o domínio sobre as partes que possuíam em comum, extinguindo a comunhão. Nesse caso a comunhão não chega a existir, pois o terreno é adquirido em partes certas, embora ideais, que desde o início são destinadas às unidades autônomas, que igualmente ficam predeterminadas e cuja construção será custeada por seus respectivos donos. Em suma, o vocábulo 'divisão' deve ser entendido como simples forma de identificação de unidades autônomas que as partes jamais possuíram em comum, já que as construíram mediante custeio específico e individual" (*Incorporações imobiliárias*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 15-16).

A atribuição, na instituição de condomínio por unidades autônomas precedido de incorporação, será, portanto, necessária apenas para identificar a unidade que ficará pertencendo a determinado titular de fração ideal do solo, prestando, ademais, para atestar o cumprimento pelo incorporador da obrigação de entregar ao adquirente a unidade autônoma, principalmente nas hipóteses aventadas pela Arisp e pelo oficial, em que, na aquisição da fração ideal do terreno que corresponderá a uma futura unidade, esta não está identificada pelo número que a individualiza, com simples menção, *verbi gratia*, de que a unidade será do tipo Y ou X, e naqueles casos em que o incorporador adquire o terreno pagando-o total ou em parte com unidades autônomas que serão construídas (Lei 4.591/64, art. 39), ainda não identificadas.

No presente caso, as matrículas relativas às unidades autônomas foram abertas como se elas pertencessem em comum a todos os proprietários das frações ideais do solo, e nelas foram registradas as atribuições como meio de extinção dessa comunhão, procedimento não apenas desnecessário, mas, no meu entendimento, equivocado, contrário à realidade jurídica emergida do regime da incorporação.

A atribuição como meio especial de extinção da co-propriedade sobre as unidades

autônomas é necessária, por exemplo, na hipótese de instituição de condomínio em edifício que estava sob o regime do condomínio comum do Código Civil, porque, nesse caso, a co-propriedade abrange todo o edifício, ou quando duas ou mais pessoas são co-proprietárias de duas ou mais unidades autônomas.

Daí a necessidade de serem retificadas tais matrículas, como explicitado no parecer já aprovado por Vossa Excelência.

Passemos, agora, ao exame dos valores devidos pelos registros dos atos de aquisição das unidades autônomas no regime da incorporação.

O incorporador negocia as futuras unidades autônomas a que se vincularão as frações ideais do solo. Di-lo o art. 32, *caput*, da Lei 4.591/64: "O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas (...)".

Outro não é o magistério de Ademar Fioranelli:

"Portanto, o que efetivamente o incorporador negocia (e o comprador adquire) são as unidades autônomas da propriedade edificanda, e não apenas frações ideais de terreno" (*Direito registral brasileiro*, Irib e Safe, 2001, p. 588).

Como, porém, no momento da celebração do negócio jurídico entre o incorporador e o adquirente da futura unidade autônoma, esta, segundo precedentes do E. Conselho Superior da Magistratura e desta Corregedoria Geral, ainda não existe juridicamente, pois só surgirá com o registro da instituição condominial precedido da averbação da conclusão da obra, forçoso concluir que, em decorrência de tal premissa relativa ao momento do surgimento da unidade autônoma, na ocasião do registro da alienação da fração ideal do solo que se jungirá a uma futura unidade, os valores sejam cobrados apenas pela alienação da fração ideal, calculados sobre o valor constante do título relativo à aquisição dessa parte ideal ou sobre a parte do valor venal do terreno correspondente a essa fração, o que for maior, postergando-se a cobrança dos valores devidos pelo registro da alienação da unidade autônoma à ocasião em que esta nasça no mundo jurídico, a saber, segundo o entendimento vigente nesta Corregedoria Geral e no E. Conselho Superior da Magistratura, no momento do registro da instituição condominial com sua atribuição, entendido este ato como simples identificação da unidade que caberá ao titular da fração ideal, revelador, ademais, do cumprimento pelo incorporador de entregar aos adquirentes as unidades, não, porém, como extintivo de co-propriedade sobre as unidades, calculando-se tal valor sobre o preço ajustado para a aquisição da unidade autônoma, ou sobre o valor do custo da unidade autônoma calculado nos termos dos arts. 53 e 54 da Lei 4.591/64, o que for maior.

A cobrança em duas etapas dos valores relativos aos atos registrários de aquisição da fração ideal do terreno e da unidade autônoma, na forma supramencionada, evitará os transtornos que ocorrem quando, por qualquer razão, não for possível a conclusão da obra no modo idealizado na incorporação.

E tal procedimento é de ser observado, outrossim, na aquisição de frações ideais relativas a futuras unidades autônomas nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também denominada "a preço de custo".

Isso porque, malgrado os adquirentes das frações ideais, nessa espécie de incorporação, arquem com o custo integral da obra, o que eles compram ou prometem comprar do incorporador são as unidades autônomas em edificação, previamente idealizada e projetada no memorial da incorporação.

O incorporador, seja a preço certo, ou determinável, ou a preço de custo, insta frisar, negocia unidades autônomas futuras. Sugiro que Vossa Excelência, doravante,

determine tal procedimento para a cobrança de emolumentos relativos a registros de unidades autônomas futuras adquiridas durante a incorporação.

In casu, como os valores pelos registros das alienações das frações ideais do terreno que se vinculariam a futuras unidades autônomas foram calculados e cobrados sobre o preço total consignado nos instrumentos negociais, a saber, o da fração ideal do terreno e o da futura unidade, não poderia o oficial, na ocasião do registro da instituição condominial, ter cobrado, agora a título de atribuição como extinção da co-propriedade sobre as unidades, que, na espécie, como visto, era desnecessária, valores calculados sobre o valor atribuído a cada uma das unidades na instituição condominial em relação aquelas unidades que foram negociadas pelo incorporador e, para as unidades que não tinham sido negociadas, valores calculados sobre o custo de construção apurado consoante tabela editada pelo Sinduscon.

E isso porque, em relação às unidades alienadas durante a incorporação, cobrou-se pela sua aquisição duas vezes, a primeira quando do registro da fração ideal do terreno, em que se considerou também como base de cálculo o preço atribuído às unidades consignado nos instrumentos contratuais, que, segundo os registros de tais vendas efetuados na matrícula do terreno, superou aquele atribuído às unidades na instituição condominial, e a segunda quando da atribuição.

E como o incorporador, no presente caso, era o proprietário do terreno, as unidades autônomas que não foram negociadas ficaram-lhe pertencendo, sendo, portanto, indevidos os valores que lhe foram cobrados a título de atribuição de tais unidades na ocasião do registro da instituição condominial.

Deve, portanto, o oficial devolver com correção monetária e juros a razão de 0,5% ao mês os valores cobrados a título de registro de atribuição das unidades autônomas que foram negociadas na fase da incorporação, cujos instrumentos contratuais foram devidamente registrados na matrícula relativa ao terreno, e daquelas que ficaram pertencendo ao incorporador porque ainda não alienadas.

E os valores a serem restituídos são aqueles cobrados dos usuários do serviço público, sem relevância à restituição a destinação de parte desses valores ao Estado (custas) e ao Ipesp (contribuição). Restituídos tais valores pelo oficial, poderá ele postular a devolução dos valores indevidos recolhidos a título de custas ao Estado e de contribuição ao Ipesp, que cobrou para os mencionados registros.

Ante tais considerações, manifesto-me pelo não acolhimento dos pedidos de reconsideração formulados pela Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo – Arisp (f. 205/214) e pelo oficial (f. 217/226).

É o parecer que respeitosamente submeto à elevada consideração de Vossa Excelência, *sub censura*.

São Paulo, 26 de dezembro de 2001 – ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

DECISÃO – Visto. Ante o parecer retro do MM. Juiz Auxiliar, que aprovo, desacolho os pedidos de reconsideração da decisão de f. formulados pela Arisp e pelo oficial. Publique-se, inclusive o parecer. São Paulo, 28.12.2001 – (a) LUÍS DE MACEDO, Corregedor-Geral da Justiça.

6.3

1.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO – CAPITAL

6.3.1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Contrato de mútuo que tem como garantia a propriedade resolúvel.

Ementa: Muito embora o instituto da alienação fiduciária tenha sido instituído para a aquisição de imóveis, não há impedimento para a sua utilização para contratos de mútuo com entidades financeiras ou entre particulares, atendidos os requisitos contidos no art. 24 da Lei 9.514/97.

Processo 000.01.038241-9 – j. 29.10.2001 – Juiz Venício Antonio de Paula Salles.

Vistos, etc...

Cuida-se de procedimento administrativo de dúvida tendo como objeto o contrato de mútuo com cláusula de alienação fiduciária celebrado entre o suscitado e João Mário Mendonça Cortez e sua mulher. O título diz respeito a contrato de mútuo pela qual o mutuante emprestou importância em dinheiro, e recebeu em garantia a propriedade resolúvel de parte ideal do imóvel, em lugar de hipoteca convencional. Entende o oficial que esta modalidade de alienação não está contemplada na Lei 9.514/97 (art. 22). Anotou que não detectou precedentes neste sentido, o que motivou a presente dúvida. Juntou os documentos pertinentes.

O suscitado, Mauro Diomelli, apresentou impugnação. Destacou que firmou contrato de abertura de crédito com o Banco Mercantil de São Paulo Finasa na qualidade de avalista de João Mendonça Cortez, que recebeu crédito no valor de R$ 130.000,00 e, para tanto, devedor e avalista subscreveram nota promissória no valor de R$ 161.934,92, destinada à empresa Plano Planejamento e Negócios S.C. Ltda, a qual entrou em concordata. O suscitante quitou o banco, celebrando contrato de mútuo com cláusula de alienação fiduciária de imóvel com os mutuários. Destacou que, embora o instituto da alienação fiduciária tenha sido instituído para a aquisição de imóveis, não há obstáculos para que a garantia seja utilizada em outros negócios paralelos. Ao final pugnou pela efetivação do registro.

O Ministério Público, em seu parecer, se posicionou pela improcedência da dúvida. Registrou observação de que o contrato contempla juros acima do limite legal (art. 4.º da Lei 1.521/51).

É o relatório.

Decido – Trata-se de dúvida instaurada em face do pedido de registro de contrato de mútuo, que prevê como garantia a alienação fiduciária de parte ideal de um imóvel. Destacou o registrador que a lei de regência não contempla tal modalidade de transação, se prestando unicamente ao amparo e proveito dos negócios imobiliários, decorrentes da transferência de bens imóveis financiados.

Pois bem, a Lei 9.514/97, visando motivar o mercado imobiliário, veio conferir garantias especiais aos financiadores de moradias novas ou usadas. Assim, o terceiro na negociação, o fiduciário ou financiador da transação, pode receber, em garantia da dívida decorrente da transação, a *propriedade resolúvel* do imóvel transacionado, garantia formalizada mediante o registro no respectivo Cartório Imobiliário.

Nestes casos a posse do imóvel apresentado em garantia é entregue normalmente ao *fiduciante*, mas o fiduciário mantém ou conquista a posse indireta do bem.

Flagrante, portanto, que a Lei 9.514/97 foi concebida para dinamizar a circulação de riquezas, mediante a concessão de im-

portante impulso e incentivo para a efetivação das transações imobiliárias. Para tal intento, concebeu o chamado Sistema de Financiamento Imobiliário, engendrando uma fórmula dupla de incentivo, com a possibilidade de *captação de recursos*, com a emissão de títulos imobiliários, e prevendo sistemas eficientes em garantir o eventual inadimplemento.

O diploma legal se dedicou a assegurar os dois lados do negócio imobiliário, prevendo a forma para conquista de recursos necessários ao financiamento das moradias e concebendo um mecanismo eficaz que garante e confere certeza no recebimento do montante "emprestado". Nítida a participação do segmento bancário na elaboração e/ou concepção desta Lei. Contudo, o contexto desta Lei não se apresenta unicamente voltado para tal propósito imobiliário, ou atrelado integralmente aos agentes financeiros.

O art. 22 da Lei em exame concebe a estruturação da *alienação fiduciária*, não estabelecendo maiores restrições ou embaraços ao uso ou emprego desta modalidade de *garantia*. Os termos utilizados pelo artigo são genéricos e largos, de forma a desautorizar qualquer interpretação restritiva.

O legislador ordinário teve o cuidado de empregar, no texto deste art. 22, a expressão *devedor* para o *fiduciante*. Quisesse o dispositivo limitar a *garantia* às transações imobiliárias e teria utilizado do termo *adquirente* ou expressão similar que desse a entender que o negócio deveria estar atrelado a uma transmissão imobiliária típica.

Não há, destarte, impedimentos ou obstáculos para a utilização da *alienação fiduciária* para contratos de mútuo, com entidades financeiras ou entre particulares. A propriedade resolúvel é transmitida com o contrato de empréstimo, retornando a titularidade ao fiduciário apenas após a quitação do montante integral.

O art. 38 da Lei 9.514/97, em sua primitiva redação, se limitava a assegurar a utilização de *instrumento particular* na formalização destes negócios. A redação deste dispositivo foi alterada pela MedProv 2.223 de 04.09.2001, que passou a ostentar o seguinte enunciado:

"Art. 38. Os contratos de venda coar financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do CC".

A nova redação transcrita patenteou que a *alienação fiduciária* pode ser empregada em contratos de mútuo, com a participação de agentes financeiros ou exclusivamente entre particulares. Entretanto, devem os registradores se acautelar no que diz respeito à adoção e emprego de *medidas provisórias*, pois são instrumentos normativos excepcionais, com aplicação restrita para as hipóteses tipificadoras de *urgência* e *relevância*.

A *doutrina* mais isenta e abalizada proclamou entendimento de que certo contexto *material* não pode ser regrado por estas excepcionais medidas. Entre os possíveis campos de reserva material da legislação ordinária e complementar, podemos incluir as *normas* de cunho registrário, conquanto não se concebe que tais questões possam ter motivação excepcional decorrente de circunstância que não possa aguardar a tramitação regular de um projeto de lei.

A MedProv 2.223/2001 foi editada anteriormente à EC 32 de 11.09.2001, de forma que se submete às restrições previstas no texto original, que impede a produção de efeitos após o transcurso de trinta dias. O art. 2.º da EC 32/2001 conferiu uma eficácia suplementar às medidas provisórias pendentes à época de sua edição; contudo, a benesse não pode ser superior aos prazos previstos na própria emenda.

De uma forma ou de outra, mesmo se superada a questão da *absoluta inviabilidade* material de regramento da matéria por medida provisória, a temporariedade deste instrumento é normativa, exige muita cautela na aplicação de seus conteúdos ou na observância de seus comandos.

No caso, a nova redação do art. 38 não agregou ao texto original da Lei 9.519/97 qualquer novo conteúdo, se prestando apenas como uma forma indireta de interpretação autêntica.

Válida, portanto, a utilização do instituto da alienação fiduciária para os contratos de *mútuo* entre particulares, sendo necessário para a viabilização do negócio o devido registro *imobiliário*.

Destaque-se, por oportuno, que a alienação fiduciária não se constitui em fato deflagrador do ITBI, a não ser quando, inadimplida a obrigação, o *imóvel* for transmitido para terceiros (*conquanto foi vedado pela lei o pacto comissório*).

Entabulado entre particulares, vale o *contrato de mútuo* com previsão de *alienação fiduciária*, devendo o registrador examinar e fiscalizar o instrumento, verificando se este atende e cumpre aos itens do art. 24 da Lei de regência. O exame, portanto, deve ser *formal*, envolvendo aspectos extrínsecos ao título. A previsão de *juros* acima da taxa permitida em lei pode determinar a tipificação do tipo previsto no art. 4.°, *a*, da Lei 1.521/51, e, para tal propósito, deve ser comunicado ao Ministério Público.

Ante o exposto, *julgo improcedente* a dúvida apresentada pelo Oficial do 10.° Cartório de Registro de Imóveis da Capital.

P. R. I.

São Paulo, 29 de outubro de 2001 – VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES, Juiz de Direito Titular.

6.3.2 REGISTRO DE IMÓVEIS. Carta de sentença de adjudicação compulsória. Vedação do registro se não comprovada regularidade fiscal, ainda que previdenciária. Ausência de responsabilidade do notário ou registrador. Obrigatoriedade do registro.

Ementa: Carta de sentença que não foi registrada sob o pretexto de que não havia regularidade fiscal previdenciária. Ato que serve para aparelhar a decisão judicial, e não para a modificar. Expedição de Certidão Negativa de Débitos (CND) dispensável, no âmbito previdenciário, uma vez que não se constitui, entre as obrigações e responsabilidades dos notários ou registradores, a verificação da regularidade de tais contribuições, o que compete ao INSS. Obrigação que, seguida, constituiria efeitos jurisdicionais à administração, praticando cobrança forçada. Carta de adjudicação que deve ser expedida em substituição à vontade da empresa alienante. Registro de rigor.

Processo 000.02.017426-8 – j. 29.04.2002 – Juiz Venício Antonio de Paula Salles.

6.3.2.1 Dúvida inversa. Suscitação.

Em atenção ao r. despacho proferido às f. destes autos, prenotei o título sob número de ordem 162.121, em data de 22 de março p.p., ratificando, pelas razões abaixo expostas, os óbices levantados para a consecução do registro perseguido, prestando ainda as informações que se seguem.

Em 29.11.2001 foi apresentada a registro a Carta de Adjudicação expedida na ação requerida por Antônio do Carmo Nastri que teve curso na 30.ª Vara Cível da comarca da Capital. Prenotado o Título sob número de ordem 160.178, foi o mesmo devolvido com as exigências elencadas na nota de devolução expedida em 13 de dezembro daquele ano (f.).

Em síntese, para a consecução do registro exigiu-se a apresentação das certidões negativas de débito da Receita Federal e INSS.

1. Fundamento legal da exigência

Consoante regra do art. 47, I, *b*, da Lei 8.212/91, "é exigido documento comprobatório de inexistência de débitos relativos às contribuições sociais, fornecido pelos órgãos competentes, nos seguintes casos: I – da empresa (...) *b*) na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo". Tal regra acha-se reiterada no regulamento (art. 257, I, *b*, do Dec. 3.048/1999, com a redação que lhe emprestou o Dec. 3.265, de 29.11.1999).

Exige-se, portanto, a apresentação das certidões comprobatórias de inexistência de débitos nos casos de alienação ou oneração de bens imóveis por pessoas jurídicas, excetuando-se as hipóteses do Regulamento, como abaixo se verá. E a regra é extensiva aos casos de adjudicação compulsória decorrente de obrigação de fazer, em que a sentença substitutiva de vontade apenas e tão-somente supre a necessidade de escritura definitiva. Sob esse aspecto, há perfeita correlação entre a sentença e o contrato; o que se exigiria de um, exigir-se-ia da outra.

2. Regulamentos

Embora o entendimento tenha se cristalizado no sentido da reafirmação da exigibilidade da CND do INSS para os casos como o aqui tratado, o próprio INSS, através de sua Ordem de Serviço 207, de 08.04.1999, que dispõe sobre a certidão negativa de débito – CND, publicada no *DOU* 15.04.1999, já disciplinava a hipótese da não exigibilidade da apresentação daquele documento:

"II – Da não exigibilidade da prova de inexistência de débito:

6 – Fica dispensada a apresentação de Certidão Negativa de Débito:

(...)

f) nos atos relativos à transferência de bens, nos casos de arrematação, adjudicação e desapropriação de bens imóveis e móveis de qualquer valor".

É regra de hermenêutica que, não havendo qualquer restrição ou limitação nos termos da disposição legal, não se deferiria ao intérprete especializar ou elastecer a hipótese.

Sobre o tema comenta Ulysses da Silva:

"novidade importante encerra o item 6, letra *f*, ao afirmar, com todas as letras, que fica dispensada a exibição das certidões negativas de débitos previdenciários 'nos atos relativos à transferência de bens nos casos de arrematação, adjudicação ou desapropriação'. No que diz respeito à desapropriação nunca prevaleceu a exigência, mas quanto aos demais sempre foi discutível a exigibilidade ou não de tais documentos, como, aliás, já comentamos em trabalhos anteriores. Embora uma ordem de serviço não tenha força para alterar a lei, a verdade é que ela vem manifestar, de forma clara, o pensamento do INSS, concorrendo, assim, com preciso elemento a ser levado em consideração pelos julgadores, daqui em diante, sempre que houver dissenso entre registradores e partes interessadas" ("Nova ordem de serviço do INSS". *Site* Irib. Disponível em: <http://www.irib.org.br/previdencia/inss4.html>).

E continua em outra passagem o mesmo autor, comentando a atual posição do E. Conselho Superior da Magistratura, que reconhece e aponta equivalências entre títulos ordinários e sentenças substitutivas da vontade nos casos de obrigação de fazer:

"bem pensada a questão, esse é um argumento técnico, mas insensível. Levando-se em conta ter sido proposta a ação porque a empresa promitente-vendedora negou-se a dar escritura definitiva ao compromissário-comprador, fácil é a conclusão de não ter ela a mínima intenção de fornecer a prova de quitação mencionada para possibilitar o registro pretendido. Se o Conselho tivesse atentado nesse pormenor com certeza teria mantido a orientação válida para as arrematações ou adjudicações em processos executórios" (Ulysses da Silva. *A Previdência Social e o Registro de Imóveis – doutrina e*

legislação vigente. Porto Alegre: Irib-Fabris, 2001).

Além disso, as disposições esparsas que se insinuavam em diplomas normativos da Autarquia e da própria Receita Federal foram recolhidas no próprio regulamento da Previdência Social – Dec. 3.048/1999, pela alteração do Dec. 3.265, de 29.11.1999, cujo art. 257 claramente dispôs:

"Art. 257 (...)

(...).

§ 6.º É dispensada a indicação da finalidade no documento comprobatório de inexistência de débito, exceto:

(...)

§ 8.º (...)

IV – a transação imobiliária referida na alínea *b* do inciso I do *caput*, que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, desde que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste, nem tenha constado, do ativo permanente da empresa".

É certo que o interessado não diligenciou a apresentação de documentos que pudessem indicar, com razoável segurança, que a empresa adjudicatária Belardi & Villaboim Ltda. Engenharia e Arquitetura estaria enquadrada na hipótese de dispensa da certidão, por desenvolver atividade de compra e venda de imóveis – o que seria possível com uma singela certidão da Junta Comercial do Estado de São Paulo ou do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso. Aqui mesmo, neste Registro, ver-se-ia que a firma era a incorporadora do Edifício São Sebastião, teoricamente tendo apresentada tal certidão em ocasiões que alienou unidades autônomas do empreendimento. Tais documentos serviriam a Vossa Excelência para a mais ampla cognição.

3. *Jurisprudência do E. Conselho Superior da Magistratura de São Paulo*

O E. Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo tem se posicionado firmemente no prestígio da tese da exigibilidade das certidões nos casos como os tratados neste procedimento. O v. acórdão que pode ser considerado paradigma nessa nova orientação foi relatado pelo Des. Márcio Martins Bonilha. Na Apelação Cível que recebeu o n. 31.436-0/1, da Comarca da Capital de São Paulo, o C. Órgão assim se pronunciou:

"A sentença substitutiva de vontade apenas e tão-somente supriu a necessidade de escritura definitiva, em cumprimento ao pré-contrato. Obteve o apelante uma sentença que produziu o mesmo efeito do contrato que deveria ter sido firmado, ou seja, todos os efeitos da declaração de vontade não emitida pelo promitente vendedor (arts. 639 e 641 do CPC). Não pode, porém, a sentença substitutiva de vontade permitir ao apelante a obtenção de vantagens e isenções que não alcançaria, caso houvesse o cumprimento voluntário da obrigação. A sentença, portanto, não o exime do dever de apresentar certidões negativas previstas na Lei Federal 8.212/91, para efeito de registro do título. Inconsistente a alegação de que o apelante não firmou contrato diretamente com a pessoa jurídica titular do domínio, sendo apenas cessionário de direitos de compromissário comprador. Houve, na verdade, cessão de contrato, tendo o cessionário assumido a mesma posição jurídica encabeçada no titular anterior (cedente). Inexistiu, em suma, novação da relação contratual, que permaneceu íntegra, com mera mutação subjetiva. Deslocaram-se para o cessionário, ora apelante, os deveres e direitos acessórios e laterais inseridos na relação contratual original (Carlos Alberto da Mota Pinto. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, p. 402), dentre os quais avulta a prerrogativa de exigir do vendedor certidões negativas previdenciárias e o dever de apresentá-las a registro para qualificação positiva do

título" (ApCiv 31.436-0/1, São Paulo, *DOJ* de 13.05.1996).

Na esteira dessa decisão, o mesmo v. Conselho acabou por estabelecer firmemente sua respeitável orientação: Cf. *brevitatis causa*: ApCiv 37.382-0/8, Birigüi, *DOJ* de 15/5/1997, rel. Des. Márcio Martins Bonilha; ApCiv 38.647 0/5, Santa Bárbara D'Oeste, *DOJ* de 13.11.1997, rel. Des. Márcio Martins Bonilha. Apelações Cíveis 74.859-0/6, 76.742-0/7, 77.201-0/6, 78.636-0/8, dentre inúmeras outras.

Até o presente momento, tal orientação não foi modificada. Em caso que guarda notável simetria com o tratado neste procedimento (aliás, referido na nota de devolução que se acha às f. dos autos), o Des. Luis de Macedo deixou consignado que:

"a sentença substitutiva da vontade da vendedora e obtida na ação de adjudicação compulsória, para o fim de qualificação registrária, equipara-se à escritura pública de compra e venda e, como tal, necessita do cumprimento da obrigação lateral de oferecimento das certidões negativas de débitos. Aliás, é o que já se decidiu nas Apelações Cíveis 37.382-0/8 – Birigüi, rel. Des. Márcio Bonilha, e 66.415-0/7 – Campinas, j. 04.05.2000, por mim relatada. No entanto, excepcionalmente, na hipótese em tela, o juiz da causa dispensou, para fim de registro, a vinda das referidas certidões (f.), e o fez com apoio na ApCiv 38.647/5, na qual se entendeu que, 'se reconhecida expressamente no comando jurisdicional a dispensa' (f.), a exigência não é cabível. Neste caso, em se tratando de decisão na esfera jurisdicional, inclusive, tendo sido objeto de pedido na inicial (f.), não cabe ao registrador sobre ela se manifestar ou dela se valer para fundamentação do óbice (ApCiv 81.958-0/4, *DOJ* 03.12.2001, rel. Des. Luís de Macedo).

4. *1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo*

A 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo, enfrentando a vistosa multiplicidade de situações concretas que lhe eram apresentadas, acabou discernindo as hipóteses e mitigando as exigências para alcançar o sentido da norma, modulando sua eficácia em face das necessidades sociais.

Assim é que, na decisão proferida no Processo 000.01.051859-2, Vossa Excelência reconheceu que não se pode obstar, a pretexto de se promover a cobrança de tributos ou desestimular a evasão fiscal, que:

"alguém que legitimamente adquiriu uma propriedade venha a conquistar seu legítimo título. A escritura ou o próprio registro imobiliário podem destacar a ausência da apresentação do CND do INSS e a certidão negativa da Receita Federal, mas não pode impedir o registro da carta ou do título".

Conclui esse r. Juízo que "toda a legislação infraconstitucional que versa sobre o assunto e que exige o atrelamento é *inconstitucional*". Finalmente, relevando o fato de que a expedição da carta de adjudicação, no caso de ação de obrigação de fazer, representa o desenlace de um processo judicial que desaguou na transferência imobiliária, acabou por deferir o registro. (Processo 000.01.051859-2, de 10.07.2001, Juiz Venício Antônio de Paula Salles).

A tal conclusão igualmente chegaria Vossa Excelência no processo de dúvida suscitado pelo 14.º Oficial de Registro de Imóveis desta comarca – Processo 522.000.01.042138-6, de 30.08.2001.

5. *STJ*

Uma última referência se faz à não exigibilidade da CND do INSS pela voz autorizada do STJ. O REsp 39.597/MG acha-se assim ementado:

"Direito civil. Registros públicos. Promessa de compra e venda. Adjudicação compulsória. Carta de adjudicação. Registro recusado. Falta da certidão de débito previdenciário. Imóvel em construção. Art. 84, § 2.º, do Dec. 356/1991, regulamentador da

Lei 8.212/1991. Dúvida. Recurso conhecido e provido.

Ao promissário-comprador, imitido na posse do imóvel em construção, não é exigível a certidão de inexistência de débito previdenciário para o registro da carta de adjudicação extraída dos autos de uma ação de adjudicação compulsória movida contra a promitente-vendedora e responsável pelo término da obra, nos termos do art. 84, § 2.°, Dec. 356/1991".

O v. acórdão, relatado pelo culto Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, trata de hipótese um tanto distinta, inclusive com fundamento legal diverso, posto o foco na CND devida pela construção da acessão. De qualquer maneira, a peça merece ser atentamente analisada quando desenvolve importantes considerações sobre a *ineficácia da alienação* em face da Previdência Social.

Tendo nesse caso particular o recorrente obtido o registro do compromisso de compra e venda e não logrado a outorga da escritura definitiva – o que o levaria a demandar a vendedora para obter a adjudicação compulsória –, o C. STJ entendeu que, em razão da irrevogabilidade do contrato e da imissão imediata na posse do respectivo bem, não poderia ser exigida a apresentação da certidão de inexistência de débito. E isso em razão de que o adquirente teria recebido o imóvel ainda em construção, não lhe cabendo terminar a obra, incidindo, assim, os §§ 1.° e 2.° do art. 84 do Regulamento. E para o que nos interessa aqui, remata o raciocínio:

"É de salientar-se, ainda, que o órgão da previdência social – INSS – não será prejudicado com a não apresentação da certidão. Se dívida houver, como cediço, terá os meios próprios para cobrá-la, seja ao responsável tributário direto seja ao indireto" (Resp 39.597/MG, *DOU* de 22.09.1997, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Esse o ponto que encareço: *ineficácia da alienação*. Neste ponto, vem a calhar o decidido igualmente pelo STJ no REsp 140.252/SP, j. 09.12.1997, sendo relator o mesmo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado nas páginas da *Revista de Direito Imobiliário*. O v. acórdão acha-se assim ementado:

"I – Consoante já teve oportunidade de proclamar a 3.ª T. deste Tribunal, em interpretação teleológica dos arts. 47/48 da Lei 8.212/91, a falta de apresentação da certidão negativa de débito com o INSS faz o ato de alienação do imóvel ineficaz em relação à Seguridade Social, não impondo, entretanto, a sua nulidade.

(...)" (REsp 14.252/SP – STJ – 4.ª T. – j. 09.12.1997 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *RDI* 45/147).

É do texto do v. acórdão o exame da extensão da norma previdenciária:

"Em verdade, a razão de ser daquela disposição está em propiciar garantia para cobrança de débitos pertinentes às contribuições sociais. Entretanto, de sua expressão literal decorreria que o ato seria nulo pelo simples fato de não se apresentar a certidão negativa, ou seja, ainda que ulteriormente se viesse a demonstrar inexistir qualquer débito. O correto entendimento do dispositivo é no sentido de que o ato de alienação ou oneração será absolutamente ineficaz em relação à Previdência. Poderá, se o caso, ser penhorado o imóvel, para atender ao pagamento de contribuições, como se alienação ou oneração não houvessem ocorrido" (idem, ibidem).

Vê-se, pelos dois arestos, que a Previdência Social ou Fazenda Pública poderão lançar mãos dos instrumentos jurídicos postos à sua disposição para executar eventual dívida que exista ou que venha a ser apurada de responsabilidade da alienante.

Soa desarrazoado que os adquirentes, depois de pagarem pontualmente as suas obrigações pecuniárias, decorrentes do compromisso de compra e venda firmado, após promoverem uma demanda judicial em que lograram pleno êxito, vejam-se ao final en-

redados em exigências de cunho estritamente formal que os impeçam de exercer, na plenitude, o direito material que a jurisdição lhes consagrou. Realmente, o mecanismo que visa a elidir a evasão fiscal, erigindo barreiras à disposição patrimonial, não pode converter-se em freio para a consagração de direitos justamente daqueles que não integram a relação tributária original.

Causa espécie que, quanto mais de perto se contemple tal exigência do INSS e da Receita Federal, mais absurda se configure ao olhar que se tornou desatento pelo costume dos anos. Que o autor, mero cessionário de direitos de um compromisso de compra e venda, firmado originariamente com a adjudicatária (Av. 1/M. 33.396), venha a suportar lateralmente os graves efeitos e conseqüências de uma obrigação tributária da qual não era o sujeito passivo, nem por ela responsável em decorrência de expressa disposição legal, soa mesmo uma aberração e parece afrontar, *prima facie*, o disposto no art. 121 c/c o art. 128 do CTN.

Ad absurdum, seria o mesmo que se condicionar a comprovação de regularidade previdenciária e fiscal de um produtor de bens de consumo, toda vez que a relação se concretizasse, subtraindo ao consumidor o direito à obtenção do bem ou serviço em razão da eventual obrigação daquele. Visto de um ângulo de direito do consumo, pelo vetor constitucional, o acesso à moradia não deve ser obliterado por exigências de cunho fiscal ou tributário, mormente neste caso, em que o interessado atravessou uma demanda judicial em que obteve o deferimento da adjudicação e a eventual obrigação tributária ou previdenciária não seja de sua responsabilidade.

6. Conclusão

1. A exigência deste Cartório fundamentou-se na regra do art. 47, I, *b*, da Lei 8.212/91 c/c o art. 257, I, *b*, do Dec. 3.048/1999, com a redação que lhe emprestou o Dec. 3.265/1999. A exigência de apresentação das certidões comprobatórias de inexistência de débitos, nos casos de alienação ou oneração de bens imóveis por pessoas jurídicas, é regra que alcança os casos de adjudicação compulsória decorrente de obrigação de fazer, em que a sentença substitutiva de vontade supre a necessidade de escritura definitiva.

2. Embora o próprio INSS, através de sua Ordem de Serviço 207, de 08.04.1999, tenha disciplinado a hipótese de não exigibilidade da apresentação da CND para os casos de arrematação, adjudicação e desapropriação de bens imóveis; malgrado ainda o disposto no item 106.1, Cap. XX, das Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, que prevê que, à exceção do recolhimento do imposto de transmissão, "nenhuma exigência relativa à quitação de débitos para com a Fazenda Pública fará o oficial para o registro de títulos judiciais"; ainda assim, em atenção às respeitáveis decisões do C. Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, o registro foi denegado.

3. Esse r. juízo já decidiu que toda ordem judicial deve ser prestigiada, relevando neste caso o fato de que a expedição da carta de adjudicação, decorrente de ação de obrigação de fazer, representa o desenlace de um processo judicial que desaguou na transferência imobiliária. E ainda,

4. que se deve presumir que toda e qualquer obrigação lateral deveria ter sido satisfeita no curso do próprio processo judicial, por decisão soberana jurisdicional – aproveitando-se da idéia de simetria parelha que se identifica entre os títulos ou escrituras tabelioas e a sentença substitutiva da vontade (o que se exigiria na lavratura da escritura, exigir-se-ia na formalização do título judicial);

5. considerando-se, ainda, que as autoridades previdenciária e fiscal não estão exoneradas, com o registro da adjudicação, da relação creditícia que eventualmente lhes favoreça – por força do entendimento de que a alienação, sem as CNDs, faz surgir a figura da ineficácia;

6. finalmente, em face das recentes decisões desse r. juízo, em que Vossa Excelência tem prestigiado, com sólidos argumentos jurídicos, as decisões judiciais prolatadas em adjudicações compulsórias conseqüentes a ações de obrigação de fazer;

7. este Oficial Registrador devolve a qualificação do título a Vossa Excelência, rogando que possa definir para este Registro Predial, em caráter normativo, qual a melhor orientação para os casos que apresentem similitude com o tratado nos presentes autos.

Aproveito o ensejo para apresentar a Vossa Excelência os protestos de elevada estima e distinta consideração.

São Paulo, 4 de abril de 2002 – SÉRGIO JACOMINO, 5.º Oficial Registrador.

6.3.2.2 Sentença

Vistos etc. (...)

Cuida-se de procedimento administrativo formulado como *dúvida inversamente* levantada, nos termos do art. 198 da Lei de Registros Públicos, suscitada por Antônio de Carmo Nastri. Destacou que ajuizou ação de adjudicação compulsória em face de Bellardi & Villaboim Ltda. – Engenharia e Arquitetura, obtendo êxito e logrando a conquista da carta de adjudicação. Contudo o registro não foi conferido em face da ausência de CND da ré, a qual, nos autos judiciais, foi citada por edital, não se fazendo presente. Ao final pugnou pelo processamento para efeito de ser reconhecido o direito ao registro. Juntou documentos.

O Oficial do 5.º Registro Imobiliário destacou que, nos termos do art. 47, I, *b*, da Lei 8.212/91 é exigido documento comprobatório de inexistência de débitos relativos a contribuições sociais da empresa na alienação ou oneração a qualquer título. Lembrou ainda o disposto na Ordem de Serviço 207 do INSS, item II, letra *f*, que dispensa tal exigência. Que o suscitante não diligenciou no sentido de comprovar que a empresa estaria enquadrada na hipótese de dispensa de certidão. Apresentou tudo do contexto jurisprudencial e pugnou pela concessão de decisão normativa.

O Ministério Público se posicionou pela improcedência da dúvida, com a superação do óbice registral.

É o relatório.

Decido: Foi submetido a Registro Imobiliário a Carta de Sentença extraída dos autos da ação ordinária de adjudicação compulsória, que tramitou pela 30.ª Vara Cível do Foro Central, tendo como objeto o imóvel matriculado sob o n. 33.396 do 5.º Registro Imobiliário.

O feito judicial foi aforado pela suscitante frente à empresa Bellardi & Villaboim Ltda. – Engenharia e Arquitetura, tendo a suscitada logrado êxito na demanda, obtendo Carta de Adjudicação cujo registro foi obstado em face da *ausência de apresentação da CND do INSS da empresa ré.*

Inicialmente, cumpre frisar que pacífico é o entendimento de que mesmo o título judicial se submete à "qualificação registral", conquanto seu ingresso no fólio real depende do atendimento de pressupostos e requisitos legais, bem como do exato cumprimento dos estruturais *princípios* que orientam e informam toda a sistemática e controle registral.

A "qualificação registral", como bem acentua o E. Conselho Superior da Magistratura, não diminui, reduz ou contraria os efeitos da decisão judicial, até porque não haveria como opor resistências à sua eficácia e seus efeitos impositivos.

A verificação e qualificação promovida pela serventia imobiliária se presta apenas para *aparelhar a decisão judicial*, e não para lhe dar ou tirar força – o que seria juridicamente inconstitucional –, estruturando-a para que esta não venha a extrapolar o restrito âmbito de sua eficácia, *sempre limitada às partes envolvidas na contenda.*

A qualificação registrária, portanto, se presta para habilitar a *ordem judicial* para que

esta conquiste seu conteúdo próprio, irradiando efeitos *erga omnes*, atuando e interferindo na esfera de direitos de terceiros.

É destarte esta habilitação *registral* o meio formal pelo qual a *ordem judicial* expande seu campo eficacial, passando do limitado campo das partes litigantes, passando a irradiar efeitos perante a órbita de direitos de *terceiros*, e neste mister é que o Oficial Imobiliário deve verificar se outros interesses ou outros direitos não estão sendo indevidamente feridos ou lesados.

Portanto é justamente para realização e efetivação desta conquista eficacial que se mostra necessária a verificação da afetação ou interferência sobre *direitos de terceiros* não envolvidos na lide. Para tanto, imprescindíveis o respeito e observância aos *princípios registrários*, dentre eles o *princípio da continuidade* (art. 195 da LRP); *princípio da unitariedade* (art. 176, § 1.º, I, da LRP); *princípio da instância* (art. 13, II, da LRP); *princípio da especialidade* (decorrente de todo o contexto legal); *princípio da legitimação registrária* (art. 252 da LRP); e *princípio da legalidade* (art. 221 da LRP).

O ato de registro é um ato complexo, e na sua efetivação e confecção incidem vários comandos normativos de várias ordens.

Foi efetivando tal mister que o Registrador obstou o ingresso da Carta de Adjudicação na tábua predial, exigindo o cumprimento do disposto no art. 257, I, *b*, do Decreto regulamentador 3.048/99, editado com base no art. 47, I, *b*, da Lei 8.212/91. Para melhor análise da questão, necessária a reprodução de tais comandos legais:

Lei 8.212/91:

"Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

* *Caput* com redação determinada pela Lei 9.032/95.

I – da empresa:

a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele;

b) ***na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo***;

(...)".

A lei ordinária transcrita impõe ao registrador que exija à *empresa* a apresentação da CND na alienação ou oneração, a qualquer título, de bens imóveis, de forma que, sem a *prova* da regularidade previdenciária, não pode a empresa onerar ou alienar qualquer imóvel que componha o seu *patrimônio*.

Em uma análise gramatical do texto legal, é de se constatar que a exigência deve ser feita à *empresa alienante* e não ao particular adquirente, até porque não se pode exigir de qualquer pessoa, física ou jurídica, salvo a existência de solidariedade real ou legal, que satisfaça obrigação de outrem.

Isto significa que, por *ato voluntário*, não pode a *pessoa jurídica* alienar qualquer bem que componha o seu acervo patrimonial, sem a prévia ou antecedente comprovação da regularidade fiscal. Mesmo se abstraída qualquer análise do ponto de vista constitucional, sobre a validade desta exigência, é de se concluir que quando a *transmissão imobiliária* não decorre, em seu termo final, de ato volitivo da empresa, não se pode exigir ao *adquirente* que cumpra a obrigação imposta à empresa alienante. A Lei 8.212/91 exige expressamente que tal *obrigação* seja observada e cumprida pela empresa transmitente, de forma que não se pode expandir tal imposição, transferindo-a para terceiros.

A empresa não pode (em princípio), alienar sem comprovar a *regularidade previdenciária*. Seu ato de disposição se encontra limitado e restringido pela disposição legal; contudo, quando a transferência é concluída por força de *decisão judicial* proferida em *substituição* à manifestação de vontade da empresa titular do domínio, irregular se mostra que a exigência seja transferida para o adquirente.

Assim, tanto nos casos de adjudicação compulsória como nas hipóteses de "penhora", imprópria é a migração da exigência da *empresa* para o *adquirente*. A lei previdenciária não autoriza tal transferência de ônus.

A segunda conclusão decorrente da análise direta do mesmo dispositivo *legal* é de que apenas o patrimônio da *empresa* é que se submete a tal limitação. Tratando-se de empresa que atua como incorporadora de edifícios, todo o seu patrimônio imobiliário *circulante* não pode ser atingido por tal exigência. A expressão legal, como bem destacou e desvendou o E. Conselho Superior da Magistratura, atinge apenas o *patrimônio da empresa*, ou seja, o seu *ativo fixo*, e não o seu acervo circulante, que compõe a estrutura de seu próprio "negócio". Não é necessário que se trate de empresa que atue predominantemente como incorporador, bastando que se trate de unidade incorporada para que o CND não se mostre necessário.

A lei em exame impõe responsabilidade solidária ao notário e registrador que não observar os seus comandos, em seu art. 48, que tem a seguinte redação:

"Art. 48. A prática de 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, sendo o ato nulo para todos os efeitos.

§ 1.º Os órgãos competentes podem intervir em instrumento que depender de prova de inexistência de débito, a fim de autorizar sua lavratura, *desde que o débito seja pago* no ato ou o seu pagamento fique assegurado mediante confissão de dívida fiscal com o oferecimento de garantias reais suficientes, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2.º O servidor, o serventuário da Justiça e a autoridade ou órgão que infringirem o disposto no artigo anterior incorrerão em multa aplicada na forma estabelecida no art. 92, sem prejuízo da responsabilidade administrativa e pena cabível".

Portanto, a empresa não pode alienar sem cumprir tal desiderato legal, e se o fizer, nos termos desta lei, realizará um ato *nulo* ou *anulável*, com responsabilidade do notário ou registrador que o aceitar e registrar. Portanto, o *registrador* deve exigir a apresentação de CND para aparelhar o registro de toda e qualquer venda imobiliária feita por *pessoa jurídica* que possa desfalcar ou diminuir o seu *patrimônio* fixo ou permanente. Afora esta situação, não toca ao registrador exigir o cumprimento desta obrigação previdenciária.

Apartando-se um pouco da leitura *literal* do dispositivo transcrito, e analisando-se um pouco mais esta questão da *solidariedade*, é de se considerar que a *contribuição previdenciária*, como contribuição social, se enquadra e possui natureza tributária, tanto que a sua previsão constitucional foi encartada no contexto do Sistema Constitucional Tributário.

Sendo tributo, devem as exigências previdenciárias se guiar ou se pautar pelos princípios que regem e delimitam todo o campo tributário e conferem o exato perfil fiscal. Assim a *solidariedade* somente pode ser validamente criada por lei nas hipóteses em é permitida ou admitida a existência da *responsabilidade tributária*, concebida e delimitada pelo art. 128 *et seq.* do CTN.

Como terceiros, o art. 134, VI, do CTN permite que lei ordinária estabeleça a responsabilização dos *tabeliães* e *escrivães* pelos *tributos devidos sobre os atos praticados por ou perante eles*.

Desta forma, lavrando uma escritura de compra e venda ou promovendo o seu registro, os *delegados* do *serviço público* notarial ou registral podem responder pelos tributos desencadeados em razão do ato, contrato ou negócio formalizado ou registrado. Necessário que o *fato gerador* do tributo ou contribuição seja a própria *operação* formalizada.

Neste contexto, evidente que o ITBI ou o imposto de transmissão *causa mortis* e doa-

ção devem ser exigidos pelo *registrador*, pois o fato gerador tributário tem como aspecto temporal a própria transmissão. *A contrario sensu*, não há como ser prevista responsabilidade para os notários e registradores quando o *fato gerador* da contribuição fiscal não se materialize na *transmissão imobiliária*.

Neste contexto é de destacar que o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação ou realização de serviço com ou sem vínculo empregatício (art. 195, I, *a*, da CF). A legislação promove a seguinte eleição de sujeitos passivos:

"Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;

(...)

II – como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos;

III – como empresário: o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado, o membro do conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria e o sócio quotista que participe da gestão ou receba remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural;

IV – como trabalhador autônomo:

a) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

b) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não;

V – como equiparado a trabalhador autônomo, além dos casos previstos em legislação específica:

(...);

VI – como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento;

VII – como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam essas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo".

* Inciso VIII com redação determinada pela Lei 8.398/92.

A dicção constitucional e o texto legal revelam que contribuinte é o empregador ou empregado, independentemente da existência de vínculo de emprego ou vínculo funcional e que o fato gerador ocorre ou se materializa no *pagamento* dos salários, vencimentos, ganhos ou na cobrança dos serviços autônomos ou sem vínculo.

Este elenco de situações deflagradoras da *contribuição* se encontra muito distante do simples ato de transmissão imobiliária, de forma que não há como, sob o ponto de vista do Código Tributário Nacional e da Constituição Federal, ser admitida a responsabilização do Notário e do Registrador pela ausência do recolhimento decorrente da *folha de pagamento* ou do pagamento a um *serviço autônomo*. Não há o vínculo exigi-

do pelo art. 128 do CTN, que, como norma com eficácia de lei complementar, limita e impede os efeitos da legislação ordinária contrária a seus comandos.

Destarte, não há como se extrair responsabilidade fiscal do art. 42 da Lei 8.212/91, na medida em que os tabeliães e escreventes não concorrem, com seus atos, para elaboração ou formalização de *fato gerador* da contribuição do INSS.

Em decisão anterior sobre a mesma questão, conclusão no mesmo sentido foi lançada com o seguinte teor:

"As contribuições previdenciárias não têm fato gerador do qual o Oficial Registrador participe, mas apenas fiscalize, e por conta disto, como destacado, não há como a lei infraconstitucional criar vínculo solidário, conquanto o Código Tributário Nacional exige tal atrelamento. O mesmo ocorre com os tributos federais cuja certidão também é exigida e cobrada no ato da transmissão imobiliária. Portanto o Oficial não compõe, ou melhor, não *pode* compor a estrutura do *fato gerador* de tais exigências, de forma que não pode ser substituto da imposição fiscal/previdenciária, e nesta conformidade não pode responder pelos respectivos valores.

É certo que as obrigações previdenciárias, após todo o torpor que cercou as interpretações sobre sua exata *natureza jurídica* sob a égide da Carta Constitucional de 1967 e da EC 01/69, recebeu um tratamento seguro e certo com a edição no novo texto *político federal* de 1988.

A atual Constituição, sem rodeios ou descaminhos, introduziu definitivamente as *contribuições previdenciárias*, denominadas de contribuições especiais, no corpo do Sistema Constitucional Tributário, conferindo a esta nítida e insuperável natureza tributária.

Tanto isto é correto que os arts. 149 e 195, § 6.°, se referem às disposições *tributárias* que não se aplicam ou vinculam as contribuições. Expressamente a Carta Maior dispensa as contribuições da observância do princípio da anterioridade, entre outros. Isto significa que reconhece, de outro lado, como aplicável, todos os demais princípios, assim como as restrições e limites que afetam o campo tributário, o que remete tais contribuições ao regramento nacional, insculpido no Código Tributário Nacional – CTN.

Portanto, como as *contribuições previdenciárias* têm como contribuintes, além dos entes Públicos, o empregador e o empregado, possuindo como base de cálculo a folha de salários, além do faturamento e lucro, nos termos da legislação ordinária, seu recolhimento deve ser feito diretamente pela fonte pagadora, ou seja, pelo empregador, que assume a insuperável condição de *contribuinte* tributário. Esta obrigação tributária, portanto, somente pode ser exigida do *contribuinte* ou das pessoas envolvidas direta ou indiretamente com o *fato gerador*, eleitas pela legislação ordinária, editada em compasso com o Código Tributário Nacional, e não dos notários e registradores, que não têm relação ao vínculo como responsáveis ou substitutos tributários.

O art. 121 do CTN destaca que sujeito passivo das obrigações tributárias são dos contribuintes (aqueles que têm relação direta com o fato gerador) e os responsáveis (quando, sem se revestir da condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei). Em ambos os casos, por imperativo lógico, a lei somente pode eleger pessoa *ligada* direta ou indiretamente ao núcleo do *fato gerador*, não podendo escolher ou indicar pessoa totalmente dissociada com tal fato. Tanto isto é correto que até mesmo os solidariamente responsáveis são pessoas com *interesse* na situação que constitua fato gerador da obrigação principal.

Os terceiros que também podem ser responsabilizados pela obrigação tributária e previdenciária são pessoas envolvidas ou ligadas ao fato núcleo da hipótese de incidência. Entre estes o caso mais anômalo é justamente o dos tabeliães e escrivães, que, mesmo sendo responsáveis apenas pelo ato

formalizador da negociação imobiliária, não têm interesse e atrelamento mais direto com o *fato*, prestando serviço acessório, paralelo e autônomo.

Contudo, apenas em relação ao ITBI, que tem justamente como fato gerador a transmissão imobiliária, é que se pode visualizar a possibilidade da *substituição/responsabilidade tributária*. Impossível e inviável a configuração do registrador como também substituto das contribuições previdenciárias e dos tributos federais.

Nesta conformidade, o Registrador atua apenas como eventual apoio à fiscalização, podendo ser obrigado a informar e anotar os negócios imobiliários concretizados.

Frise-se que o valor previdenciário decorre da *folha de pagamento* da empresa alienante, e este ato (pagamento de salários aos funcionários internos da empresa alienante, quer seja pela edificação de prédio, quer seja por qualquer outro motivo), não tem qualquer *liame* fático ou jurídico com a suscitante e até mesmo como o suscitado, de forma que não se pode reconhecer qualquer nível de *responsabilidade fiscal*.

Não sendo responsável tributária, não podem a suscitante e o suscitado responder pelo INSS eventualmente não recolhido pela alienante/adjudicada. E não podendo ser cobrada pelo *pagamento* ou *recolhimento* do INSS, também não podem experimentar qualquer restrição, diminuição ou modificação em seus direitos, em razão da desídia de outra empresa. O comando que cria a exigência deve ser visto nos limites das suas possibilidades".

É de se acrescentar que o INSS pode constituir eventual débito previdenciário através da expedição de *certidão da dívida ativa*, e pode exigir o recolhimento junto ao *contribuinte* ou frente aos responsáveis. Contudo, deve a Entidade Previdenciária empregar os mecanismos *ordinários* de que dispõe para promover tal *cobrança*. Neste intento deve ajuizar execução fiscal que o único meio hábil para a cobrança forçada, sendo inconstitucionais quaisquer mecanismos *administrativos* tendentes a atingir tal finalidade (cobrança forçada).

Somente a *jurisdição* é que autoriza a cobrança forçada de todas as pessoas ou entidades, públicas ou privadas, submetidas aos *princípios constitucionais*. Somente a *jurisdição* é apta a alijar coercitivamente um bem do devedor para responder pelo crédito do credor. Não há outro mecanismo que encerre tal efeito.

Assim, somente com emprego da *execução forçada* (jurisdição) é que se pode restringir coercitivamente o patrimônio dos devedores, sendo que todo e qualquer mecanismo ou sistema que resulte em tal restrição ou diminuição patrimonial depende necessariamente do *poder jurisdicional*.

Impedir uma transmissão imobiliária voluntária ante a inexistência de comprovação de regularidade previdenciária se mostra inconstitucional, por conferir efeitos *jurisdicionais* à *administração*, que, ao invés de deflagrar *execução*, opta por atalho não autorizado pelo Texto Supremo.

Destaque-se que mesmo frente ao longo tempo em que as certidões negativas vêm sendo exigidas como condição indispensável de acesso ao fólio real, é correto entender que a Constituição Federal não alberga ou aceita tal limitação ou restrição ao pleno exercício do *direito de propriedade*.

O direito positivo pátrio é pródigo em criar mecanismos e fórmulas para que os *direitos privados* corriqueiros fiquem sempre atrelados à prévia comprovação da regularidade tributária e previdenciária. Todos estes casos, em que pese o *interesse público* que os impulsiona, não são suficientes para invalidar ou enfraquecer disposições constitucionais peremptórias ou para afetar a segurança jurídica, base de todo o sistema.

Toda e qualquer *cobrança forçada* ou todo e qualquer mecanismo que tenha este sentido somente pode ser operacionalizado na prática com o emprego da *jurisdição*, que é poder que a Administração Pública não

dispõe. A restrição ao pleno exercício do direito de propriedade somente pode ser viabilizada com a utilização da jurisdição.

Não se pode, a pretexto de promover a cobrança do INSS ou de tributos federais, obstar titulariedade a alguém que legitimamente adquiriu uma propriedade nem privá-la da conquista deste legítimo título. A escritura/ata ou o próprio registro imobiliário podem destacar a ausência da apresentação das CND do INSS, bem como da Receita Federal, mas não pode impedir o registro da carta ou do título.

Toda a legislação infraconstitucional que versa sobre o assunto e que exige o atrelamento entre o registro imobiliário e a comprovação de regularidade tem fortes indícios de inconstitucionalidade, até porque o direito de propriedade somente comporta restrição e limitação em razão da *função social* delineada pelo *plano diretor municipal*. Não há qualquer outra restrição ou limitação contemplada pela Constituição, de forma que os mecanismos legais que venham a impingir outras limitações não encontram o necessário suporte constitucional.

O INSS pode ser informado da apresentação ou não da certidão, e com tal informação deve promover a *cobrança* mediante *execuções fiscais* e *previdenciárias*, na qual contam com adequado suporte jurídico para que a exigência atinja seus objetivos.

A facilidade de burla, a possibilidade de sonegação, não são suficientes para justificar a exigência, em todos os casos, das certidões negativas federais. Pode até ser uma medida "recomendável" para se evitar a evasão fiscal e previdenciária, mas não é constitucionalmente válida, na medida em que o Texto Supremo não contempla tais formas de *cobrança*, bem como não confere jurisdição aos órgãos administrativos.

Neste contexto, estabelece o inc. LIV do art. 5.º da CF que ninguém pode ser "privado... de seus bens sem o devido processo legal". Não há, portanto, como se privar uma pessoa do domínio de um imóvel adquirido, sem o procedimento legal, que no caso é jurisdicional.

Quanto ao caso concreto, a carta de adjudicação, sendo expedida em substituição à vontade da *empresa alienante*, não pode ser exigida ao adquirente.

De outro lado, a empresa ré da ação e adjudicação, conforme informou o Oficial, foi a *incorporadora* do Edifício São Sebastião, de forma que a unidade não integrou o *ativo fixo* da empresa mas apenas o seu circulante, de forma que dispensável a exigência da CND.

O registro da carta se mostra de rigor, até para se preservar a força da decisão judicial que, suprindo a vontade do alienante, determinou a transferência imobiliária.

Ante o exposto, julgo improcedente a dúvida e determino o registro da Carta de Sentença. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado neste sentido. Oportunamente, arquivem-se os autos.

P.R.I.

São Paulo, 29 de abril de 2002 – VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES, Juiz de Direito Titular.

6.4

2.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO – CAPITAL

6.4.1 PROPAGANDA INDEVIDA. Tabelionato de Notas que divulga folheto prometendo prática que é estranha às suas atribuições. Serviço que, embora privado, advém de delegação estatal. Observância do cumprimento da estrita legalidade.

Ementa: Tabelionato de Notas que faz divulgar folheto em que pretende arquivar ou registrar títulos e documentos estranhos ao conteúdo de seus livros notariais de escrituras e procuração, "visando prática de atos de autenticação ou certificação de documentos sob conservação". Anúncio de reprodução futura, como se fosse próprio original. Inviável autenticação de cópia autenticada. A atividade notarial, embora de caráter privado, sujeita-se à delegação do Estado, e, por conseguinte, ao princípio da legalidade estrita, não podendo dela extrapolar.

Processo CP 99/2001 – TN – j. 22.02.2002 – Juiz Márcio Martins Bonilha Filho.

Vistos.

Trata-se de expediente relativo ao pedido de providências formulado pelos Oficiais de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Capital do Estado de São Paulo, encaminhado a este Juízo, pela E. Corregedoria -Geral da Justiça, em relação à conduta funcional de Paulo Roberto Gaiger Ferreira, titular do 26.° Tabelionato de Notas da Capital, consistente no oferecimento de prestação de serviços extrajudiciais, cuja atribuição pertenceria aos representantes, com utilização de *folder*, cuja xerocópia figura a f.

Pleiteiam os representantes a obtenção de ordem liminar de recolhimento do material de propaganda, com suspensão da oferta e da prática dos atos impugnados, buscando resguardar a atribuição legal dos serviços de registro de títulos e documentos, com a vedação aos serviços de Tabelionato de Notas de arquivamento ou registro de títulos e documentos estranhos ao conteúdo de seus livros notariais de escrituras e procuração, "visando prática de atos de autenticação ou certificação de documentos sob conservação", sem prejuízo do exame da conduta funcional do representado.

Na defesa de seu ponto de vista, o tabelião sustentou a regularidade de sua atuação e a legitimidade da prática dos atos questionados, pelas fundamentadas razões de f., instruídas com as peças xerocopiadas de f.

Manifestaram-se, em seguida, os autores da representação (f.), que anexaram aos autos as peças de f., sobrevindo o pronunciamento do representado (f.).

Relegou-se para final o exame das medidas liminares, dando-se ciência à E. Corregedoria Geral da Justiça.

É o relatório.

Decido.

Para melhor definição da controvérsia estabelecida nos autos, é necessário esclarecer alguns pontos básicos, evitando-se distorções no exame da matéria, em relação a aspectos fundamentais do debate.

Em primeiro lugar, não se pode negar que a atividade notarial, por imposição de ordem constitucional, é exercida em caráter privado, por delegação do Estado.

Na realidade, trata-se de serviço público delegado, sendo irrecusável que o exercício dessa função concedida pelo Poder Público é relativa ao serviço de interesse público.

A propósito, assevera Leonardo Brandelli que "a função a cargo do notário é pública, posto que, embora ela seja exercida sobre direitos privados, atende a um interesse

da coletividade traduzido pela necessidade de afirmar a soberania do direito garantindo a legalidade e a prova datada de fé sobre os atos e fatos que são erigidos pelas relações privadas. Ao Estado cumpre tal mister; porém, este o exerce através da instituição notarial" (*Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 132).

Nesse sentido, é o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência, correspondendo à orientação adotada pela E. Corregedoria Geral da Justiça, com pleno respaldo na diretriz traçada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado, pelo seu C. Órgão Especial, nessa matéria, com o beneplácito de manifestações jurisprudenciais dos tribunais superiores do país.

O exercício da função pública delegada a título privado não desnatura o caráter público do direito notarial, tampouco não interfere nessa classificação a relação superveniente entre notário e cliente, diante da subordinação do tabelião aos princípios constitucionais e legais da delegação e às normas registrarias, enfim, ao Estado, que detém o *jus imperium*, e atua no interesse da coletividade.

Nesse passo, bem demonstraram os representantes a insustentável posição adotada pelo tabelião, que se apega estritamente ao campo do direito privado para a defesa de sua tese.

A atividade do tabelião, consoante o ensinamento de Walter Ceneviva, "se caracteriza, em seus aspectos principais, como o trabalho de compatibilizar com a lei a declaração desejada pelas partes nos negócios jurídicos de seu interesse. Compatibilização participante e não meramente passiva, pois a declaração transposta para o documento público se destina a retratar limitações de direitos, aceitas pelos participantes do ato" (*Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 22).

No desempenho de sua função, não está o Tabelião impedido de divulgar seu trabalho, podendo fazê-lo sem forma ostensiva, em termos suficientes para informar a coletividade sobre os serviços que presta, visando à publicidade no legítimo exercício do direito de informar, mas com sobriedade exigida, sem ostentação, conforme já decidido por este Juízo nos autos do Processo CP 49/2001-TN, em expediente de interesse do mesmo representado.

Como já assentou este Juízo, enfatizando-se a necessidade de absoluto respeito à ordem ética e a exigência de se evitar o desencadeamento de verdadeiro aliciamento de clientes, o que é inadmissível, "a divulgação dos serviços deverá ficar submetida a critérios de equilíbrio e sensatez, autorizadas veiculações publicitárias não ostensivas, tais como remessa de folhetos contendo comunicados sobre os serviços, com utilização de banco de dados em mala direta, vedada propaganda mediante anúncios em placas sensacionalistas ou veiculações ostensivas em jornais e outros meios de comunicação".

No aspecto formal, o folheto questionado, em termos de material promocional, não afronta a orientação judicial traçada sobre o tema, mas, no que se refere ao seu conteúdo, no aspecto impugnado na representação, comporta restrição, não se legitimando a solução defendida pelo representado.

Como se sabe, na esfera do direito registrário, regido pelas normas do direito público, é de rigor a aplicação e a observância do princípio da legalidade. Aqui, tal como sucede em relação ao agente, na Administração Pública, ao Delegado do Serviço somente é permitido fazer o que a lei autoriza.

Nesse ponto, é irrepreensível o invocado ensinamento do sempre lembrado Hely Lopes Meirelles:

"Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'" (*Direito admi-*

nistrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82).

Aliás, bem citada pelos representantes, como já o fizera o acatado jurista José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 373-374), por incidir na espécie.

É inegável que "o serviço notarial e de registros se subordina rigorosamente ao princípio constitucional da legalidade. O ato praticado ou praticável é sempre previsto em lei, para ser executado e cumprido na forma desta", como elucida o ilustre Advogado Walter Ceneviva, ao apreciar a matéria (op. cit., p. 211).

Ademais, no quadro das atribuições legais, e da competência normativa, são distintas as atividades de cada categoria, cumprindo exigir-se a rígida obediência aos limites da atuação dos agentes delegados, que, embora não sejam servidores públicos, pertencem ao quadro de colaboradores do Poder Público, a que se referiu o ínclito Hely Lopes Meirelles (op. cit., p. 75), sujeitos aos mesmos princípios que regem o serviço público, pouco importando, para esse fim, que não ocupem cargo público.

Portanto, em se tratando de serviço público, subordinado a regras específicas de direito público, é de exigência indeclinável o rigor na observância estrita das atribuições delegadas, sem margem para ampliação da função exercida, que não está legitimada por norma constitucional, tampouco por regra legal.

No caso em exame, a oferta de serviços ultrapassou as atribuições pertinentes do representado, que são previstas no art. 7.º da Lei 8.935/94, incorrendo em extensão relativa a outros serviços delegados, conforme bem assinalaram os representantes, nos pontos destacados na inicial, a reclamar pronta vedação, por isso que extravasa do campo da atuação notarial delegada do representado, sem que houvesse atribuição residual, como sucede em relação ao registro de títulos e documentos (art. 127 da Lei 6.015/73).

O elastério pretendido, no tocante à invocação do sistema da ata notarial, com apego às inaplicáveis regras do direito comparado, para justificar o procedimento criticado, é inaceitável na hipótese.

Regras elementares foram olvidadas pelo representado, que, ao que parece, busca restaurar *mutatis mutandis* o antigo e superado sistema de pública-forma, cuja utilização é vedada expressamente pela norma específica da E. Corregedoria Geral da Justiça (Capítulo XIV, item 51.2, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça – Provimento CGJ 2/91), que estabelece, ainda, expressa proibição no sentido de que não será extraída, autenticada ou utilizada para a prática de nenhum ato notarial reprodução reprográfica de outra reprodução reprográfica, autenticada ou não, de documento público ou particular.

De outra parte, a prática de atos de arquivamento, que não passaria afinal de registro de títulos e documentos, para fins de publicidade, para fazer prova perante terceiros, ou autenticar data, mesmo para mera preservação e perpetuidade, constitui atribuição exclusiva dos serviços registrais de títulos e documentos, nos termos da legislação vigente (art. 12 da Lei 8.935/94; art. 127 da Lei 6.015/73).

Por seu turno, no tema da atuação notarial, sob o prisma da certificação digital, cabe lembrar que a matéria ainda não foi normatizada em nosso Estado, mas é induvidoso que a utilização do meio digital não afetou as atribuições respectivas, nem alterou o sistema de competência, na prestação dos serviços delegados.

Aliás, o anúncio de serviços aos usuários, nesse capítulo, gera confusão em aspectos importantes relativos à segurança e ao arquivamento de documentos, com promessa de reprodução futura, como se fosse o próprio original. Do mesmo modo, inviável a prática de autenticação de cópia autenticada.

É evidente que o avanço tecnológico exige a evolução no sistema de prestação de

serviços registrários, para acompanhar seu desenvolvimento, mas não com o sacrifício de princípios legais e constitucionais indeclináveis e o risco à segurança jurídica e notarial, devendo o representado ficar limitado ao desempenho de suas funções no campo relativo à sua área específica de atuação, sem margem para extrapolar as suas atividades, nada justificando a invasão de competência legalmente reservada.

A despeito do ponto de vista sustentado nos autos pelo representado, não há falar em reserva de mercado, mas de respeito à reserva legal, que é garantia e segurança de que não se pode abrir mão.

Por conseguinte, acolhendo a representação, nos termos da postulação inicial, determino ao tabelião que se abstenha da promoção de propaganda a que corresponde ao folheto de f., suspendendo a oferta dos atos impugnados, sob pena de instauração de procedimento disciplinar, vedada a prática desses atos (item *b*, f.), resguardando-se a atribuição legal dos serviços de registro de títulos e documentos.

O recolhimento do material de propaganda já tornado público torna-se inviável, no momento, seja pelo tempo decorrido, seja pela inexistência de indicação de sua localização, certo que o representado deve sustar imediatamente a sua distribuição, bem como sua divulgação pela via eletrônica.

Por ora, descabe outra providência (item *c*, f.), considerando que, pelos elementos coligidos nos autos, não há razão suficiente para cogitar, desde logo, de imposição de sanção disciplinar.

Comunique-se a decisão à E. Corregedoria Geral da Justiça.

P. R. I. C.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2002 – MÁRCIO MARTINS BONILHA FILHO, Juiz de Direito.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Adjudicação compulsória – obrigação de fazer – CND do INSS e RF, 349

Alienação fiduciária – garantia de mútuo, 347

Analogia – aplicação da norma, 77

Anticrese – usufruto – cessão de exercício, 332

Aposentadoria compulsória – escreventes, 146

notários, 222

notários e registradores, 136

Aquëstos – usufruto – aquisição da nua pela virago e usufruto pelo varão, 327

Áreas públicas – concessão de uso, 29

favelas – regularização, 25

usucapião, 27

Arrematação – registro – indisponibilidade do bem, 311

Arrendamento rural X locação – *numerus clausus* – analogia, 111

Ata notarial, 246, 271

certidão, 249

instrumento público, 250

notificação extrajudicial, 265, 272

página da *Internet*, 257

escritura – distinções, 248

Autenticação notarial e registral – alcance e sentidos, 267

cópias reprográficas, 267

Averbação ou registro – tipicidade, 56

B

Bem reservado da mulher – sub-rogação de bens próprios, 327

Bens de domínio público – concessão de uso, 38

Boa-fé – hipoteca – compromisso de c/v, 126

objetiva – cláusulas abusivas, 67

C

Cancelamento de registro *ex officio* por preempção da hipoteca, 334

Capitanias hereditárias, 90

Carta de arrematação – registro – indisponibilidade judicial, 311

Caução de imóveis – sociedade comercial – cessão de quotas – hipoteca, 325

Cautelares – publicidade registral, 54

Cédula de crédito hipotecária – execução – notificação do credor, 302

Cédula de crédito rural – Execução fiscal – penhora – registro – hipoteca, 316

Certidão – princípio de publicidade registral, 148

princípio de rogação – identificação do solicitante, 151

publicidade registral, 55

publicidade registral – segredo de Justiça, 151

Cessão de direitos – direitos reais – posse, 126

Cessão de quotas – sociedade comercial – caução de imóveis – hipoteca, 325

Cláusula de inalienabilidade – aquisição de imóvel – usucapião, 300

Cláusulas abusivas – CDC – Incorporação imobiliária, 63

CND do INSS – RF – alienação – ineficácia em relação à Previdência, 349

adjudicação compulsória – obrigação de fazer, 349

Compra e venda – retrovenda – simulação, 307

Compromisso de compra e venda – hipotecas – consentimento dos adquirentes, 312

hipotecas, 126

instrumentos públicos ou privados?, 201

não registrado – imóvel hipotecado ao SFH – penhora, 316

Compromisso de dação – registro, 111
Concessão de uso – Áreas públicas, 29
domínio público – razões de veto da Lei 10.257/2001, 38
Concubinato – Direito real de habitação – taxatividade de direitos reais, 110
Condomínio – incorporação – atribuição – emolumentos, 279, 336, 339
incorporação – compromisso de c/v – hipoteca, 312
incorporação imobiliária, 61
incorporação imobiliária – eficácia do registro, 312
Shopping center – locação comercial, 111
Condomínio especial – Usucapião coletiva, 32
Condomínio *pro indiviso* – multipropriedade, 120
Consórcio imobiliário – estatuto da cidade, 46
Consumidor – cláusulas abusivas – atividade notarial preventiva, 165, 194
incorporação imobiliária – cláusulas abusivas, 63
serviços registrais e notariais, 151
Contratos e pré-contrato, 79
Contratos – função notarial, 199
Contratos – adesão e a função notarial, 203
Contratos – gaveta, 126
gaveta – hipoteca ineficaz, 346
gaveta – penhora, 160
Contratos particulares – clandestinidade jurídica, 126
Cópia autenticada X documento autêntico, 268
Cópias reprográficas – atividade notarial ou registral, 267
título inábil para registro, 357
Cortiços – favelas, 21
regularização, 28
Costume – aplicação da norma, 77
atividade notarial, 231
Criptografia – documentos eletrônicos – certificação – notários, 260
Cybernotary, 260

D

Dação – compromisso – registro, 111
Detran – publicidade de automotores, 60
Direito de construir – outorga onerosa, 12, 45
Direito de retenção – registrabilidade, 116
Direito de superfície, 12
Direito e neoliberalismo – função notarial, 178
Direito real de habitação – concubina – taxatividade de direitos reais, 110
sucessão – viúvo que mantém união estável, 309
Direitos reais – cessão – posse, 126
definição, 80
normas de ordem pública, 83
numerus clausus?, 100
preferência – seqüela, 81, nota 30
seqüela, 103
taxatividade, 110, 150
taxatividade – Habitação – concubina, 110
tipicidade, 75, 96
tipicidade – direito comparado, 95
Disponibilidade – restrições – publicidade registral, 104
Documento autêntico X cópia autenticada, 268
Documentos eletrônicos – autenticação notarial – ilegitimidade, 269
autenticação notarial ou registro de TD?, 264
certificação atividade notarial, 260
RTD – atribuições, 269
Domínio público – concessão de uso – razões de veto da Lei 10.257/2001, 38

E

Economia e direito – função notarial, 166

Eficácia do registro – incorporação imobiliária, 312

Emolumentos – condomínio – incorporação – atribuição de unidade autônomas, 279

custas – atividade notarial, 258

incorporação imobiliária – atribuição, 336, 339

Erro – retificação de registro, 94

Erro evidente – retificação *ex officio*, 94

Escreventes – CLT – aposentadoria compulsória?, 146

Escritura pública – ata notarial – distinções, 248

erro – retificação do registro, 94

formalidade essencial, 201

parcelamento do solo urbano popular, 125

requisito formal essencial, 108

SFH, 201

União Estável, 255

Estatuto da cidade – improbidade administrativa, 36, 41

Operações urbanas, 16

vizinhança – estudo de impacto, 15

Execução – cédula de crédito hipotecária – notificação do credor, 302

Execução fiscal – penhora – registro – cédula de crédito rural – hipoteca, 316

F

Fato e ato jurídicos, 79

Favelas, 17, 20, 21

áreas públicas – regularização, 25

regularização, 26

urbanização, 24

usucapião coletiva, 17

Fé pública notarial, 213

instituição pré-jurídica, 193

Fotocópias – autenticação notarial ou registral?, 267

G

Globalização e as atividade notariais, 166

H

Habitação – concubina – taxatividade de direitos reais, 110

Hipoteca – cancelamento – prova de quitação, 95

cancelamento de registro por preempção, 334

cédula de crédito – execução – notificação do credor, 302

compromisso de compra e venda, 126

compromisso de compra e venda – consentimento dos adquirentes, 312

princípio da indivisibilidade, 312

sociedade comercial – cessão de quotas – caução de imóveis, 325

Hipoteca cedular – execução fiscal – impenhorabilidade – cédula de crédito rural, 316

execução fiscal – penhora – registro – cédula de crédito rural, 316

Hipoteca ineficaz – contrato de gaveta, 312

I

Incorporação imobiliária – atribuição – emolumentos, 279, 336, 339

cláusulas abusivas – CDC, 63, 71

compromisso de c/v – hipoteca – consentimento, 312

condomínio, 61

Incorporação imobiliária – eficácia do registro, 312

lançamento do empreendimento – registro, 74

Indisponibilidade de bens – protesto contra alienação de bens, 57

Indisponibilidade judicial – carta de arrematação – registro, 311
Instrumentos particulares X escrituras públicas – SFH, 201
Inventário e partilha – separação de fato – aquisição de bens, 293
ITBI – usufruto, 330

J

Jurisdição voluntária – atividade notarial e registral, 150, 257

L

Locação comercial – clásula de vigência – sublocação – *Shopping center*, 111
Locação X arrendamento rural – *numerus clausus* – analogia, 111
Loteamentos – regularização, 26
Loteamentos clandestinos, 21
regularização fundiária, 17
Loteamentos ilegais – população, 20

M

Macrozoneamento – estatuto da cidade, 15
Mandato em causa própria e o registro, 114
Microfilme – RTD, 269
Multipropriedade – condomínio ordinário – pacto de uso, 120
condomínio *pro indiviso*, 120
direito real de habitação periódica, 120
retrovenda, 120
Multipropriedade e o registro, 118

N

Notariado do tipo latino, 193
aplicação no Brasil, 265
Notário – ata notarial, 246
cláusulas abusivas – consumidor, 194
contratos, 199
criptografia – certificação, 260
custas e emolumentos, 258
documentos eletrônicos, 260
fé pública, 213
função – caracteres, 193
função criadora, 209
função pública, 196
independência funcional, 221, 228
informática, 258
jurisdição voluntária, 257
natureza da função, 211
profissional do direito, 193
RTD – autenticação – pública-forma, 362
união de pessoas do mesmo sexo, 255
união estável, 236
Notários e a mediação, 257
fé pública – instituição pré-jurídica, 193
jurisdição voluntária, 150
o novo contrato, 165
previsões legais, 214
Notários e o CPC, 219
Notários e o direito de família, 217
Notários e registradores – agentes ou servidores públicos?, 222
aposentadoria compulsória, 136
cargo ou função?, 266
delegação, 136, 265
natureza da função, 222
servidores públicos?, 136
Títulos e Documentos – autenticação, 264
Notários na antigüidade, 189
Notificação – ata notarial, 265
Notificação extrajudicial – ata notarial?, 272

O

Operações consorciadas – estatuto da cidade, 46
Operações urbanas – estatuto da cidade, 16

P

Parcelamento do solo urbano popular – escritura pública, 125

Parcelamentos do solo urbano irregulares, 17

Partilha – separação de fato – aquisição de bens, 293

Penhora – compromisso de c/v não registrado – SFH – Caixa Econômica Federal, 316

continuidade – imóvel alienado, 160

contratos de gaveta – clandestinidade jurídica, 160

especialidade subjetiva e objetiva, 160

inexistência de registro – alienação do bem, 297

presunção do registro – reforma do CPC de 2002, 158

registro – mandado judicial ou certidão?, 159

registro – reforma do CPC de 2002, 156

Penhora em Execução Fiscal – registro – cédula de crédito rural – hipoteca, 316

Plano diretor – estatuto da cidade, 12

publicidade, 47

Posse – cessão – direito real, 126

direito real, 86, 124

fato ou direito?, 86

imissão provisória – registro, 125

retificação de registro, 128

Posse e detenção, 89

e o registro de imóveis, 123

e propriedade, 86

e usucapião, 124

Preempção – estatuto da cidade, 44, 48

Princípio da indivisibilidade da hipoteca, 312

Princípio de concentração – publicidade registral, 55

Princípio de fé pública registral – registro de penhora, 159

Princípio de inoponibilidade – registro de penhora – reforma do CPC/2002, 159

Princípio de inscrição – publicidade registral, 55

Princípio de instância, 108, nota 161, 288

Princípio de legalidade – exame do título, 107

Princípio de legitimação registral, 94

Princípio de prioridade – protesto contra alienação de bens, 57

Princípio de publicidade – certidão, 148

Princípio de rogação – certidão – identificação do solicitante, 151

Princípios gerais de direito – aplicação da lei, 78

Prioridade – protesto contra alienação de bens, 57

Procuração em causa própria e o registro, 114

Propriedade – aquisição – financiamento, 22

direito absoluto, 89

função social, 15, 129

Propriedade e posse, 86

Protesto contra alienação de bens, 51

indisponibilidade?, 57

recursos, 57

Títulos e documentos, 59

Protesto contra alienação de bens e o registro, 112

Prova pré-constituída – atividade notarial, 221

Pública forma – documentos eletrônicos, 272

Notário – RTD – autenticação, 362

Publicidade registral, 54

cautelares, 54

certidão, 148

certidão – segredo de Justiça, 151

disponibilidade – restrições de domínio, 104

efetividade, 130

Q

Qualificação registral, 107

R

Reconhecimento de firma autêntico, 220

Reconhecimento de firmas eletrônicas – atividade notarial, 277

Registrador e Notário – RTD – autenticação – pública-forma, 362

Registradores – agentes ou servidores públicos?, 222

cargo ou função?, 267

natureza da função, 222

Registradores e notários – aposentadoria compulsória, 136

aposentadoria compulsória – EC 20, 139

delegação, 136

jurisdição voluntária, 150

Registro – presunção relativa, 93

Registro civil – publicidade – segredo de Justiça, 151

Registro de imóveis – incorporação imobiliária – eficácia do registro, 312

Registro de Títulos e documentos – protesto contra alienação de bens, 59

Registro do vigário, 51

Registro paroquial, 90

Registro público – função social, 129

Registro X averbação – tipicidade, 56

Registros públicos e notarias – direitos dos consumidores, 151

Regularização fundiária, 17

áreas públicas – favelas, 25

políticas públicas, 22

Restrições – publicidade registral – disponibilidade, 104

Retenção – direito de – registrabilidade, 116

Retificação administrativa de registro, 128

Retificação de registro, 94

aquisição *a non domino*, 304

erro de escritura pública, 94

posse, 128

Retificação *ex officio* – erro evidente, 94

Retrovenda – direito real?, 117

multipropriedade, 120

simulação, 307

Retrovenda e hipoteca, 118

RTD – atribuições – documentos eletrônicos, 269

microfilme, 269

Notário – autenticação – pública-forma, 362

notificação extrajudicial – ata notarial, 272

S

Separação de fato – aquisição de bens – inventário e partilha, 293

Sesmarias, 51, 90

SFH – escrituras públicas, 201

imóvel hipotecado – compromisso de compra e venda – penhora – registro, 316

Shopping center – locação comercial – condomínio, 111

Sociedade comercial – cessão de quotas – caução de imóveis – hipoteca, 325

Solo criado, 12

Sub-rogação de bens próprios – bem reservado, 327

Sucessões – direito real de habitação – união estável posterior, 309

Súmula 377 do STF – comunicação de aqüestos – usufruto, 328

T

Tabelião – *v.* notário

Teoria contratual – *lex mercatoria* – atividade notarial, 178

Time sharing e o registro, 118

Tipicidade – título, 106

Tipicidade de direitos reais, 75

fatos inscritíveis, 56

Tipo e fato jurídico – direitos reais, 84

Título – causa da relação jurídica, 84
tipicidade, 106
Título e modo – teoria, 90
Título inábil para registro – cópias reprográficas, 323
Títulos clandestinos, 126
Títulos e documentos – protesto contra alienação de bens, 59
Títulos e Documentos *vide* RTD
Tradição e inscrição, 90

U

União de pessoas do mesmo sexo – atividade notarial, 255
União estável – atuação notarial, 236
escritura pública, 255
viúvo que constitui nova família – direito real de moradia, 309
Usucapião – áreas públicas, 27
imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade, 300
posse, 124
Usucapião coletiva, 28
condomínio especial, 32
estatuto da cidade, 17
favelas, 17
Usucapião constitucional, 27
imóvel rural, 124
secundum tabulas, 124
Usufruto – alienação da nua e usufruto para pessoa distintas – ITBI devido, 330
aquisição da nua pela virago e usufruto pelo varão – aqüestos, 327
cessão de exercício – anticrese, 332
vidual, 323

V

Vizinhança – estudo de impacto, 15, 42

Z

Zona rural e urbana – macrozoneamento, 15
Zoneamento – zona rural, 15

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:

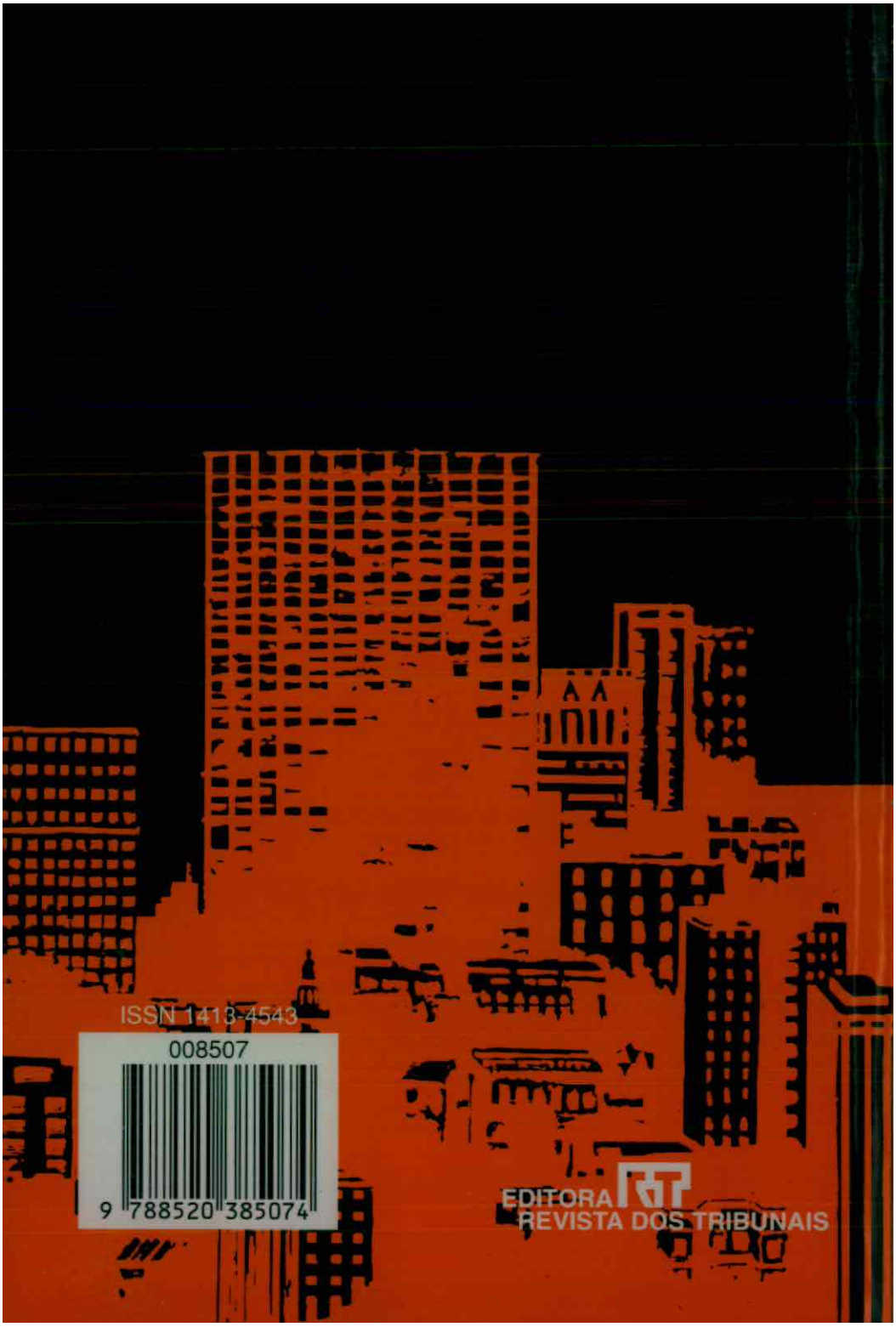
PALAVRAS-CHAVE: criminologia; criminalidade organizada; lavagem de dinheiro; deliqüência econômica etc.)

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

008507

9 788520 385074

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS