IRIB

REVISTA DE

DIREITO IMOBILIÁRIO

Nº 54 ANO 26 JANEIRO-JUNHO DE 2003

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

IRIB

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

54

Ano 26 • janeiro-junho de 2003

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 26 • n. 54 • janeiro-junho de 2003

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 • Barra Funda
Tel.: (11) 3613-8400 • Fax: (11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Coordenadora de Revistas: LIA TETELLI

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel.: 0800-702-2433

e-mail: sac@rt.com.br

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

Impressão e acabamento: Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

COLABORADORES 7

APRESENTAÇÃO 9

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.1 Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica – RICARDO DIP 11

1.2 Registro e urbanismo: a posição dos adquirentes – MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA 34

1.3 Os efeitos substantivos da inscrição e o papel do registro na proteção do tráfego jurídico imobiliário – LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA 84

1.4 Alguns requisitos para a validade dos documentos na *Lex Visigothorum* – OLGA MARLASCA 99

1.5 Títulos judiciais e o registro de imóveis – JOÃO BAPTISTA GALHARDO 114

1.6 Técnica de redação da escritura pública – JOÃO TEODORO DA SILVA 133

1.7 Algumas linhas sobre a atividade notarial – ALEXANDRE REZENDE PELLEGRINI 155

1.8 As pessoas jurídicas no novo Código Civil – PAULO ROBERTO DE CARVALHO RÊGO 187

1.9 O direito de empresa e o novo Código Civil – GRACIANO PINHEIRO DE SIQUEIRA 205

1.10 Modernização dos registros públicos imobiliários mexicanos – RAÚL CASTELLANO MARTÍNEZ-BÁEZ 224

1.11 Assinaturas eletrônicas e certificação das chaves dos notários na legislação italiana – RAIMONDO ZAGAMI 230

2. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização: SÉRGIO JACOMINO

2.1 Superior Tribunal de Justiça

2.1.1 Penhora. Bem imóvel. Embargos do devedor. Inscrição no registro de imóveis. Prazo. Termo *a quo*. Arts. 659, § 4.º, 669 e 738, I, do CPC. Não conhecimento – REsp 153.793-SP – 6.ª T. – STJ – Min. HAMILTON CARVALHIDO 259

2.1.2 Ação anulatória de escritura pública de compra e venda. Alienação de imóvel de fundação. Retorno de imóvel antes doado para o patrimônio do originário doador por procuração *in rem suam* e posterior alienação a terceiro. Impossibilidade. Ausência de autorização judicial – REsp 303.707-MG – 3.ª T. – STJ – Ministra NANCY ANDRIGHI 266

2.2 Tribunal Regional Federal da 4.ª Região

2.2.1 Arrematação de imóvel. Cobrança de taxas condominiais. Proprietário. Possuidor. Multa convencional. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade – ApCiv 2000.71.000283-6-RS – 4.ª T. – TRF 4.ª Reg. – Juiz JOEL ILAN PACIORNIK 278

2.3 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2.3.1 Negócio imobiliário. Compra sem a devida checagem dos antecedentes judiciários do vendedor. Falta de boa-fé objetiva do comprador para com a função social do contrato – ApCiv 179.991-4/8 – 3.ª Câm. de Férias de Janeiro/2001 – Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI 282

2.3.2 Registro de imóveis. Retificação de área – AgIn 196.440-4/9 – 2.ª Câm. de Direito Privado – TJSP – Des. J. ROBERTO BEDRAN . 289

2.3.3 Compra e venda. Retificação de escritura e dos correspondentes registros – Ag 236.722-4/6 – 10.ª Câm. de Direito Privado – TJSP – Des. QUAGLIA BARBOSA 292

2.4 Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

2.4.1 Penhora. Registro. Prova quanto à fraude de qualquer transação posterior – Ap s/ Rev 615.512-0/8 – 11.ª Câm. – 2.º TACivSP – Juiz MENDES GOMES 295

2.4.2 Embargos à arrematação. Ação de execução. Locação de imóveis – Ap c/ Rev 617.513-00/4 – 12.ª Câm. – 2.º TACivSP – Juiz GAMA PELLEGRINI 298

2.4.3 Locação. Execução. Imóvel dado em caução registrada no cartório competente. Arts. 38, § 1.º, da Lei 8.245/91, 167, II, n. 8, e 172 da Lei 6.015/73. Posterior penhora por terceiro credor. Preferência do titular do direito real. Arts. 619 e 698 do CPC. Notificação do credor. Obrigação imposta ao terceiro credor e não ao titular do direito real de garantia – Ap c/ Rev 637.304-00/7 – 3.ª Câm. 2.º TACivSP – Juiz CAMBREA FILHO 302

2.4.4 Condomínio. Utilização de garagem, Convenção que indistintamente prevê vaga para até dois veículos – Ap s/ Rev 752.855/1 – 12.ª Câm. – 2.º TACivSP – Juiz ARANTES THEODORO 305

2.4.5 Condomínio. Cobrança de despesas. Arresto. Registro. Recusa do oficial. Violação ao princípio da continuidade. Imóvel registrado na ocasião da apresentação da certidão de arresto em nome da Caixa Econômica Federal, estranha ao processo. Pedido de expedição de mandado para o registro do arresto. Indeferimento sob o fundamento de que tal pedido deve ser formulado ao MM. Juiz Corregedor do aludido Cartório. Decisão reformada – AgIn 763.053-0/4 – 8.ª Câm. – 2.º TACivSP – Juiz WALTER ZENI 308

3. JURISPRUDÊNCIA NOTARIAL E REGISTRAL

Seleção e organização: ADEMAR FIORANELLI

3.1 Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

3.1.1 Dúvida. Penhora sobre o direito de exercício de usufruto. Registro negado por se tratar de direito pessoal. Apelação desprovida – ApCiv 95.768-0/4 – Conselho Superior da Magistratura – Corregedor LUIZ TÂMBARA 311

3.1.2 Parcelamento de solo. Aprovação e prazos. Renovação pela Municipalidade – ApCiv 96.712-0/7 – Conselho Superior da Magistratura – Corregedor LUIZ TÂMBARA 314

3.1.3 Loteamento. Perigo potencial aos futuros adquirentes diante de eventuais condenações da loteadora – ApCiv 96.814-0/2– Conselho Superior da Magistratura – Corregedor LUIZ TÂMBARA 316

3.1.4 Formal de partilha. Registro de imóveis. Inviabilidade – ApCiv 96.477-0/3 – Conselho Superior da Magistratura – Corregedor LUIZ TÂMBARA 320

3.1.5 Usufruto. Registro. Instituição em favor do promitente-comprador – ApCiv 97.891-0/0 – Conselho Superior da Magistratura – Corregedor LUIZ TÂMBARA 322

3.1.6 Usufruto *deducto* (retido). Doação. Alienação da nua-propriedade. Questionamento da necessidade do registro do usufruto reservado. Interpretação dos arts. 715 do antigo CC e 1.391 do novo Código. Recurso desprovido – ApCiv 99.458-0/9 – Conselho Superior da Magistratura – Corregedor LUIZ TÂMBARA 324

3.2 Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo

3.2.1 Registro de imóveis. Hipoteca incidente sobre gasoduto – Processo 309/03 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria MARCELO FORTES BARBOSA FILHO 326

3.2.2 CDHU. Construções unifamiliares de padrão econômico destinadas a uso próprio. Certidão Negativa de Débito do INSS. Necessidade de apresentação, uma vez não concedida a isenção – Processo 2.230//2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria JOÃO OSCAR MARÇURA 328

3.2.3 Cancelamento de penhora. Pedido colocado em certidão elaborada pelo Ofício Judicial em que se processou a execução. Recusa. Ato determinado – Processo 2.524/2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 332

3.2.4 Lote. Desdobramento. Restrição contratual. Autorização, no entanto, de tal prática por lei municipal em casos semelhantes. Princípio da isonomia a ser respeitado – Processo 2.566/2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria JOÃO OMAR MARÇURA 334

3.2.5 Loteamento. Desmembramento. Unificação das partes de lotes contíguos. Desestruturalização urbanística. Vedação por meio de cláusula contratual apresentada ao Registro de Imóveis. Decisão mantida – Processo 2.731/2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO 336

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

3.3.1 Mandado de penhora. Constrição incidindo sobre usufruto vitalício. Bem impenhorável por força de lei (arts. 1.393 do novo CC e 717 do antigo de 1916) – Processo 000.02.121477.8 – 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo – Juiz VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES 339

3.3.2 Dúvida registral nos termos do art. 198 da Lei 6.015/73. Registro de compromisso de venda e compra. Instrumento particular. Interpretação dos arts 108, 134, 1.417 e 1.418 do atual CC – Processo 000.03.036748-4 – 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo – Juiz VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES 342

3.3.2.1 Dúvida 342

3.3.2.2 Sentença 342

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 347

COLABORADORES

ALEXANDRE REZENDE PELLEGRINI

Tabelião de Notas e de Protesto Substituto em Rio Pardo-RS.

GRACIANO PINHEIRO DE SIQUEIRA

Especializado em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Oficial Substituto do 4.º Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital do Estado de São Paulo.

JOÃO BAPTISTA GALHARDO

Registrador de Imóveis.

JOÃO TEODORO DA SILVA

Tabelião do 6.º Ofício de Notas de Belo Horizonte-MG.

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA

Membro do Tribunal Registral da Superintendência Nacional dos Registros Públicos, Peru.

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Professor Titular de Direito Civil na Universidade de Sevilha, Espanha.

OLGA MARLASCA

Professora de Direito Romano da Universidade de Deusto, Bilbao, Espanha.

PAULO ROBERTO DE CARVALHO RÊGO

1.º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de São Paulo. Diretor da Associação dos Notários e Registradores do Estado e do Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos da Cidade de São Paulo.

RAÚL CASTELLANO MARTÍNEZ-BÁEZ

Presidente do Centro Acadêmico de Direito Registral Morelia, Michoacán. Advogado.

RAIMONDO ZAGAMI

Notário no Distrito de Reggio di Calabria e Locri, Itália. Membro da Commissione Informática do Consiglio Nazionale del Notariato (Conselho Nacional dos Notários). Doutor pesquisador em Direito da Informática na Universidade de Bolonha. Ex-professor contratado de Informática Jurídica na Universidade de Catanzaro. Palestrante em Congressos e autor de publicações em matéria de documentos informatizados e assinaturas eletrônicas.

RICARDO DIP

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Professor de Filosofia do Direito e de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Paulista, em Alphaville-SP. Convidado da Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Católica Argentina de Buenos Aires. Membro da Real Academia de Jurisprudência e Legislação de Madri, Espanha, do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal, da Academia Paulista de Direito e do Centro de Estudos de Direito Natural "José Pedro Galvão de Sousa".

APRESENTAÇÃO

Este exemplar da *Revista de Direito Imobiliário,* na sua 54.ª edição, encontra os registradores prediais numa nova fase institucional, momento em que o registro imobiliário pátrio se fortalece com novos atores, recém-aprovados em concursos públicos.

A importância da renovação que esses concursos têm concretizado nos quadros profissionais do registro não deve ser menosprezada. Estamos diante de um marco expressivo das profundas mudanças que a instituição experimenta. Por um lado, momento seminal, de transformações e avanços; de outro, movimento de resgate e consolidação de fundas tradições.

Por incrível que pareça, pode-se dizer que os novos registradores já são velhos conhecidos destas páginas. Freqüentam-nas há tempos, buscando conhecimentos técnicos e capacitação teórica. Pesquisam seus índices, à procura da melhor informação. Lêem com interesse e reverência as milhares de páginas que se foram escrevendo e editando ao longo da trajetória do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Encontro mágico esse, que proporciona um diálogo perene entre gerações de registradores! Enfim, pode-se dizer que esta Revista e os novos registradores são velhos amigos!

Esse encontro da tradição com a *novelle vague* do registro predial brasileiro é digno de nota. A voz da experiência, que consagrou um sistema registral adequado à realidade do país, que conservou seus fundamentos e valores, encontra agora novos interlocutores. A tradição regenera-se. Parafraseando Vítor Pradera, tantas vezes citado pelo jurista Ricardo Dip, eis a tradição, "que não é todo o passado, mas apenas o passado que se faz presente e tem virtude para fazer-se futuro".

O Instituto de Registro Imobiliário do Brasil sente-se honrado em poder dar as boas-vindas aos novos registradores. Que a comunidade de estudiosos do direito registral, tão bem representada pela *Revista de Direito Imobiliário,* possa revigorar-se com os novos valores que despontam. Igualmente, que a tradição possa colher os seus melhores frutos.

São Paulo, inverno de 2003.

SÉRGIO JACOMINO
Presidente

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.1

SOBRE A CRISE CONTEMPORÂNEA DA SEGURANÇA JURÍDICA*

RICARDO DIP

Da célebre sentença de Aristóteles – "o homem é, por natureza, um animal político"[1] – extrai-se o corolário de que o homem é *naturalmente* inclinado ao fim da Sociedade política, isto é: *ao bem comum político*. Da politicidade não poderia dizer-se, entretanto, que é um *próprio específico*[2] humano, se o homem não tendesse naturalmente ao fim ou bem comum da cidade. Por sua natureza[3] inclinam-se os homens para tudo aquilo que os aperfeiçoa[4] – o que conhecem e apetecem como seu bem,[5] com título de

(*) Versão em português da palestra proferida em 11.03.2003, em Morélia, capital do Estado de Michoacán, no México, no XVII Encontro do Comité Latinoamericano de Consulta Registral.

(1) Aristóteles. *Política*, Bkk. 1.253 *a*.

(2) Embora o próprio seja um acidente da substância, tem com esta uma vinculação necessária e invariável. Se é certo que, predicável acidental, o próprio não pertence à essência das coisas, deriva, contudo, de seus princípios essenciais: "Proprium enim non est de essentia rei, sed ex principiis essentialibus speciei causatur" (S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I, q. 77, art. 1, *ad 5um*). Trata-se, pois, de um acidente necessário dos sujeitos. Por isso, o próprio, sem ser essencial, é, contudo, natural a esses sujeitos. Dessa maneira, o próprio substitui materialmente o universal lógico que lhe corresponda; assim, todo homem é animal social; todo animal social é homem; ou, em exemplo de Van Acker, todo homem é risível; todo risível é homem (*Introdução à filosofia – Lógica*. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1932. p. 226).

(3) O homem está inclinado à virtude por sua própria natureza: "homo a natura habet inclinationem ad virtutem" (S. Tomás de Aquino, op. cit., Ia.-IIæ., q. 85, art. 1, *respondeo*). Essa inclinação diz-se *natural*, porque *em parte* provém da natureza seja específica, seja individual dos homens: não existem hábitos humanos inteiramente naturais (v. S. Tomás de Aquino, op. cit., Ia.-IIæ., q. 51, art. 1, *respondeo*, e q. 63, art. 1, *respondeo*).

(4) *Bem* é aquilo a que todos tendem (Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, Bkk. 1.094 *a*), o que todos apetecem – *bonum est quod omnia appetunt* (S. Tomás de Aquino, op. cit., I, q. 5, art. 1, *respondeo*) –, exatamente porque é um bem. O homem, naturalmente político, apetece o bem comum como um bem de sua natureza social.

(5) S. Tomás de Aquino: "(...) id quod ad omnibus appetitur omnibus videtur bonum" (*Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, Livro 10, lição 2, n. 1.975).

fim.[6] Não se trata só de uma propensão humana aos bens que são próprios das pessoas singulares, mas também de uma tendência natural a bens que são comuns, entre eles o da cidade – ao qual, até mesmo, se inclinam os homens de modo *formalmente* diverso[7] e superior ao de sua atração natural pelos bens particulares.[8] Deve-se isso ao fato de que os bens possuem tanto maior bondade quanto sejam o fim comum de um maior números de entes.[9] O bem comum político é um todo[10] em que se incluem, *ordenadamente*,[11] os muitos e vários bens ou perfeições singulares, de sorte que o bem comum da cidade emerge da ordem e da disposição adequada desses bens particulares.[12] E a essa reta ordem e disposição da *polis* dá-se o nome de *justiça*.[13]

A só existência de disposições *naturais* no homem, vocacionado, por sua mesma natureza, pois, a ser justo e a observar a primazia do bem comum político, não significa, todavia, a automática passagem da potência ao ato correspondente.[14] Seria isso próprio de uma natureza impecável. O crime, porém, é quase tão antigo quanto a humanidade[15] e não cessou jamais de existir na história do

(6) "(...) res quae naturaliter sunt proportionatæ ad aliquem finem, dicuntur appetere illum naturaliter" (S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 16, art. 4, *respondeo*); "(...) appetibile quod movet appetitum, est finis; ea vero quæ sunt ad finem non movent appetitum nisi ratione finis" (S. Tomás de Aquino. *De Potentia*, q. 10, art. 7, *ad 6um*).

(7) Cfr. S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, IIa.-IIæ., q. 58, art. 7, *ad 2um*: "O bem comum da cidade e o bem singular de uma pessoa não diferem apenas segundo o muito ou o pouco, mas conforme uma diferença formal – *formalem differentiam*; pois uma é a razão do Bem comum e outra a do bem singular, da mesma sorte que se distinguem o todo e a parte".

(8) E não como efeito de uma exclusiva busca egótica do bem singular: cf. Charles de Koninck. *De la primauté de bien commun contre les personnalistes*. Québec-Montreal: Ed. L'Université Laval e Fides, 1943. p. 129-133.

(9) "(...) bonum commune dicitur finis communis" (S. Tomás de Aquino. *Suma teológica*, Ia.-IIæ., q. 90, art. 2, *ad 2um*). Cfr. Carlos Cardona. *La Metafísica del Bien Común*. Madrid: Ediciones Rialp, 1966. p. 28.

(10) Cfr. Jean Madiran. *Le principe de totalité*. Paris: Nouvelles Éditions Latines, 1963, *passim*.

(11) "O bem particular está ordenado ao bem do todo como a seu fim..." (S. Tomás de Aquino. *Suma Contra os Gentios*, Livro 1, n. 86); "é manifesto que o bem da parte é para o bem do todo" (S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 92, art. 1, *ad 3um*); "é manifesto que todas as partes são ordenadas à perfeição do todo" (S. Tomás de Aquino. *Suma Contra os Gentios*, Livro 3, n. 112).

(12) S. Tomás de Aquino. *Suma Contra os Gentios*, Livro 3, n. 94.

(13) Aristóteles. *Política*, Bkk. 1.253 *a*.

(14) A perfeição ou bem – diz Carlos Cardona – "no viene dada en la criatura con el ser substancial, sino que es alcanzada mediante la operación por la que pasa de la potencia al acto" (op. cit., p. 15).

(15) "Le phenomène criminel est vieux comme le monde. (*omissis*) Depuis ls premiers temps de l'Histoire, la criminalité n'a jamais cessé de se manifester dans tous les

homem decaído:[16] "L'histoire de l'humanité" – disse Maurice Hauriou – "est le commentaire perpétuel du *meliora proboque, deteriora sequor*".[17] Essa antinomia entre o apetite natural das virtudes e o fato dos homens criminosos revela a essência do trágico na história humana,[18] com seu rigoroso encadeamento lógico-factual[19] e seu remate catastrófico.[20] Para mais, como se vê da apontada sentença de Ovídeo, a virtude cívica da justiça não é intelectual: o homem pode tornar-se, de fato, assim o afirmou Aristóteles, o mais ímpio e pior de todos os animais:[21] é que vê o bem e escolhe o mal. Sem a justiça não é possível a *paz na cidade*, a tranqüilidade que deriva da ordem – *pax omnium rerum, tranquillitas ordinis*[22] –, e ordem que é a disposição adequada das coisas diferentes e das coisas iguais,[23]

civilisations et dans tous les lieux de la Terre." (Roger Merle e André Vitu. *Traité de droit criminel*. Paris: Cujas, 1997, n. 1.)

(16) Para o pensamento cristão genuíno, desde o pecado adâmico debilitou-se a natural inclinação do homem para as virtudes: "naturalis inclinatio ad virtutem, diminuitur per peccatum" (S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 85, art. 1, *respondeo*).

(17) "(...) l'histoire des mœurs n'est que le long martyrologe de la loi morale, l'histoire des défaillances et des trahisons de la volonté humaine aux prises avec la loi, celles des désobéissances à la loi..." (Maurice Hauriou. *Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris: Bloud & Gay, 1933. p. 40).

(18) Um *trágico plenário* – a um só tempo seqüência rigorosa e catastrófica no plano natural e no sobrenatural – está grandiosamente concebido em *I promessi sposi* de Alessandro Manzoni, para quem deve esperar-se justiça no mundo, como quem espera um ato do governo de Deus: diante de uma grave situação de injustiça, Lucia Mondella sugere a Renzo Tramaglino que espere alguma solução, porque "qualche santo ci aiuterà"; e Renzo, esperançoso, diz várias vezes: "a questo mondo c'è giustizia, finalmente" (Roma: Ed. Grandi Tascabali Economici Newton, 1989. p. 78).

(19) Termo mais adequado esse – "encadeamento lógico-factual" – do que a expressão "fatalidade" para explicar o sentido de trágico.

(20) Duas distinções, uma entre, objetivamente, a discatástrofe e a eucatástrofe, e, outra, subjetivamente, entre o desespero e a esperança, separam o trágico pagão do trágico cristão. A angústia trágica do cristão não é desesperadora porque ele confia na misericórdia. Daí o paradoxo de S. Ambrósio – *felix ruina, quae reparatur in mellius* –, a impressiva enunciação litúrgica do *Exsultet* da vigília pascal – *O felix culpa, quae talem ac tantum meruit habere Redemptorem!* –, e o ensinamento paulino na *Carta aos Romanos*, 11-32 ("Deus encerrou todos esses homens na desobediência, para com todos usar de misericórdia"), lição que Journet diz constituir a *chave da história universal* (v. Charles Journet. "Notes sur le tragique". *Exigences chrétiennes en politique*. Paris: Egloff, 1945. p. 379), solução que se reconduz ao prototrágico cristão – por exemplo, a prova de fé com o decreto da morte de Isaac ou os padecimentos de Job.

(21) Aristóteles. *Política*, Bkk. 1.253 *a*.

(22) S. Agostinho. *De civitate Dei*, Livro 19, cap. 13, n. 1.

(23) "Ordo est parium dispariumque rerum sua cuique loca tribuens dispositio." (S. Agostinho. *De civitate Dei*, livro 19, cap. 13, n. 1.)

em uma só palavra, *justiça*. Foi de logo preciso na história dos homens e ainda continua e sempre continuará preciso – *ubi societas, ibi jus* –, o *temor do castigo*,[24] temor que se exprime pela *disciplina das leis*[25] e que tem, além disso, a missão de ensinar ao homem o que é justo *ut in pluribus*.

A vocação natural dos homens para o bem comum e a justiça exige, portanto, indispensavelmente, algum modo de objetivação do direito, algum modo pelo qual possam os homens ser ensinados acerca do objeto da justiça – *i.e.*, do *direito*, que vem antes[26] da justiça: "A justiça é algo segundo" – disse Josef Pieper. "A justiça pressupõe o direito".[27] Saber qual é o *direito*, que é objeto da virtude da justiça, demanda o concurso de *leis*, aqui tomado esse conceito numa acepção amplíssima, a compreender as normas naturais e as humanas, o direito das gentes, as normas genéricas e as estamentais, as escritas e as costumeiras, várias classes de princípios,[28] as instituições jurídicas, os decretos dos governantes, alguma vez as respostas dos jurisprudentes, a doutrina firme dos Tribunais, limitadamente as sentenças judiciárias singulares, como determinação conflitual do direito, e as convenções particulares, sua determinação *privatum condictum*.[29]

Aristóteles afirmara já, em conhecida passagem do primeiro livro da *Retórica*, que "corresponde às leis bem dispostas determinar por si, o quanto seja possível, tudo, e deixar aos que julgam o menos possível",[30] e, numa prudente lição de filosofia jurídica – lição confirmada pela Escolástica hispânica[31] –, já se re-

(24) Na célebre expressão de S. Isidoro de Sevilha: "Factæ sunt autem leges ut eraum metu humana coerceatur audacia, tutaque sit inter inprobos innocentia, et in ipsis inpiis formidato supplicio refrenetur nocendi facultas" (*Etimologias*, Livro 5, n. 20).

(25) S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1, *respondeo*.

(26) Cfr. S. Tomás de Aquino. *Suma Contra os Gentios*, Livro 2, cap. 28.

(27) Josef Pieper. *Las virtudes fundamentales*, tradução castelhana. Bogotá: Quinto Centenario, 1988. p. 89. De que segue, portanto, não ser a justiça, em rigor, um fim do direito: "el derecho positivo tiene por objeto determinar lo propio de cada uno en cada circunstancia, no en vista de la justicia (*omissis*), sino de lo que a cada uno le corresponde de acuerdo con las exigencias de su naturaleza, su condición en la sociedad y los imperativos del bien común" (Tomas Casares. *La Justicia y el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974. p. 12).

(28) Assim, os princípios gerais de Direito, os ético-jurídicos, os tradicionais de cada País, os políticos e os extraídos da natureza das coisas: cfr. Juan Vallet de Goytisolo. *Metodología de las leyes*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1991. p. 345 et seq.

(29) S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, IIa.-IIæ., q. 57, art. 2, *respondeo*. Cfr. Juan Vallet de Goytisolo. *Metodología de la determinación del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces e Consejo General del Notariado, 1996. t. 2, p. 1.041 et seq.

(30) Aristóteles. *Retórica*, Bkk. 1.354 *b*; cfr. ainda: *Política*, Bkk. 1.287.

(31) *Brevitatis causa*, Domingo de Soto. *De Iustitia et Iure*, Livro 1, q. 5, art. 1; Francisco de Vitoria. *De potestate Papae et Concilii relectio*, n. 7 e 12, e Luis de León. *De Legibus*, cap. 6.

comendou "deixar pouquíssimos assuntos ao arbítrio humano".[32-33] A abolição do reino da lei jurídica não leva, de fato, à lei do amor[34] como aventurava um anarquismo otimista, mas ao realismo da lei do mais forte.[35] Afastada da natureza do homem, o homem "ni ange ni bête, mais homme" – como disse Pascal[36] –, a abolição da autoridade política[37] conduz a um resultado anti-social: "qui veut faire l'ange fait la bête".[38]

Objetividade das leis, primeiro, na sinalização daquilo que é justo em princípio: a *segurança do direito*, que se obtém com o ditame prévio correspondente; segundo: como garantia de aplicação do direito – e, quando o caso, da força[39] – contra os perigos que turbam a vida social: é a *segurança pelo direito*; terceiro, e por fim, objetividade das leis para atuar como garantia contra suas modificações arbitrárias.[40] Essa objetivação disciplinar, pois, embora cumpra o primeiríssimo papel de sinalizar a *res justa – conclusiva* ou *determinativamente*, conforme o caso –, assim interessando à virtude da justiça, também apresenta

(32) S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1, *ad 1^um^*.

(33) "No debe inducirse una conclusión de ptolomeismo jurídico, porque los apuntados juicios de Aristóteles y S. Tomás se han de comprender juntamente con las ideas de soberanía social, subsidiariedad, estabilidad legal y derecho mínimo. La llave de la prudencia legislativa y de gobierno, como ha dicho Taparelli, está en que el Estado no debe hacer, ni dejar de hacer, pero, sí, ayudar los particulares a hacer todo lo que pueden hacerlo por si propios. En resumen, es en el ámbito de lo que se toca al Estado legislar y juzgar, solamente en eso, que la autoridad política no debe dejar la materia a la discreción de los jueces."

(34) "Supprimez toute organization sociale, ce n'est pas la 'loi d'amour' qui s'établit, *c'est la loi de la violence*, violences des forces naturelles extra-humaines ou violence des humains entre eux, qui ne rencontrent plus les freins matériels et moraux traditionnels édifiés par la civilisation" (A. L. Galéot. *Les systèmes sociaux et l'organisation des nations modernes*. Paris: Nouvelle Librairie Nationale, 1920. p. 137).

(35) Assim o compendia o célebre adágio atribuído a Lacordaire: "*Entre le faible et le fort c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère*".

(36) Blaise Pascal. *Pensées*, n. 140-522.

(37) Galéot: "L'anarchie est bestiale et conduit les hommes à la misère. (*omissis*) L'ordre seul est humain" (op. cit., p. 393).

(38) Pascal, op. cit., n. 358-678.

(39) Diz Juan Vallet de Goytisolo. *Panorama del derecho civil* (Barcelona: Bosch, 1963): "La esfera del Derecho vive inmersa entre las del Amor y de la Fuerza ou el Poder" (p. 7); "Sin suficiente Poder para imponer lo justo coactivamente a quienes no lo respetan, normalmente se caerá en el desorden y en la anarquía" (p. 8); "El Poder será más fácil y la subordinación más llevadera, cuanto más les acompañe el Amor, y tanto más difícil quanto menos Derecho y más arbitrariedad predomine" (p. 33).

(40) Cfr., a propósito, Gustav Radbruch. "Le but du droit", *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: Sirey, 1938. t. 3, p. 54.

uma vertente gnosiológica e psicológica, o que se chama *segurança de orientação*: os homens precisam, nós precisamos, com efeito, saber em que nos fiar, a que nos ater, quais são as *regras do jogo*, as regras da vida jurídica em concreto. Isso é indispensável para que possamos exercitar o *direito* de observância de nossos *deveres* de justiça e de exigir que, a nosso próprio respeito, se observem também os deveres jurídicos que correspondam. Trata-se aí de um aspecto da objetivação disciplinar em que, por meio de uma *asseguração jurídica* – vale por dizer, a segurança de uma regulação obrigatória[41] –, faz-se propícia a aquisição pessoal de uma *certeza do direito*. Passa-se isso secundariamente, no nível gnosiológico, porque o de que então se cuida é de dar algo a conhecer – o que se prescreve, proíbe, permite ou impera –, sem que, nessa estrita perspectiva de limitação noética, emerja discussão *quanto à justiça* do que se comunica.

Essa *distinção* de planos, contudo, na objetivação das leis não implica *separação* entre, de um lado, o justo, e, de outro, a segurança e a certeza *do* direito e *pelo* direito. Não basta, com efeito, a mera objetivação normativa para instituir o direito, pois, assim já o advertira Cícero, em conhecida passagem do *De Legibus*, "Se os mandatos dos povos, os decretos dos imperadores, as sentenças dos juízes fundassem o direito, direito seria o roubo, o adultério, a falsificação do testamento, se em seu apoio tivessem os votos ou aprovação da multidão". São de tempos mais próximos, no mesmo sentido, a observação de Tocqueville – "A ordem sem a justiça é a barbárie" – e as fortes expressões de Baumann: "Não pode existir uma ordem socialmente correta e moralmente reprovável"; "uma comunidade que, para sua convivência haja fixado normas com cominações penais contrárias à lei moral, não é uma comunidade jurídica, mas uma quadrilha de ladrões".[42]

Em contrapartida, se a *segurança* in-*justa* é inadmissível, não menos o será – e aqui até mesmo, supõe-se, como um impossível factual – uma *justiça* in-*segura*, in-*certa*, apenas conjecturável, por exemplo, em modelos utópicos de Sociedades políticas nos quais, a pretexto de contínuas deliberações acerca da *res justa*, se entendesse dispensável a autoridade correspondente à definição e à estabilidade da *res judicata*. De modo que a cada ação processual se seguiria uma discussão interminável e, acaso de fato ela se findasse, a prolação de uma sentença irrelevante, inexecutável por princípio, renovável por definição, redundaria no caráter frustrâneo do próprio fim da deliberação, que é decidir ou eleger. De fato, se se quer deliberar incessantemente – numa espécie de jacobinismo jurídico[43] –, o marco final é o infinito.[44]

(41) Cfr. Arthur Fridolin Utz. *Ética social*, tradução castelhana de Alejandro Ros. Barcelona: Herder, 1965. t. 2, p. 16.

(42) Jürgen Baumann. *Derecho penal*, tradução castelhana por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 3.

(43) Cfr., *brevitatis causa*, a crítica de Jean Dabin. *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris: Sirey, 1929. p. 622.

(44) Assim o disse Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, Bkk. 1.113 *a*.

Conclui-se, pois, que a segurança jurídica é uma condição da justiça – *præter justitiam*, disse Luño Peña, *sed pro justitia*[45] –, e ela também, a exemplo da justiça, interessa ao bem comum político.[46] Não surpreende, portanto, que, reconhecida a segurança jurídica como algo de *essencial* à vida política – um seu princípio,[47] valor,[48] ou ambas as coisas[49] –, ela se formule como um *direito fundamental*. Essa referência à segurança – *sobretudo à seguridade pessoal*, vale por dizer, uma segurança *pelo* direito – já se encontra na (*a*) Declaração da Virgínia de 1776,[50] em cujo artigo 1.º se lê que os homens possuem direitos inatos, entre eles o relativo aos meios para buscar e conseguir a felicidade e a segurança – *happiness and safety*; também na (*b*) Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, no mesmo ano de 1776;[51] (*c*) na Declaração francesa *des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de agosto de 1789;[52] (*d*) na Declaração Ame-

(45) "La Seguridad no es la Justicia. Es un valor que está fuera de la Justicia, pero al servicio de la Justicia. Es el valor adjetivo de la Justicia: 'Præter Justitiam, sed pro Justitia'." (Enrique Luño Peña. *Derecho natural*. Barcelona: Hormiga de Oro, 1954. p. 219.)

(46) Embora diga Georges Renard: "C'est que le droit a pour but, non seulement de réaliser la Justice, mais de procurer la Sécurité..." (*L'institution*. Paris: Flammarion, 1933. p. 53), melhor é a lição de Casares, para quem, afirmada a lição tradicional de que o objeto da justiça é o direito, não é possível já dizer que o objeto do direito é a justiça. Ou uma coisa ou outra: o objeto do direito é o bem comum, e só analogicamente é admissível afirmar que uma lei é justa, na medida em que ela, isto sim e propriamente, assegura "a los súbditos posibilidades efectivas de plenitud personal mediante la promoción del bien común" (op. cit., p. 13).

(47) Assim, Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 250, enunciando-o: "o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas".

(48) Cfr., por muitos, Paul Roubier: "(...) nous avons réconnu l'existence d'une primière valeur, qui est la *sécurité juridique*" (*Théorie générale de droit*. Paris: Sirey, 1951. p. 318).

(49) Para quem o valor, *rectius*: um bem, não tem caráter subjetivo, de sorte que pode constituir um *fim*, que é o primeiro dos *princípios* da ação.

(50) The Virginia Declaration of Rights, 12.06.1776, art. 1.º: "That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety".

(51) The Declaration of Independence of The United States of America, 04.07.1776: "(...) to institute new government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness".

(52) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 04.08.1789, art. 2.º: "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels ei imprescritibles

ricana dos Direitos e Deveres do Homem, de março-maio de 1948;[53] (*e*) na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, dezembro de 1948;[54] (*f*) na Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – o Convênio Europeu de Direitos Humanos – de novembro de 1950;[55] (*g*) no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1966;[56] (*h*) no Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos –, de novembro de 1969;[57] nas Constituições de numerosos Países, de modo direto e explícito, por exemplo, nas vigentes Constituições de Espanha,[58] Bolívia,[59] Chile,[60] Paraguai,[61] Peru,[62] Portugal,[63] Uruguai,[64] Brasil,[65] ou de maneira

de l'homme. Ces Droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'opression".

(53) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprovada durante a IX Conferência Interamericana de Bogotá, realizada de 30 de março a 02.05.1948; art. 1.º: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Em seu art. 16, a mesma Declaração refere-se ao "derecho a la seguridad social".

(54) Declaración Universal de Derechos Humanos, 10.12.1948, art. 3.º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

(55) Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 04.11.1950, art. 5.º: "Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté".

(56) Pacto Internacional de Derechos Civiles e Políticos, 16.12.1966, art. 9.º: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales".

(57) Convención Americana de Derechos Humanos, 22.11.1969, art. 7.º: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales".

(58) Constituição espanhola de 1978, art. 17-1: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad".

(59) Constituição Política do Estado da Bolívia, 1995, art. 7.º: "Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a) A la vida, la salud y la seguridad".

(60) **Constituição Política da República do Chile, 1980 (reforma em 2000), art. 19: "La** Constitución asegura a todas las personas: (...) 7 – El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual".

(61) Constituição da República do Paraguai, 1992, art. 9.º: "Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad".

(62) Constituição Política do Peru, 1993, art. 2.º: "Toda persona tiene derecho: (...) 24 – A la libertad y a la seguridad personales".

(63) Constituição da República portuguesa de 1976, art. 27-1: "Todos têm direito à liberdade e à segurança".

(64) Constituição da República Oriental do Uruguai, 1967, art. 7.º: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. (...)".

(65) Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5.º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangei-

indireta, *v.g.*, nas Constituições do México[66] e da Argentina.[67] A Declaração de Roma sobre a Seguridade Alimentar Mundial, concluindo a reunião de Cúpula da Organização das Nações Unidas, em novembro de 1996, afirmou que a segurança alimentar é um dos direitos fundamentais; uma Corte Constitucional, na América do Sul, alistou entre esses direitos a segurança social das pessoas de terceira idade.

Não se trata só, contudo – e isso releva muitíssimo –, de uma exclusiva segurança jurídica, a abranger o econômico e social, uma segurança cifrada ao relacionamento inter-humano. Ademais, duas outras espécies de segurança são ansiadas pelos homens: uma, tocando sua relação com a natureza física, a segurança diante do cosmos; outra, escatológica, tangendo os novíssimos, o destino último do homem, a segurança do mais além.[68] O desejo de ordem, de paz e de segurança – disse Helmut Coing – "está profundamente enraizado na vida anímica do homem".[69]

A despeito da universalidade antropológica dessas exigências, pareceria que, outrora, a avistável vinculação essencial entre justiça e segurança jurídica, importando na impossibilidade de sua separação, induzisse a doutrina dos juristas

ros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

(66) Na Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, com alterações posteriores, difundem-se referências à segurança jurídica – enquanto segurança pelo direito. Destacam-se aqui, *brevitatis causa*, dois artigos, o 5.° – "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial" – e o 25: "Corresponde al Estado la rectoria del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una mas justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución".

(67) Constitución de la Nación Argentina, de 1994, arts. 14-18. Em particular, seu art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe".

(68) Cfr. Luis Carlos Cabral. "Justicia y Seguridad". VV.AA., *Acerca de la Justicia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978. p. 20.

(69) Prossegue o autor: "El último [la seguridad], sobre todo, y como ya se ha indicado numerosas veces, va junto con el terror del hombre ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido" (Helmut Coing. *Fundamentos de filosofía del derecho*, tradução de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961. p. 67).

a pensar na segurança jurídica como uma dessas realidades elementares e evidentes sobre as quais não vale a pena despender o tempo. De modo que a idéia de uma regulação social obrigatória, estável e conhecida como certa – o que, bem se vê, não se resume ao cânon da lei *stricto sensu* – estaria incluída como nota do conceito objetivo de bem comum político. Em outras palavras, a *res justa* – abstrata ou concretamente considerada – teria sempre de ser, de algum modo, uma *res certa*, embora, à evidência, não toda *res certa* pudesse, por si só, estimar-se coisa justa. A positividade é condição necessária da segurança jurídica, mas não lhe é suficiente.

Talvez, em todo caso, seja bastante o atributo de *promulgação* das leis, objeto de permanente reclamo da doutrina, para nisso reconhecer uma implícita referência à segurança *do* direito e, potencialmente, à segurança *pelo* direito. De toda sorte, não faltaram antiqüíssimas referências explícitas à segurança jurídica, por exemplo, já num diálogo platônico,[70] e López de Oñate[71] registrou a propósito algumas alusões do *Pro Cluentio* de Cícero. Há também, nessa matéria, um conhecido acercamento pontual de S. Isidoro de Sevilha, pelo ângulo da certeza jurídica, ao indicar que a lei deve ser clara – não se dê que por sua obscuridade induza a erro.[72] Mais amplamente, S. Tomás de Aquino, em várias passagens, tangeu a questão: *v.g.*, ao recomendar a necessidade das leis para deixar pouquíssimos assuntos à decisão dos juízes;[73] quando confirmou a lição de S. Isidoro acerca das qualidades da lei positiva;[74] com afirmar que a lei deve ter a máxima estabilidade possível;[75] ao ensinar que as leis não devem modificar-se à vista de qualquer melhoria, senão que em caso de grande utilidade ou necessidade – *pro magna utilitate vel necessitate*;[76] ao dizer que o fim da lei humana é a tranqüilidade temporal do Estado – *temporalis tranquillitas civitatis*.[77] Suárez e Luis de León também versaram o tema: o primeiro, por exemplo, ao versar sobre a necessidade de uma causa justa relativa ao bem comum para a revogação de leis justas,[78] e Luis de León ao ensinar, *v.g.*, que as leis, salvo um interesse

(70) Sauer, apud José Luis Mezquita del Cacho. *Teoría de la seguridad jurídica*. Barcelona: Bosch, 1989. t. 1, p. 17, nota n. 1.

(71) Flavio López de Oñate. *La certeza del derecho*, tradução ao castelhano por Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1953. p. 80.

(72) S. Isidoro de Sevilha, op. cit., Livro 5, n. 21: "(...) manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem conteineat".

(73) O que, de resto, já se encontrava em Aristóteles. *Retórica*, Bkk. 1.354 *a*; ver S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1, *ad 2um*.

(74) S. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 3, *respondeo*.

(75) Idem, ibidem, Ia.-IIæ.. q. 97, art. 1, *ad 2um*: "(...) mensura debet esse permanens quantum est possibile".

(76) Idem, ibidem, Ia.-IIæ., q. 97, art. 2, *ad 2um*.

(77) Idem, ibidem, Ia.-IIæ., q. 98, art. 1, *respondeo*.

(78) Francisco de Suárez. *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Livro 6, cap. 25, n. 4.

muito grande e evidente – *evidens atque maxima utilitas* – não podem mudar-se sem prejuízo da comunidade.[79] E se, depois, muitos autores ainda incursionaram no plexo da segurança e da certeza do direito – como, *brevitatis causa*, os referem largamente López de Oñate e Mezquita del Cacho –, o fato é que a matéria, anteriormente ao século passado, não recebeu tratamento doutrinário de vulto.

Já nos primórdios do século XX, todavia, desencadeou-se a meditação detida e confessada sobre o tema da seguridade jurídica, em conseqüência, com palavras de Radbruch, da *depreciação da segurança*.[80] Depreciação objetiva ou factual, depreciação subjetiva ou da certeza e depreciação afetiva ou do sentimento de segurança.[81] Uma desvalorização, enfim, que atingiu o âmago da segurança burguesa, o tipo de segurança a que se ordenava o ideário do século XIX. O núcleo duro da concepção burguesa – "tudo sempre marcha de modo racional e seguro" – tendia a uma segurança utópica e plenária, cuja natureza não era social, nem econômica; a despeito de expressar-se como uma proclamação de aparência mundana e temporal, o anseio pela segurança ampla e absoluta tinha ao fundo um *caráter espiritual*. Não há novidade alguma nessa afirmação, já expressamente desfiada, por exemplo, numa página admirável de Berdiaeff.[82] Parece mesmo que não há modo de a política evadir alguma ressonância religiosa: é célebre que, declarando-se Proudhon[83] surpreso com esse liame fático entre política e religião, foi sua surpresa que causou surpresa a Donoso Cortés:[84] já Tertuliano havia dito, exagero interpretativo à parte, que os homens são *naturalmente cristãos*;[85] Louis Salleron, que o homem é um *animal religioso*,[86] e o

(79) Luis de León, op. cit., cap. 8, n. 165.

(80) Radbruch, op. cit., p. 56.

(81) Realidade psicológica patente, mas à qual não se há de reduzir o conceito integral de segurança (v., a propósito, Louis Le Fur. *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité, in Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: Sirey, 1938. t. 3, p. 6; v. Helmut Coing, op. cit., p. 67).

(82) "O burguesismo é um estado e uma orientação do espírito, um modo especial de sentir a vida. Ele não é de ordem social ou econômica e é mais do que uma categoria psicológica e ética: é uma categoria espiritual, ontológica." (Nicolas Berdiaeff. *De l'esprit burgeois*, tradução francesa de Elisabeth Bellençon. Neuchatel-Paris: Delachaux e Niestlé, 1949. p. 41).

(83) Pierre Joseph Proudhon. *Les Confessions d'un Révolutionnaire*, apud Juan Donoso Cortés. "Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo", Livro 1, cap. 1, em *Obras completas*. Madrid: BAC, 1970. vol. 2, p. 499.

(84) "Nada hay aquí que pueda causar sorpresa, sino la sorpresa de M. Proudhon" (Donoso Cortés, op. cit., vol. 2, p. 499). Na *Carta al Cardenal Fornari*, escreveu Donoso: "Entre los errores contemporáneos no hay ninguno que no se resuelva en una herejía" (op. cit., vol. 2, p. 744-745).

(85) Tertuliano, no *Apologeticus*: "O testimonium animæ naturaliter christianæ" (apud Roüet de Journel. *Enchiridion Patristicum*. Barcelona: Herder, 1967, n. 275).

(86) L'homme est un animal religieux (Louis Salleron, *...ce qu'est le Mystère à l'Intelligence*, Paris: Ed. du Cèdre, 1977. p. 17).

mexicano Basave del Valle, que o homem é um *ser teotrópico*.[87] O fato é que, questões integradas ao conteúdo da fé, as últimas relativas à vida e ao homem foram objeto de neutralidade asséptica no cânon do pensamento burguês,[88] e ali se substituíram pela fé no visível e no palpável: Léon Bloy disse então impressivamente que *S. Tomé era o patriarca dos positivistas*.[89] De onde a confiança creditada ao panjuridismo,[90] aparato de manifestação de uma incontrastável vontade[91] do Estado.[92] Confiou-se, em acréscimo, na fórmula econômica do capitalismo – acolhendo-lhe, de caminho, as raízes religiosas[93] que prometiam resolver o problema da salvação escatológica ora mediante o paradoxo[94] de uma sentença arbitrária, ora por meio de uma singela letra de câmbio espiritual com que se sacramenta a *sola fides*. Apoiada a concepção decimonônica fundamental numa racionalização absoluta da existência terrena[95] – *o homem cria o mundo todos os dias, por sua atividade econômica*[96] – e no milena-

(87) Agustín Basave Fernández del Valle. *Filosofia do homem*, tradução brasileira de Hugo di Primio Paz. São Paulo: Convívio, 1975. p. 168-171.

(88) Cfr. Otfried Höffe. *Justiça política*, tradução brasileira de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 28-29.

(89) "(...) saint Thomas est le patriarche des positivistes." (Léon Bloy. *Exégèse des lieux communs*. Paris: Gallimard, 1968. p. 71.)

(90) Sem que o panjuridismo equivalha, sem mais, a uma fórmula panlegística, porque a observância da lei, nos credos protestantes, não se remete ao destino escatológico dos homens (Francisco Elías de Tejada. *Tratado de filosofía del derecho*. Ed. Universidad de Sevilha, 1977. t. 2, p. 137).

(91) *Il cuore della modernità*, disse Francesco D'Agostino, é "il suo essere radicata nella volontà di potenza" (*Il diritto come problema teologico*. Turim: Giappichelli, 1995. p. 85).

(92) Luigi Sturzo avistou nesse quadro um signo panteístico: cfr. "O panteísmo de Estado". VV.AA., *Heresias do nosso tempo*, tradução portuguesa do Pe. António Marques. Porto: Tavares Martins, 1960. p. 121 et seq.

(93) Obrigatoriamente, Max Weber. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, tradução brasileira de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 1967, maxime p. 65-109.

(94) Tanto no plano teológico quando no de sua transposição política, o voluntarismo decisório calvinista – "(...) para Calvino la justicia es pura y simplemente la voluntad de Dios cuando actúa como juez" (Tejada, op. cit., vol. 2, p. 137) – remata no *paradoxo* de que a segurança depende do arbítrio de Deus ou do juiz humano: reduz-se o direito à consciência do magistrado que profere a sentença, àquilo que decida *intima animæ pars* (idem, p. 139).

(95) "É o culto de Baal que assinala o início da nascente civilização burguesa... Toca a essa civilização destruir todo culto sagrado." (Berdiaeff, op. cit., p. 55-56.)

(96) Versando acerca da visão do mundo no cristianismo *burguês*, diz Marcel de Corte: "Un tel monde n'offre plus rien de mystérieux, d'effrayant, d'obscur: le bourgeois le connaît, distinctement, puisqu'il le crée chaque jour, à l'entour de soi, par son activité industrielle ou mercantile" (*Essai sur la fin d'une civilisation*.

rismo[97] de uma ordem social perfeita,[98] toda moral burguesa estava dirigida, em essência, à idéia de segurança.[99] De que seguem suas tópicas: *eu lavo as mãos qual Pilatos*; *ser como é preciso*; e *é preciso ser de seu próprio século*; *todas as opiniões são respeitáveis*; *quando se está no comércio... negócios são negócios*; *é preciso morrer rico*;[100] certo: *o dinheiro não traz a felicidade, mas...*[101] etc.

Em março de 1937, na cidade de Roma, instalou-se o III Congresso do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica: nele, entre outros grandes pensadores, proferiram conferências Louis Le Fur, Giorgio Del Vecchio, Recasens Siches, Carlyle, Délos, Gustav Radbruch. A só enunciação do título dos temas desse Congresso – em seu gênero, o *fim do direito*, e, de modo específico, o bem comum, a justiça e a *segurança* – punha à mostra que a doutrina passava a ocupar-se de um problema que até então lhe parecera desprezível. A revolução bolchevique de 1917, a guerra mundial de 1914, a grande depressão dos anos 30, sucessiva ao *crack* da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, a ascensão de Hitler em 1933, a guerra civil espanhola de 1936, entre outros acontecimentos – alguns dos quais menos aparatosos, mas acaso tão ou mais profundos e intensos no plano espiritual[102] – influíram na perda da cega fé burguesa: desmoronara a utopia da segurança plenária. Era hora já, senão tardia, de meditar sobre a segurança jurídica e suas relações com a justiça e o bem comum.

Na sessão inaugural do referido Congresso de Roma, Le Fur afirmou com todas as letras que a justiça e a segurança jurídica não são realidades antinômi-

Paris: M. Th. Génin e Librairie de Médicis, 1949. p. 196). Também aí se adverte o funcionalismo com que se sobrevalora a *poiesis*, menosprezando-se as ações pessoais imanentes.

(97) Diz Berdiaeff: "Tendo perdido o sentido da culpabilidade, do pecado, o burguês orienta sua vontade para realizações ilusórias e deixa submeter-se pelo 'mundo'. Sua idéia motriz é a de obter o poderio e o bem-estar, sem aceitar o Gólgota. Eis aí o milenarismo burguês" (op. cit., p. 54). O triunfo do espírito burguês ocorre, segundo o autor, desde que, "na cristandade, a cidade terrestre passa por celeste e que o cristão deixa de sentir-se peregrino sobre a terra" (p. 59).

(98) É ainda de Berdiaeff: "O arquiteto da torre de Babel é um burguês" (op. cit., p. 53).

(99) "Toda nossa moral atual estava orientada essencialmente para a segurança" (Jakob Burckhardt, apud Radbruch, op. cit., p. 56).

(100) Cfr. Léon Bloy, op. cit..

(101) "L'Argent..." – diz Bloy – é, para o burguês, "le Rédempteur ou, si on veut, l'image du Rédempteur" (p. 65). O dinheiro não traz a felicidade: "c'est vrai, songe profondément le Bourgeois, l'argent ne fait pas le bonheur, surtout lorsqu'il est absent" (p. 103).

(102) Pense-se, a propósito, nos efeitos do Decreto do Santo Ofício, em dezembro de 1926, condenando expressamente o jornal *Action française* – e indiretamente o movimento da *Action française*: cfr., a propósito, o paradigmático livro de Gustavo Corção, *O século do nada*. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, s.d., passim.

cas: ao revés, são mesmo "les deux éléments, les deux faces du bien commun".[103] O fim do Direito, prosseguiu o autor, é o de criar, pela justiça, pela ordem e pela segurança, as condições que permitam ao grupo social a realização do bem comum. Mas segurança e justiça não se podem separar: "Tout se tient dans la vie de l'homme, il n'y a bonté ni beauté, ni vérité ni justice dans le désordre".[104] Joseph Délos, professor da Faculdade livre de Direito de Lille, declinou ali célebre definição de segurança jurídica:[105] "a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos ou que, se eles vierem a produzir-se, ser-lhe-ão asseguradas, pela sociedade, proteção e reparação".[106] Depois de registrar que "pour le positivisme et le volontarisme juridiques, le droit positif est du droit par son origine, et non par son but social",[107] averbou Délos que a segurança importa na existência de um formalismo jurídico, que "protege contra o arbitrário, a imprecisão e o imprevisto".[108] Estar *em segurança*, disse o autor, é ter a *segurança* de que a situação estável não será modificada a não ser por meio de procedimentos societários; procedimento, de conseguinte, regulares – conformes à *regula* – e legítimos – conforme a *lex*.[109]

(103) Louis Le Fur. "Le but du droit: bien commun, justice, sécurité", *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: Sirey, 1938. t. 3, p. 3.

(104) Idem, op. cit., p. 7.

(105) Confirma-se o acerto dessa noção de Dabin em muitas das conceituações pósteras de segurança jurídica; *v.g.*, "una exigencia *objetiva* de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas y instituciones" (Antonio-Enrique Pérez Luño. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991. p. 21); "En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores – y no previas – a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo" (Atilio Anibal Alterini. *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 19); "aquel presupuesto y resultado del orden social, por el que la persona humana, principalmente, dentro de su libertad, y en la convivencia social, se ve garantizada en el ejercicio de sus derechos y deberes de carácter jurídico mediante la determinación de las normas preestabelecidas y su cumplimiento, en la delimitación que el bien común marcará al ordenamiento jurídico mismo, en pro de la justicia" (Jesús Lopez Medel. *Introducción al derecho – Una concepción dinámica del derecho natural*. Madrid: Fragua, 1976. p. 117-118).

(106) Joseph T. Délos. "Le buts du droit: bien commun, sécurité, justice", *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, cit., p. 41: "la securité est la garantie donnée à l'individu que sa personne, ses biens et ses droits ne seront pas l'objet d'attaques violentes ou que, si celles-ci viennent à se produire, protection et réparation lui seront assurées par la société".

(107) Idem, op. cit., p. 29.

(108) Idem, op. cit., p. 41, nota.

(109) Idem, op. cit., p. 41-42. Equivalência, por certo, controvertível, a não ser que, como nós sustentamos, se recuse caráter de verdadeira lei à norma injusta.

Por seu turno, Radbruch disse então, muito graficamente: "O bem comum, a justiça e a segurança exercem um condomínio sobre o direito...",[110] e Recasens Siches afirmou que "o direito não nasceu como culto puro da justiça, mas para saciar uma sede de segurança".[111]

Desde aqueles anos logo anteriores à II Guerra Mundial, passando pelo drama do Tribunal de Nuremberg, em que o direito moderno confessou a perda de sua inocência – suposto a possuísse na origem –, o fato é que já não se deixou de interpelar a questão da *segurança*, a ponto de que seja até um lugar comum profano. Hoje fala-se de seguranças específicas, pessoal, social, cidadã, de emprego, no trabalho, dos dados, do tráfego negocial e do tráfego viário, segurança de orientação, alimentária, informática, médio-ambiental,[112] do uso de tesouras para aparar o bigode e do cinturão de segurança, no tráfico viário... Viu-se acaso com excessivo otimismo o conflito possível entre justiça e segurança,[113] talvez porque se confiasse – num renovo de fideísmo – na força dos consensos internacionais. Pouco tempo bastou para revelar que a trivialização do termo *segurança* indicava antes a persistência de sua falta e de seu anseio do que sua presença em nossos dias: vê-se hoje, muito largamente, a realidade de uma *segurança da insegurança*.[114] Faz alguns anos, boa parte das ameaças à segurança jurídica provinha da prática de Estados que se reconheciam por totalitários – e a essas ameaças, que López de Oñate qualificava de teóricas, ajuntava ele a escola do direito livre.[115] Salvo agora que alguns Estados ainda exibem resíduos de totalitarismo aparatoso, já não se ostentam tão ingênua e abertamente, como outrora, as concepções jurídicas que, a seu tempo, cuidavam de justificar o socialismo marxista e o nacional-socialismo. Todavia, elas ainda se acham, um tanto obscurecidas, aqui e ali – apraz-lhes muito o nome *democracia* –, como também se encontram sinais da herança do direito livre em movimentos de direito alternativo, uso alternativo do direito, livre exame das normativas etc., tudo isso num sincretismo de prática oscilante e de uma superficial articulação teórica, acomodando-se à vaga pós-moderna de *aditividade indistinta*.

Se o problema da *segurança insegura*, em nossos tempos, responde *ainda diretamente*[116] às ameaças que López de Oñate classificou como *fáti-*

(110) Radbruch, op. cit., p. 58.

(111) Luis Recasens Siches. "Le but du droit, le bien commun, la justice, la sécurité", *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: Sirey, 1938. t. 3, p. 127.

(112) Cfr., a propósito, Pérez Luño, op. cit., p. 8 et seq.

(113) "No se da, pues, en rigor, el conflicto trágico entre justicia y seguridad jurídica." (Werner Goldschmidt. *La ciencia de la Justicia*. Madrid: Aguilar, 1958. p. 89.)

(114) Pérez Luño, op. cit., p. 20; a segurança continuava a ser apenas "una de grandes aspiraciones insatisfechas del género humano" (p. 13).

(115) López de Oñate, op. cit., p. 108 et seq.

(116) É que não se ignora a existência de ideologias a justificar uma e outras dessas ameaças antes de tudo, porém, factuais, como as qualificou López de Oñate, porque não alcançam o grau de um paradigma científico.

cas[117] – (*a*) perda de claridade e simplicidade das leis e (*b*) hipertrofia legislativa –, suporta, pois, novos e acaso mais graves riscos como o sincretismo de articulações ideológicas ou teóricas vagamente libertárias, difusamente democráticas etc. Entre essas ameaças sincréticas podem alistar-se: (*c*) o agnosticismo jurídico, (*d*) o situacionismo jurídico, (*e*) a crise do princípio da legalidade, (*f*) a falta de regularidade e de eficácia dos mecanismos de aplicação do direito,[118] com o corolário da demolição da jurisprudência como doutrina firme e o perdimento da segurança de orientação, (*g*) a omissão estatal em questões jurídicas relevantes, incluso relativas à segurança física dos súditos, (*h*) a irrazoável redução de certos prazos prescricionais, até mesmo uma tendência de abolir algumas hipóteses de prescrição, (*i*) a extensão dos elementos normativos do tipo penal e das referências a infrações administrativas, (*j*) a superação excepcional de limites preclusivos, (*k*) investidas contra a independência jurídica dos juízes, notários e registradores, (*l*) ataques à instituição registrária.

A persistente perda da clareza e da simplicidade das leis e a intensificada hipertrofia legislativa, ameaças contra a segurança jurídica já diagnosticadas por López de Oñate, respondem, alguma vez de modo propositado, ao que se designou por *circiterismo normativo*. A ambigüidade dos enunciados regulativos e o excesso no número das leis conduzem a um difícil, complexo, quase impossível *conhecimento das normas*, já não se diz isso só quanto aos profanos,[119] mas até mesmo no concernente aos juristas.[120] O exagero das leis deprecia as normas – é a *crise do princípio da legalidade*;[121] a instabilidade das normas, com o arbitrário de suas mudanças, desvaloriza a firmeza da jurisprudência dos tribunais; tudo

(117) Idem, op. cit., p. 93 et seq.

(118) Cfr., a propósito, Alterini, op. cit., p. 19-20.

(119) "Autre conséquence de l'inflation juridique, le principe 'nul n'est censé ignorer la loi' devient de plus en plus fictif." (Nicolas Nitsch. "L'inflation juridique et ses conséquences". *Archives de philosophie de droit*. Paris: Sirey, 1982. t. 27 – *"Sources" de droit* –, p. 162.)

(120) "Le juriste ne sait plus, ne suit plus – ne peut plus suivre – le mouvement d'incrimination en droit pénal." (Mireille Delmas-Marty. *Le flou du droit*. Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 1986. p. 33.)

(121) Cfr. Daniel Mockle. "Crise et transformation du modèle légicentrique". VV.AA., *L'amour des lois*, direção de Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik e Pierre Robert. Québec: Les Presses de l'Université Laval e L'Harmattan, 1996, p. 139 et seq.; Michel van de Kerchove. "Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité". VV.AA., *La loi dans l'éthique chrétienne*. Bruxelas: Ed. Facultés Universitaires Saint-Louis, 1981. p. 72 et seq.; Wolfgang Naucke. "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado", tradução castelhana, VV.AA., *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Ed. Universidad Pompeu Fabra, 2000. p. 538 et seq.

contribui a debilitar ou até a abolir a segurança de orientação. Mas ao lado dessa inflação quantitativa e do abuso das mudanças das leis, emergem ainda a falta de eficácia do direito – marcadamente com a relaxação das penas – e a omissão legislativa a propósito de questões de grave relevo para a vida social, nutrindo a insegurança de orientação, o descrédito da lei e o desamor do bem comum. Quando se ouve falar da lei como um *fato normativo para-revolucionário*, suscetível de ignorar direitos adquiridos e alterar, a cada passo, as *regras do jogo* – que está o próprio Estado a jogar – é compreensível que os súditos considerem esse Estado não como sua autoridade superior mas como um *poder* adversário que institui leis sem outro limite que o de sua misteriosa vontade estatal e desordena o bem comum político, muita vez como se ele equivalesse e resumisse ao bem do *caixa público*. Aqui se pode lembrar a imagética de Pierre Gaxotte, insculpida de admirável ânimo libertário, a retratar antologicamente o *Estado pró-totalizador*:

"A autoridade" – disse ele – "não nos aparece hoje a não ser sob a figura de um funcionário sentado atrás de uma escrivaninha e investido dos mais amplos direitos... Essa personagem é eterna, imutável, idêntica a si própria... Recenseia, registra, espiona. Conhece nossos rendimentos e inventaria nossas heranças. Sabe se possuímos um aparelho de rádio, um cachorro ou um automóvel. Instrui nossos filhos e fixa o preço do nosso pão. Fabrica nossos fósforos e vende-nos nosso tabaco. É industrial, armador, comerciante, corretor e médico. Tem arquivos, florestas, estradas de ferro, hospitais, bancos e usinas. Monopoliza a caridade. Se nós pertencemos ao sexo masculino, faz-nos comparecer à sua frente, pesa-nos, mede-nos, examina o funcionamento de nosso coração, de nossos pulmões e de nosso baço. Não podemos dar um passo ou fazer um gesto sem que disso se advirta e encontre um pretexto para intervir".[122]

Sob o título *agnosticismo jurídico* podem agrupar-se diversas tendências jurídicas contemporâneas: uma, que recusa a própria verdade da ordem prática; outra, que nega a possibilidade do conhecimento que importa ao direito, seja de caráter fático, seja de caráter normativo; uma terceira, subjetivista: há verdade na esfera do direito e da ética, verdade que só se valoriza, entretanto, dentro dos limites da apreensão do sujeito gnosiológico.[123] Essas vertentes confortam-se com o lugar comum contemporâneo da falta de limites para a interpretação,[124] de modo que os enunciados normativos e os fatos nunca terminam de interpretar-se: perpetua-se a interpretação, num livre exame contínuo, a roda de Ixión – "seule la main de Dieu", comenta Élissalde,[125] "arrête la plume de l'interprète"; não se pode atingir nenhuma certificação, sequer moral. Se, contudo, não há

(122) Pierre Gaxotte. *La révolution française*. Bruxelas: Complexe, 1988. p. 5-6.

(123) Cfr. Georges Kalinowski. *Le problème de la vérité en morale et en droit*. Lyon: Emmanuel Vite, 1967, passim.

(124) Cfr. Yvan Élissalde. *Critique de l'interprétation*. Paris: Vrin, 2000, passim.

(125) Idem, op. cit., p. 24.

verdade, ou a verdade que há não se pode conhecer, ou, cognoscível, não pode ser mais que subjetiva, a segurança é apenas um fato, o fato resultante do poder: não se poderia já falar em segurança jurídica – *i.e.*, regular, conforme ao direito –, mas apenas numa contra-segurança da maior força. No entanto, a poesia de Antonio Machado diz muito bem que "la verdad es lo que es,/y sigue siendo verdad/aunque se piense al revés",[126] e, noutra parte:

"El ojo que ves no es

ojo porque tú lo veas;

es ojo porque te ve."[127]

É verdadeiro o episódio[128] de um juiz que, com todas as letras – e, por sinal, eruditas –, afirmava não ser possível uma apreensão objetiva da verdade, seja quanto à diagnose dos fatos constitutivos, seja quanto ao próprio direito: normativo ou *res justa*. Por mais argumentos lhe fossem opostos – "¿Tu verdad? No, la Verdad,/y ven conmigo a buscarla./La tuya, guárdatela"[129] – não acabava nunca de convencer-se de que, com símile subjetivismo, não era razoável ser juiz. Foi preciso que, com alguma impiedade,[130] lhe chegasse aos ouvidos o registro de que seu subjetivismo era um tanto farisaico, porque nosso juiz nunca fora visto a sair das salas por meio das paredes ou a saltar pelas janelas... As portas, enfim, também para ele, eram de uma realidade palpável. Foi leal com a mostra: abdicou do relativismo – desta vez, novamente, com grande erudição.

O *direito de situação* – situacionismo ou decisionismo – é um parente do homônimo ético: em lugar da normativa – ou, ao menos, com a variação *secundária*[131] de sua "interpretação" – emerge um juízo concreto, *hic et nunc*, fundado essencialmente no poder factual de quem decide. Isso corresponde ao que Michel Villey designou *hermeneutismo*[132] – uma releitura incessante, criadora, livre e subjetiva dos textos e dos fatos.[133] Entre seus lugares comuns arrolam-se *a peculiaridade do caso* – não se confunde isso com a eqüidade, porque essa referência ao peculiar do caso atua como simples retórica, sem recorrer ao fundamento exceptivo *in re* que autorizaria o reconhecimento da eqüidade *contra legem*; *o juiz não é um computador*; *a simbiose entre o aplicador da lei e o caso*;

(126) Antonio Machado. *Proverbios y cantares*, 136-30.

(127) Idem, 161-1; também: "Los ojos por que suspiras,/sábelo bien,/los ojos en que te miras/son ojos porque te ven" (161-40).

(128) De que, pessoalmente, eu tive pequena parte, num Tribunal de São Paulo.

(129) Antonio Machado, op. cit., 161-85.

(130) *Confiteor Deo omnipotenti* etc.

(131) Vale por dizer, que a "interpretação" *secunda* o juízo casual.

(132) Michel Villey. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1984. t. 2, p. 170-171. Élissalde, todavia, reivindica a primazia do neologismo *herméneutisme* (op. cit., p. 13).

(133) Nesse quadro, o poder é o que conta, com um valor quase hierático.

a insuficiência da dogmática e da lógica.[134] Já se referiu, noutra parte, a um episódio judiciário[135] característico desse decisionismo: após largo debate num tribunal, definiu-se, por maioria, uma questão puramente de direito; proclamada a súmula, apregoou-se novo processo para julgamento, e um dos juízes, que na questão anterior, aderira expressamente à maioria, modificou seu entendimento – sem mínima apresentação de novos argumentos; alertado sobre a divergência com seu próprio voto anterior, afirmou o juiz, com todas as sílabas: "Meu entendimento é sempre variável. Não tenho compromissos com a lógica". Símile gênero de irracionalismo judicial está à raiz da realidade de uma *justiça lotérica*, na dicção de Allain Peyreffite,[136] e que já ensejou a Borges reportar a origem da pena de multa à *loteria da Babilônia*,[137] e a uma personagem de Pitigrilli, o juiz Paul Pott, a afirmação de que o método "mais racional, mais sério, mais científico, mais positivo" para a sabedoria – incluída a aplicação da justiça – é a *desfolhação de malmequeres*.[138]

No que concerne aos institutos próprios do direito formal – tipo e tipificação, coisa julgada, prescrição, decadência, preclusão, perempção, notas e registros públicos[139] –, encontram-se ameaças *fáticas* pontuais contra a segurança jurídica, por exemplo, (*a*) com injustificáveis reduções de prazos para a prescrição aquisitiva – o que vai avantajando a titulação de anômalos fatos possessórios em curso conflitual contra as situações jurídico-dominiais; (*b*) com a adoção segmentar de casos imprescritíveis – o que, além de retroceder a controvérsia à própria legitimidade em geral das prescrições, termina, muitas vezes, por afetar questões relativamente menores (*v.g.*, casos penal-disciplinares[140]); (*c*) com a crescente referência legística a elementos normativos, tanto na tipificação penal, quanto na esfera dos ilícitos administrativos;[141] (*d*) com a desconsideração

(134) Com que se poderia estar de acordo, se, de par com a insuficiência, não viesse implícita a afirmação da *desnecessidade* da lógica e da dogmática.

(135) Cfr. nosso, "José Frederico Marques – e o *cânon* processual penal brasileiro", in José Frederico Marques. *Estudos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2001. p. XX.

(136) Allain Peyreffite. "Les chevaux du lac Ladoga". *De la France*. Paris: Omnibus, 1996. p. 594.

(137) Jorge Luis Borges. "La lotería en Babilonia". *Ficciones* (cf. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé, 1974. p. 456 et seq.).

(138) Pitigrilli. *O homem que inventou o amor – O experimento de Pott*. 5. ed. tradução brasileira de Rúben Ulisséia. Rio de Janeiro: Vecchi, s.d., p. 206.

(139) Deixam-se à parte a lei – já antes referida – e as forças de segurança (polícia, exército etc.).

(140) É o que ocorre, no Brasil, com a Lei 8.935/94, de 18 de novembro, que versa sobre os notários e registradores públicos. À persecução das ali tratadas infrações disciplinares não corresponde nenhuma referência sobre o influxo de prescrição.

(141) Cfr. nosso, "O novo direito penal disciplinar dos notários e registradores", na obra escrita com José Renato Nalini. *Registro de imóveis e notas – Responsabilidade civil e disciplinar*. São Paulo: RT, 1997. p. 11 et seq.

propositada da preclusão temporal para, na esfera judiciária, admitir, de fato, a *reformatio in mellius*, abrandando sentenças penais sem recurso dos réus.[142]

Os registros públicos – ao lado das notas[143] – constituem o mais relevante dos instrumentos jurídicos *preventivos*. Como todo instituto de direito formal, o registro público ordena-se aos objetivos de *clarificação* e *demarcação exterior*[144] – em outros termos, ao escopo de conferir, objetivamente, segurança jurídica e, subjetivamente, a certeza que lhe corresponda, por meio de formas, prazos e procedimentos. Acrescenta-se aos registros uma *cautelaridade geral* que, num certo sentido, os avantaja socialmente até mesmo à coisa julgada, porque esta se restringe, de comum e propriamente, às partes de um processo e atua como um póstero conflitivo, ao passo que os registros têm, positivamente, oponibilidade universal – à margem os efeitos que se atribuam à presunção ou, se se quiser, à ficção de seu conhecimento[145] – e operam ao tempo e com objetivo anteconflitual. Além disso, o registro de imóveis – que é o registro público por excelência[146] – exercita uma *função de garantia segunda* com coordenar, conservar e publicar as *situações jurídicas* que têm por objeto a *propriedade predial privada*, essa que, por si só, já constitui um garante efetivo e primeiro das liberdades concretas dos indivíduos e dos corpos intermédios entre esses e o Estado. Ainda que o registro imobiliário não se dirija exclusivamente a inscrever fatos jurídicos, *lato sensu*, relativos à propriedade particular de imóveis, abrangendo os desdobramentos do domínio, e, num plano juscomparatístico, possa até estender-se a fatos relativos a direito pessoal,[147] é certo que a relevância *primeira*[148] do registro

(142) Paradoxalmente, ao vedar a *reformatio in pejus* indireta, os tribunais adotam uma sentença *já inexistente* como título de uma preclusão de quantidade ou qualidade da pena.

(143) Para cuja importância – a das *notas* – é paradigmático José Castán Tobeñas. *Función notarial y elaboración notarial del derecho*. Madrid: Reus, 1946, passim.

(144) Cfr., a propósito, Paul Roubier. *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1951. p. 91.

(145) *Brevitatis causa*: Carlos Ferreira de Almeida. *Publicidade e teoria dos registos*. Coimbra: Almedina, 1966. p. 251 et seq.; José de Oliveira Ascensão. "Efeitos substantivos do registro predial na ordem jurídica portuguesa". *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Hipotecarios, 1975. t. 2, p. 38 et seq.

(146) "(...) la publicidad registral por antonomasia es la que atañe a los inmuebles." (Ricardo de Ángel Yágüez. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1975. p. 85.)

(147) Como, por exemplo, ocorre no Brasil, com a Lei 6.015/73, de 31 de dezembro.

(148) O que não exclui fins *secundários*, assim, por exemplo, de caráter *urbanístico* (cfr. Manuel Medina de Lemus. *La propriedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales, 1995, passim; Mercedes Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*. Madrid: Marcial Pons e Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1995, passim; Martín Marcos Jiménez. *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad*. Madrid: Montecorvo, 1976, passim) e

imobiliário está na coordenação, conservação e publicação das situações jurídicas dominiais.

Isso tudo põe à mostra o caráter *institucional*[149] do registro de imóveis, de que se exigem o exercício de funções relevantíssimas para a ordenação social e, muito particularmente, o desempenho da missão de *sobregarantia*, ao assegurar juridicamente a propriedade privada imobiliária e, com ela, as liberdades concretas *até mesmo frente ao Estado*. Adivinha-se que motivos ideológicos se insinuem nos ataques teóricos que, vez por outra, guerrilham contra a instituição do registro de imóveis: demolir a sobregarantia registral é uma fórmula direta de desorganizar a propriedade imobiliária privada, aplainando a trilha do combate ao domínio particular. Mas, ao lado de ameaças teóricas – em geral, pouco ou nada consistentes –, o registro imobiliário sofre ataques *factuais*, que o afetam, sobretudo, no plano da independência jurídica do registrador (*v.g.*, por meio um direito penal disciplinar atipológico ou de intervenções do Poder Público marginadas de expressa regulação).

Ladeando aqui a persistente controvérsia doutrinária que toca com a natureza das funções e das atividades do registro imobiliário, penso que se poderá admitir – ao menos com recortes voltados a atender à pluralidade do direito comparatístico – que o registro de imóveis seja, *quodammodo*, um *serviço público*.[150] E se o conceito de *serviço público* não equivale ao de *serviço estatal por natureza* – já observara Hauriou que, *historicamente*, uma parte considerável do que se chama de serviços públicos é resultante do mero fato de uma assunção estatal de serviços que os particulares antes exercitavam por si próprios[151] –, é razoável afirmar a funda *conveniência*, quando não a *necessidade*, da organização e do controle do registro de imóveis pelo Estado, na medida mesma em que a ordenação e a conservação da propriedade imobiliária privada interessa *essencialmente* ao bem comum político. Isso, porém, não significa que o registro de imóveis deva *exercitar-se diretamente* pelo Estado. Não são incompatíveis os atributos de gestão privada e de organização estatal de

agrário (v. Ramón María Roca Sastre e Luis Roca-Sastre Muncunill. *Derecho hipotecario*. Barcelona: Bosch, 1995. t. 1, p. 14).

(149) Cfr., *brevitatis studio*: José Manuel García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, 1988. t. 1, p. 54 et seq.; Jesús López Medel. *Modernas orientaciones sobre la institución registral*. Madrid: Fragua, 1975, passim; Francisco Mesa Martín. "Aproximación al institucionalismo. El Registro de Propiedad como institución jurídica". *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, cit., t. 2, p. 130 et seq.; Ángel Cristóbal Montes. *Introducción al derecho inmobiliario registral*. Zaragoza: Librería General, 1986. p. 144-147.

(150) Cfr. Jesús López Medel. *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales, 1991, passim.

(151) Maurice Hauriou. *Principes de droit public*. Paris: Sirey, 1916. p. 572 et seq.

um serviço,[152] e saber, concretamente, se o registro imobiliário deve ou não exercitar-se de modo direto pelo Estado é algo que demanda a consideração das circunstâncias históricas e circundantes de cada País: no Brasil, por exemplo, há uma conaturalidade histórica, por sinal que frutuosa, entre gestão particular e registro de imóveis.[153] Como quer que seja, exerça-se por funcionários públicos ou por particulares colaboradores do Poder Público,[154] o registro de imóveis exige de seu titular o predicado da *independência jurídica*.

Com efeito, o registrador, ao termo de seu indeclinável procedimento de *qualificação*,[155] conclui por uma decisão jurídica, positiva ou negativa, de um *caso particular*. Ainda que o marco dessa decisão seja, por primeiro, a *res certa* – cuja relação com o justo é de caráter legisprudente –, o fato é que o registrador atua como um *juris-prudente*. Vale por dizer que o tipo adequado do saber registral é, em seu gênero, o da *recta ratio agibilium*, objeto da virtude da prudência.[156] Já por isso, avista-se, no nível epistemológico, a indispensabilidade do atributo da

(152) Cfr., *brevitatis causa*, Roger Bonnard. *Précis de droit public*. Paris: Sirey, 1946. p. 243 et seq.; Jean Rivero. *Direito administrativo*, tradução portuguesa de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 192 et seq.; Francis-Paul Bénoit. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 769 et seq.; Celso Antônio Bandeira de Mello. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: RT, 1987. p. 31 et seq.

(153) Lê-se no *caput* do art. 236 da Constituição brasileira de 1988: "Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público".

(154) Como se extrai do enunciado normativo do art. 236 da CF brasileira de 1988, os registradores de imóveis não são *agentes políticos* – porque, em resumo, não se dirigem a formar a superior vontade estatal; não são *servidores públicos* – porque, em síntese, não são pagos pelos cofres públicos; mas, isto sim, *particulares colaboradores do Poder Público*, a exemplo dos tradutores e intérpretes públicos, dos leiloeiros, dos reitores de universidades privadas etc., *pessoas que exercitam função pública em nome próprio, ainda que sob a fiscalização do Poder Público*.

(155) Qualificação registral imobiliária – definiu-se noutra parte – é "o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistração. Para logo, trata-se de um *juízo*, vale dizer, uma operação formalmente intelectiva que une ou separa os conceitos, tornados em relação às coisas mesmas que representam de modo reflexivo e abstrativo, mas de um juízo *prudencial*, ou seja: (*a*) juízo que é propriamente da razão prática, não da especulativa; (*b*) que se ordena a operações humanas singulares contingentes; (*c*) e que, não dispensando atenta consideração dos princípios da sindérese e das conclusões da ciência moral, acaba, para além do conselho e do juízo dos meios achados, por imperar uma determina atuação" (nosso "Sobre a qualificação no Registro de Imóveis". *Revista de Direito Imobiliário* 29/40, São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e RT, jan.-jun. 1992).

(156) Cfr. nosso "Sobre o saber registral (da prudência registral)". *Revista de Direito Imobiliário* 31-32/7 et seq., São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e RT, jan.-dez. 1993.

independência jurídica[157] do registrador. A esse plano, além disso, converge uma razão *política*, porque o registrador, atuando como guardião jurídico da propriedade privada e, assim, como garante mediato das liberdades concretas do povo – incluso em face do Estado –, exerce *função social* essencialmente ordenada à segurança jurídica. E não se pode falar seriamente em função social da propriedade imobiliária se não se respeitar a função social de seu maior guardião, o registrador de imóveis.

(157) Cfr. nosso "O paradigma da independência jurídica dos registradores e dos notários". *Revista de Direito Imobiliário* 42/5 et seq., São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e RT, set.-dez. 1997.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.2

REGISTRO E URBANISMO: A POSIÇÃO DOS ADQUIRENTES

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA*

SUMÁRIO: 1. Objetivos do trabalho – 2. Questões gerais: 2.1 As funções do registro da propriedade em relação ao urbanismo; 2.2 A conjugação dos princípios hipotecários e urbanísticos; 2.3 A oponibilidade legal ou o chamado "princípio de sub-rogação legal"; 2.4 A denominada "publicidade notícia pura" – 3. O papel do registro dentro dos procedimentos de equidistribuição: 3.1 Significado institucional da equidistribuição; 3.2 Reflexo registral do início do procedimento: fundamento e efeitos; 3.3 A inscrição do projeto de equidistribuição – 4. As anotações preventivas: 4.1 Geral; 4.2 As anotações preventivas no procedimento administrativo de disciplina urbanística; 4.3 As anotações no processo contencioso-administrativo – 5. As notas marginais: 5.1 As notas marginais e seu efeito publicitário; 5.2 Os distintos tipos de notas marginais com conteúdo urbanístico.

1. Objetivos do trabalho

O motivo principal da reflexão a que nos propusemos nessas páginas foi a publicação do Real Decreto 1093/97 de 4 de julho, sobre Inscrição no Registro da Propriedade de atos de natureza urbanística. Assim, desde o primeiro momento o conteúdo da norma desperta a curiosidade. Bastam somente as primeiras palavras de seu preâmbulo: "Desde a Lei do Solo e de Ordenação Urbana, de 12.05.1956, tem sido uma permanente aspiração a realizar uma adequada coordenação entre o Registro da Propriedade e a ação administrativa urbanística que, não obstante, até a presente data, nunca havia sido abordada de uma forma global apesar das reiteradas convocações legislativas sobre este ponto". Esta pretensão não é de curto alcance, além de realizar um sonho de mais de quatro décadas, abordando de forma completa as questões relativas à mencionada coordenação. Apesar da auto-postulada importância do Regulamento, vale a pena precaver-se desde o começo contra o deslumbramento que pode ser pro-

(*) Tradução de Ramón de Barros Leonel. Revisão técnica da tradução: Prof. Dr. Álvaro Melo Filho, professor de Direito Registral Imobiliário do curso de Mestrado da UFC e do curso de Especialização da Escola Superior da Magistratura do Ceará.

duzido pelos excessos retóricos deste tipo de texto: nem é tanta a novidade, nem pode a afirmação da "globalidade" da regulação fazer-nos pensar que o registro irá refletir, a partir de agora, o regime urbanístico das propriedades imóveis.[1] Não obstante, o objetivo que perseguimos não é nem puramente exegético, nem obedece ao interesse meramente ocasional da publicação do texto normativo: partimos, com a melhor doutrina, do pressuposto de que o tema a que se refere citada norma era, mesmo antes e depois de sua publicação, de fundo calado.[2]

Para um civilista, o atrativo da matéria é motivado, mais do que pelas ponderações retóricas, pela posição intermediária ou fronteiriça de que esta necessariamente ocupa no ordenamento, que a obriga à coordenação em seu seio de princípios de distintos significados como são os registrais, máximos expoentes da juridificação das necessidades do tráfego sobre os bens imóveis, e os de urbanismo, âmbito privilegiado para a cuidadosa atenção aos interesses públicos. O texto regulamentar é consciente desta especial localização sistemática da realidade que regula e em nenhum momento pretende esquivar-se da confrontação dos princípios contrapostos, ainda que também postule sua necessária coordenação; tal como proclamado no preâmbulo: "foi lançada (no Registro) uma grande informação urbanística que, em outros tempos, ficava fora dos livros registrais, porém sem desvirtuar o conteúdo e os efeitos que são consubstanciais ao Registro da Propriedade e, por outro, foi desenvolvido o mandato legal na busca de

(1) O exemplo mais eloqüente de uma formulação exagerada pode ser propiciado pela proclamada "novidade" das Normas Complementares do Regulamento Hipotecário (doravante NCRH): muitos de seus preceitos tinham importantes antecedentes, e nenhum é rigorosamente novo. Outro exemplo pode ser visto na última parte deste mesmo Preâmbulo, segundo a qual a aplicação desta norma "suporá a agilização dos processos urbanísticos de transformação do solo, e por conseqüência, uma medida básica para facilitar a disposição de terrenos edificáveis e evitar a especulação... facilitando a criação de um solo urbano com o instrumento técnico adequado para a proteção jurídica do direito de propriedade mediante a publicidade registral..., garantia de acesso ao crédito, pessoal e territorial, estruturado nos preceitos constitucionais que refletem sua função social e asseguram o direito dos cidadãos a uma moradia digna". A diversidade de fatores que intervém na consecução destes objetivos torna ingênua a pretensão de que, desde o ponto de vista registral, possa-se influir decisivamente neles. Não obstante, que a criação do solo urbano seja vista como finalidade básica da norma, é evidente a importância que o Registro tem neste processo, como oportunamente destacaremos.

(2) Vide Lacruz em Lacruz-Sancho. *Elementos de derecho civil*, III bis, Barcelona, 1984. p. 200: "Especial importância oferece hoje, no aspecto registral, o Direito Urbanístico". Segundo Amorós Guardiola, "Prólogo", a Corral Guón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madri, 1996. p. XXII: "Permito-me pensar que a tarefa principal que tem o Direito Registral espanhol a finais do século XX talvez seja a de incorporar plenamente todas as vicissitudes do processo urbanístico ao regime da publicidade registral".

soluções que sem debilitar a ação pública, não obstante, sejam respeitosas e coerentes com a normativa registral".[3]

Nosso trabalho deve centrar-se no tratamento das questões suscitadas neste último parágrafo; ou seja, na forma como as normas urbanísticas e registrais abordam o entrelaçamento e coordenação dos princípios que inspiram suas respectivas normas. Não se deve buscar nestas páginas um tratamento exaustivo e sistemático dos problemas exegéticos que propõem où podem propor as normas vigentes, questão que já está sendo objeto de atenção pela doutrina especializada.[4] Tampouco temos a pretensão de ocupar-nos em profundidade da legislação urbanística substantiva, porque, ainda que as normas registrais pressuponham sua existência, a dispersão legislativa do urbanismo, sobretudo a partir da sentença do Tribunal Constitucional de 20.03.1997, aconselha não se distrair excessivamente em tarefas que tornassem o trabalho inabordável e que provavelmente fossem desnecessárias a nosso propósito.[5] Que estas páginas sejam so-

(3) O parágrafo completo do Preâmbulo diz o seguinte: "A ação urbanística e o Registro da Propriedade desenvolvem-se em esferas distintas, pois a primeira não é matéria propriamente registral e as mutações jurídico-reais, quando se refletem no Registro da Propriedade, concretizam-se com ajuste a suas normas próprias e independentemente das urbanísticas. Não obstante, se a ação urbanística em si mesma provoca uma alteração nas titularidades imobiliárias, surge um ponto de contato de necessária coordenação. Por sua vez, é conveniente que os poderes públicos sirvam-se de uma instituição que, ainda que se desenvolva no campo privado, possa ser eficaz colaboradora para a atuação urbanística. Desde esta dupla vertente foi realizado o desenvolvimento regulamentar dos preceitos legais, posto que, por um lado, deu-se entrada a uma grande informação urbanística que em outros tempos ficava fora dos livros registrais, porém sem desvirtuar o conteúdo e os efeitos que são consubstanciais ao Registro da Propriedade e, por outro, desenvolveu-se o mandato legal buscando soluções que sem debilitar a ação pública, não obstante, sejam respeitosas e coerentes com a normativa registral".

(4) Cabe citar como obras de conjunto sobre o Real Decreto: Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madri-Barcelona, 1999; García García. ***Derecho imobiliário registral o hipotecario*, Madri, 1999, t. V; Roca Sastre e Roca-Sastre Muncunill.** *Derecho hipotecario*, VII, Barcelona, 1998. Com relação a aspectos concretos de sua regulamentação, pode-se remeter aqui a: Carrasco Perera. *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, Pamplona, 1999; López Fernandez. "Algunos aspectos de las normas complementarias ao Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística". *ADC*, p. 1.301 et seq.; idem, "La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio". *RDUMA*, 1998, p. 443 et seq.; Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, Valencia, 1999. Não se deve esquecer, ademais, que algumas das obras sobre a relação entre o Urbanismo e o Registro anteriores ao Real Decreto têm, todavia, certa utilidade.

(5) Situamo-nos assim na perspectiva do Real Decreto que afirma em seu Preâmbulo que "ainda que os preceitos que integram este Real Decreto se refiram a matérias urbanísticas, seu conteúdo é exclusivamente registral, pelo qual normas hipotecárias – jurídico-privadas – são chamadas a ter uma duração independente das vicissitu-

mente utilizadas para um estudo sobre a concreta forma de encarnação dos principais princípios hipotecários em normas muito distantes, em seu significado último, das que lhes permitiram ganhar vida.[6] Dessa forma, gostaríamos de oferecer uma reflexão que termine por facilitar a interpretação normativa, de acordo com os grandes princípios do sistema.

Uma última obrigação se impõe: não acreditamos que em um trabalho como este, devamos entrar na polêmica que rodeia os princípios hipotecários. Acima de tudo, estávamos convencidos de sua utilidade, seu relevante significado em nosso sistema hipotecário, e principalmente, do magnífico serviço que prestam à cabal compreensão e interpretação das normas.[7]

2. Questões gerais

2.1 As funções do registro da propriedade em relação ao urbanismo

Os problemas que queremos enfrentar exigem o entendimento de quais são as funções de que se pretende dotar o Registro para colaborar com o urbanismo. Entretanto, essa clareza às vezes faz-se escassa nas interpretações, em que estão implicadas questões muito diferentes que carecem ser distinguidas.

Em nossa opinião, a falta de enfoque mais profundo que pode existir nesta matéria provém da invocação do auxílio do Registro quando se observa a es-

des das normas sobre urbanismo. Em tal sentido, tratou-se no presente Real Decreto de evitar as referências concretas à legislação urbanística, toda vez que a competência para sua elaboração está atribuída com caráter exclusivo às Comunidades Autônomas, salvo em matérias expressamente reservadas ao Estado". Mais adiante, acresce o mesmo texto que a normativa oferece soluções: "que, enquanto registrais, hão de ser uniformes em todo o Estado, em uma matéria, a registral, também necessariamente uniforme, por afetar aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e ser de ordem pública".

(6) A perspectiva da qual partimos não pode ser dita como plenamente original. Uma confrontação similar dos princípios hipotecários com as normas urbanísticas foi realizada recentemente por Corral Guón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madri, 1996. p. 279 et seq. Nosso estudo, entretanto, pensamos que está plenamente justificado porque o tratamento desta última obra apresenta vários inconvenientes: o primeiro é puramente temporal e não é outro que sua anterioridade ao Real Decreto; o segundo, trata-se do fato de que essa confrontação é oferecida quase por via de conclusões e com excessiva brevidade. Nesse último sentido, também Amorós Guardiola, no "Prólogo" de dita obra, p. XXI: "Em forma resumida – talvez excessivamente, a meu ver, dada a importância e pluralidade dos princípios e a multiplicidade de suas aplicações – passa-se em revista os princípios...".

(7) Para questões como as aludidas no texto e, em geral, para todas as referidas ao significado dos princípios hipotecários, remeteríamos ao excelente trabalho de nosso mestre, o professor Gordillo Cañas. "Bases del derecho de cosas y princípios inmobiliario-registrales: sistema español". *ADC*, 1995, p. 527 et seq.

cassa publicidade do sistema normativo urbanístico, ou talvez seja melhor dizer, a dificuldade de conhecer em concreto o regime aplicável a uma determinada propriedade imóvel. A idéia, pelo que conhecemos, nasceu dentro da doutrina urbanística, porém atualmente foi desdobrada pelos autores de direito privado.

Efetivamente, um autor influente e de prestigio, após analisar há cerca de vinte e cinco anos os problemas que o falho sistema de publicidade formal e material dos Planos ocasionava, concluiu: "a enorme responsabilidade e gravidade que a Lei do Solo deposita sobre os planos, enquanto são eles os que definem, positivamente, o conteúdo normal da propriedade (...) exige que lhes seja dado um tratamento congruente com essa importância, assegurar-lhes um verdadeiro sistema de publicidade e segurança (função na qual provavelmente possa corresponder um papel destacado à instituição do Registro da Propriedade – ainda que naturalmente à margem do sistema analítico ou por propriedades imóveis com o qual está hoje organizado; essa conexão que parece indiscutível se o Registro efetivamente tiver de publicar, juntamente com os encargos da propriedade imóvel e até antes, seu variável e casuístico conteúdo)".[8]

A proposta do texto anterior está clara: levando em conta a singularidade do Plano como norma jurídica, que supõe a particularização do conteúdo de direito de propriedade em função do caso concreto,[9] torna-se tentador usar o registro como leito de publicidade das limitações urbanísticas.

Por mais que estes planejamentos não sejam demasiadamente concretos, têm influencia em parte da doutrina privatista que fez difundir a publicidade deficiente dos Planos e invocar o auxílio do Registro da Propriedade para solucionar esse problema.[10] Provavelmente para nivelar o caminho a este tipo de "colaboração" do Registro com o Urbanismo, foi gerada a idéia da publicidade notícia pura: um tipo de publicidade cuja eficácia é de mero anúncio ou cortesia e

(8) Assim, em García de Enterría. "Actuación pública y actuación privada en el derecho urbanístico". *REDA* 1/89-90, 1974. Seguido muito de perto por Parejo Alfonso. "La ordenación urbanística y el Registro de la Propiedad: un problema de coordinación". *RAP* 88/250-251, 1979: "Encontramo-nos, portanto, diante do problema que está na base da desconexão entre a legislação hipotecária e a urbanística. Esta define o estatuto da propriedade e, como sua conseqüência, deveria refletir no Registro da Propriedade" (p. 251).

(9) Cfr. Sobre esta matéria, García de Enterría-Parejo Alfonso. *Lecciones de derecho urbanístico*, I, Madri, p. 161 et seq.

(10) Vide Pretel Serrano. "La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo". *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Madri, 1991, p. 54-55: "quando nos encontramos ante limitações urbanísticas há de ser detalhado que, ainda que seja defendível a eficácia normativa dos Planos não deve por menos que ser reconhecido seu sistema de publicidade deficiente, pelo que o auxílio registral para cooperar a dar publicidade à situação urbanística dos prédios é evidente", também Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, Madri, 1995. p. 31 et seq.

cuja omissão, por conseqüência, é irrelevante.[11] Nós, bem como Chico Ortiz, não conseguimos entender a finalidade que se almeja, nem a razão justificadora desta modalidade de publicidade,[12] porque no nosso entender, não se deve admitir a idéia de que o Registro tem algum papel a cumprir relacionado à publicidade normativa das especificações urbanísticas. Assim pensamos porque tratar-se-ia, no fundo, de resolver um problema que compete exclusivamente ao Direito Urbanístico: efetivamente garantir a publicidade de suas exigências é uma tarefa importante e que não se pode desdenhar, porém não deve colaborar com outras instâncias que não sejam as puramente publicitárias organizadas pela Administração. Não se pode negar sinceridade à proposta doutrinal anterior: tratar-se-ia de que o Registro da Propriedade abandonasse sua configuração atual, pois se reconhece com razão sua total inadequação à finalidade pretendida. Porém, deve-se considerar que para alcançar essa finalidade, talvez não seja bom interferir no funcionamento de uma instituição que tem suas funções e regras próprias e que presta serviços essenciais na vida jurídica.[13] Também estamos convencidos da inadequação do Registro para dotar as Normas Urbanísticas de sua publicidade específica: o Registro não nasceu para isso nem sua configuração o permite, considerando o fato de que o acesso ao Registro é voluntário para demonstrar que nenhuma publicidade normativa pode ser edificada sobre esse pressuposto; ou, nos princípios registrais de inoponibilidade ou da fé pública para compreender que o conteúdo de uma norma jurídica não pode ficar subordinado em sua eficácia a seu reflexo no Registro da Propriedade.

Além disso, à vista do regime normativo concreto, não parece que o ordenamento haja pretendido regular a publicidade dos encargos urbanísticos por intermédio do Registro, nem sequer, com caráter geral, um tipo novo de publicidade. Pelo contrário, tal como exporemos em breve, o princípio de inoponibilidade está continuamente presente nas normas registrais sobre urbanismo.[14]

2.2 A conjugação dos princípios hipotecários e urbanísticos

Afirmamos anteriormente que pretendíamos estudar o modo no qual os prin-

(11) Cfr. infra, item 4.

(12) "La publicidad efecto y la publicidad noticia". *BCNR* 310/859, 1994.

(13) Por isso que seja dito, em favor dessa colaboração, que este uso do Registro "não é senão reflexo de que o Registro é uma realidade vivida" (Pretel Serrano, op. cit., p. 68), parece-nos que carece de toda força de convicção, porque não leva em conta a inadequação desse objetivo com o fim próprio de nossa instituição.

(14) Por isso entendemos justificada a apreciação de Chico Ortiz, à vista do regime normativo, op. cit., p. 860: "começamos a descobrir que a 'publicidade notícia' começa a não ser tal... ponhamos as coisas em seu lugar e chamemos às mesmas por seu verdadeiro nome. Chamamos assim para que a Administração Urbanística admita a figura?"

cípios hipotecários atuam nas normas urbanístico-registrais. Impõe-se dizer que a matéria é problemática, porque os princípios inspiradores das normas urbanísticas são sensivelmente distintos dos que pudessem estar na base do regime registral. Realizemos agora uma reflexão mais explícita sobre essa afirmação.

Em primeiro lugar, fizemos referência aos princípios hipotecários, ainda que de forma indistinta ou indiferenciada. Mas em seguida, impõe-se a precisão: devemos ocupar-nos de todos ou, ao contrário, limitar-nos ao estudo de algum ou alguns que tenham mais importância? A esse questionamento, concluímos, indubitavelmente, não ser necessário abordar em toda sua extensão os princípios hipotecários. Basta que tratemos dos princípios mais importantes e fundamentais: o da inoponibilidade e o da fé pública. As razões parecem claras: nesses princípios condensam-se o sentido e a explicação principais de toda a normativa registral, de forma que deles originam-se outros princípios importantes como o da prioridade ou o da especialidade.[15] Porém, sobretudo porque como teremos ocasião de comprovar, é nessa relação que a possibilidade de confrontação das normas e critérios urbanísticos com as soluções registrais é mais intensa.

É importante desfazer, desde logo, algum equívoco que possa eventualmente surgir: a normativa urbanístico-registral não pretende dotar de publicidade o regime urbanístico de cada propriedade imóvel. Dessa forma, continua sendo válida a opinião de que "a proteção do Registro não produz seus peculiares efeitos ante certos direitos publicizados de outra maneira".[16] Nessa situação estaria a configuração legal do domínio, que viria publicada pela Lei e que seria conhecida deste modo: "objetivo é o Direito e não a situação individual jurídica do Registro que informa sobre tais encargos".[17] Por esse motivo, certas questões urbanísticas no Registro puderam atingir um mero significado "de cortesia" para com o adquirente (por exemplo, em algumas das notas marginais constantes desta matéria).

(15) Cfr. Ad. Rem. Gordillo Cañas. "Bases del derecho de cosas y principios inmobiliario-registrales: sistema español", cit., p. 595 et seq. 648 et seq.

(16) Assim em Lacruz, op. cit., p. 198.

(17) De novo estamos citando a Lacruz, op. cit., p. 199. Pode-se ver também Peña Bernaldo de Quirós. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madri, 1999. p. 563-564: "não se dá a proteção (do art. 34, LH) porque os direitos ou limitações pretendidamente não inscritos... a rigor aparecem no Registro. De fato, por constituir o contorno ordinário do âmbito de poder que constitui o conteúdo do direito de propriedade, inscrita a propriedade (ou o direito respectivo) consta já suficientemente no Registro a limitação natural ao direito inscrito. E por isso, sem necessidade de expressão registral especial, afetam a terceiros (cfr. arts. 26, 1.º e 37,3, LH)". Em nota, acrescenta o seguinte: "Em troca, as modificações singulares do direito devem ser inscritas especialmente para afetar aos terceiros protegidos pelo art. 34, LH. Por exemplo, para que o adquirente de determinado imóvel seja afetado pelos compromissos especiais que o anterior proprietário 'houvesse acordado com a Administração urbanística competente' e que 'refiram-se a um possível efeito de mutação jurídico-real', requer-se que esses compromissos 'tenham sido objeto de inscrição registral' (cfr. art. 21.1, LS de 1998...)."

Não obstante, quando o urbanismo recorre ao registro é: primeiro, para refletir uma mutação jurídico-real motivada pela ação urbanística (por exemplo, expropriação, cessão de terrenos, mudança de titularidades por conseqüência dos procedimentos de equidistribuição); segundo, para garantir a oponibilidade de algum ato que não tenha assegurada, por exemplo, a tramitação dos atos administrativos ou judiciais de aplicação do Planejamento. Esses atos necessitam ser vinculados ao titular registral e, se querem assegurar a concordância com o Registro de seu resultado final, devem refletir no mesmo sua tramitação para evitar o surgimento de terceiros adquirentes ignorados no procedimento; terceiro, em um desses casos, em concreto, no procedimento de equidistribuição, são fixados também os encargos, pelo qual na hora de inscrever o resultado final, aplica-se o princípio de especialidade. No primeiro tipo de atos, poucos problemas surgirão porque "as mutações jurídico-reais, quando refletidas no Registro da Propriedade, moldam-se com ajuste a suas normas próprias e independentemente das urbanísticas".[18] Em troca, o segundo e o terceiro casos são muito mais complexos.

Em segundo lugar, também dissemos que as normas urbanísticas fundamentam-se em idéias diferentes daqueles que permitiram o nascimento do Direito registral atual. Referimo-nos com isso à freqüente afirmação de que o contexto histórico da Lei Hipotecária de 1861 e seus critérios de inspiração se agregavam a um contexto de liberalismo econômico.[19] Frente à visão liberal do Direito de propriedade, a Lei do Solo de 1956 formulava em sua Exposição de Motivos propósitos muito diferentes: "se a propriedade privada tem de ser reconhecida e amparada pelo Poder Público, também deve ser harmonizado o exercício de suas faculdades com os interesses da coletividade... A Lei configura as faculdades relativas aos direitos de domínio ou propriedade sobre os terrenos, segundo sua classificação urbanística, constituindo um estatuto jurídico do solo. As limitações e deveres que implicam e definem o conteúdo normal da propriedade, segundo sua natureza urbana e, portanto, não dão lugar à indenização. Frente à propriedade liberal a afirmação, agora, de sua função social incorporada de tal maneira ao di-

(18) Assim o preâmbulo das NCRH.

(19) Cfr., por exemplo, Laso Martínez. "Registro de la Propiedad y urbanismo". *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madri, 1997. p. 251 et seq. Contrariamente, Gallego del Campo. "Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX", *RCDI* 574/655: "O Registro, enquanto criação legislativa da nova classe burguesa, tem sido considerado tradicionalmente como o instrumento técnico mais enérgico na tutela da propriedade liberal. Frente a um juízo tão apressado, sustento aqui que o ordenamento hipotecário, no sistema registral espanhol, supôs a introdução de um fator corretivo no regime individualista do domínio, adiantando ou constituindo-se em precedente do Estado interventor e do exercício social do Direito". Para o autor, "a legislação hipotecária vem assim a transcender do individualismo radical que animará mais tarde o articulado do Código Civil" (op. cit., p. 656).

reito de propriedade de que trata o 'estatuto jurídico do solo' e o 'conteúdo normal' do direito".[20]

Em nossa opinião, as soluções hipotecárias estão dotadas de um alto grau de flexibilidade e podem acolher sem excessivas dissonâncias conteúdos legais muito diferentes de cada um dos direitos reais que publicam.[21] A razão disso é que, como diz o Preâmbulo das NCRH, "a ação urbanística e o Registro de Propriedade desenvolvem-se em esferas distintas" e este último não pretende tomar o regime urbanístico de cada propriedade imóvel como certo e difundi-lo. Não obstante, como existem alguns pontos de conexão e suas normas se inspiram em princípios diferentes, há de se ver se esta profunda transformação do direito de propriedade afeta, ou não, em grande medida os princípios hipotecários.[22]

(20) Expressão última não obstante, que para De Los Mozos é mais metafórica que real e pouco ajustada à garantia constitucional da propriedade: cfr. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madri, 1993. p. 134 et seq. Aliás, não é exagero um certo distanciamento ante afirmações que muitas vezes se pretendem impor como indubitáveis, quando o certo é que não o resultam tanto se se analisa o que ocorre na realidade. Torna-se evidente o contraste da chamada função social da propriedade e a freqüente realidade do urbanismo que "nem serve para evitar a especulação, nem para melhorar de forma efetiva o ambiente urbano, prevenindo o crescimento desordenado e anárquico das cidades, nem o que é mais grave, para satisfazer as mínimas exigências de uma necessária justiça social": assim, De Los Mozos. "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas". *ADC*, 1980. p. 5.

(21) Assim o havia explicado, e não vemos razões para duvidar do acerto de seu juízo, mais de dez anos antes da primeira Lei de Solo, a Exposição de Motivos da Lei Hipotecária de 1944: "Mas apesar da função social; geralmente atribuída à riqueza imobiliária, implicar uma profunda transformação de seu regime jurídico, não se estima indispensável uma radical inovação em nossos cardinais princípios hipotecários. O fim econômico e social da propriedade desenvolve-se com independência quase completa das normas hipotecárias, estas, mais que ao conteúdo das relações sobre imóveis, destinam-se, preferencialmente, a regular a titularidade das mesmas. A *fides publica*, base e fundamento de todo sistema hipotecário, serve para dar uma maior mobilidade à terra que para vinculá-la, na necessidade, ao cumprimento dos fins mencionados". Segundo Fuentes Sanchiz. "En torno al urbanismo, política del suelo y Registro de la Propiedad". *RCDI* 422-423/452, 1963: "O registro da propriedade... hoje serve, sem distinção no fiel da balança, o interesse público e privado".

(22) "Temos certeza de que a técnica registral imobiliária atual é adequada para fazer frente a todos esses problemas? Sinceramente, acreditamos que não, e haveremos de ajustá-la (...) o que poderá ocorrer, por exemplo, com a defesa das titularidades? E com a publicidade básica do Registro? Irão crepitar os princípios e teremos que arbitrar fórmulas novas, com espírito generoso, ainda que com feroz intransigência enquanto se pretenda desconhecer os direitos fundamentais que devemos defender": são palavras de Fuentes Sanchiz. *En torno al urbanismo, política del suelo y Registro de la Propiedad*, cit., p. 480.

Uma primeira conclusão merece destaque: é possível a conjugação dos princípios hipotecários com os critérios derivados de uma nova concepção do direito de propriedade e, nesse sentido, não se pode considerar exageradamente otimista, utópica ou irreal a formulação do Preâmbulo do Real Decreto de 1997, pois se situaria alinhada com o que nosso ordenamento proclamava. Não devemos ignorar, entretanto, que no necessário caminho das formulações gerais às normas concretas, nas quais se exprimem esses princípios, vão ser produzidas questões problemáticas. Como ninguém mais, poderíamos observar o fato sobre o qual nos propusemos refletir com a certeza de estarmos pisando em um terreno difícil.[23]

2.3 A oponibilidade legal ou o chamado "princípio de sub-rogação legal"

A tradução normativa das idéias urbanísticas sobre o direito de propriedade que mais afetam ao conjunto de problemas próprios deste trabalho é hoje o art. 21.1 da Lei do Solo (LS), de 1998: "A transmissão de propriedades imóveis não modificará a situação de seu titular em relação aos encargos estabelecidos pela legislação urbanística aplicável ou exigíveis pelos atos de execução dela derivados. O novo titular ficará sub-rogado no lugar e posto do proprietário anterior em seus direitos e deveres urbanísticos, assim como nos compromissos que este houvesse acordado com a Administração urbanística competente e que tenham sido objeto de inscrição registral, sempre que tais compromissos refiram-se a um possível efeito de mutação jurídico-real".[24] Prescindindo, por hora, do último inciso, que supõe uma mudança de critério bastante importante,[25] é fácil justificar-se a regra instaurada neste preceito a partir das concepções sobre a propriedade anteriormente explicadas: se as normas urbanísticas instauram um regime estatutário da propriedade urbana, fica claro que não estaríamos contemplando relações singulares da Administração com este ou aquele proprietário,

(23) A dificuldade parte em último termo, como destaca De Los Mozos, de que o direito urbanístico é um ordenamento incompleto, com escassa sistemática e pouca preocupação por inserir-se, coerentemente, no conjunto do ordenamento: cfr. *Modificaciones del derecho de propriedad por razón de las actuaciones urbanísticas*, cit., p. 4-5.

(24) O preceito, com diferentes redações, porém, com parecido conteúdo normativo, foi o art. 22 no TR de 1992; art. 88 no de 1976, e art. 71 na Lei do Solo de 1956. Não obstante, o último inciso do atual art. 21.1 constitui uma novidade que supõe uma mudança de orientação importante, como teremos oportunidade de destacar.

(25) Cfr. Peña Bernaldo de Quirós, loc. ult. cit.; Carrasco Perera. *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., p. 128: há algo inovador no art. 21.1, LRSV, o que singulariza – de modo positivo, em minha opinião – frente às normas que nos textos legais precedentes estabeleciam o princípio de sub-rogação ou vinculação *propter rem*: Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 29, García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 31.

mas sim vínculos e encargos que afetam permanentemente os imóveis e, conseqüentemente, seus sucessivos titulares.

Não obstante, alguns preferiram ver o critério legal como um ataque frontal aos princípios hipotecários: "a idéia que se manipula – diz-se – não pode ser mais atentatória ao princípio da publicidade e, claro, ao da segurança do tráfego jurídico, razão e fundamento da existência do Registro da Propriedade. Os encargos ocultos nunca podem prejudicar o adquirente que confia em uma situação registral que proclama frente a todos a liberdade de uma propriedade imóvel".[26] Em resposta a essas afirmações, destaca-se que nelas se encontra um conceito sobre o escopo da publicidade registral diferente ao de nosso sistema hipotecário e urbanístico, pois os deveres legais relativos ao Direito de propriedade não podem ser classificados como encargos ocultos.[27] Talvez o que se queria criticar com essa opinião fosse um sistema urbanístico que, ainda que pudesse ser contingente, é o efetivamente instaurado pela Lei e que não se choca com o sistema hipotecário, pois este nunca quis dar publicidade ao contorno legal dos direitos, mas sim publicar a situação de titularidade e encargos dos bens concretos. Porém, tendo aceito isso, há de se dizer também que não foi reconhecido o mérito indubitável de haver chamado a atenção sobre um preceito, ainda que aceitável em sua formulação mais geral, não o é tanto em algumas de suas conseqüências. Efetivamente, os "deveres legais", como é lógico, não são encargos ocultos. O preceito impõe a sub-rogação também nos atos de aplicação da Lei, e em versões anteriores, também a impunha em compromissos do proprietário com a Administração. Nesses últimos dois casos, o fundamento da norma é muito menos claro, e suas conseqüências provavelmente inaceitáveis. Dessa maneira teve de concluir o legislador de 1998, que excluiu os chamados "compromissos" do proprietário com a Administração da regra geral da sub-rogação, a menos que se reflitam no Registro de Propriedade. É certo que a interpretação desta novidade legal não é nada fácil, pelo qual distintos autores estão se manifestando de maneira muito divergentes sobre o significado do preceito. Entretanto, no ponto que nos interessa destacar, existe sim uma concordância: o preceito quer ser um limite ao funcionamento da sub-rogação legal.[28]

(26) Assim em Chico y Ortiz. "Lo jurídico y lo urbanístico". *RDU* 44/64, 1975. Também Reguera Sevilla. "Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código Civil y la legislación hipotecaria". *AAMN*, XIV, 1965. p. 251.

(27) A opinião de Chico é, diz Sánchez Calero, "uma defesa sem concessões nem paliativos da publicidade registral, mais além do âmbito que lhe é peculiar. Não cabe qualificar de encargos ocultos os deveres impostos aos proprietários por 'leis ou, em virtude delas, pelo planejamento com ajuste à classificação urbanística dos prédios' (art. 2.1, LS de 1998)": assim, em *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 18.

(28) Assim em Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 31: "a norma supõe uma limitação ao princípio de sub-rogação legal estabelecido no próprio artigo 21. Assim, os deveres resultantes as normas urbanísticas ou dos atos administrativos ditados no cumprimento das mesmas, vinculam o adquirente com

Também acreditamos que a doutrina dominante não acerta de modo pleno ao pretender explicar o fundamento e o conteúdo do preceito. Quanto a isso, gostaríamos de matizar algumas questões. A primeira, puramente terminológica, acreditamos ser de menor alcance, ainda que não deva passar desapercebida, considerando sua crescente expansão que reclama uma compensação. Começa a ser corrente, efetivamente, que para se referir ao critério do atual art. 21.1, seja utilizada a expressão "princípio de sub-rogação real".[29] Sua recente aparição entre os civilistas deve colocar-nos em guarda frente a ela.[30] De fato, não há tal sub-rogação real. Não pretendemos ignorar que esta clássica figura tenha surgido com força no seio do Direito urbanístico e que, nesses casos, seja legítimo falar dela.[31] O que negamos é que, no preceito que estamos comentando, possa existir

ou sem o apoio registral. Em troca, os compromissos assumidos voluntariamente pelo titular do solo não afetam ao adquirente, salvo no caso de que constem inscritos"; López Fernández. *La incidencia dela Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio*, cit., p. 482: o preceito pretende "dar eficácia ao princípio hipotecário de fé pública, cuja vertente negativa indica que o não inscrito não há de prejudicar ao terceiro – arts. 32 e 13 da Lei Hipotecária; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 34: "A fórmula do art. 21 da nova Lei do Solo trata de evitar que os terceiros fiquem afetados por acordos ou convênios entre a Administração e o primeiro dono, que não podem conhecer através da publicidade registral. Trata-se de contrapor a publicidade 'legal' resultante das normas jurídicas, ou do planejamento, à necessária 'publicidade registral' dos acordos ou convênios que têm sua fonte na via da autonomia da vontade". Ainda que todas essas opiniões sejam suscetíveis de serem muito matizadas, é bom fazer notar a coincidência na finalidade do preceito, o qual não impede, por outra parte, a divergência em outros aspectos de seu regime, o que não é o caso de ser tratado aqui em detalhes. Entretanto, é oportuno fazer uma breve consideração sobre este último ponto para manifestar qual é, em nosso entender, a causa da pouca clareza do preceito, que não é outra que a amplitude que havia conseguido no sistema anterior o princípio que agora se quer limitar. Por isso vão surgir agora, de modo inexorável, dificuldades na hora de fazer viável a publicidade registral de uns acordos que nem sempre se adaptam ao conhecido até agora pela técnica registral. Por isso, a norma vale enquanto princípio, porém carece de concretização e desenvolvimento nas diferentes hipóteses que possam apresentar-se na prática.

(29) Pelo que conhecemos a expressão provém de González Pérez, vide, por exemplo, *Comentários a la Ley del Suelo*. 1. ed. Madri, 1968. p. 426. A mesma expressão mantém-se nas edições posteriores desta obra.

(30) É usada hoje por Medina de Lemus ("Sub-rogação real e urbanismo". *RCDI*, p. 564 et seq.), contrastando neste trabalho o estudo conjunto destas questões, onde não há sub-rogação real, de outras nas que sim existe. Também se usa a expressão, alternando-a com outras que são corretas, em Carrasco Perera; Cordero Lobato e González Carrasco. *Derecho de la construcción y la vivienda*. 2. ed. Madri, 1998. p. 273-275; Carrasco Perera. *Relaciones civiles com contenido urbanístico*, cit., p. 133, 140-141.

(31) Em concreto, nos procedimentos de equidistribuição há sub-rogação real das propriedades imóveis de origem pelas de resultado, tal como vemos mais adiante.

sub-rogação real, pois falta seu requisito essencial, a substituição de uma coisa pela outra. Aqui sucede exatamente o contrário: permanecendo a coisa, muda o proprietário. A impropriedade, pois, desta terminologia salta aos olhos.[32]

Outro importante setor da doutrina considera que o art. 21.1 condensaria o chamado princípio de sub-rogação legal.[33] Com relação a isso, queremos realizar outra matização. É certo que a própria norma refere-se à sub-rogação do adquirente. Entretanto, apesar da força descritiva do termo "sub-rogação", consideramos que seu emprego não é correto por introduzir um conceito excessivamente vago e, o que é mais importante, por não distinguir diferentes suposições a que a norma se refere. Em nossa opinião, toda interpretação do preceito deve partir da distinção de duas possibilidades: que sobre o imóvel pretenda-se aplicar de forma imediata e direta uma norma jurídica; e que se pretenda aplicar a norma jurídica através de um ato singular. À luz disso, pode-se dizer que se o termo "sub-rogação" é utilizado para descrever o fato de que qualquer adquirente fica vinculado pelas conseqüências normativas do Plano, está sendo privado de significado próprio ao conceito de sub-rogação. É desnecessário lançar mão desse conceito para explicar a aplicação das conseqüências jurídicas da norma quando o sujeito cumpre ou se coloca na situação prevista como suporte fático. Nesse caso, nada mais existe do que a aplicação da força vinculadora própria das normas jurídicas.[34] Em segundo lugar, quando não se trata de aplicar uma norma jurídica de forma direta,[35] é difícil considerar que a chamada "sub-rogação legal" seja um princípio verdadeiro.

(32) Deste ponto que, se acaso se deseja seguir falando de sub-rogação, somente possa ser denominada "sub-rogação legal", como fazem muitos autores, ou "sub-rogação pessoal", como recentemente propõe Sánchez Ruiz de Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, Madri, 1999. p. 352.

(33) Assim em Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, Madri, 1995. p. 301; López Fernández. *La incidencia...*, cit., p. 463; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 32; Laso Martínez, em Laso Martínez e Laso Baeza. *El aprovechamiento urbanístico*, Madri, 1995. p. 271 et seq. Este último autor, não obstante, questiona-se a proposta tradicional era admissível sob a legalidade urbanística posterior a 1990.

(34) Cfr, neste sentido, Lacruz. *Elementos*, III bis. cit. p. 201; Laso Martínez, em Laso Martínez e Laso Baeza. *El aprovechamiento urbanístico*, cit., p. 271: "a ordem urbanística é autônoma, com respeito ao sistema registral. Ainda que um e outro recaiam sobre os bens imóveis, e portanto desejável sua aproximação, a eficácia dos atos urbanísticos opera à margem do Registro; a publicidade é também independente e os atos se produzem com conexões isoladas, não sistemáticas"; Núñez Lagos (F), "Dois sistemas de oposições: I. A propriedade urbana. II. Urbanismo e Registro da Propriedade". *RDN*, 1981. p. 380; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 30; Carrasco Perera; Cordero Lobato e González Carrasco. *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 273; Roca Sastre e Roca-Sastre Muncunill. *Derecho hipotecario*, I, Barcelona, 1995. p. 289, II, p. 270.

(35) Aliás, a distinção entre atos com virtualidade normativa e atos sem ela pode ser questão problemática, especialmente no âmbito urbanístico. Cfr. Lacruz. *Elemen-*

Para nós, a formulação do art. 21.1 da LS é imprecisa ao atribuir idêntica solução a realidades, por si mesmas heterogêneas, que mereceriam um tratamento diferenciado. Em parte, assim reconheceu o próprio legislador, que reúne atualmente uma autêntica exceção à oportunidade legal nos casos em que os encargos urbanísticos de um imóvel derivem de "compromissos" de um proprietário com a Administração. Fica claro que a Lei está levando em conta que ninguém pode ficar vinculado por um ato no qual não interveio.[36] Porém, cabe criticar a Lei por haver sido muito tímida na enunciação da exceção que deveria ter uma formulação mais ampla. Efetivamente, não se faz lógica nem a direta oponibilidade dos compromissos contraídos com a Administração, nem a oponibilidade contra o terceiro não notificado de um ato administrativo ou de uma sentença. Devem ser distinguidas duas hipóteses diferentes, dependendo se as conseqüências para um imóvel derivam diretamente das normas ou se o fazem de forma indireta através de atos singulares que requeiram a intervenção ou notificação à parte afetada. Fica claro que o conceito de terceiro não será admissível com relação ao primeiro tipo de "limitações", pois, com relação às normas jurídicas, não existem "segundos" nem terceiros, somente "primeiros". O destinatário das normas é a coletividade;[37] do contrário, pode ser de aplicação no outro caso.[38]

tos. III bis. cit., p. 200: "torna-se (...) difícil estabelecer uma fronteira precisa entre os atos da Administração, que têm uma virtualidade normativa e são eficazes frente a todos sem precisar da publicidade registral, e aqueles que, para ter tal eficácia, devem fazer-se constar no Registro".

(36) Por isso, García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 34-35, critica a anterior normativa que não distinguia neste ponto. Com relação às normas anteriores são também interessantes as considerações de Pretel Serrano, na "Nota marginal da situação urbanística das propriedades imóveis na Lei 8/1990, de reforma do regime urbanístico e valorações do solo". *Estudos sobre a reforma da Lei do Solo*, Madri, 1991. p. 67. Na atualidade, pois, a sub-rogação teria dois modos diferentes de atuar em função dos casos: vide Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, p. 29.

(37) O uso do termo terceiro, já por si problemático no âmbito registral, oferece especiais dificuldades quando nos referimos às questões urbanísticas. Cfr. López Fernández. *Algunos aspectos...*, p. 1.303; Medina de Lemus. *Sub-rogación real y urbanismo*, cit., p. 567; Carrasco Perera; Cordero Lobato e González Carrasco. *Derecho de la construcción y la vivienda*, p. 273 et seq.

(38) Ainda que, depois da sentença de 20.03.1997, a matéria tenha menor importância, na doutrina se conectou a concepção sobre a propriedade urbanística da Lei 8/1990, com uma necessidade de revisão dos critérios tradicionais derivados da sub-rogação legal. Referimo-nos à opinião de Laso Martínez. *El aprovechamiento urbanístico*, cit., p. 272 et seq.: "o novo sistema legal (da Lei 8/1990) parte, na consideração dos deveres de urbanizar e edificar, de ser o Plano expressão de uma função pública cujo não cumprimento provoca como conseqüência a sanção, como expressão não rigorosa senão meramente analógica de perda de aproveitamento urbanístico e o desencadeamento das medidas de correção que privam definitivamente ao titular dos bens de seu domínio em função do novo valor, mediante a expropriação ou venda força-

Como satisfação ou justificação da indiferenciada formulação legal, não se pode alegar que "todas as atuações administrativas com incidência na situação jurídica dos proprietários gozam de uma publicidade característica que se manifesta mediante o trâmite habitual de informação pública".[39] Porque o trâmite de informação pública é próprio da elaboração de normas como os Planos Gerais, mas não existe, como é lógico, nos atos administrativos ou jurisdicionais. Além disso, bastaria considerar que existem outros princípios jurídicos que seriam afetados substancialmente se fosse mantida com resolução a chamada "subrogação": assim a necessidade de que todo ato administrativo seja notificado aos que forem afetados em seus direitos ou interesses (cfr. art. 58, LPC).[40] Ou também, o princípio da eficácia relativa da sentença ditada pela jurisdição contencioso-administrativa (cfr. art. 86.1, LJ).[41] Pensamos que o recurso à instituição registral permite, entre outras coisas, respeitar esses importantes princípios, sem redução da função pública urbanística, e de acordo também com os princípios hipotecários. É essa a função, em nossa opinião, de muitos dos mecanismos registrais em matéria urbanística.

A exposição anterior permite explicar o motivo pelo qual a regulação do regime registral das questões urbanísticas tende a concentrar-se nos aspectos nos quais possa realizar uma contribuição mais eficaz desde o ponto de vista urbanístico: em todas as questões procedimentais. Daí também que a doutrina se mostre abertamente contrária ao uso do Registro na fase do planejamento.[42] O uso do Registro em zonas nas quais sua publicidade não tem nada a contribuir à oponibilidade do inscrito não é bem adequado à finalidade de publicidade registral, nem ao efeito alocado à mesma pela Lei.[43]

da, sem que inclusive o excesso de preço obtido pela venda forçada com relação ao valor urbanístico pertença ao dono senão à Administração urbanística atuante" (p. 272). Depois de ocupar-se com detalhe da matéria, termina perguntando-se: "até que ponto podem opor-se a terceiros adquirentes de boa-fé ou aos titulares do domínio desmembrado ou dividido ou aos credores hipotecários uns efeitos tão terminantes, quando o sistema de segurança jurídica arbitrado pelo Estado (...) não revela a existência do não cumprimento ou a iniciação ao menos do procedimento adequado?" (p. 276).

(39) Assim em López Fernández. *Algunos aspectos...*, cit., p. 1.304.

(40) Sobre a matéria, vide García de Enterría-Fernández. *Curso de derecho administrativo*, Madri, 1993. p. 555 et seq.

(41) Vide, op. ult. cit., t. II, p. 639 et seq.

(42) Cfr. Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 75, ainda que verdadeiramente o relevante não seja a fase em que nos encontremos, senão a origem da limitação urbanística. Isso explica que possa ter sentido o recurso ao Registro da Propriedade quando a origem do planejamento não for uma norma, mas sim um acordo do particular com a Administração. Quanto a este último ponto: vide García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 30 et seq.

(43) Isso explica também que, quando o legislador tenha recorrido a uma publicidade registral superexposta à derivada da Lei e sem eficácia própria, o recurso prático ao

É perigoso, pois, assumir a condição de princípio da chamada "sub-rogação legal", porque poderia ser utilizada para resolver, sem aprofundar na hipótese fática, qualquer caso que possa ser apresentado, desvirtuando a necessária visão de conjunto e de fundamento ou a carência do efeito que se pretende descrever com essa expressão.

2.4 A denominada "publicidade notícia pura"

A consideração segundo a qual o governo merece suas próprias normas regulamentares e que se expõe no Preâmbulo, é que não se separam dos princípios próprios da instituição registral, nem desvirtuam o seu significado. Não se pode dizer até que ponto isso está certo, antes que examinemos com maiores detalhes ditas normas; porém nós, de algum modo, já fizemos um esboço de nossa opinião: o tratamento registral em termos de urbanismo teria interesse em garantir a oponibilidade frente a todos dos atos que por si sós não a teriam, e carece totalmente de interesse nos casos em que essa oponibilidade fosse natural à limitação ou encargo gravado sobre a propriedade.

Essa proposta conflita com uma opinião freqüentemente sustentada na doutrina recente, segundo a qual no Direito registral teria surgido conjuntamente com o genuíno princípio de publicidade, uma nova forma de publicidade denominada "publicidad noticia pura".[44] Com independência deste tipo de assentos sem efeitos publicitários, mas sim de "mera cortesia" para com o terceiro, não se faz propriamente um fenômeno novo no regime registral, sendo certo que, tem alguma presença no âmbito urbanístico. A idéia viria a ter seu início legal no § 3.º do art. 309 do TR de 1992:[45] "far-se-ão constar mediante nota marginal os demais atos e acordos a que se refere o art. 307. Salvo o estabelecimento expresso de outra coisa, as notas marginais terão vigência indefinida, porém não produzirão outro efeito que dar a conhecer a situação urbanística no momento ao qual se refira o título que as tenha originado". O surgimento desta "publicidade" carente de efeitos parece certa à vista deste preceito. Porém, deve-se notar que a norma que acabamos de citar tem um evidente caráter limitado. Limitado, em primeiro lugar, porque se refere a um só dos diversos tipos de assentos

Registro tenha sido muito escasso. Basta recordar agora a inscrição dos arrendamentos urbanos sob as leis anteriores à atualmente vigente, que é normalmente qualificada de inútil, pois não acrescenta nada à oponibilidade do arrendamento frente ao adquirente: cfr. Ultimamente Gordillo Cañas, "O objeto da publicidade em nosso sistema imobiliário registral: a situação jurídica dos imóveis e as limitações dispositivas e de capacidade do titular de operar". *ADC*, 1998. p. 605, 618 e 631.

(44) Cfr. Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 30 et seq. entre outras referências. Novamente, pode-se ver este mesmo autor em *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 489 et seq. Também Sánchez Calero. *Aspectos registrais del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 17 et seq.

(45) O preceito permanece vigente após a STC de 20.03.1997 e a LS de 1998.

que podem ser produzidos em matéria urbanística; muito mais se observarmos que a nota marginal é um assento que em geral nem sempre tem efeitos publicitários positivos. Também, em segundo lugar, porque se refere somente a algumas das notas marginais nessa matéria.[46] Portanto, não existe nada aqui que possa apoiar a idéia de que estamos ante um princípio geral, muito pelo contrário: a Lei está contemplando uma exceção a que seria eficácia normal tanto nos assentos registrais, como também em matéria urbanística.

No mais, nem sequer os autores que ressaltam o aparecimento da publicidade notícia pura e a difundem como tal defendem com resolução que os assentos em matéria urbanística careçam absolutamente de efeitos, tal como a coerência com essa denominação imporia.[47] Inclusive, entre os autores mais favoráveis a este tipo de publicidade, não se aceita que no âmbito urbanístico também atuem as formas tradicionais de publicidade.[48] Um dos que vêm sendo considerados os principais defensores da publicidade noticia pura chega a sugerir que o recurso crescente ao Registro de Propriedade pelas normas urbanísticas não obriga a reestruturação dos termos nos quais habitualmente têm-se entendido o princípio de "sub-rogação legal".[49]

Qual pode ser a finalidade dessa publicidade sem eficácia substantiva? A favor deste tipo de publicidade argumenta-se com base na "conveniência de utilização do Registro para facilitar o conhecimento geral de determinadas situações urbanísticas, baseado na indispensabilidade, para a manutenção da legalidade urbanística e fluidez do tráfego, do uso de todos os meios dos quais dispõe o Estado

(46) É significativo que, segundo o preâmbulo, a regulamentação não "trata de regular quaisquer manifestações deste assento na matéria urbanística, posto que ao longo do texto existe já uma profusa referência às mesmas". Por outra parte, deve-se tomar em conta que o art. 309.3, com relação aos números 1 e 2 permite afirmar que somente podem refletir-se por nota marginal dois tipos de atos: "as condições especiais de concessão de licenças" e os "atos de transferências e ônus do aproveitamento urbanístico".

(47) López Fernández. *Algunos aspectos...*, cit., p. 1.304: "apesar do que pudesse sugerir a denominação que adquiriu fortuna, tampouco nos encontramos ante um mero anúncio que complemente as outras formas de avisar aos terceiros sobre o processo em andamento"; Romero Candau, em Roca Sastre. *Derecho hipotecario*, VII, cit., p. 71: "em muitas ocasiões, a lei não proclama diretamente um efeito específico, mas pode produzir-se de maneira solapada".

(48) Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 34: "na interpretação específica da novidade legal citada são propostas, entretanto, toda ordem de problemas, posto que os assentos previstos na Lei podem originar, além da simples divulgação de determinadas previsões urbanísticas, outros efeitos da publicidade simples, dirigida a evitar o nascimento de um direito de terceiro protegido ou inatacável, e, inclusive, efeitos de publicidade ordinária, ou seja, de proteção direta do titular registral... Portanto, será necessário em cada caso precisar devidamente os efeitos de cada assento".

(49) Cfr. Laso Martínez. *El aprovechamiento urbanístico*, cit., p. 272.

para que os agentes do mercado e os adquirentes de imóveis saibam com certeza sobre a existência de determinadas limitações objetivas no conteúdo material do direito ao qual pretendem anuir".[50] "O peixe morre pela boca". Se desejamos que os adquirentes "saibam com certeza", parece inadequado um sistema que não se compromete com o conteúdo do publicado. Se, além disso, essa publicidade somente referir-se a "determinadas limitações", estaríamos aceitando um conhecimento simplesmente parcial das mesmas, o que também contradiz essa segurança.[51] Além do mais, sendo o Registro uma instituição a que as propriedades imóveis aderem de forma voluntária, estaria sendo aceito o fato de que sobre as propriedades imóveis não inscritas, não poderiam constar as circunstâncias urbanísticas. Por outra parte, se a omissão da inscrição da matéria inscritível for absolutamente irrelevante, não se vê qual estímulo existiria para a inscrição, pelo qual, definitivamente, o sistema estaria destinado ao fracasso.

Não nos parecem conclusivas outras razões argumentadas por Arnáiz[52] em favor da publicidade notícia pura: "a transcendência cada vez maior da delimi-

(50) Assim em Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 494. Em apoio a essa opinião cita umas palavras de Laso Martínez, com algumas omissões que impedem a compreensão do texto. A transcrição correta é a seguinte: "a instituição registral é parte integrante da estrutura de Direito proclamado pela Constituição, do mesmo modo que o é a instituição notarial. Ao formar parte ambas das instituições de um Estado de Direito, não é concebível que alcancem proteção ante elas atos que se acolham a seu regime se esses atos carecem de legitimidade em qualquer dos âmbitos de que procedam, como é o urbanismo"; assim em: "La inscripción de declaraciones de obra nueva em la Lei de Reforma Del Régimen Urbanístico y de Valoraciones Del Suelo, de 25 de julho de 1990". *RCDI* 601/527, 1990. Não obstante, deve-se advertir, e o faz o próprio Arnáiz, que esta opinião se expressa em relação a declarações de obra nova, ou seja, em um âmbito no qual tradicionalmente tem-se entendido que o Registro se faz eco de situações de mero fato, sem comprometer-se nem com sua veracidade nem com sua legalidade, portanto, sem produzir a eficácia típica registral de proteção aos terceiros. O sistema atual exige alguns requisitos adicionais que de alguma maneira dificultem o acesso ao Registro de construções ilegais, mas não acrescenta maior legitimação à dita construção (contrariamente a esse último extremo, García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 637). Por essas razões e pela própria formulação literal do argumento, não acreditamos que as palavras de Laso possam ser extrapoladas a outras matérias.

(51) Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 495, insiste em que "o regime de publicidade notícia pura que tratamos não pode ser aplicado de forma universal nem não moderada, pois poderia provocar efetivamente uma certa desvirtuação do conteúdo do Registro". Supõe, parece-nos, esta atual tomada de postura, uma inconfessa retificação com relação a anteriores opiniões menos matizadas: "a meu entender, não existe perigo algum em que o sistema registral se amplie a estas novas possibilidades", assim em *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 31, nota 5.

(52) *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 31-32.

tação normativa do conteúdo econômico da propriedade imóvel e a necessidade de que tal delimitação tenha o máximo grau de difusão". De acordo. Mas por que através do Registro e com esses limitados efeitos? "Também foi sinalizado como argumento a própria implantação social do Registro. É evidente a conveniência de que uma instituição constantemente consultada no tráfego privado colabore com a atividade da Administração urbanística na divulgação das circunstâncias cujo conhecimento se faz essencial para o adquirente de direitos, ainda que não reforcem em absoluto sua aquisição". Sim, quanto à justificação geral: necessidade de que o Registro colabore com a Administração urbanística, porém por que abandonando seus postulados próprios que, definitivamente, são os que lhe deram sua atual implantação social? Não seria melhor que, sem distanciar-se, colaborasse no possível e deixasse o resto para outras instituições, tendo em conta que, por mais que se queira, compete ao Registro um papel limitado nessa matéria?

Finalmente, se são levadas em consideração as hipóteses reguladas pelas NCRH, adverte-se com clareza que a principal colaboração do Registro refere-se a matérias ou aspectos procedimentais que obtêm do pronunciamento registral uma oportunidade frente a qualquer adquirente da que naturalmente carecem. Nada parece indicar que se pretenda usar o Registro como um veículo de publicidade das especificações normativas da propriedade, que são as verdadeiramente interessantes para os efeitos publicitários almejados.[53]

(53) De fato, o próprio Arnáiz Eguren (*Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 32 et seq.) reconhece que, em relação a normas legais, regulamentares e Planos de Ordenamento, "não é necessário, em princípio, que as determinações que contenham sejam objeto de publicidade registral. Muito bem, dado que nem a norma nem o Plano de ordenamento territorial se referem a propriedades determinadas, mas sim que contemplam o solo em função de sua capacidade de acolher determinados usos ou das limitações imperativas no exercício do direito de propriedade, a questão se propõe quando se pretende conhecer, com relação a uma determinada propriedade, a situação prevista genericamente no Plano para um setor de solo. Normalmente não se suscita nenhum problema especial, posto que o titular dominical que conhece exatamente a situação da propriedade, os dados para sua identificação registral e o conteúdo do Plano pode concretizar com relação àquela o conteúdo deste. Entretanto, quanto 'à situação urbanística da propriedade', termo que utiliza expressamente a Lei, matiza-se e concretiza-se em um ato administrativo ou jurisdicional determinado, como uma licença, uma Resolução ou uma sentença, o conhecimento do acordado não é proporcionado pelo Plano, posto que não se refere a propriedades determinadas, nem tampouco ao registro, a menos que neste último caso se instrumentem as medidas necessárias para que o ato ou a Resolução anuam o fólio registral, se bem que com um sistema de publicidade adaptado ao pretendido, ou seja, a mera divulgação da situação urbanística atendida". Entretanto, um pouco mais adiante reconhece que essa conclusão não pode ser generalizada, e que dos assentos podem ser derivados efeitos publicitários mais intensos pelo que "será necessário em cada caso precisar devidamente os efeitos de cada assento"; e ademais, será possível entender oponíveis frente a qualquer adquirente umas conseqüências

Pelos motivos anteriores, entendemos que a norma restritiva dos efeitos dos assentos em matéria urbanística não pode ser extrapolada além dos casos que expressamente contempla.[54] Por outra parte, como norma excepcional, deveria ser interpretada de forma estrita.[55] Mas, chegado esse momento, é preciso descender desde as questões de princípio à utilização concreta do Registro em matéria urbanística o que nos permitirá valorar a correção ou incorreção das afirmações anteriores.

3. O papel do registro dentro dos procedimentos de equidistribuição

3.1 Significado institucional da equidistribuição

Destacamos anteriormente que o Real Decreto quer atuar prevalentemente nos âmbitos do urbanismo que permitem colocar à disposição do mercado novo solo, o que demonstra, na filosofia institucional desta matéria, a importância que têm as questões tratadas neste item. São efetivamente os procedimentos de equidistribuição os que de modo ordinário permitem a incorporação efetiva de novo solo aos mercados imobiliários,[56] além de possuir uma grande transcen-

que nem publica o Plano nem o Registro, mas sim que se deduzem de atos singulares? Pode estar dotada a publicidade no Registro desses atos de tão escassos efeitos quando sua função é tão importante? Evidentemente que não, e provavelmente existe uma confusão de fundo sobre o objeto da publicidade neste caso: o Registro não publica aqui a limitação urbanística, mas sim a tramitação do ato o que é muito diferente.

(54) Também no sentido crítico, Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 224-225: "quanto à efetividade, entendemos que a expressão legal valoriza bem menos que o devido... tem difícil encaixe em nosso sistema hipotecário essa pretendida limitação de efeitos que a nada conduz e sim, pode originar litígios tão desnecessários como evitáveis. Por isso, permitimo-nos modestamente criticar essa expressão legal mesquinha e entendemos que em todo caso prevalecem os princípios hipotecários de nosso sistema em face da segurança jurídica procedente da publicidade dos assentos registrais".

(55) Não estaria de acordo com esta conclusão Arnáiz Eguren. *La incripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 489, que reconhece que a extensão deste tipo de publicidade tem sido obra da doutrina.

(56) Neste sentido, pode-se com razão afirmar que as normas urbanísticas são fundamentalmente "processuais". Cfr. De Los Mozos. *Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas*, cit., p. 6: "Como as normas urbanísticas são fundamentalmente normas processuais, movem-se muitas vezes deixando para trás um vazio substantivo, pois os direitos e faculdades que protegem, ainda que apareçam dotados de uma intensa vida procedimental, não se encontram delimitados nem definidos convenientemente"; e mais adiante, acrescenta: "os direitos de propriedade, uns antes, outros depois, atravessando o túnel mais ou menos longo do processo urbanístico, recobrarão quase por completo seu conteúdo pleno, em virtude da idéia pandetista da elasticidade do domínio, como diz

dência jurídico-real. Por esse motivo, a matéria necessita da presença do Registro da Propriedade.[57]

Ao falar do significado institucional dos distintos procedimentos de equidistribuição, referimo-nos ao papel que cumprem em relação à propriedade e os demais direitos sobre os imóveis e mesmo o Registro. Não queremos examinar os mecanismos ou procedimentos em si mesmos, mas somente sua transcendência jurídico-social, ao se traduzirem em elementos dotados de certa relevância para o acesso ao Registro desse tipo de atos. Acreditamos que outra coisa seria entrar em matérias diretamente urbanísticas para cujo tratamento outros estão mais capacitados que nós. Além disso, a atual dispersão legislativa nesta matéria faria praticamente inalcançável o tratamento profundo desses procedimentos.[58]

Cabe destacar, por outro lado, que qualquer dos procedimentos tem como objetivo maior realizar uma "reorganização da propriedade" (literalmente conforme art. 6 das NCRH), e os demais direitos sobre os imóveis. Essa reorganização vem a significar um mecanismo necessário para dotar a cidade de equipamentos previstos no Plano, redistribuindo sua incidência entre todas as propriedades imóveis afetadas.[59] Desde o ponto de vista jurídico, esta reorganização é verificada substituindo as propriedades originárias por propriedades de resultado,[60] ainda que seja possível que algum dos direitos que recaíam sobre as pro-

J. Martin Blanco, a que responde o conceito de propriedade que preside o art. 348 do CC" (p. 10).

(57) Assim em Sanchez Calero. *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., p. 51; Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 153: "O plano em si mesmo, por seu aspecto normativo e por ser um evento mais ou menos de futuro, não parece muito adequado para entrar no âmbito da publicidade registral. Em contrapartida, quando se procede a sua execução, e esta repercute no domínio e demais direitos reais sobre propriedades imóveis concretas, a publicidade que presta o Registro é não somente conveniente mas indispensável".

(58) Ademais, a desculpa proposta no texto vem com o aval do próprio Real Decreto que regula unitariamente a questão sob o rótulo de "Projetos de equidistribuição". Como se diz com acerto: "Na denominação genérica de projeto de equidistribuição, englobam-se todos os sistemas de atuação previstos pelas legislações autonômicas e dirigidos a execução do planejamento urbanístico", segundo Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 51.

(59) "Todos esses problemas têm uma finalidade comum, a repartição eqüitativa de benefícios e encargos (...) trata-se de evitar que a qualificação e destino das propriedades imóveis afetadas, previsto pelo planejamento, beneficie a uns proprietários em prejuízo de outros. Ademais, resulta da equidade a participação da coletividade na plusvalia gerada pelas previsões do planejamento": Sanchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 51.

(60) É este o âmbito próprio do chamado princípio de sub-rogação real. Recordar-se-á que anteriormente criticamos a inadequada utilização deste termo para

priedades imóveis originárias sejam declarados extintos e sejam substituídos por uma compensação econômica.

Destaque-se que a equidistribuição constitui um ato administrativo,[61] no qual podem intervir os interessados com maior ou menor atuação, segundo os distintos sistemas. O mínimo de "intervenção" de cada interessado virá representado, segundo o art. 7.11, das NCRH, pela notificação no expediente, o que lhe permitirá atuar em defesa de seus interesses.[62] Este requisito constitui um elemento essencial na hora de autorizar o acesso aos livros registrais do ato definitivo de equidistribuição.

3.2 Reflexo registral do início do procedimento: fundamento e efeitos

O preâmbulo do Real Decreto tem consciência da importância desta matéria, por isso declara que nas normas "são contemplados especialmente os requisitos e efeitos da nota marginal de iniciação do expediente de reparcelamento ou de efeito de alteração dos terrenos compreendidos em uma unidade de execução ao cumprimento das obrigações inerentes ao sistema de compensação".[63]

referir-se aos efeitos legais das normas. Aqui, ao contrário, teria plena aplicabilidade o conceito anterior. Vide Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 53: o procedimento culmina "como traslado das titularidades relativas ao domínio e demais direitos reais, existentes sobre as propriedades de origem, às correspondentes propriedades de resultado, salvo quando se trate de titularidades, direitos e encargos declarados expressamente incompatíveis com as determinações do planejamento".

(61) Cfr. Nesse sentido, Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 53.

(62) Na relação com os requisitos pessoais, gostaríamos de fazer uma única observação com referência ao art. 10.2 das NCRH. Diz o seguinte na última parte: "Se o titular da propriedade de origem estivesse em paradeiro ignorado, a defesa de seus interesses, durante a tramitação do processo, corresponderá ao Ministério Fiscal, salvo que o ausente tivesse designado representante com poderes suficientes". Está claro que não se trata nesta norma do declarado ausente: assim Sanchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 86; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 212. Não obstante, a hipótese à que se refere o preceito regulamentar não nos parece a do art. 181 do CC, que proporciona à representação e defesa dos assuntos do desaparecido não declarado ausente. Em troca, as conseqüências jurídicas de ambas normas são distintas: a norma legal confere ao juiz o poder de nomear um defensor, enquanto a regulamentar confere diretamente ao Ministério Fiscal a incumbência de defesa. Não vemos o modo de conciliar o preceito regulamentar com toda a norma hierarquicamente superior do Código.

(63) A referida nota marginal constitui uma previsão estabelecida no TR da LS de 1992, em seu art. 310.

Para nós, como é lógico, o estudo deverá servir-se desta importante nota, para verificarmos quais são os efeitos da publicidade registral em matéria urbanística. Concretamente, qual é o significado e o regime desta nota marginal? A doutrina especializada vinha insistindo, desde antes da entrada em vigor do Real Decreto, que estas notas têm a virtualidade "de servir de notificação da existência de um procedimento determinado a titulares que ingressam no Registro, com posterioridade à sua data".[64] Esta opinião se fundamentava na letra do art. 102.3 do RGU, segundo a qual "os interessados que façam constar seu direito no Registro com posterioridade a ela não terão de ser obrigatoriamente citados no expediente. Não obstante, se comparecerem no mesmo, seguirão consigo as sucessivas atuações". Atualmente derrogada essa última norma, costuma manter essa mesma eficácia,[65] que corresponderia a um efeito registral típico: fazer conhecer as vicissitudes que afetam os direitos inscritíveis. Praticada a nota marginal, uma posterior alteração na titularidade não levada em conta na decisão definitiva do expediente não impediria a inscrição de reorganizar a propriedade.[66]

(64) Assim em Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 225; González Salinas, *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., p. 192 et seq.

(65) Assim em García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 85-86, ainda reconhecendo que o novo Regulamento não é muito explicito neste sentido; López Fernández. *La incidencia...*, cit., p. 484; Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 58; Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 75.

(66) Os arts. 310.4, TR LS 1992, e 14 das NCRH estabelecem o "cancelamento" dos assentos posteriores à data da nota. Interessa precisar que este "cancelamento" não significa a extinção do direito do adquirente pois existe um procedimento específico para adequar o Registro à realidade; nem sequer o coloca em perigo da possível aparição de novos titulares registrais que tragam causa de seu transmitente e que queiram pretender manter sua aquisição, porque o chamado cancelamento produz o fechamento registral do fólio correspondente à propriedade da qual se trate: assim o art. 310.4 d) LS 1992 e art. 17.4, das NCRH. A explicação de que se tenha adotado este sistema é oferecida pela doutrina: sem ele, "a inscrição de qualquer título posterior à iniciação do projeto, sem levar em conta a tramitação do expediente, provocava a impossibilidade não somente de inscrever a propriedade de resultado a favor do titular inicial da propriedade de origem, mas também, de praticar os assentos correspondentes ao resto das operações contidas no projeto, o que gerava toda classe de inconvenientes e prejuízos, não somente aos proprietários implicados no processo, mas também aos próprios interesses públicos. Ademais, tal circunstância provocava uma constante pressão para a inscrição parcial das operações de equidistribuição, mediante a solicitação de que o acesso ao Registro do expediente refira-se somente às propriedades de resultado adjudicadas ao titular da propriedade de origem cuja situação registral não houvesse sido alterada, de forma que os assentos correspondentes às propriedades de resultados afetadas pelo problema se inscrevessem mais adiante com o consentimento prestado pelo novo titular da

A partir de normas como as anteriores, de forma quase imperceptível, a doutrina chega a afirmações cuja correção parece-nos evidente. Alguns autores explicam que o fundamento do preceito da Lei do Solo e das normas concordantes das NCRH, "é fazer recair sobre o novo titular as conseqüências de sua atuação quando, negligentemente, omite atualizar a Administração quanto ao fato de sua aquisição, e não lhe contribui com os títulos correspondentes".[67] Não resta dúvida que esta opinião é hoje amparada pelo mesmo Preâmbulo das NCRH: "destaca com maior rigor o cancelamento de assentos posteriores à data da nota marginal e que correspondem a titulares que não tenham comparecido ao expediente de equidistribuição".[68]

Nas palavras anteriores não vemos mais do que um excesso retórico motivado pelo afã de justificar a solução normativa. Este presumido fundamento da norma não é tal e não deveria ser levado em conta em sua interpretação, pois analisando as coisas com atenção, nota-se que a aplicação do preceito não depende em absoluto da negligência ou do não cumprimento de algum encargo pelo adquirente. Pode-se ver com clareza na hipótese de que a Administração conheça a transmissão da propriedade imóvel, por ter sido notificada. Entretanto, não leva em consideração dita circunstância no Projeto finalmente aprovado. Para a doutrina, fica claro que "em tal circunstância, sem prejuízo da reclamação da indenização correspondente pelo funcionamento anormal dos serviços públicos, a questão não afetaria a classificação registral".[69] Ou seja, definitivamente o projeto poderia ser inscrito. Estamos de acordo que o acesso do projeto ao Registro não pode ser denegado neste caso, conforme o art. 14.2 das NCRH: "Praticada a nota... se o projeto adjudicasse as propriedades imóveis de resultado aos que eram titulares das propriedades imóveis de origem no momento da expedição da certificação e da prática da nota marginal a que se refere o art. 5, a inscrição dar-se-á a favor de ditos titulares e

propriedade de origem": assim em Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 342.

(67) Assim em Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 342-343. Insiste nesta correlação de idéias: negligência e conseqüente sanção em *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit. sub. art. 4, p. 144, García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 86, fala da falta de diligência; López Fernández. *La incidencia...*, cit., p. 484, sustenta que a nota faz recair sobre os adquirentes "o ônus de apresentar-se pessoalmente" no procedimento em curso; Fuertes, *urbanismo y publicidad registral*, Madri, 1995. p. 47; Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 177-178; Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 59.

(68) Daí entender-se que, quando o projeto de equidistribuição aprovado considera o novo titular, isso será por existir uma "presunção legal", segundo a qual dito adquirente submeteu seu título de aquisição ao órgão atuante: assim em Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 343.

(69) Assim em Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 349.

serão canceladas as inscrições de domínio de data posterior à da nota, qualquer que seja a data do título em cuja virtude houvesse sido praticado". Porém, se é aceita essa solução, o fundamento da norma não pode ser o de fazer recair sobre o titular as conseqüências de uma atuação negligente, que por hipótese aqui não existe.

Poderia ser acrescido outro caso em que nem sequer haja negligência por parte do Órgão atuante na equidistribuição: praticada a nota e sendo produzida uma posterior alienação da propriedade imóvel, o adquirente que inscreve no Registro notifica dita aquisição à Administração quando o expediente já tenha sido aprovado ou se encontre, inclusive, a caminho do Registro para sua inscrição. Finalmente, esta opinião confirma a inviabilidade prática da contrária. Efetivamente, como poderia o Registrador qualificar a diligência ou negligência do adquirente, ou seja, se notificou, ou não, à Administração, de sua aquisição?

Além do mais, se a norma quisesse ser fundamentada na negligência do adquirente ou no descumprimento de um encargo, teria de afirmar a escassa precisão de seu desenvolvimento. Entretanto, se prescinde da necessidade de classificar a conduta do adquirente, a norma resplandece claramente em seu fundamento: trata-se mais de uma manifestação da oponibilidade do inscrito e de inoponibilidade do não inscrito.[70] Certamente as suposições normais contemplarão hipóteses de negligência do adquirente, mas em outras não se poderá apreciar culpabilidade ou negligência alguma.

Em nossa opinião, o efeito da nota marginal será publicar a existência de um procedimento que afeta a uma determinada propriedade imóvel. Em razão desta publicidade, nenhum adquirente poderá recusar os efeitos do expediente alegando o desconhecimento de sua tramitação. Estamos ante a típica eficácia positiva dos assentos registrais.[71]

A questão mais interessante, com relação à nota marginal de início do procedimento, apresenta-se quando não haja sido praticado. Na doutrina, a eficiência desta nota tem sido às vezes classificada como de mera publicidade notícia,[72]

(70) Assim em Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 58-59: "assim se evita a aparecimento de terceiros hipotecários que possam fazer valer o princípio de inoponibilidade do não inscrito do art. 32 da Lei Hipotecária": Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 30-31, sustenta que o preceito impediria o surgimento de um terceiro protegido pelo princípio de fé pública registral do art. 34 da Lei Hipotecária (LH). Parece-nos mais correto, como sustentamos no texto, referir-se ao princípio de inoponibilidade.

(71) "A cognoscibilidade do registro origina que a nota publique o procedimento em trâmite"; assim em Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 179.

(72) Assim em López Fernández. *Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística*, cit., p. 1.312.

e outros acrescentam que a ausência desta nota "não impede a busca da gestão urbanística".[73] Mas não devemos nos enganar por essas ou semelhantes opiniões: a única coisa certa que se pode afirmar é que se não houve nota marginal, ou a mesma perdeu vigência pelo transcurso do tempo, as coisas se complicam para o projeto de equidistribuição, pois, em último caso, se um projeto pretende ganhar acesso a um Registro, no qual não se levou em conta o titular registral, é obrigação do Registrador denegar o acesso.[74] Nessa hipótese, a aplicação do princípio de inoponibilidade do inscritível não inscrito tem lugar, segundo explica Sanchez Calero,[75] não porque a limitação urbanística não figure no registro, mas porque o expediente urbanístico referido a uma propriedade imóvel concreta nem foi notificado a seu titular, nem teve ingresso no Registro através da nota.[76] Agregaríamos que o objeto da publicidade da nota não é o regime urbanístico da propriedade imóvel, mas a existência de um procedimento sobre ela em concreto.

3.3 A inscrição do projeto de equidistribuição

Os procedimentos de equidistribuição especificam a intervenção do Registro da Propriedade quanto a seu resultado final. A finalidade e função desta instituição é a reorganização da propriedade, pelo qual tem-se de arbitrar o acesso do Projeto ao Registro como um mecanismo essencial. Como diz o Preâmbulo das NCRH, "se a ação urbanística por si só provoca uma alteração nas titularidades imobiliárias, surge um ponto de contato de necessária coordenação"; encontramo-nos claramente situados no ponto referido pelo texto.

(73) Del Pozo Carrascosa. *El sistema de compensación urbanística*, Madri, 1993. p. 97. Este autor segue as opiniões de González Salinas. *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, Madri, 1987. p. 207.

(74) É também a opinião de Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 179: "se não se fizesse constar a nota de iniciação, todo titular posterior poderia basear-se na proteção do art. 32 da Lei Hipotecária: o não inscrito não prejudica a terceiros". Para López Fernández. *Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística*, cit., p. 1.305: "se as atuações fossem tidas com o titular anterior e não existir publicidade, a Administração se arrisca a suportar uma especial aplicação do princípio de trato sucessivo. O resultado será a denegação do acesso ao Registro do resultado final desse expediente". Vincula este efeito ao princípio de trato sucessivo. Pretel Serrano. *La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Lei 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, cit., p. 80. Para González Salinas. *Sistema de compensación y terceros adquirentes del suelo*, cit., p. 207: "omitida a nota... haverá que notificar aos proprietários, ainda que sejam terceiros adquirentes".

(75) *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 60.

(76) Evidentemente, como destaca o mesmo autor, a solução do problema passará por repor as atuações ao momento em que se omitiu o trâmite.

Costuma-se considerar na doutrina que a inscrição no Registro do Projeto de equidistribuição tem eficácia meramente declarativa: a mudança real é produzida à margem do Registro.[77] Entretanto, com exceção ao critério geral de nosso Direito, afirma-se a obrigatoriedade deste tipo de inscrições por aplicação do art. 169 da LS (TR 1992, atualmente vigente).[78] Entende-se que o fundamento desta obrigatoriedade é a "necessidade de o Registro da Propriedade recolher as profundas modificações, físicas e jurídicas, operadas nas propriedades imóveis incluídas na unidade de execução e dirigidas a conseguir a repartição dos benefícios e encargos derivados do planejamento entre todos os titulares afetados pelo planejamento".[79]

Em nossa opinião, pode-se especificar um pouco mais a idéia anterior: é evidente a profundidade das transformações jurídico-reais que um Projeto de equidistribuição provoca, mas só esse fato não é uma justificativa suficiente de que a lei tenha imposto a obrigatoriedade da inscrição. A última explicação é que essa profunda transformação afeta diretamente ao interesse público, e esse interesse deve ficar garantido pela publicação no Registro: assim se garante a cognoscibilidade frente a todos da reorganização da propriedade. Leve-se em conta que a nota marginal de início do procedimento de equidistribuição tem uma eficácia temporalmente limitada, e, depois de transcorrida, o procedimento deixará de ser oponível aos adquirentes que não tiveram outro meio de o conhecer. Por isso, caso o Projeto aprovado não tenha acesso ao Registro, poderiam aparecer terceiros adquirentes que traindo a causa dos titulares registrais, poderiam legitimamente ignorar as mutações jurídico-reais produzidas em virtude do Projeto. Esse efeito, que pode tornar-se admissível quando os interesses em jogo são meramente privados, é inaceitável se comprometer os interesses públicos: para tentar impedir a aparecimento de terceiros protegidos cuja inscrição é declarada obrigatória.

De acordo com a natureza própria da equidistribuição como distribuição de direitos e encargos, deve aparecer no projeto "a quota que for atribuída a cada uma das propriedades de resultado na conta de liquidação do projeto de equidistribuição". Um elemento que acompanha essa obrigação é a chamada afetação das propriedades imóveis de resultado ao cumprimento da obrigação

(77) Assim em Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 332; Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 111.

(78) Nesse sentido da obrigatoriedade: González Pérez. *Comentários a la Ley del Suelo*, 1993, p. 1.319; Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 332; Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 111; Pozo Carrascosa. *El sistema de compensación urbanística*, cit., p. 83; Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 35-45.

(79) Assim em Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit,. p. 111; também o justifica Pozo Carrascosa, loc. ult. cit., em "a transcendência real do projeto de compensação", idéias parecidas em Fuertes, loc. ult. cit.

de urbanizar,[80] que deverá constar no mesmo assento de inscrição da propriedade de resultado.[81]

Pela natureza do procedimento de equidistribuição, repartição de direitos e encargos, está claro que esta afetação será uma boa pedra de toque para apreciar o modo no qual atua o princípio de especialidade registral.

Atualmente, esta matéria está regulada pelo art. 19 das NCRH:

"Ficarão adscritos ao cumprimento da obrigação de urbanizar e dos demais deveres derivados do projeto e da legislação urbanística, todos os titulares do domínio ou outros direitos reais sobre as propriedades de resultado do expediente de equidistribuição, inclusive aqueles cujos direitos constarem inscritos no Registro com anterioridade à aprovação do projeto, com exceção do Estado quanto aos créditos aos que se refere o art. 73 da Lei Geral Tributária e os demais desse caráter, vencidos e não satisfeitos, que constassem anotados no Registro da Propriedade com anterioridade à prática da afetação. Dita afecção será inscrita no Registro de acordo com as seguintes regras:

1. Na inscrição de cada propriedade de resultado, sujeita à afetação, far-se-á constar o seguinte:

a) Que a propriedade fica adscrita ao pagamento do saldo da liquidação definitiva da conta do projeto.

b) O montante que lhe corresponda no saldo da conta provisória do reparcelamento e a quota que lhe for atribuída no pagamento da liquidação definitiva pelos gastos de urbanização e os demais do projeto, sem prejuízo das compensações procedentes, por razão das indenizações que possam ter lugar.

(80) segundo Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 173: "a afetação (...) pode assegurar dois tipos de obrigações. De uma parte, de dar, suposto que terá lugar quando o expediente de equidistribuição se situe na família das reparcelações, na que a obrigação de fazer recai sobre a Administração atuante com faculdades para exigir sua importância em dinheiro aos titulares das propriedades de resultado objeto da afetação. De outra, de fazer, no caso de que se trate de um projeto de equidistribuição situado no tipo da compensação, no que o Órgão atuante há de receber as propriedades já urbanizadas pelos administrados".

(81) Não mediante nota marginal, como às vezes diz algum autor: cfr. ainda hoje, Sanchez Ruiz de Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 352 et seq.; também Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 40-49; Carrasco Perera. *Relaciones civilies con contenido urbanístico*, cit., p. 134. Antes das NCRH, a questão podia ser duvidosa, (vide García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 189 et seq.); porém hoje não o é: cfr. art. 19.1, NCRH. No sentido correto: Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 196: "reflete-se no Registro por meio da constância no corpo da inscrição de cada propriedade de substituição"; Sánchez Calero. *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., p. 130, para quem a solução correta "não oferece dúvida"; Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 172.

2. No caso de não cumprimento da obrigação de pagamento resultante da liquidação da conta, se a Administração optar pela cobrança por via judicial, o procedimento correspondente dirigir-se-á contra o titular ou titulares do domínio e os demais serão notificados que sejam de outros direitos inscritos ou anotados sujeitos à afetação. Tudo isso sem prejuízo de que no caso de pagamento por quaisquer de esses últimos da obrigação urbanística, o que a satisfaça sub-rogue-se no crédito com faculdades para repetir contra o proprietário que descumpra, de acordo com a legislação civil, o que se fará constar por nota marginal.

3. Não será necessário o assento registral da afetação quando do projeto de equidistribuição resultar que a obra de urbanização tenha sido realizada e paga ou que a obrigação de urbanizar tenha sido assegurada mediante outro tipo de garantia admitida pela legislação urbanística aplicável.

4. No projeto poderá ser estabelecido com os requisitos que em cada caso exija o órgão atuante, que a afetação não surta efeitos em relação a credores hipotecários posteriores, quando a hipoteca tiver por finalidade assegurar créditos concedidos para financiar a realização de obras de urbanização ou edificação, sempre que, nesse último caso, a obra de urbanização estiver garantida em sua totalidade."

Concordamos com Sánchez Ruiz de Valdivia que o preceito anterior, e no geral, em toda essa matéria, são utilizados vários conceitos de modo nem sempre exato, motivo pelo qual é necessário distingui-los se a intenção é evitar a imprecisão e inclusive a má interpretação do sistema.[82] Assim, uma coisa é a obrigação de pagamento, outra a afetação real que o garante, e outra, o privilégio de que goza essa dívida garantida.[83]

Necessidade de distinguir conceitos, dissemos. Para começar, devemos ocupar-nos da obrigação de executar e pagar a urbanização, que se materializa em encargos que podem ficar pendentes de execução após a aprovação e inscrição do projeto de equidistribuição.[84] A normativa registral dos arts. 19 e 20 das NCRH fundamentar-se-ia, segundo a doutrina, nos arts. 14, 18 e 21 da LS, em virtude dos quais os proprietários de solo e seus sucessivos adquirentes estão obrigados

(82) De nossa parte, acrescentaríamos que o preceito regulamentar é escassamente preciso: pode-se dizer que ficam incorporados ao cumprimento da obrigação os titulares do domínio e outros direitos reais? Não ficam incorporadas as propriedades? Não serão os titulares os obrigados ao cumprimento?

(83) Cfr. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 352 et seq. esp. 356-357, nas que se salva o que imaginamos ser um erro involuntário, pois na página 352, o terceiro elemento da enumeração é a nota de afetação, ainda que trate do privilégio.

(84) Dita obrigação "pode satisfazer-se em dinheiro ou com terrenos edificáveis cedidos livres de encargos... o devedor desta obrigação será o titular da propriedade de resultado": assim em Sánchez Ruiz de Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 352.

a "custear e executar a urbanização".[85] Pela perspectiva que adotamos no presente estudo, essa referência ao art. 21 da LS[86] nos interessa de modo especial, pois nele está regulada a transmissão passiva dessa obrigação, que vem classificada como obrigação *propter rem* pela doutrina.[87]

Parece-nos necessário matizar algumas das idéias anteriores. Indubitavelmente, o fundamento legal dos encargos que gravitam sobre o proprietário atual e os sucessivos deve ser buscado nos artigos da Lei do Solo há pouco mencionados, que são os que delimitam o regime da propriedade e os problemas que suscita sua transmissão. Quando um determinado setor de território se submete a um procedimento de equidistribuição, sobretudo quando é aprovada a equidistribuição, esses deveres e encargos legais são modalizados e se concretizam sobre cada imóvel considerando diferentes circunstâncias. Inclusive, pode ocorrer o caso de que "a obra de urbanização tenha sido realizada e paga" (art. 19.3 das NCRH), pelo qual não seria necessário distribuir ditos encargos. O que a "obrigação de urbanização se assegura mediante outro tipo de garantias" (art. 19.3 das NCRH).[88] Definitivamente, é certo que a obrigação tem fundamento na Lei, a concretização da mesma corresponde ao Projeto de equidistribuição, porque a quota de responsabilidade de cada propriedade imóvel não pode ser deduzida de forma direta da aplicação de nenhuma norma, e pode ocorrer inclusive que, após a equidistribuição, alguma propriedade fique livre de responsabilidade. Poder-se-ia falar, pois, de um duplo fundamento dos encargos: um remoto – a Lei; outro próximo e concreto – o Projeto.

Da exatidão deriva que tanto as NCRH (art. 7.9) como a doutrina exijam a constância no projeto de equidistribuição da quota de responsabilidade com relação a cada propriedade imóvel, como um dos requisitos necessários para o acesso ao Registro da Propriedade (que como vimos antes entende-se como obrigatório).[89] Em seguida, impõe-se a pergunta: tratar-se-ia de dotar ao terceiro adquirente de um mecanismo publicitário que lhe permita conhecer certos

(85) Assim em Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, cit., p. 127.

(86) Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 295, fundamenta a transmissão da obrigação aos sucessivos adquirentes no art. 22, TR 1992 (hoje art. 21 da LS).

(87) Assim, por exemplo, Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, p. 295. também Sánchez Ruiz de Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 353.

(88) Sobre estas e outras possibilidades, cfr. Sanchez Ruiz de Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 354 et seq. e suas referências.

(89) Assim em González Salinas. *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., p. 225; Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, p. 111-130; Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 40; Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 196.

encargos que oneram a propriedade imóvel e que não logram publicidade de outro modo? Ou ao contrário, deveria seguir-se mantendo a vinculação do terceiro a esses encargos, tenham ou não reflexo no Registro?

Mesmo advertindo valer a pena pensar ser a hipótese muito estranha, parece-nos com a melhor doutrina que deve ser assegurada aos terceiros adquirentes de boa-fé a inoponibilidade dos encargos derivados do processo de urbanização que o Registro não publica.[90] O projeto de equidistribuição é o instrumento de distribuição eqüitativa de benefícios e encargos. Nele deve ficar resolvida a repartição proporcional entre as diferentes propriedades imóveis das obrigações devidas de sua execução, e tudo deve constar no Registro. Se apesar de o projeto de equidistribuição estabelecer ditos encargos, for omitida a sua publicidade registral, o adquirente de boa-fé da parcela pode pensar legitimamente que não restam obrigações pendentes de cumprimento. Aliás, argumentando por um caminho diferente, chegaríamos à mesma conclusão: normalmente, a omissão de uma inscrição obrigatória comporta a responsabilidade do obrigado em promovê-la. Essa responsabilidade deveria abranger os gastos cuja procedência e quantia não foram consignadas no Registro.

Devemos referir-nos com maior brevidade a outras questões que a matéria tratada suscita. Um segundo conceito jurídico, junto com o de obrigação urbanística, é utilizado pela normativa: o da afetação real, o que significa, do ponto de vista da técnica jurídica, esta afetação? Geralmente é sustentada a explicação, que parece ser bem aceita, de que se trata de uma garantia real.[91] Foi acrescentado que o proprietário tem a obrigação de urbanizar "com o valor da coisa, não com seu próprio patrimônio presente e futuro".[92] Esta idéia não nos parece

(90) Assim também Sánchez Calero. *Aspectos registrales del Proyecto de Equidistribución*, p. 130: "como conseqüência da inclusão no registro da afetação da propriedade, está legitimado passivamente, no procedimento de apenação, o titular da mesma, segundo o Registro. Em outro caso, ou seja, se não constar inscrita a afetação da propriedade de resultado, a exigência de apenação somente poderia dirigir-se contra o proprietário com quem se seguiu o procedimento de equidistribuição, mas não contra os sucessivos adquirentes"; Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 175: "menção que tem como finalidade básica evitar a aparição de um direito obtido por terceiro"; Carrasco Perera. *Relaciones civiles com contenido urbanístico*, cit., p. 134-137.

(91) Neste sentido, González Salinas. *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., p. 225-226: "a afetação... o que supõe é, nem mais nem menos, que o surgir *ex novo* de um direito real de garantia, sobre as novas parcelas ao adjudicar-se". No mesmo sentido. Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit. p. 197; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 182; Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 40-49. Contrariamente, Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 299 et seq. e *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 171.

(92) Assim em Sánchez Ruiz de Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 353.

correta: a afetação implica que a responsabilidade se concretiza *ab initio* na propriedade imóvel, porém não exclui a responsabilidade do art. 1.911 do CC, porque a limitação da responsabilidade ao bem sujeito em garantia é excepcional. Inclusive na hipoteca (cfr. art. 140 da LH). Por outra parte, essa garantia, segundo o Preâmbulo do próprio regulamento, respeitaria o princípio de especialidade.[93] Mas para nós, com a melhor doutrina, não existe tal respeito, mas sim uma separação voluntária desse princípio, pois a afetação refere-se não ao saldo da conta provisória dos gastos de urbanização, mas a uma quota dos gastos que finalmente sejam produzidos, que podem ser muito diferentes. Outra coisa será que esta norma possa ser entendida e justificada pelo interesse público que protege.[94]

Em terceiro lugar, existe outro efeito previsto na norma regulamentar e que, ao menos aparentemente, carece de apoio em uma norma legal: a afetação comporta um direito prioritário sobre qualquer outro que gravite sobre o imóvel,[95] salvo os que provenham de dívidas tributárias.

Esta última anomalia normativa não passou inadvertida à doutrina ao analisar o disposto nos arts. 126 e 178, RGU, precedentes diretos do preceito que agora comentamos; pronunciou-se sobre sua falta de cobertura legal e seu contraste

(93) Assim no preâmbulo: "em matéria de afetação ao cumprimento de obrigações urbanísticas, procurou-se uma redação adequada aos princípios registrais de especialidade e prioridade".

(94) Vide Sanchez Calero. *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., p. 129: "Neste caso, igualmente a algumas afetações fiscais, produz-se uma exceção ao princípio registral de determinação ou especialidade, justificada porque o interesse público urbanístico exige estar necessariamente ao saldo definitivo, pois, em outro caso, não se saberia quem há de sufragar e responder do excesso com relação ao saldo da conta provisória, e porque, ao mesmo tempo, a afetação tem uma duração determinada, que compensa, em certo modo, a indeterminação de quantidade. Segue neste ponto a García García: "La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la propiedad". *ECDI*, 1986. p. 1.400-1.401. Este interesse público, justificante da norma, é destacado também por Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 170; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 231-307. Uma conseqüência importante disto é que a afetação não constitui uma garantia em favor dos particulares a quem caibam as obras de urbanização; assim em Gonzalez Salinas. *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., p. 231; García García, op. ult. cit., p. 307, a RDGRN, de 08.06.1999, diz ser correta essa interpretação, ainda que aceite a prática de uma anotação preventiva sobre as propriedades afetadas solicitada por um particular, por entender que este extremo não pode estar sujeito a qualificação.

(95) Destacou-se que "de ser válida esta previsão regulamentar... haveríamos encontrado um importante fator de risco para o credor hipotecário que, por circunstâncias posteriores ao tempo de constituição da hipoteca teriam preferência outros credores para a cobrança com relação ao valor da coisa hipotecada"; assim em Sanchez Ruiz Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 356.

com o art. 1.925 do CC. De fato, desaprovação dificilmente é evitável, pois não é simples encontrar uma norma de categoria legal habilitatória dessas disposições, ainda que tenham sido indicados alguns argumentos. Segundo alguns autores, o fundamento desta alteração da categoria deveria ser buscado no fato de que a equidistribuição afeta todas as titularidades existentes sobre as propriedades imóveis "*porque a afetação deve gravar a todos*, sendo a única forma técnica de consegui-lo o estabelecimento dessa preferência com relação aos encargos anteriores".[96]

Não se deve deixar de considerar que a afetação e o pretendido privilégio referem-se a uma dívida que, segundo o art. 19.2, das NCRH, é dívida do proprietário.[97] Não parece muito correto deduzir o contrário do fato de que todas as titularidades que recaem sobre uma propriedade imóvel estejam sujeitas aos deveres urbanísticos como às vezes se pretende.[98] Em qualquer caso, a argumentação anterior se esquece que o problema é a admissibilidade ou não do privilégio concedido por um Regulamento sem amparo legal. Para nós, pode-se propor doutrinariamente a idéia de que para viabilizar a afetação seja necessário e inevitável estabelecer um privilégio que anteceda a todos os demais direitos.

(96) Assim García García, hoje, em *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 184, recolhendo palavras de um trabalho seu de 1985. No mesmo sentido, Sánchez Calero. *Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, cit., p. 127. O direito de garantia não pesaria unicamente sobre o proprietário, mas também afetaria os demais titulares de direitos sobre a coisa que, em princípio, não são devedores. Argumenta-se, para defender esta conclusão, que a dicção legal da norma que estabelecia esta afetação se referia à afetação "das parcelas" (assim o art. 167 c, do TR 1992, hoje não vigente, e nas correspondentes normas autônomas na atualidade); expressamente neste sentido: González Salinas. *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., p. 228, que entende que isso significa afetação de todos os direitos sobre a mesma. Para justificar dito critério se diz que todos os direitos e encargos que existiam se beneficiam das plusvalias geradas pela execução do planejamento, pelo que devem ficar afetados aos custos da urbanização: assim Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 41; González Salinas. *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, cit., p. 228.

(97) Assim, claramente, Sánchez Calero. *Aspectos registrales...*, cit., p. 131: "esta regra somente é aplicável no caso em que o pagamento se realizar por algum dos titulares dos direitos que na mesma são citados, não quando quem cumpre for o proprietário, pois ele é o devedor e os demais direitos hão de subsistir em sua integridade. Da mesma opinião, García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 194.

(98) Por exemplo, Arnáiz Eguren. *Registro de la propiedad y urbanismo*, cit., p. 296-300, com referência ao art. 22 da anterior Lei do Solo. O art. 21 da LS e todos seus antecedentes hão ignorado a responsabilidade de titulares distintos do proprietário, esta será uma repreensão que lhe possa ser dirigida à norma (assim Carrasco Perera. *Relaciones civiles com contenido urbanístico*, cit., p. 132); mas não se pode ignorar que todas as normas legais que trataram dos deveres urbanísticos se referem sempre ao proprietário.

Por mais justificada e razoável que pareça, não é válida sua introdução em um Regulamento, ignorando uma norma contrária de hierarquia superior.[99]

4. As anotações preventivas

4.1 Geral

A regulação das anotações preventivas para refletir registralmente a dispensa de expedientes sobre disciplina urbanística e a interposição de recurso contencioso-administrativo sobre a anulação de instrumentos do planejamento, de seus instrumentos de execução ou das licenças, constituiu uma importante novidade introduzida em nosso direito pela Lei de 25.07.1990.[100] Atualmente, o art. 1.5, das NCRH, estabelece maiores detalhes: que será inscritível "a dispensa de expedientes que tenham por objeto a declaração de não cumprimento do dever de urbanizar ou edificar o que seja instruído em matéria de disciplina urbanística sobre propriedades imóveis determinadas, assim como a iniciação do procedimento que tenha por objeto a penalidade administrativa para garantir o cumprimento das sanções impostas". Igualmente, o número 6 acrescenta que é inscritível "a interposição de recurso contencioso-administrativo que pretenda a anulação dos planos de ordenação, de seus instrumentos de execução ou das licenças, assim como da demanda formulada em dito recurso".

As anotações procedem nos casos em que a obrigação que se pretenda executar seja imputável ao titular de bens concretos, precisamente aqueles sobre os que se deva executar, e que dita obrigação derive do planejamento ou de seus instrumentos de execução. Não procede, em troca, esse tipo de anotação quando a obrigação não afetar mais que pessoalmente ao devedor.[101] Ante o exposto,

(99) Neste sentido: Sánchez Ruiz de Valdivia. *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, cit., p. 361, com referências à opinião de outros autores. Também Del Pozo Carrascosa. *O sistema de compensación urbanística*, cit., p. 153.

(100) Vide por exemplo, Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 583. Destaca também esta importância García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 603: "A disciplina urbanística se desenvolve em relação às propriedades em que foram cometidas as infrações, e o Registro da Propriedade pode ser um instrumento de reforço da administração atuante para conseguir o respeito da legalidade vigente e a eficácia dos atos administrativos tendentes à restauração da legalidade infringida." Em troca, a anotação preventiva no procedimento de apenação para garantir a cobrança das sanções impostas era uma possibilidade utilizada de forma generalizada com anterioridade à citada Lei. Cfr. Neste sentido: Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley de 25 de julio de 1990. EDU* 122/298, 1991; Corral Gijón. *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, cit., p. 218. Para nós, esta última possibilidade nos interessará menos por não interferir no problema da oponibilidade legal.

(101) Cfr. Neste sentido, Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 322: Não parece razoável que sejam amparáveis na anotação obrigações genéricas imputá-

resplandece em seguida a relação da matéria com o objeto principal de nosso estudo, o que por sua vez explica a limitação da temática que trataremos. Efetivamente, ante a regulação legal deste modo de acesso ao Registro, ocorre-nos se por acaso este acesso constitui um pressuposto para a oponibilidade do ato. Poderia ver-se um obstáculo para ele na obrigação da Administração de restaurar a ordem jurídica perturbada, assim como na chamada "sub-rogação legal" dos terceiros adquirentes.[102] A partir destes dados, a única afirmativa possível é que os terceiros adquirentes devem sempre suportar, haja ou não anotação, as conseqüências do ilícito urbanístico pela vocação natural de oponibilidade das obrigações ou encargos *propter rem* que dimanam das normas objetivas. Entretanto, o ato administrativo ou judicial, necessária à aplicação no caso concreto dessas obrigações, não pode ter oponibilidade *erga omnes,* por mais que o art. 21.1 da LS pareça dizer o contrário.[103] Cogita-se que aqui interviria o Registro, dotando de oponibilidade estes atos que não a têm por si sós. E não a teriam, repetimos, não porque as limitações urbanísticas não afetem o terceiro, mas porque um ato administrativo ou uma sentença não pode afetar a destinatário que não pôde conhecer sua existência e tramitação.[104] É a sua tramitação o objeto próprio da publicidade neste caso.

veis pessoalmente a alguém sem referência expressa a encargos ou prestações devidas à titularidade sobre bens imóveis e precisamente em razão do planejamento urbanístico ou seus instrumentos de execução. Devem ser sempre, de fato, prestações legalmente exigíveis em razão dos bens de que seja titular o obrigado a cumpri-los". Com relação às resoluções que impõem obrigações de fazer, há de se convir com Laso Martínez em que "por si mesmas estas resoluções não provocam efeitos patrimoniais de caráter real, já que se desenvolvem no campo das obrigações, isso sim, não personalíssimas, porque em todo caso são obrigações *propter rem*, únicas anotáveis, segundo dissemos. Frente à resolução, supondo que seja firme em via administrativa, o obrigado pode fazer o que lhe é imposto ou deixar de cumpri-lo. No primeiro caso não propõe problema algum; no segundo pode acudir a administração aos meios de execução privilegiados que lhe dêem as leis e fazê-lo por si mesma às custas do obrigado. Como a obrigação de fazer se desenvolve no campo dos fatos e não do direito inscritível, executa-se unicamente o obrigado quando a execução subsidiária tenha dado lugar a um custo econômico que tenha de repetir-se e reverter-se contra ele, porquanto, se a administração deseja utilizar mecanismos registrais, pode utilizar a medida comum da anotação de embargo, porém sem que isso implique especialidade alguma": assim em *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 331.

(102) Cfr. A mesma proposta em Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 301-302.

(103) Cfr. item 2.2.

(104) Desde outra perspectiva, Carrasco Perera destaca que o art. 21 da LS não se pronuncia "sobre se o adquirente de boa-fé pode ser sujeito passivo de um expediente de restauração ou restabelecimento da legalidade urbanística (vgr. Demolição) resultante de uma infração cometida pelo anterior titular. Algum autor responde positivamente, impondo ao adquirente de boa-fé o ônus de demolir as obras ilegais, ainda que não se houvesse tomado anotação preventiva de dispensa de expediente de disciplina urbanística... De novo, discordo desta ultravinculatoriedade dos deveres ou

Um segundo obstáculo contra a automática oponibilidade é que esta concentraria algumas anotações com uma simples eficácia de "publicidade noticia pura" e esta forma de "publicidade" dos assentos registrais de conteúdo urbanístico somente está regulada com as notas marginais (cfr. art. 309.3, TR de 1992, e art. 73.2 das NCRH), pelo que as anotações, a princípio, devem produzir os efeitos gerais da publicidade.[105]

4.2 As anotações preventivas no procedimento administrativo de disciplina urbanística

Essas anotações podem ter aplicação nos procedimentos que se iniciam nos casos nos quais "os particulares não se sujeitaram ao planejamento nos diferentes atos jurídicos relacionados com a propriedade dos terrenos e edificações".[106] Assim poderiam ser citados os procedimentos nos quais se façam valer ordens de determinadas obrigações de fazer, ou em casos de obras abusivas, executadas sem licença ou excedendo ao permitido e por último, também no caso de expedientes sobre o cumprimento das cessões obrigatórias.[107]

Caberia perguntar-se com a doutrina se a sub-rogação legal nos encargos e deveres urbanísticos não farão desnecessárias estas anotações. Efetivamente,

compromissos urbanísticos com caráter geral. Creio que há de se distinguir entre reintegração da legalidade como conseqüência da realização de obras incompatíveis com o ordenamento urbanístico real (vgr. Construir em terreno verde), e a realização de obras com o não cumprimento dos deveres urbanísticos cuja observância permite patrimonializar as prerrogativas correspondentes. Neste segundo caso, a oponibilidade urbanística deve fazer-se depender da prática da anotação preventiva antes que o terceiro de boa-fé tenha adquirido o domínio": assim em *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., p. 134-135. Para nós, aliás, podem ser distinguidos aspectos da legalidade urbanística com sanção diferente. Do que não estamos tão seguros é se essas sanções diferentes implicam um diferente tratamento em matéria de oponibilidade frente a terceiros. Efetivamente, para Carrasco, existirão casos nos quais a infração permitirá a patrimonialização do resultado ilegalmente conseguido, porém se isso fosse assim, o mais seguro é que o autor da infração possa também beneficiar-se da patrimonialização.

(105) Contra essa afirmação, mostra-se Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 586-587.

(106) Assim García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 603.

(107) Assim em Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 325. Vide também Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 406; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 609 et seq. Entretanto, como destaca por exemplo este último, deve-se levar em conta que o procedimento anotado deve ter transcendência sobre o imóvel, não basta que conduza a uma mera sanção econômica. Cfr. Neste sentido, o art. 56 das NCRH. Não obstante, talvez *a priori* seja bastante difícil ter segurança sobre o tipo de sanção à que conduzirá o procedimento.

caso se reconheça que sua finalidade é evitar o aparecimento de terceiros protegidos, mas se diga que em matéria urbanística todos os terceiros encontram-se vinculados a encargos, parece que acabaremos caindo em uma certa contradição.[108]

Em nossa opinião, não existe tal contradição, porque os terceiros se encontram vinculados pelas normas, mas não pelos atos de aplicação das mesmas dos que não receberam notificação, nem tiveram de outro modo conhecimento. Seguindo García García,[109] pode-se dizer que os efeitos das anotações preventivas são de três classes:

1. Efeitos de publicidade da situação urbanística com relação a terceiros. Durante a fase de sustentação do procedimento, a eficácia da anotação é a de publicar a situação de risco na qual se encontra o imóvel, ou seja, que "seus efeitos, durante esta fase, são a rigor idênticos aos de qualquer anotação de origem judicial".[110]

(108) Vide neste sentido, Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 315. Segue-o García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 616. Para Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 408-409: "o problema poderia ser proposto, se uma vez terminado o expediente de infração, pretende-se impor seu resultado a titulares protegidos pelos assentos registrais não notificados que tenham adquirido algum direito ignorando o procedimento iniciado por não se haver tomado a anotação... cabe suscitar o problema... de se os titulares registrais poderão opor seu direito frente à Administração nos termos previstos no art. 32 da Lei, inclusive nos marcados no art. 34, se têm a condição de terceiros hipotecários. Sobre esta matéria, a opinião doutrinal é bastante concorde no sentido de que não existe uma norma que proteja claramente ao titular inscrito frente ao expediente não anotado, ainda seria desejável a elaboração de tal norma por razões de coerência e de segurança jurídicas. Este mesmo critério de eficácia do expediente não anotado se reforça se se leva em conta o disposto no art. 21 da Lei do Solo de 13.04.1998, na medida em que ratifica o princípio de sub-rogação legal em toda classe de deveres urbanísticos"; pelo que conclui que "a Administração poderá impor o conteúdo do acordo de terminação do expediente frente a qualquer um, com os condicionamentos procedimentais oportunos de cujo cumprimento lhe libera a prática da anotação". Parece-nos criticável que ao se propor se são, ou não, aplicáveis ao caso os arts. 32 e 34 da LH, argumente-se em favor da inaplicação alegando a inexistência de norma legal expressa que permita sua aplicação; entendemos que o que teria de existir é norma clara da que se derive a inaplicação. Em segundo lugar, se a Administração não pode opor o conteúdo do acordo sem certos requerimentos procedimentais, é que o ato primeiro não é oponível, porque ainda que não se diga, esses novos requerimentos procedimentais supõem renovar o ato. Por isso, o princípio de inoponibilidade claramente atua em relação ao ato administrativo.

(109) *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 618.

(110) Assim em Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 331. Não é inconveniente remeter neste ponto a doutrina geral hipotecária, levando em conta o enquadramento desta matéria: vide Peña Bernaldo de Quirós. *Derechos reales. Derecho*

2. Possibilidade de inscrição ulterior das medidas de disciplina urbanística a favor da Administração atuante. A doutrina conecta este segundo efeito com o princípio de trato sucessivo se a decisão final tiver de ser inscrita no Registro,[111] porque então é necessário haver seguido o procedimento com o titular registral, ou tê-lo anotado para advertir aos possíveis adquirentes.

3. Manter a chamada *perpetuatio legitimationis* passiva, no decorrer da tramitação do expediente administrativo, ou seja, "legitimar ante a Administração... de maneira permanente ao sujeito passivo da obrigação".[112] Consideramos que esta finalidade está certamente presente na anotação preventiva como uma conseqüência a mais da publicidade efetivada. Porém, não estamos de acordo com que seja necessária a efetiva possibilidade de intervir na tramitação do procedimento, nem muito menos que a oponibilidade do ato resultante derive de que o adquirente haja "abdicado da faculdade de ser parte".[113] Para nós, o que conta não é a efetiva possibilidade de intervir no procedimento, que talvez esteja concluído quando o adquirente consulta o Registro, nem sequer seu efetivo conhecimento do conteúdo do Registro, mas a especial eficácia publicitária dos assentos registrais que faz oponível frente ao terceiro o resultado do expediente

hipotecario, cit., p. 589; Díez-Picazo. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, Madri, 1995, p. 495. segundo Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 599: "a anotação, durante sua vigência, haverá ocasionado, ao menos, as conseqüências próprias da publicidade simples características da anotação preventiva de demanda em sua versão clássica ou civil, ou seja, a possibilidade de que tais mutações afetem a quem inscreveu com posteridade, de tal forma que não possa alegar seu caráter de terceiro protegido... Do ponto de vista processual, o terceiro que adquira ficará vinculado ao procedimento, de forma que dificilmente poderá alegar causa alguma de nulidade do expediente por ignorância do mesmo, e sobretudo, por ausência de notificações. Portanto, os efeitos citados constituem a base essencial da utilidade das anotações que estudamos, sem prejuízo de sua natureza ordinária de assentos dirigidos à simples notícia da situação que afeta ou afetará, em seu caso, a propriedade anotada". Estamos de acordo com este autor, salvo com sua última apreciação sobre a "natureza ordinária" de estes assentos como expressivos de simples notícia. Simples notícia sobre o quê? Está claro que não se pode sustentar que a eficácia seja de simples notícia com relação ao expediente; porém, por outra parte, o efeito publicitário da anotação somente se refere ao expediente, não à situação urbanística da propriedade.

[111] Cfr. Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 316; García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 619.

[112] Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 317.

[113] Assim em Laso Martínez. *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 319; a frase completa é a seguinte: "se a anotação foi efetivada, a Administração que tramita o procedimento... sabe certamente que nunca poderá aparecer um terceiro que desconheça sua existência, com o qual, além de assegurar a possibilidade de cumprimento da decisão, faz-se efetiva a impossibilidade de desamparo, já que se alguém adquiriu o bem, resultando do Registro a existência de um procedimento em andamento, é que abandonou a faculdade de ser parte".

cuja existência publicava. O mecanismo publicitário adequado legalmente arbitrado seria o futuro adquirente valorar a conveniência de concretizar, definitivamente, a aquisição, contando para isso com a possibilidade de reunir informação complementar sobre as vicissitudes administrativas da propriedade imóvel, o que, em outro caso, teria dificuldade para conhecer.

4.3 As anotações no processo contencioso-administrativo

O campo da atuação dos procedimentos contencioso-administrativos é de maior amplitude que o dos expedientes disciplinares analisados no item anterior. O procedimento contencioso pode referir-se não somente aos recursos contra os atos administrativos que resolvam os expedientes de disciplina urbanística, mas também à impugnação do planejamento, os instrumentos de execução e as licenças. Ou seja, o procedimento pode ter relação com atuações da Administração que não respondam a condutas supostamente ilícitas do administrado.[114] Entretanto, deve-se tratar de procedimentos que admitam a anotação preventiva sobre uma propriedade concreta,[115] pelo que o processo deve afetá-la diretamente e ter por objeto uma matéria com transcendência real.[116] Por isso, não nos parece possível a anotação, na maioria dos casos, de impugnação dos Planos de Ordenação, por mais que literalmente resulte isso admitido.[117]

(114) Cfr. García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 641; Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 452.

(115) Sobre a matéria, pode-se ver García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 642 et seq.: Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 456 et seq.

(116) Cfr. Laso Martínez. "Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo". *REDA* 77/78 et seq., 1993. Se bem que esse autor não exclui a utilização da anotação em outros casos, por exemplo, no exercício de uma ação pública "outorga-se deste modo uma publicidade seguida ou não de efeitos patrimoniais que se esgota seus efeitos em si mesma é enquadrável no que se chamou publicidade notícia que serve para dar a conhecer a terceiros a existência do processo e advertir do risco que contraem com a aquisição". Mas nessas hipóteses, pensamos que não se devem omitir as exigências próprias da anotação. Neste sentido, Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 80-81: "somente interessará a prática desta anotação quando o resultado da sentença modifique ou altere a titularidade do domínio ou algum direito real inscrito... Este requisito marca os limites e equilibra as importantes conseqüências que uma anotação preventiva de demanda possa ter, ante a possibilidade de exercitar uma ação pública para proteger a legalidade urbanística".

(117) Segundo Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 460: "nesses casos, ou não será possível a anotação, ou se se pretende, será indispensável a determinação do imóvel anotado e sua relação com o ato impugnado no próprio título pelo qual se ordene a medida preventiva. Muito bem, quanto a seus efeitos serão normalmente de publicidade notícia pura, pois o Plano, como tal, não entra nunca na determinação de titularidades". Precisamente por esta última razão,

A função destas anotações preventivas é publicar com eficácia frente a terceiros a existência de um processo que afeta a um imóvel determinado.[118] Igualmente como no caso analisado no item anterior, dita anotação preventiva permitiria:

– divulgar a existência do procedimento a quem, em cada momento, for titular de algum direito sobre o bem, ainda que não seja o titular que tenha iniciado o procedimento e, como conseqüência, permitir opor o efeito patrimonial final da sentença a todos os titulares que o sejam ao executá-la;

– conseguir o acesso ao Registro das conseqüências da sentença que assim o requeiram, sem o impedimento do aparecimento de terceiros adquirentes.[119] Evidentemente, não é necessário ter-se praticado a anotação para o posterior reflexo registral das conseqüências da sentença, se o titular inicial não tenha mudado, mas se apareceu um terceiro adquirente não levado em conta no processo.[120]

Se a sentença não comporta efeitos registrais específicos porque não fica afetado o direito inscrito nem a propriedade registrada, assim, por exemplo, quando a resolução judicial versar sobre uma obrigação, a anotação somente significa "reforçar a sub-rogação legal e advertir ao terceiro que pôde ser parte no processo que, quando aquela for favorável, terá de cumprir a obrigação imposta".[121] Essa opinião confirma que o valor da anotação é garantir a oponibilidade da resolução judicial.

parece-nos pouco admissível uma anotação preventiva nestes casos, aparte de que o art. 71, das NCRH, não parece estar pensando mais que em sentenças que se refiram a matérias que tenham transcendência real. Por outra parte, se a eficácia é de publicidade notícia pura, estaremos interpretando extensivamente uma norma somente aplicável às notas marginais, que já consideramos inadmissível.

(118) Assim, Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 81: "a finalidade desta anotação preventiva é claramente cautelar, anunciar a possível modificação da titularidade ou direito inscrito aos futuros adquirentes ante a existência de um conflito judicial".

(119) Cfr. neste sentido, Laso Martínez. *Cautelas registrales...*, cit., p. 82-83.

(120) Neste sentido, Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 461: em caso de não existência de anotação preventiva, "a sentença somente será inscritível se o procedimento se dirigiu contra todos os titulares registrais que tenham esse caráter no momento da apresentação do testemunho da ocorrência, pois em outro caso não poderá ser inscrita por aplicação direta do art. 20.1 da Lei Hipotecária"; da mesma opinião, Laso Martínez. *Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 89.

(121) Assim, Laso Martínez. *Cautelas registrales...*, cit., p. 90. Cfr. os textos deste mesmo autor citados acima na nota 102, relativos às resoluções que impõem obrigações de fazer "por si mesmas estas resoluções não provocam efeitos patrimoniais de caráter real, já que se desenvolvem no campo das obrigações, isso sim, não personalíssimas, porque em todo caso são obrigações *propter rem*"; assim em *Las anotaciones preventivas...*, cit., p. 331.

5. As notas marginais

5.1 As notas marginais e seu efeito publicitário

A primeira razão deste item é recordar, desde a teoria geral do direito registral, que o assento de nota marginal não apresenta características e efeitos similares em todos os casos e que nem sempre produz o efeito normal extraído da publicidade registral. Em coerência com isso, nossa doutrina costuma entender que existem diferentes tipos de nota, e que, dos três tipos fundamentais de notas marginais, somente as de modificação jurídica e sucedâneas de um assento principal têm eficácia sustentadora, enquanto as de escritório carecem por completo de dita eficácia.[122]

À vista desta classificação, a doutrina especializada nas relações do Registro com o Urbanismo tem ensaiado uma sistematização da notas marginais com o conteúdo urbanístico. Assim se fala de: notas de simples referência, que teriam a finalidade a relação com distintos assentos do Registro ou de Registros distintos (arts. 36, 39 e seguintes, 79.1 e 80 das NCRH); notas modificativas, que são as que advertem a terceiros sobre a modificação ou extinção de um direito (arts. 5, 20.1, 22, 28, 87 e 88 das NCRH); notas substitutivas de outro assento (arts. 16 e 47 das NCRH); notas com efeito de publicidade notícia pura (art. 65.2 das NCRH) e notas que simultaneamente têm caráter modificativo e de publicidade notícia pura (arts. 79 e 80).[123]

Em linhas gerais, parece que se pode aceitar a anterior classificação, mas é necessário fazer algumas especificações.[124] Em primeiro lugar, as notas dos arts. 79 e 80 aparecem incluídas em duas das anteriores categorias: como notas que relacionam assentos diferentes e como notas que simultaneamente têm caráter modificativo e de publicidade noticia pura. É difícil aceitar este modo de proceder: se a nota é algo mais que de relação entre assentos diferentes e de publicidade notícia pura, não deveria ser incluída nessas categorias, mas nas de notas modificativas. A razão salta aos olhos: se a publicidade notícia pura vinha definida como a própria de assentos que "somente" informam a situação urbanística da propriedade, não estaríamos ante este tipo de publicidade quando o assento produzisse algum outro efeito. Por esse mesmo motivo, pensamos que o último tipo de notas da classificação anterior não deve ser mantido, porque as qualifica com caracteres que são contraditórios.

(122) Vale a pena remeter-nos neste ponto a obras como a de Lacruz, *Elementos*, III, bis, cit., p. 236 et seq.; Díez Picazo. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, cit., p. 503 et seq.; e entre os que se dedicam às relações do Registro com o urbanismo: Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 44.

(123) Neste sentido, Arnáiz Eguren. *La insripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 506-507.

(124) O próprio Arnáiz Eguren, loc. cit., considera discutível a classificação que propõe.

Em segundo lugar, parece muito discutível incluir a nota do art. 65.2 das NCRH entre as que geram publicidade notícia pura. A referida nota, como se pode comprovar pela consulta do preceito, é uma nota de cancelamento de outra nota marginal. Concretamente, a que põe fim, em certos casos, ao expediente de disciplina urbanística. Segundo sustentamos anteriormente, baseados no que entendemos ser a melhor doutrina nessa matéria, se a tramitação destes expedientes tivesse acesso ao registro mediante uma anotação preventiva, seria para garantir sua oponibilidade aos possíveis terceiros. Logicamente, cabe pensar que essa mesma seja a razão de que da resolução final se torne determinante no Registro, segundo os casos, mediante os assentos de inscrição, uma nova anotação preventiva ou uma nota marginal.[125] Parece-nos um equívoco de perspectiva dizer que um assento deste tipo se mova "dentro da eficácia da publicidade notícia pura, posto que se limita a advertir a quem consulta o Registro sobre o dever que incumbe a seu titular registral. Nesse sentido, no caso de aquisição da titularidade do imóvel por um terceiro, este fica vinculado ao cumprimento como conseqüência do princípio de sub-rogação legal nos deveres urbanísticos do transferente, de acordo com o disposto no art. 21 da LS, de tal forma que, efetivamente, é indiferente que conste ou não tal obrigação do conteúdo do fólio registral".[126] Nossa opinião, já reiterada, é outra: a sub-rogação nos deveres legais relativos à propriedade não implica que seja oponível ao terceiro adquirente um ato administrativo singular que nem lhe haja sido notificado nem tenha tido meios de conhecer. Precisamente, daqui nasce a conveniência de utilizar o Registro para predispor um mecanismo confiável de cognoscibilidade da existência da tramitação de ditos atos. Por isso, se fosse cancelada a nota praticada ao término do procedimento, o resultado deste deixaria de ser oponível aos terceiros adquirentes.

5.2 Os distintos tipos de notas marginais com conteúdo urbanístico

O exame de cada uma das notas marginais reguladas no ordenamento confirma também que o sistema da publicidade notícia pura não tem plena vigência sequer em relação a elas. Devemos distinguir as diferentes suposições, não sem antes advertir que algumas das notas marginais foram analisadas previamente, e portanto não o serão agora:

a) Nota marginal sobre as condições impostas na licença. Para o art. 74, das NCRH: "quando da ocasião da concessão de licenças ou de autorização de outras resoluções administrativas, imponham-se condições que tenham de ser cumpridas na propriedade imóvel afetada, com ajuste às leis ou planos, tais condições poder-se-ão fazer constar pelo Registrador da Propriedade mediante nota

(125) Cfr. art. 63 das NCRH.

(126) Assim Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 438-439.

marginal". Este preceito propõe grandes problemas de interpretação. O primeiro deles é o próprio conceito central de sua regulação: o de "condições das licenças". Para Arnáiz, e pensamos que sua afirmação deve ser admitida, estas condições "farão normalmente referência ao uso limitado da construção para a que se concede a licença, aos usos complementares de necessária criação, a aspectos estéticos a conservar ou a determinações específicas sobre obrigações urbanísticas de fazer ou não fazer, a que pode ser compelido qualquer um que ostente a titularidade da propriedade imóvel.[127]

Para a doutrina, não parece ser possível impor nem incluir no Registro as condições que não resultem das Leis nem dos Planos, mas que sejam determinações arbitrárias da Administração.[128] Coerente com essa afirmação, seria necessário admitir que estas notas simplesmente geram uma publicidade notícia pura: informam a existência sobre o imóvel de uma obrigação legal.[129] Nessa, por outra parte, a eficácia que os arts. 309.3, TR, e 74.2 das NCRH alocam a estas notas.

Entretanto, desde o âmbito administrativo, sustenta-se em clara oposição a este regime normativo, que levar os encargos ao Registro garante uma oponibilidade da que naturalmente se encontrariam privados. Tratar-se-ia pois de atribuir a estas notas a função publicitária típica dos assentos registrais (ainda que nem sempre acompanhe as notas marginais). Os termos concretos desta opinião são os seguintes: "Não é difícil verificar o interesse que persegue a difusão dos limites e condicionantes aos que se submetem a uma licença urbanística. Sua constância registral sujeitará a todo futuro adquirente de um imóvel ao correto cumprimento das específicas condições impostas (...). Ao facilitar o conhecimento de condições especiais, os adquirentes não poderão alegar sua ig-

(127) *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 513-514. Ainda que o termo condição seja o que impulsionou a Lei de 1990, claramente se pode verificar com facilidade que não se trata propriamente de condições, mas sim de encargos. Assim também Arnáiz Egure. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 507: "O termo 'condições – em geral, haverá de ser entendido como equivalente a 'limitações' ou '**obrigações**'".

(128) Neste sentido, García García. *Direito inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 1.028, nota 240: "o que não caberia, e isso entra na qualificação registral, seria fazer constar condições das licenças que não resultassem das Leis nem dos Planos, mas sim que fossem meras determinações a cargo da Prefeitura". Não obstante, deve-se fazer notar a dificuldade que o Registrador terá para apreciar a legalidade da condição: Arnáiz Eguren, propõe que a licença cite a norma na que se fundamente a mesma: assim em *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 511.

(129) Arnáiz Eguren. *Registro de la Propiedad y urbanismo*, cit., p. 509: "a dicção legal é clara e oferece poucas dúvidas, de forma que, ao menos no que se refere à hipótese tipificada no art. 307.4, a realidade é que não se pode falar de outros efeitos que os limitados do art. 309.3." Da mesma opinião, García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 540: "trata-se de (...) reforçar a publicidade das leis e dos planos através do Registro: a publicidade registral é um efeito que precisamente não se dá neste caso".

norância e o não cumprimento em face do princípio da fé pública registral. Ficam fora desta estrutura, como é lógico, as limitações e proibições derivadas do planejamento que, como proibições legais, não têm acesso ao registro e, portanto, frente a elas não se pode opor a publicidade registral. Entretanto, as condições específicas de uma licença, como obrigações de caráter singular, devem ser publicadas ou difundidas pelo Registro para dotá-las de uma eficácia *erga omnes*.[130] Segundo nos parece, a tese exposta neste texto encontra importantes obstáculos: em primeiro lugar, torna-se dificilmente admissível que a Administração possa impor encargos de forma arbitrária, ou seja, sem basear-se na Lei nem no Planejamento. O único leito viável para o válido estabelecimento desses "encargos" seriam os "compromissos" do particular com a Administração. Por outra parte, sabemos que podem ter acesso ao Registro em virtude do art. 21 da LS. Mas ainda que se aceitasse essa possibilidade, seria admissível publicar esse pretendido compromisso mediante uma simples nota marginal? Em princípio, a resposta a essa pergunta parece ser negativa e seria exigível para tornar público o acordo um assento de inscrição. Por outra parte, é evidente que a simples outorga da licença com encargos não assegura a existência de um acordo ou compromisso da Administração com o proprietário.[131]

Por outra parte, se fosse admitida a opinião criticada, encontraríamos uma disfuncionalidade normativa que a tornaria dificilmente viável. Referimo-nos ao fato de que o art. 74.1 sinaliza que a nota marginal é lançada na instância do titular registral da propriedade. Se a função da nota é de dotar de eficácia *erga omnes* as condições específicas de uma licença, não nos ocorre qual interesse possa ter o titular registral em praticá-la: seria a Administração a interessada em obter a publicidade dessas condições que, caso contrário, não vinculariam a terceiro. Na realidade, este obstáculo se impõe também como um importante limite para a própria aplicação prática da norma,[132] qualquer que seja sua interpretação, e aliás, compromete a execução das finalidades almejadas com a publicidade noticia pura. Efetivamente, se com ela se quer complementar a publicidade própria das normas, parece ser um mau caminho deixar a existência ou não desse complemento ao interesse privado do proprietário.

(130) Assim Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 60-61. Contrariamente, Carrasco Perera. *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, cit., p. 139, para quem todos esses encargos à margem das normas "não resultam vinculantes em absoluto para os terceiros adquirentes", ainda que haja mediado o acordo entre o primeiro proprietário e a Administração, "nem sequer se o cumprimento destes requisitos tenha sido incorporado como condição à licença que tivesse sido emitida".

(131) Talvez por essas razões, ainda que não invoque nenhuma em concreto, García García concluía que "nada disto tem que ver com os compromissos entre o particular e a Administração competente a que se refere o art. 21.1 da Lei do Solo, 6/1998, de 13 de abril"; assim em *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 540-541.

(132) Na doutrina foi destacado também que essa exigência levará consigo a escassa prática destas notas: assim Fuertes. *Urbanismo y publicidad registral*, cit., p. 60.

b) Nota marginal sobre a declaração de ilegalidade das licenças. A hipótese refere-se ao caso de uma obra nova que tenha acesso ao Registro, amparada em uma licença que posteriormente é anulada por demonstrar-se contrária ao planejamento. Esta questão é regulada pelo art. 75, das NCRH, que segundo Arnáiz, perdeu certa atualidade porque responde ao conteúdo do art. 40, TR de 1992, hoje derrogado. Segundo este autor, o preceito não conserva significado quanto a um de seus aspectos: o relativo à chamada (no TR de 1992) não patrimonialização da obra nova ilegal, ainda que gere "efeitos de dar a conhecer a situação de ilegalidade do construído", com uma eficácia de "publicidade notícia pura".[133] Para nós, efetivamente, esta é a eficácia da nota. Mas acrescentamos que está em perfeita harmonia com a natureza tradicionalmente atribuída ao reflexo registral da obra nova: um mero dado de fato sem produzir efeitos de publicidade.

Entretanto, desde alguns anos, começou-se a questionar se esta conclusão tradicional é aceitável,[134] e inclusive recentemente foi sustentado que esta nota marginal evitaria o possível aparecimento de terceiros protegidos pelo art. 34, da LH, frente aos que a Administração não possa fazer valer a ilegalidade urbanística. Para o autor que sustenta esta última tese, o mecanismo do art. 22 da LS, que para inscrever a nova obra exige a entrega da licença e um certificado técnico de adequação da obra à mesma, geraria uma aparência de legalidade em favor da obra nova inscrita.[135]

(133) Assim, Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 515 et seq.

(134) Cfr. Laso Martínez. "La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Lei de reforma de Régimen urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990". *RCDI*, 1990. p. 543 et seq. Se bem que o autor conclui, corretamente em nosso entender, que: "A ordem pública parece demandar em tais casos que prevaleça a legalidade material, inclusive frente a terceiros, sem prejuízo de que este tenha direito a ser compensado pela ruptura da aparência de legalidade resultante da licença indevida e inclusive da negligência da Administração, que, podendo utilizar as medidas cautelares de aviso aos terceiros não o fez" (p. 545).

(135) Assim García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 544-637; diz, por exemplo, nesta última: "Com relação às declarações de obra nova que tenham sido inscritas cumprindo todos os requisitos previstos na legislação urbanística e na legislação hipotecária e concretamente, contando com a licença municipal e o certificado do técnico, não acreditamos que possa prevalecer a situação resultante do planejamento frente a aparência provocada pelo Registro da Propriedade de acordo com o art. 22 da Lei do Solo pelo documento administrativo de licença municipal e pelo certificado do técnico, com relação a terceiros adquirentes do art. 34 da Lei Hipotecária que tenham comprado apartamentos, e que não estejam de acordo com o planejamento. Por razões de segurança jurídica, impõe-se neste caso a prevalência do art. 34 da Lei Hipotecária sobre as previsões do planejamento, pois estas são transferidas aos interessados através da correspondente licença municipal, pelo qual, se esta foi produzida, equivocadamente, não pode determinar uma perda de direitos para os terceiros confiados no Registro e no documento emi-

Esta última opinião não nos convence. É aceitável pensar que a obra nova amparada em uma licença, que depois é declarada ilegal, goza de aparência de legalidade. Entretanto, nada permite supor que esta aparência deva fundamentar efeitos registrais substantivos. A declaração de obra nova tem sido entendida tradicionalmente como uma mera circunstância fática à que o Registro não presta nenhuma eficácia especial ulterior,[136] e nada faz supor que esse sistema haja mudado. Tampouco a norma do art. 34 da LH tem como finalidade cobrir uma hipótese de que não há defeito no título do transmitente, mas uma ilegalidade urbanística na construção. Por outra parte, o mecanismo do art. 22 da LS não se destina a garantir a "legalidade" da construção que tem acesso ao Registro – isso parece ser deduzido do fato de que a certificação técnica exigida para o acesso da obra nova ao Registro não necessita vir da Administração (cfr. art. 50 das NCRH) – mas sim a reduzir a possibilidade de acesso de construções ilegais.[137]

É necessário recordar que se o Registro da Propriedade pode produzir os efeitos substantivos que lhe são próprios, é em grande medida por ter sido arbitrado um sistema passível de controle da legalidade dos títulos que a ele tem acesso. Esse é o sentido último da qualificação registral dos títulos.[138] Nada parece supor que a simples intervenção de um técnico, com a única qualificação que provém de sua condição profissional, mas sem necessidade de nenhum controle por parte dos Poderes Públicos, possa dotar à legalidade das obras novas de suficiente confiabilidade para garantia de terceiros adquirentes. Se fosse sustentado o contrário, ou se outro sistema algum dia chegasse a ser instaurado,

tido pelo órgão competente pra interpretar e aplicar o planejamento através da licença". Reitera esta opinião na sua obra já citada, p. 1.029, nota 245: "no caso de tratar-se de licença ilegal por contravir a ordenação urbanística, ou seja, o planejamento, apesar do valor normativo e público do plano, deve-se levar em conta que os terceiros de boa-fé, que adquiriram apartamentos do edifício ou direitos reais sobre os mesmos, apóiam-se não somente nos assentos do Registro mas sim na aparência de legalidade do ato administrativo de licença, consignado no Registro conforme ao disposto no art. 22 da Lei do Solo de 13.04.1998, pelo que parece que se não consta a referida nota marginal, deverão ser considerados protegidos pela fé pública registral, conforme o art. 34, LH". Arnáiz Eguren afirma que o sistema de inscrição das obras novas está movido pela finalidade de "não criar uma aparência de licitude através do Registro"; entretanto, este autor não deduz da "aparência" nesta matéria efeitos substantivos. Cfr. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 348. Em nossa opinião, esta pretendida "aparência de legalidade", não é a aparência que, como efeito próprio, cria normalmente o Registro.

(136) Fr. Lacruz. *Elementos*, III, bis. cit., p. 78-79.

(137) Em troca, Arnáiz Egurem sustenta que em matéria de inscrição de obras novas, existe um "controle público de sua legalidade": assim em *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 346.

(138) Cfr. Por exemplo, Gordillo Cañas. *Bases del derecho de cosas y principios inmobiliario registrales: sistema español*, cit., p. 676.

não veríamos razões para não estender a proteção ao titular atual, ou seja, ao que leva ao Registro obra nova adequando-a a uma licença posteriormente declarada ilegal.[139]

Nesta matéria, a aparência da legalidade que presta o Registro fica em um segundo plano, ante a que é trazida pela própria licença, que ao ser um ato que procede da própria Administração, goza de uma eficácia própria. Assim, no caso de uma licença "equivocada" ou ilegal anulada pela Administração, o interessado poderá pedir, inclusive ao primeiro titular, uma indenização pelos danos causados pela incorreta atuação administrativa.[140] Desse modo, preserva-se adequadamente o interesse público, coisa que não seria possível se o adquirente é protegido de modo absoluto, sem preterir o interesse privado dos afetados. Independente disso, a Administração goza dos mecanismos para refletir no Registro tanto a tramitação do expediente, como a resolução que sobre ele recaia, com a eficácia destes assentos a que já nos referimos.

c) Nota marginal sobre a concessão de licenças para obras e usos provisórios. Essa suposição refere-se a obras sobre "solo compreendido em setores ou âmbitos já delimitados com vista a seu desenvolvimento imediato, enquanto não se tenha aprovado o correspondente planejamento de desenvolvimento" (art. 17 da LS). Tal como resulta deste mesmo preceito nessas zonas, "somente poderão ser autorizados excepcionalmente usos e obras de caráter provisório que não estejam expressamente proibidos". A referida autorização excepcional, diz a Lei, deve ser refletida no Registro da Propriedade, pois tem conseqüências muito importantes sobre o domínio inscrito: "dá lugar à impossibilidade de o titular opor-se à demolição da construção levantada", por uma parte; e de outra, "afeta diretamente à valoração do imóvel no caso de expropriação forçada de forma que nem o titular registral nem seus adquirentes poderão formalizar oposição à valoração fixada pela Administração expropriante, como conseqüência da obra construída".[141] Também destaca a lei que estas conseqüências deverão ser aceitas pelo proprietário.

As NCRH consideraram que o reflexo registral destas licenças deve ser feito mediante nota marginal (cfr. art. 76 das NCRH). Os efeitos que, segundo a doutrina especializada, produzem estas notas, transbordam a eficácia de publicidade notícia pura: "o Registro não se limita a divulgar a situação urbanística da propriedade imóvel, mas sim uma dupla conseqüência civil que afeta ao titular

(139) De fato, no sistema vigente estamos de acordo com a conclusão de Laso Martínez. *La inscripción de declaración de obra nueva...*, cit., p. 543: "É evidente que se não existirem terceiros, por estar unicamente inscrita a obra nova a favor de quem a fez, com respeito a ele, conforme o art. 33 da Lei Hipotecária, a inscrição não convalida o ato nulo sem prejuízo das responsabilidades que frente a ele se contraiam pela anulação". Entretanto, parece-nos claro que frente a terceiros o sistema de inscrição de obras novas não se destina a garantir a legalidade das mesmas.

(140) Cfr. Laso Martínez. *La inscripción de declaración de obra nueva...*, cit., p. 545.

(141) Assim Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 523.

registral e aos sucessivos adquirentes da propriedade, de acordo com o princípio geral de publicidade eficácia próprio dos assentos registrais".[142] Se essa afirmação geral deve ser aceita, não estaríamos de acordo com as conseqüências que da mesma querem ser deduzidas. Assim, imediatamente depois desta afirmação, faz-se outra que, a nosso juízo, além de ser incorreta, contradiz essa remissão à eficácia geral dos assentos do Registro: "a publicidade operada pelo assento gera os seguintes efeitos: por uma parte, dá lugar à impossibilidade de que *o titular* se oponha à demolição da construção levantada (...) por outra, o assento afeta diretamente à valoração do imóvel no caso de expropriação forçada, de forma que nem *o titular registral* nem seus adquirentes poderão formalizar oposição à valoração fixada pela Administração expropriante, como conseqüência da obra construída".[143] Desse modo, a falta de reflexo registral das limitações estabelecidas na licença impede que os terceiros adquirentes de boa-fé fiquem vinculados às mesmas. Entretanto, o mesmo efeito não pode ser produzido com relação ao titular registral. De acordo com os efeitos próprios da publicidade registral, o primeiro proprietário é que ficará vinculado por essas limitações que teve de aceitar (tal como pede a Lei do Solo), ainda que não haja tomado ciência das mesmas no Registro.

d) Nota marginal sobre a aquisição do aproveitamento urbanístico. Atualmente, é uma hipótese que carece de importância, pela derrogação do sistema legal sobre o qual se fundamentava.[144]

e) Nota marginal sobre as propriedades imóveis sujeitas ao regime de preferência na compra e recompra urbanísticas. Por mais que aprofundemos essas suposições, não faremos um tratamento exaustivo porque se trata de figura de escassa utilização prática pelo planejamento,[145] que, ademais, apresenta na atualidade a dificuldade de haverem desaparecido as normas estatais que a regulavam. Para um tratamento detalhado, teríamos que remeter a uma grande diversidade de normas autonômicas.[146]

Enfrentando esta temática, é necessário recordar que o critério geral de nossa legislação hipotecária, em matéria de preferência de compra e recompra legal, é que não precisam publicidade registral para afetar a terceiros. Assim es-

(142) Assim Arnáiz Eguren, loc. ult. cit. Segundo García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 547: "Em nossa opinião, esta nota marginal não é das que têm meros efeitos informativos".

(143) Arnáiz Egure, op. ult. cit. Os grifos são nossos.

(144) Cfr. Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 524-525.

(145) Assim em Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 613: "os exemplos práticos de exercício dos direitos de preferência na compra e de recompra urbanísticos são muito escassos. Trata-se de faculdades administrativas de realização complexa e difícil, como teremos ocasião de ver, e em tal medida não há demasiados precedentes. Este fenômeno faz também que o comentário doutrinal seja muito limitado".

(146) Cfr. Arnáiz Egure, loc. ult. cit.

tabelece o art. 37.3, da LH, com relação às recompras e assim se costuma aceitar na doutrina majoritária.[147] Algum autor que termine aceitando esta opinião entende que a mesma "reforça os princípios hipotecários e debilita a segurança do tráfego ao fazer exceção do art. 34, LH", mesmo que justifique que essas recompras "supõem uma limitação legal, ou seja, uma das delimitações que especificam o conteúdo ordinário ou natural do domínio das propriedades imóveis... inscrita a propriedade, já constam do próprio Registro suas limitações naturais".[148]

Qual é, dessa maneira, o critério adotado quanto à preferência de compra e recompra urbanística por nosso sistema? A resposta não é fácil. Como tantas vezes nesta matéria, as normas que se referem ao tema o fazem com grande imprecisão, pelo que não consegue impor na doutrina uma explicação clara e convincente. Está prevista a remissão obrigatória ao Registro, por parte da Administração competente, das zonas afetadas por esses direitos de aquisição preferente, e inclusive o acesso ao Registro mediante nota marginal da existência sobre cada propriedade desses direitos de aquisição. Porém não se explica qual é o alcance deste assento registral, o que motiva a diversidade de opiniões na doutrina. Para parte da doutrina, a remissão ao Registro da Propriedade da zona afetada tem como finalidade "lograr a efetividade da proibição do acesso ao Registro das transmissões nas que não houvesse sido cumprido o requisito de notificação a efeitos do direito de preferência de compra".[149] Porém advirta-se que a efetividade não depende da publicidade no Registro, mas sim da remissão ao Registro, o que é muito diferente, pois inclusive as NCRH (art. 83) referem-se a ambos momentos de forma separada. Para outros autores, as notas somente têm eficácia de publicidade notícia pura.[150]

Para nós, aceitar esta última opinião não implicaria separar-se dos princípios hipotecários, porque, como explicamos anteriormente, nem todos os diferentes tipos de nota marginal produzem efeitos publicitários substantivos; se se aceita que estas notas somente têm eficácia de publicidade noticia pura, teríamos de qualificá-las como notas que relacionam o Registro com disposições a ele externas.

Não obstante a matéria à qual se referem estas notas e as garantias procedimentais que a delimitação de uma área de preferência de compra e recompra devem cumprir, talvez fosse bom fazer algumas especificações. É necessário levar

(147) Cfr. As referências a essa doutrina em Gordillo Cañas. *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...*, cit., p. 514-515, nota 262.

(148) Assim Peña Bernaldo de Quirós. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, cit., p. 743. Os grifos são do autor.

(149) Assim González Pérez. *Comentarios a Ley del Suelo*, 1993, p. 2.232.

(150) Assim Arnáiz Eguren. *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., p. 625. Também García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 1.037, nota 263: "os direitos de preferência de compra e de recompra impõem-se aos particulares, em todo caso, exista ou não a nota marginal".

em conta que as áreas de preferência de compra e recompra podem ser delimitadas, segundo o art. 83, das NCRH, quer no planejamento, quer em um expediente tramitado especialmente para esse efeito.[151] No segundo caso, mas não assim no primeiro, resulta dificilmente sustentável que possa vincular a terceiros o resultado de um expediente que, por definição, não terá natureza normativa.[152] O TR de 1992 era muito cauteloso nesta matéria e exigia sempre que a notificação pessoal a cada um dos afetados se houvesse delimitação de uma área de preferência de compra e recompra, inclusive no primeiro caso. Dessa maneira, não seria uma medida muito onerosa para os interesses gerais nem para a própria Administração, contar também com a publicidade registral como meio de fazer extensivo aos terceiros adquirentes o conhecimento da tramitação do expediente e sua definitiva aprovação.

f) Nota marginal sobre inclusão de uma propriedade no Registro Administrativo de Áreas e Terrenos sem urbanizar e nota marginal acreditadora da declaração em venda forçada. Ambas as notas estão vinculadas a determinados procedimentos administrativos seguidos contra os titulares das propriedades imóveis que incorram em condutas contrárias a seus deveres legais como tais proprietários e que poderão dar lugar inclusive à venda forçada da propriedade.[153] São notas que produzem efeitos publicitários frente a terceiros, quanto à existência do procedimento administrativo. Esse efeito torna possível opor aos adquirentes de boa-fé os resultados dos diferentes procedimentos administrativos tratados, o que seria impossível se não existe a nota ou, não foi seguido dito procedimento pelo o titular registral. Tal efeito pode ser visto com toda clareza no art. 90, das NCRH, e é conclusão geralmente aceita pela doutrina.

(151) Esta dupla possibilidade é a que era reconhecida no TR de 1992, hoje não vigente, e na atualidade em algumas comunidades autônomas espanholas.

(152) De fato, o critério mais comumente aceito em matéria de publicidade dos direitos de aquisição de origem legal se entende admissível quando ditos direitos se "integram no estatuto especial e objetivo de determinados bens; não, em troca, quando devam entrar em ação não em virtude do bem que por elas é alcançado, mas sim por encontrar-se este em circunstâncias cuja verificação fática escapa em absoluto à publicidade da lei". Nesses últimos casos, para a eficácia frente a adquirentes de boa-fé, parece necessário que o Registro da Propriedade proporcione alguma forma de notícia: assim em Gordillo Cañas. *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral*, cit., p. 502-503, o compromisso refere-se às proibições legais de dispor, mas o autor refere-se a essa mesma opinião quando trata os direitos de aquisição: p. 514-515, nota 262.

(153) Cfr. Sobre essa matéria, García García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, V, cit., p. 657 et seq.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.3

OS EFEITOS SUBSTANTIVOS DA INSCRIÇÃO E O PAPEL DO REGISTRO NA PROTEÇÃO DO TRÁFEGO JURÍDICO IMOBILIÁRIO *

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA**

SUMÁRIO: 1. A título de introdução – 2. Eficácia de oponibilidade – 3. Eficácia legitimatória – 4. Eficácia de fé pública registral.

1. A título de introdução

É valor entendido que todo sistema ideal de transferência de direitos de propriedade deve assegurar em favor do adquirente sua efetiva transmissão e plena proteção, baseado em um sinal objetivo de publicidade.[1]

A ausência ou a existência de um sistema de transferência de direitos de propriedade imperfeito supõe um risco potencial de dupla venda, com a circunstância agravante de ser preferido um segundo adquirente que faz a publicidade de seu direito através do Registro – constituindo-se em "terceiro registral"[2] –,

(*) XVII Encontro do Comitê Latino-Americano de Consulta Registral, Morelia, Michoacan, México, mar. 2003. Tema I: "Os efeitos registrais". Trad. de Francisco Tost.

(**) A Francisco Corral Dueñas, *in memoriam*.

(1) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. "La teoría de la publicidad registral y su evolución" (discurso lido em 30.11.1998 em sua recepção pública como acadêmico de número e contestação de Luis Diez Picazo e Ponce de León). Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998. O autor, referindo-se aos direitos reais, destaca que "a absolutividade ou eficácia *erga omnes* destes direitos justifica a necessidade de sua publicidade como meio técnico para conseguir essa eficácia oponível", p. 27.

(2) GARCÍA GARCÍA, José M. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, t. I, p. 53. Segundo o autor, terceiro registral é "aquele titular registral adquirente de um direito ou situação jurídica em uma relação jurídica inscrita, contemplado fora de sua condição de parte, com relação a outra relação jurídica com a que tem uma conexão transversal ou linear, e que não pode ser afetado ou prejudicado por essa outra relação jurídica não inscrita, nem pelos vícios ou defeitos dessa dita relação, que não constem explicitamente no Registro".

com a subseqüente perda do direito de propriedade do primeiro adquirente (*verus dominus*).

É verdade que em nosso meio – como acontece em muitos países de tradição romano-germânica –, o direito de propriedade imobiliária se transmite de maneira "consensual",[3] entretanto, isso não garante ao adquirente a plena oponibilidade de seus direitos e a eliminação absoluta da possibilidade de sua perda ulterior, ao não disporem os terceiros de mecanismos para conhecer e respeitar a nova situação jurídica produzida, gerando-se assim "clandestinidade" e incerteza social com relação à titularidade dos direitos reais.

No caso de "incerteza social" com relação às titularidades dos direitos, o Registro deverá ser chamado para defini-las e eliminar assim qualquer "risco derivado"; ou seja, frente ao problema da sistemática colisão de direitos existentes, o direito registral deverá resolver este caos mediante sua intervenção, estabelecendo de maneira objetiva e imparcial a ordem dos direitos ou títulos que coincidem, conferindo-lhes "categoria" ("assento de apresentação").

Um conceito-chave neste sentido é o de "prioridade" (*prior in tempore, potior in iure*: primeiro no tempo, poderoso no direito); ou seja, o ordenamento jurídico protegerá aquele direito que primeiro se publicita através do Registro, conferindo-lhe plena oponibilidade frente aos demais.

Nessa ordem de idéias, torna-se imprescindível a "publicidade" dos direitos de propriedade através do registro,[4] constituindo o mesmo a melhor prova de propriedade, sem que isso o converta em constitutivo de direitos.[5]

Um sistema registral com fortes "efeitos substantivos" será um fator importante (não único) para a consolidação de um mercado imobiliário sólido com segurança e fluidez nas transações, ao eliminar a incerteza derivada dos possíveis conflitos ou colisões de direitos no âmbito privado.[6]

Em que consistem os denominados "efeitos substantivos das inscrições"?, efeitos que – entre outros –, permitem legitimar ao novo "titular registral" (adquirente) "todos os efeitos" ao presumir-se a exatidão e integridade de seu direito,

(3) Art. 949 do CC do Peru: "A única obrigação de alienar um imóvel determinado faz do credor seu proprietário, salvo disposição legal diferente ou pacto em contrário". [O autor refere-se ao Direito civil peruano, distinto, neste aspecto, do brasileiro (nota do editor).]

(4) Vide DELGADO SCHEELJE, Alvaro. "La publicidad jurídica registral en el Perú: eficacia material y principios registrales". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario – RCDI* 650/111, año LXXV, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, jan.-fev. 1998.

(5) Vide ARIAS-SCHREIBER, Max y Carlos, CARDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil de 1984*. (Colab. Alvaro Delgado Scheelje). Lima: Gaceta Jurídica, 2001. t. X: "Registros públicos".

(6) Vide GONZALES LOLI, Jorge. "Seguridad jurídica y registros inmobiliarios: un enfoque desde el análisis económico del derecho". *Notarius*. Lima: Colegio de Notarios de Lima, 2001.

que o protege inclusive frente a supostos excepcionais de carência de faculdade dispositiva de seu transferente ou que se prefira ao segundo adquirente que consentiu o registro, contra o "proprietário" que adquiriu primeiro porém que mantém seu direito na "clandestinidade".

Com o intuito de dar algumas respostas a estas questões e continuando um caminho iniciado anteriormente, procederemos com a revisão – desde seus aspectos doutrinais e legais –, dos três principais efeitos derivados da inscrição que, em nossa opinião, traduzem o conceito de "efeitos benéficos das inscrições" em favor do tráfico jurídico imobiliário: "eficácia de oponibilidade" (art. 2.022 do CC), "eficácia de legitimação" (art. 2.013 do CC), "eficácia de fé pública registral" (art. 2.014 do CC).

2. Eficácia de oponibilidade

Art. 2.022 do CC: "Para opor direitos reais sobre imóveis aos que também têm direitos reais sobre os mesmos, é preciso que o direito que se opõe esteja inscrito com anterioridade ao daquele a quem se opõe.

Se se tratar de direitos de diferente natureza, aplicam-se as disposições do direito comum".

A "oponibilidade" ("publicidade efeito", segundo José María Chico Ortiz) é o efeito natural primeiro de toda inscrição nos "registros de segurança jurídica" (em contraposição aos "registros de informação administrativa"); ou seja, uma vez inscrito o direito, em virtude do art. 2.012 do CC,[7] considera-se que todos conhecem o conteúdo dos assentos, não se podendo alegar o contrário em forma nenhuma, pelo qual os dados registrais lhes são plenamente oponíveis; o art. 2.022 do CC, além de enfatizar o princípio de prioridade, define titularidades.

Em contrapartida à oponibilidade do inscrito, o titular registral goza de um privilégio adicional e não se lhe pode opor atos não inscritos, ou seja, existe a figura da "inoponibilidade do não inscrito", cujas amplitudes veremos a seguir.

No direito comparado, refere-se ao "princípio de inoponibilidade do não inscrito" no campo dos direitos reais. García García define este princípio como aquele "em virtude do qual os títulos de domínio ou de direitos reais não inscritos nem anotados no Registro não afetam nem prejudicam ao terceiro que tenha inscrito seu direito no Registro".

A "oponibilidade" não é simétrica à "inoponibilidade"; primeiro porque seu âmbito de aplicação não é o mesmo; assim, tudo o que aparece inscrito é oponível a terceiros, mas nem tudo o que não aparece inscrito é inoponível (por exemplo, o domínio não inscrito, mas de data anterior é oponível ao embargante); segundo, porque os sujeitos passivos são diferentes, o inscrito é oponível a todos, o

(7) Art. 2.012 do CC: "Presume-se, sem se admitir prova do contrário, que toda pessoa tem conhecimento do conteúdo das inscrições".

não inscrito é inoponível unicamente ao terceiro registral (hipotecário), ou seja, ao que inscreve seu direito.[8]

Diferentemente do princípio de fé pública registral, no princípio de "inoponibilidade do não inscrito", parte-se do suposto de "confluência ou colisão de direitos" com respeito ao mesmo bem ("conexão transversal"), onde o sistema registral, em consideração à eficácia da publicidade registral, opta pela proteção do terceiro que inscreve primeiro, com relação ao qual as demais vendas resultarão "ineficazes"; em um sentido operacional, a inscrição "reforça" o "modo" aquisitivo do adquirente; desde sua perspectiva, tal inscrição adquire conotações próprias dos sistemas constitutivos ao permitir-lhe confrontar seu direito de uma maneira plena e absoluta, daí a afirmação de que nestes casos o registro é "constitutivo com relação aos terceiros" em matéria de direitos de propriedade, como exceção à regra geral do consensualismo.[9] Assim, fala-se de uma "inscrição conformadora" ou "quase-constitutiva", em virtude da qual o registro se constitui em uma sorte de "modo" especial de aquisição de caráter absoluto.

Em nosso ordenamento civil, de acordo com o art. 2.022 do CC e conforme o art. 1.539 do mesmo corpo legal,[10] aceita-se a "compra e venda de bem alheio", facultando-se ao segundo adquirente, no caso de haver desconhecimento da situação do bem, a rescindir o contrato.[11]

Consideramos que não somente se deveria proteger os titulares de direitos "reais" ("Para opor direitos reais sobre imóveis..."), mas também que tal proteção se estendesse a todo tipo de direitos inscritíveis, incluídos os denominados direitos "pessoais" ou "de crédito".

Do contrário, continuaremos sendo testemunhas de situações contraditórias – conforme se aprecia da inumerável jurisprudência existente – como, por exemplo, o de um embargante, que apesar de haver anotado devidamente sua medida cautelar no registro, vê-se prejudicado pela existência de um proprietário clandestino que inscreve seu direito com posteridade, o mesmo que é "preferido"

(8) Vide PAU PEDRÓN, Antonio. "Esbozo de una teoría general de la oponibilidad". (discurso lido no dia 15.01.2001 em sua recepção pública como acadêmico de número e contestação de Sebastián Martín-Retortillo Baquer). Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.

(9) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*. 2. ed. (Colaboradores Carlos Cárdenas; Angela Arias-Schreiber e Elvira Martínez). Lima: Gaceta Jurídica, 1998. t. IV: "Derechos reales", p. 299.

(10) Art. 1.539 do CC: "A compra e venda de um bem alheio é rescindível à solicitação do comprador, salvo que houvesse sabido que não pertencia ao vendedor ou quando este adquirir o bem, antes da citação com a demanda".

(11) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*. (Colaboradores Carlos Cárdenas; Angela Arias-Schreiber e Elvira Martínez). Lima: Gaceta Jurídica, 1996. t. II: "Compraventa, permuta, suministro, donación, mutuo, arrendamiento", p. 53.

pelo ordenamento; situação baseada em uma lógica "circular" que outorga primazia a um direito qualificado pelo próprio legislador como "real" frente a um direito por sua vez qualificado como "não real"; premiando-se assim na prática a falta de diligência de publicidade dos direitos.

Tratando-se de bens não matriculados o conflito de direitos deveria ser resolvido, sem importar a natureza ou categoria dos direitos controversos, mediante a aplicação do principio de prioridade registral (art. 2.016 do CC),[12] de modo tal que a oponibilidade de um direito derive dos mecanismos objetivos de sua publicidade, antes que de sua denominação legal de "real" ou "pessoal".

Finalmente, deve-se advertir que o ordenamento não determina o que acontece com relação aos direitos que recaem sobre bens imóveis não inscritos. Acreditamos que, para efeito de determinar a titularidade e a oponibilidade dos direitos, deveriam ser aplicadas adicionalmente as regras de comparecimento de credores com relação aos bens móveis do art. 1.136 do CC;[13] entretanto, isso não deflui deste dispositivo. Além do mais, o art. 912 do mesmo corpo legal[14] somente estabelece a presunção de que o possuidor é "proprietário", presunção de caráter *iuris tantum* que pode enervar-se em qualquer momento, subsistindo o problema.

3. Eficácia legitimatória

Art. 2.013 do CC:

"O conteúdo da inscrição presume-se certo e produz todos seus efeitos, enquanto não se retificar ou se declarar judicialmente sua invalidez."

Como efeito imediato e direto da qualificação registral,[15] o ordenamento jurídico reconhece fortes efeitos em favor da inscrição realizada, tal como a eficácia legitimatória, em virtude da qual se presume que o assento registral é "exa-

(12) Art. 2.016 do CC: "A prioridade no tempo da inscrição determina a preferência dos direitos que outorga o registro".

(13) Art. 1.136 do CC: "Se o bem certo que deve ser entregue é móvel e o reclamarem diversos credores a quem o mesmo devedor houvesse se obrigado a entregá-lo, será preferido o credor de boa-fé a quem o devedor fez tradição dele, ainda que seu título seja de data posterior. Se o devedor não fez tradição do bem, será preferido o credor cujo título for de data anterior; prevalecendo, neste último caso, o título que conste de documento de data certa mais antiga".

(14) Art. 912 do CC: "El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito".

(15) Vide DELGADO SCHEELJE, Alvaro. "La calificación registral. Los principios de legalidad y causalidad en la calificación registral (reconducción del principio de legalidad hacia la causa eficiente de la inscripción)". *Notarius*. Lima: Colegio de Notarios de Lima, 2001.

to" e "íntegro". Este princípio é também conhecido como de "credibilidade geral do assento", segundo o qual o assento produz todos seus efeitos enquanto não for declarado inexato ou inválido; seu fundamento é essencialmente "facilitar a vida jurídica mediante a presunção de que toda aparência de direito implica a existência do mesmo" (Esturillo).

O art. 38 da Lei Hipotecária espanhola em seu § 1.º destaca: "Para todos os efeitos legais se presumirá que os direitos reais inscritos no Registro existem e pertencem a seu titular na forma determinada pelo assento respectivo. De igual modo se presumirá que quem tenha inscrito o domínio dos imóveis ou direitos reais tem a posse dos mesmos".

Os efeitos substantivos da inscrição compreenderão – no caso espanhol –, a presunção de existência do direito inscrito na forma determinada pelo assento (com a extensão, limitações e condições que figurarem no mesmo); tal presunção atua "para todos os efeitos legais", ou seja, em todos os campos; além disso, tais efeitos se vinculam à presunção de "pertinência" do direito inscrito, à presunção de posse e que tal posse é qualificada aos efeitos da prescrição aquisitiva.

Existe certa uniformidade no ordenamento jurídico nacional com relação ao tratamento da eficácia legitimatória das inscrições; assim, além do Código Civil, temos o art. VII do Título Preliminar do "Regulamento Geral dos Registros Públicos" (RGRP), o art. 3 da "Lei de Criação do Sistema Nacional dos Registros Públicos e da Superintendência Nacional dos Registros Públicos", Lei 26366, que estabelece como garantias do Sistema Nacional dos Registros Públicos: "(...). b) a intangibilidade do conteúdo dos assentos registrais, salvo título modificatório ou sentença judicial transitada em julgado" e o art. VII do Regulamento de Inscrições do Registro Predial Urbano, D.S.001-90-VC 18.01.1990, (RRPU), o mesmo que agrega em seu segundo parágrafo: "Nenhuma inscrição poderá ser retificada ou invalidada por resolução administrativa".

No "âmbito temporal" a eficácia legitimatória do assento, tanto ativa como passivamente, conforme o art. 2.013 do CC, subsiste "enquanto" não se declarar judicialmente a invalidez (e se inscreva) ou se retifique conforme os procedimentos estabelecidos nos Regulamentos. Da mesma forma, quanto ao "campo de aplicação", deve-se dizer que ainda que a norma não tenha sido expressada neste sentido, deve-se entender que tal princípio se aplica "a todos os efeitos", em todos os campos no que a publicidade registral deva ser oposta aos terceiros.

O assento registral, meio de prova especial da propriedade e dos outros direitos reais, faz que ao titular registral lhe seja suficiente a apresentação da certificação registral que certifique a existência e vigência do assento que dá publicidade de seu direito para ser tido como tal. Visto desde outro ângulo, quem negar a "exatidão" do registro deverá assumir o ônus da prova, sendo que o titular registral goza de proteção geral, estando então liberado do *onus probandi*.

Deve-se advertir que, ao estabelecer o princípio de legitimação, somente uma presunção a favor do assento, o mesmo pode decair, pelo que não se

configura uma situação de "inatacabilidade absoluta da situação proclamada pelo Registro";[16] neste sentido, a doutrina fala de "falta de eficácia convalidante das inscrições".

Nessa linha, o art. 46 do RGRP assinala em seu último parágrafo que "(...) A inscrição não convalida os atos que forem nulos ou anuláveis com ajuste às disposições vigentes". Dispositivo que entendemos se inspira no art. 33 da Lei Hipotecária ("a inscrição não convalida os atos ou contratos que forem nulos com ajuste às leis").[17]

O direito comum assinala que a nulidade de um ato ou contrato não produz efeito jurídico algum (*quod nullum est, effectum produxit*); desta forma, a nulidade de um ato gera o efeito natural de "tracionamento" sobre os atos derivados ao estarem esses vinculados entre si. Entretanto, no âmbito registral, a situação é distinta, já que a inscrição ou anotação de um ato ou contrato "inválido" pode produzir certos "efeitos", enquanto não se elimine a "inexatidão registral", via retificação ou declaração judicial de invalidez.

No âmbito nacional, conforme se adverte do art. 2.013 do CC, existem principalmente dois mecanismos previstos pelo sistema para eliminar as "inexatidões registrais": a retificação do assento em sede registral ou a declaração de invalidez (nulidade) em sede judicial; dado o pouco desenvolvimento que mereceu o segundo ponto, concentraremos nossa atenção no mesmo, desde um enfoque registral e em especial no conceito de nulidade de assentos.

A invalidez é uma qualificação do estado do ato que opera "de pleno direito" sem necessidade de ação ou declaração judicial de nulidade; entretanto, enquanto não se estabelecer judicialmente sua nulidade, o "ato inválido" pode passar como válido na medida em que o vício não for manifesto e tiver o ato todos seus elementos estruturais necessários de acordo com sua espécie e tipo. A declaração de nulidade vem *a posteriori* e com retroatividade para destruir as aparências.[18]

As causais de nulidade, segundo o art. 219 do CC, são as seguintes: "1. Falta de manifestação de vontade. 2. Quando houver sido praticado por pessoa absolutamente incapaz, salvo o disposto no art. 1.358. 3. Quando seu objeto é física ou juridicamente impossível ou quando for indeterminável. 4. Quando seu fim for ilícito. 5. Quando careça de simulação absoluta. 6. Quando não revista a forma prescrita sob sanção de nulidade. 7. Quando a lei o declara nulo. 8. No caso do art. V do Título Preliminar, salvo que a lei estabeleça sanção". Neste

(16) DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1995. vol. III: "Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión", p. 432.

(17) "La inscripción no 'purifica' ni 'transforma' los derechos inscritos (CHICO Y BONILLA) ni 'tiene la virtud taumatúrgica de hacer válido lo que es nulo'" (DIEZ PICAZO).

(18) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Editorial Jurídica Grijley EIRL, 1994. p. 530.

sentido, a nulidade viria a ser "aquela sanção civil que consiste em privar de efeitos jurídicos ao negócio inadequadamente conformado, ou para proteger deles as partes intervenientes do negócio, aos terceiros e à sociedade em geral quando estes efeitos constituem atentados contra os interesses daqueles a quem a lei protege".[19]

Em nível de Regulamento Geral dos Registros Públicos, além de haver sido regulada a eficácia legitimatória das inscrições no item VII de seu Título Preliminar, existem outros dispositivos que se referem ao mesmo e que passaremos a revisar.

Um grande problema que não se pôde resolver de maneira definitiva sob a normatividade anterior era o que planejavam os assentos "apócrifos", ou seja, aqueles assentos lavrados apesar da inexistência de título sustentatório ou fora de um procedimento registral regular, por diferentes causas.

Considerando que tais "assentos apócrifos" não derivavam de um "procedimento registral ordinário", opinávamos, em trabalho anterior, que não deveriam se equiparar em seu tratamento àqueles assentos que se originam em um procedimento ordinário – e que após a qualificação registral (art. 2.011 do CC) se procediam na partida registral; razão pela qual, não deveriam tais assentos "apócrifos" gozar dos efeitos benéficos das inscrições. Ou seja, opinávamos que a *ratio legis* dos arts. 2.011 e 2.013 do CC levava a concluir que a "legitimação" somente correspondia aos assentos regularmente procedidos.

Nessa ordem de idéias, os assentos "apócrifos" deveriam ficar sem efeito em sede registral (com prévia investigação e emissão dos relatórios sustentatórios respectivos), sem necessidade de acudir ao Poder Judiciário; já que o contrário, ou seja, reconhecer-lhes algum "efeito legitimatório" poderia significar em muitos casos fazer irreversível o dano ao titular registral prejudicado por tal inscrição, situação indesejável que atenta contra os altos fins do Registro.

O novo Regulamento Geral dos Registros Públicos tem sido do mesmo temperamento, tal como se aprecia em seu art. 95 que assinala "também se cancelarão de ofício ou a petição de parte, os assentos de inscrição ou de anotação preventiva quando contenham atos que não constem nos títulos consignados como sustento dos mesmos ou quando tenham sido procedidos sem estar compreendidos na rogatória de inscrição" e o art. 96, "as inscrições e anotações preventivas, poderão ser canceladas, de ofício ou a petição de parte, em mérito à resolução expedida pela chefia da repartição registral respectiva, prévia investigação do órgão competente, quando se comprove a inexistência do assento de apresentação do título que as deveria sustentar ou a denegatória de inscrição do título correspondente".

Finalmente, o art. 107 do referido Regulamento indica que "quem tiver legítimo interesse e cujo direito tenha sido lesado por uma inscrição nula ou anulá-

(19) Idem, ibidem, p. 526.

vel, poderá solicitar judicialmente a declaração de invalidez de tal inscrição e, em cada caso, pedir o cancelamento do assento em mérito à resolução judicial que declare a invalidez. A declaração de invalidez das inscrições somente pode ser ordenada pelo órgão jurisdicional".

4. Eficácia de fé pública registral

Art. 2.014 do CC: "O terceiro que de boa-fé adquire a título oneroso algum direito de pessoa que no registro aparece com faculdades para outorgá-lo, mantém sua aquisição uma vez inscrito seu direito, ainda que depois se anule, rescinda ou resolva o do outorgante por virtude de causas que não constem nos registros públicos.

A boa-fé do terceiro se presume enquanto não se prove que conhecia a inexatidão do registro".

Este princípio pode ser definido como "aquele (...) em virtude do qual o terceiro que adquire com base na legitimação dispositiva do titular registral é mantido na aquisição *a non domino* que realiza, uma vez que tenha inscrito seu direito, com os demais requisitos exigidos pela lei".[20] Segundo Antonio Pau Pedrón, este princípio "designa o efeito aquisitivo inatacável que pode produzir a inscrição em benefício do terceiro",[21] ou seja, supre a falta de poder dispositivo do transmitente; da mesma forma, brinda "plena proteção ao terceiro que reúne os requisitos estabelecidos pela lei, com relação ao qual a presunção de existência, pertença e alcance dos direitos inscritos, converte-se em presunção *iuris et de iure*", como sustenta Antonio Manzano Solano.[22]

Mediante este princípio registral, busca-se a plena proteção daquele terceiro que contrata amparado na fé do registro e reúne determinados requisitos estabelecidos pela lei frente a possíveis "vícios" que afetem o direito de seu transferente e que não constem no registro nem exista forma de conhecê-los normalmente. Esta opção legislativa, que sacrifica o direito subjetivo do *verus dominus* em favor do adquirente, busca em última instância proteger o tráfico jurídico, ao romper a "cadeia de nulidades".

Na Espanha, o art. 34 da Lei Hipotecária[23] consagra este princípio, cuja doutrina tem servido de inspiração a muitos ordenamentos ibero-americanos como

(20) GARCÍA GARCÍA, José M., op. cit., t. II, p. 227.

(21) PAU PEDRON, Antonio. *Curso de práctica registral*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas (UPCO), 1995. p. 86.

(22) MANZANO SOLANO, Antonio. *Derecho registral inmobiliario (para iniciación y uso de universitarios)*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1991. vol. I, p. 26.

(23) Art. 34 da Lei Hipotecária (Espanha): "O terceiro que de boa-fé adquira a título oneroso algum direito de pessoa que no registro apareça com faculdades para transmi-

o nosso. No Peru, além do art. 2.014 do CC, existem outras normas de classe distinta que regulam o tema. Segundo a "Exposição de Motivos Oficial do Livro IX do Código Civil" ("Exposição de Motivos"), este princípio é considerado em todo sistema registral "a medula central de sua estrutura e a expressão mais clara do escopo da proteção que o registro brinda ao tráfego patrimonial".[24]

Este princípio somente assegura ao terceiro a existência e extensão dos direitos reais inscritos; ou seja, não se refere a dados materiais ou de fato; ao menos, não de maneira categórica como ocorre com os primeiros.

A eficácia de fé pública registral parte de um suposto de "conexão linear" de relações jurídicas, como ocorre com duas compras e vendas que se celebram e se inscrevem de maneira sucessiva: "A" (titular registral) vende a "B" e em seguida "B" a "C", sendo que este último ficará protegido, pela confiança que deposita na publicidade e o cumprimento de determinados requisitos, frente a supostos patológicos "extra-registrais" (vícios) que lhe pudessem prejudicar pelo "efeito de tração".

A aquisição do terceiro deriva em essência de um não proprietário (aquisição a *non domino*). Existe controvérsia na doutrina com respeito à natureza do título aquisitivo do terceiro; entretanto, a posição à qual aderimos é a que reconhece que se trata de uma aquisição *ex lege* (por mandato da lei, sustentada em razões de segurança jurídica e confiança na aparência registral) e *inscriptionis causa* (a inscrição, conjuntamente com os demais requisitos, sustenta o direito adquirido).

García García sustenta que a proteção do terceiro adquirente se baseia, além da força da publicidade registral de sua aquisição, em certas bases que denomina "idéias-força", tais como a confiança na aparência registral, a ineficácia do negocio jurídico precedente ao do terceiro, consistente na nulidade e na resolução de efeitos reais, a inexatidão registral e a aquisição a *non domino*, aspectos que desenvolveremos ao nos referir aos requisitos.[25]

Em nível nacional, mediante Lei 26.366 (1994), criou-se no nosso país o "Sistema Nacional dos Registros Públicos", estabelecendo-se como uma de suas garantias "a segurança jurídica dos direitos de quem se ampara na fé do registro" (inciso *d*, art. 3).

O art. 1.052 do CC de 1936, antecedente imediato, estabelecia que "os atos que se executem ou os contratos que se outorguem por pessoa que no registro

ti-lo, será mantido em sua aquisição, uma vez que haja inscrito seu direito, ainda que depois se anule ou resolva o do outorgante em virtude de causas que não constem no mesmo registro. A boa-fé do terceiro se presume sempre, enquanto não se prove que conhecia a inexatidão do registro. Os adquirentes a título gratuito não gozarão de mais proteção registral que a que tiver seu causante ou transferente".

(24) "Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984. Libro de Registros Públicos". Separata Especial, Diario Oficial *El Peruano*, jul. 1989. p. 7.

(25) GARCÍA GARCÍA, José M., op. cit., t. II, p. 230.

apareça com direito para tanto, uma vez inscritos não se invalidarão em relação aos que com ela houvessem contratado por título oneroso, ainda que se anule o direito do outorgante em virtude de título anterior não inscrito ou de causas que não sejam claramente do mesmo registro", artigo que se localizava no livro correspondente aos direitos reais. Segundo a "Exposição de Motivos", as mudanças produzidas no tratamento legal no Código Civil de 1984 foram consideráveis.

Uma primeira observação que poderia ser feita é que o art. 2.014 do CC está configurado para ser aplicado nos Registros de bens em geral; entretanto, conforme o art. 2.009 do CC[26] e por sua localização ("Disposições Gerais") tem que ser aplicado a todos os Registros existentes, incluindo os Registros de Pessoas Jurídicas, apesar de sua natureza diferente.

Com relação aos requisitos exigidos pelo art. 2.014 do CC para proteger o direito do "terceiro registral", para efeitos didáticos e sem desconhecer sua complexidade, dividiremos o tema nos seguintes aspectos:

A) "Deve tratar-se de uma aquisição derivada de titular registral, que no registro aparece com faculdades dispositivas":

O que quer dizer que a aquisição, em princípio, deveria materializar-se em um ato jurídico dispositivo. Tratando-se de documentos judiciais, este princípio não se torna aplicável quando os mesmos constituem "títulos de aquisição" (declaração de propriedade, auto de adjudicação derivado de arrematação), quando a sentença gere um contrato (demanda de outorga de Escritura Pública, onde o Juiz a outorga à revelia do demandado).

É exigida, mesmo assim, a prévia "inscrição" do direito do transferente ("titular registral"), sendo que suas faculdades dispositivas devem estar legitimadas registralmente.

B) "Há de existir inexatidão registral não conhecível pelo terceiro adquirente que afete o direito do titular registral transferente por causais de invalidez, ineficácia ou falsidade."

Trata-se de um problema de publicidade registral, a mesma que se vê afetada pela existência de "inexatidão registral"; ou seja, as patologias existentes que afetam o direito do transferente não aparecem refletidas no registro (nulidade, rescisão etc.), pelo que não é possível que o terceiro adquirente possa conhecê-las.

Até onde deve se estender o campo da investigação das possíveis "inexatidões registrales"? Diferentemente do que ocorre em outras legislações – onde o Registro da Propriedade Imóvel é autônomo e não se "arquivam" os títulos que

(26) Art. 2.009 do CC: "Os registros públicos se sujeitam ao disposto neste Código, a suas leis e regulamentos especiais. Ficam compreendidos no parágrafo anterior os registros de naves, aeronaves, de implemento agrícola e os demais regulados por leis especiais".

deram mérito à inscrição e conseqüentemente o estudo se deve fazer somente na partida registral; em nosso caso o art. 2.014 do CC exige, de maneira genérica, que os vícios que afetem o direito do transmitente "não constem nos registros públicos", o que tem gerado que o poder judicial[27] – como um grande setor jurídico –, assuma que "os títulos de domínio (sejam) um complemento ou uma prolongação dos assentos do registro" e que os assentos se realizem somente como um "resumo" dos títulos; ou seja, nesta matéria, em nosso meio, tem-se optado por um critério amplo da "publicidade".[28]

Sem desconhecer que nosso sistema de transmissões patrimoniais seja "causalista" (não "abstrato" como o alemão), a efeitos da proteção dos terceiros registrais, deveria limitar-se a busca de possíveis inexatidões registrais ao assento, não ao título arquivado. Isso em atenção à rigorosa qualificação registral existente em nosso sistema (a cargo de um profissional do direito), ao assento registral, que é mais que um simples "resumo" do título, ao determinar a nova "situação jurídica" derivada; esta opção (que requer uma mudança normativa), evitaria perda de tempo e investimento no "estudo de títulos" (tarefa muitas vezes complexa, que requer especialistas). Entretanto e retificando uma opinião anterior, reconhecemos que a publicidade registral, tal como se encontra regulado o tema, estende-se aos títulos arquivados, com os problemas que isso supõe ao tráfico jurídico.

C) "O adquirente deve ter título válido e ser terceiro com respeito às relações jurídicas anteriores afetadas por alguma patologia":

Sendo que este princípio registral estabelece uma proteção extraordinária a favor do terceiro adquirente, o título que ampara seu direito deve ser válido, já que o registro não poderia convalidar nulidades (sem prejuízo da legitimação registral que ampara as inscrições, conforme o art. 2.013 do CC). O adquirente para ser protegido deve, além de ter um título válido, ser um "terceiro" com respeito à relação jurídica afeta a patologia ou vício em que participa seu transferente, do contrário seria "parte" na mesma e se veria igualmente afetado.

D) "A aquisição pelo terceiro deve ser de boa-fé":

Ou seja, o terceiro registral é protegido na medida em que tenha adquirido direitos, amparado no registro. A boa-fé envolve por sua vez dois requisitos: segurança do "poder de disposição e a ignorância de possíveis inexatidões no conteúdo do Registro" (Cano Tello), baseado em um conhecimento médio (García García). A fé na aparência registral se refere à confiança objetiva resultan-

(27) Cassação 2356-98-Lima, publicada no Diário Oficial *El Peruano* em 12.11.1999. p. 3.899. Resolução na qual se revisa o problema das abrangências da publicidade e a proteção do terceiro registral.

(28) ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. "El principio de publicidad en el derecho registral peruano (aproximaciones y perspectivas)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario – RCDI* 650/129-143, año LXXV, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, jan.-fev. 1999.

te dos dados do assento registral; sendo que a boa-fé subjetiva se presume, não requer comprovação.

A "Exposição de Motivos Oficial do Livro IX do Código Civil de 1984" assinala claramente que a boa-fé deve existir somente no adquirente (sendo indiferente no caso do transferente), que se constitui em terceiro registral; efetivamente, "a circunstância de que transferente do direito tenha boa ou má fé é absolutamente irrelevante para os efeitos de impedir ou permitir ao adquirente constituir-se em terceiro registral".[29]

E qual é o momento em que deve existir boa-fé e quanto deve durar? Alguns tratadistas destacam que a boa-fé deve dar-se simplesmente "no momento do contrato",[30] sendo irrelevante se posteriormente, porém antes de sua inscrição, conhecem da "inexatidão registral"; por sua parte e em um sentido distinto, a "Exposição de Motivos" sustenta que se bem estará presente no momento da celebração do contrato, deverá subsistir até sua inscrição, "porquanto todos os requisitos para o funcionamento do princípio (...) devem estar presentes no tempo"; "antes (da inscrição) não tem sentido referir-se à boa-fé desde que ainda não é terceiro do registro pois não tem inscrito seu direito".

E) "A aquisição pelo terceiro deve ser a título oneroso":

Alguns sustentam que esta exigência se justifica porque, caso o adquirente o seja a "título oneroso", a perda de seu direito lhe gerará um "dano econômico", diferentemente do adquirente a "título gratuito", que somente sofrerá um "lucro cessante". Outros consideram que deveria estender-se esta proteção aos adquirentes a "título gratuito", ao ser igualmente atendível seu desejo de segurança nas aquisições, já que o incremento produzido em seu patrimônio – como efeito da aquisição efetuada –, pode haver ocasionado que o mesmo assuma novas obrigações que não poderá cumprir se perde seu direito. Entretanto, a razão principal desta opção legislativa radica no caráter excepcional desta aquisição a *non domino* incorporado por este princípio registral; sendo que o legislador, com intenção de proporcionar proteção, exige adicionalmente um sacrifício econômico no terceiro adquirente, que justifique a ruptura da regra geral da nulidade e seu efeito de tração sobre os atos ulteriores.

F) "Deve inscrever-se o ato aquisitivo do terceiro":

Trata-se de um requisito essencial. O terceiro adquirente apóia sua aquisição na inscrição de seu próprio direito (*inscriptionis causa*), somente assim poderá ser considerado um "terceiro registral" protegido por este princípio. Antes da inscrição, acreditamos, não existe um direito pleno oponível *erga omnes*. Neste sentido, não se faz exagerado sustentar que a inscrição opera aqui como um supos-

(29) "Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984. Libro de Registros Públicos". Separata Especial, Diario Oficial *El Peruano*, jul. 1989. p. 18.

(30) CANO TELLO, Celestino. *Manual de derecho hipotecario*. Madrid: Civitas, 1992. p. 303.

to de inscrição constitutiva, que justifica a aquisição realizada ainda que contrariamente ao que dita o direito comum.

De outro lado, o novo "Regulamento Geral dos Registros Públicos" estabelece no art. VIII de seu Título Preliminar que "a inexatidão dos assentos registrais por nulidade, anulação, resolução ou rescisão do ato que os origina, não prejudicará ao terceiro registral que a título oneroso e de boa-fé houvesse contratado sobre a base daqueles, sempre que as causas de dita inexatidão não constem nos assentos registrais". O que nos parece adequado e que abraça o "espírito" deste princípio; entretanto, pela classe normativa que consideramos que as mudanças ou precisões sobre o particular deveriam ser matéria de uma reforma legislativa.

Por sua vez, o novo Regulamento do Registro de Sociedades (RRS), em consideração ao fato de que o texto do art. 2.014 do CC estava pensado essencialmente para Registros de Bens, mediante seu art. IV destaca que "a inexatidão ou invalidez dos assentos de inscrição do Registro não prejudicará ao terceiro que de boa-fé houver celebrado atos jurídicos sobre a base dos mesmos, sempre que as causas de dita inexatidão ou invalidez não constarem nos assentos registrais". Apesar do positivo de sua dação, existem alguns aspectos que exigem revisão, como o fato de que se estabeleçam em nível regulamentar exceções ao "efeito de tração das nulidades" ou se exima implicitamente do requisito de "onerosidade" aos atos, aspectos estabelecidos por lei.[31]

Mediante a Lei 26394 de 18.11.1994 (modificada pela Lei 26673 de 21.10.1996), constituiu-se uma Comissão encarregada de elaborar um Anteprojeto de Lei de Reforma do Código Civil, cuja Subcomissão de Direitos Reais planejou incorporar uma nova classificação de bens "registrados" e "não registrados" (entre outras coisas). Assim, serão "bens registrados" os incorporados a algum registro de caráter jurídico; Cárdenas Quirós sustenta que "tratando-se de bens registrados, será o Registro que definirá toda questão que possa ser suscitada, de modo que na eventualidade de que alguém celebre sucessivamente diversos atos de disposição sobre um mesmo bem registrado, terá transcendência somente o ato que tiver permanecido inscrito, dado o caráter constitutivo da inscrição. Antes do Registro não haverá nada".[32]

Finalmente, soube-se da existência de um "Projeto de Lei Modificatório do Código Civil", em especial do art. 2.014, apresentado ao Congresso da República, cujo texto preliminar seria o seguinte: "O terceiro que de boa-fé adquira a título oneroso algum direito de pessoa que aparece nos assentos ou partida

(31) GONZALES LOLI, Jorge. *Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 78.

(32) CARDENAS QUIROS, Carlos. "Registros públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil de 1984)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario – RCDI* 667/1.930, año LXXVII, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, set.-out. 2001.

registral com faculdades para outorgá-lo, mantém sua aquisição uma vez inscrito seu direito, ainda que depois se anule, rescinda ou resolva o do outorgante por virtude de causas que não constem em ditos assentos ou partida. Quem adquire por prescrição um bem inscrito não pode opor sua aquisição ao terceiro referido no parágrafo anterior, salvo se o prazo da prescrição tenha iniciado depois de inscrito o ato de aquisição do terceiro. O disposto neste artigo se aplica a todos os registros de caráter jurídico". A nosso ver, estas mudanças são saudáveis e podem ser resumidas da seguinte maneira: elimina-se o elemento subjetivo da boa-fé, a mesma que será somente objetiva e derivará do assento ou partida registral, documento no qual constam publicitadas as situações jurídicas derivadas do título.[33] Entretanto, seria importante saber o que acontecerá com o valor probatório dos títulos que deram mérito ao assento registral e que continuam sendo "arquivados", caso exista um questionamento neste sentido. Da mesma forma, isso implica a modificação do sistema causalista existente em nosso ordenamento jurídico?

(33) AVENDAÑO ARANA, Francisco. "La fe pública registral: propuesta de modificación del artículo 2014". *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial* 4/45, ano 2, Lima: Palestra Editores S.R.L., mar. 2001.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.4

ALGUNS REQUISITOS PARA A VALIDADE DOS DOCUMENTOS NA *LEX VISIGOTHORUM*[1]

OLGA MARLASCA[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Requisitos de forma – 3. Requisitos de fundo – 4. Conclusões finais – Anexo – Sistemas normativos e seu ordenamento.

1. Introdução

Na época visigoda, segundo F. Dahn,[3] estende-se muito a escrituralidade continuando a prática do Baixo Império e fomentada pela necessidade de segurança jurídica. Os godos aceitaram dos romanos, entre outras muitas instituições, o empréstimo com interesse, o testamento, os impedimentos matrimoniais de parentesco e, sobretudo, o múltiplo emprego de documentos escritos na vida jurídica.[4] Todavia, Schwerin, ao referir-se ao uso dos documentos que não são originariamente germânicos, estabelece que "continua sendo problemático se os visigodos aceitam o uso de documentos escritos do grego ou do romano".[5]

Mais concretamente, quanto aos negócios jurídicos, o direito visigodo adotou a escrituralidade como sua forma preferente. Qualquer ato ou contrato (testa-

(1) *Lex Visigothorum*, ed. K. ZEUMER em *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. 1 (Hannover-Leipzig, 1902). E adiante LV.

(2) Tradução de Francisco Tost.

(3) DAHN, F. *Westgothische Studien. Entstehungsgeschichte, Privatrecht, Strafrecht, Civil, und Straf-Process und Gesamtkritik der Lex Visigothorum* (Würzburg, 1874), p. 68-69. Também, SIDONIO APOLINAR. *Epístolas*, 4,24; 6,4; 7,2.

(4) Vid. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*. Trad. esp. por Carlos CLAVERÍA (Barcelona, 1944), p. 65. A tradução da obra do autor alemão compreende os estudos publicados em *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde* 23 (1897), 419-516; 24 (1898), 39-117 e 571-639; 26 (1900), 91-149. Ficam fora os dos vol. 12 (1886), 389-400; 23 (1897), 72-112; 24 (1898). 13-121; e 27 (1901). 409. PETIT, C. *Fiadores y fianzas en derecho romano visigodo* (Sevilha, 1983), p. 168-169 onde estabelece que a prática de documentar os atos jurídicos "será recebida pelos visigodos, como tantos outros aspectos da cultura romana".

(5) SCHWERIN. "El derecho español más antiguo", *AHDE*, p. 43.

mentos, vendas, doações, empréstimos etc.) podia ser validamente realizado com ou sem escritura, sempre que mediasse a intervenção testifical, porém é comprovável uma progressiva tendência legislativa favorável à escrituralidade e restritiva da forma oral ante testemunhas.[6] Precisamente em relação à escrituralidade nos negócios jurídicos, autores como Gilbert aludem à idéia de que os germanos adotaram do direito romano a forma escrita em sua realização "porém lhe imprimiram caracteres distintos que determinaram a variedade do regime documental na Idade Média".[7]

Além disso, embora o uso do documento estenda-se a todo negócio jurídico de alguma importância,[8] em determinadas ocasiões a lei esclarece que não se trata de forma essencial para a validação do negócio (assim, em certos casos mantém-se a duplicidade de formas, isto é, com ou sem escrituras): pode-se ver LV 5,4,3, com relação à compra e venda; LV 10,1,2, que declara válida a divisão de bens feita entre irmãos, embora se tenha documentado, sempre que se possa provar por testemunhas; em LV 5,7,1 refere-se à manumissão *mortis causa*, por escrito ou de forma oral perante testemunhas. Em outras ocasiões, a lei prescreve a forma escrita como essencial (requisito *ad solemnitatem*) para a validade do negócio jurídico, assim, por exemplo, LV 5,2,7 procedente do Código de Eurico 307,[9] sobre doações *mortis causa* entre cônjuges.[10] Em ou-

(6) Assim, entre outros, BONO, J. *Historia del derecho notarial español*. La Edad Media (Madri, 1974), t. 1, p. 83.

(7) GILBERT. "Prenotariado visigótico". *Cuadernos de Historia de España* (1980), p. 12-13.

(8) DAHN. *Westgothische Studien*, p. 69. Também PETIT. "De negotiis causarum". *AHDE* 56/116 (1985).

(9) O Código de Eurico foi publicado, segundo ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 67, depois do ano 469, porém antes do 481, por volta do ano 475. Em diante CE. Tem-se transmitido elementos do CE através da *Lex Baiuvariorum*, por meio das *antiquae* contidas na *Lex Visigothorum*, além dos numerosos fragmentos contidos no Palimpsesto Parisino (Lat. 12161). Um estudo conjunto sobre o CE pode-se ver em D'ORS. *El Código de Eurico* em *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* 12 (Roma-Madri, 1960). O autor citado estabelece a data do CE em 476 d.C. e considera que o Código de Eurico é propriamente um edito e não um *codex* como pode ser o Código Teodosiano, D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 3. Segundo o autor citado (que realizou uma edição e palingenesia do texto euriciano) o Código ou Edito de Eurico, embora possua vestígios ou detalhes de costumes germânicos, está profundamente romanizado; em sua redação intervieram bons conhecedores do Direito romano – como León de Narbona –, pertencente à cultura jurídica romana existente no Sul das Gálias na segunda metade do séc. V e é, em suma, um monumento de Direito romano vulgar, ibidem, 1-12. No presente trabalho utilizei fundamentalmente o CE na edição de A. D'ORS.

(10) O CE 307 (=LV 5,2,7) estabelece como necessária nas doações entre cônjuges a intervenção de duas ou três testemunhas *ingenuii* que estejam presentes e que assinem com o doador a escritura de doação; em caso de necessidade, a vontade pode-se dispor de palavra em presença de duas ou três testemunhas. Com relação ao cará-

tros casos a forma escrita (embora não essencial) reporta vantagens processuais, assim LV 5,6,3.[11]

Nas presentes linhas referir-nos-emos a alguns requisitos (de forma e de fundo) que a *Lex Visigothorum*[12] exige para a validação dos documentos. As leis que vão ser objeto de nossa atenção encontram-se, em primeiro lugar, no Livro 2: *De negotiis causarum*, Título 5: *De scripturis valituris et infirmandis ac defunctorum voluntatibus conscribendis* (título especialmente dedicado às escrituras) e também no Livro 5: *De transactionibus*, Título 2: *De donationibus generalibus*, e no Livro citado, Título 4: *De conmutationibus et venditionibus*. No Livro 5, nas sedes citadas, a LV regula determinadas relações jurídicas (concretamente a *donatio* e a *venditio*) que puderam ser realizadas ou não em documento e a nulidade delas se interveio *vis* ou *metus*.

2. Requisitos de forma

Na LV se constituiu um título, o Título 5 do Livro 2, especialmente dedicado às escrituras.[13] Interessava regular o documento como prova do negócio – re-

ter destas doações, há que dizer que não se trata de doações entre cônjuges, mas de doações testamentárias em favor dos cônjuges. O termo *voluntas* no CE 307 e posteriormente no LV 5,2,7, alude claramente à disposição testamentária, vid. D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 307.

(11) Em matéria processual também predominava a escrituriedade, entre outras, cf. LV 2,1,13. Sobre escrituras e escribas no reino visigodo, pode-se ver BONO. *Historia*, p. 80 et seq.

(12) A *Lex Visigothorum*, também conhecida com os nomes de *Liber Iudicum* ou *Liber Iudiciorum*, é um livro destinado à prática forense e consiste em uma recopilação das leis promulgadas pelos monarcas visigodos que Recesvinto leva a cabo no ano de 654. As leis do *Liber* na forma recesvindiana que chegou até nós – embora não todas, pois há alguma exceção – vão precedidas de uma das seguintes inscrições: *Antiqua, Flavius Recaredus Rex, Flavius Sisebutus Rex, Flavius Chindasvintus Rex, Flavius Gloriosus Reccesvindus Rex.* De forma que, por um lado, reúne leis cujos autores aparecem mencionados; e de outro, leis que já estavam reunidas em livros. As leis que procedem de recopilações levam a rubrica de *antiqua*; se os redatores as corrigiram, as colocaram sob a rubrica de *antiqua emendata.* Um resumo da história da legislação visigótica de Eurico a Witiza pode-se ver em ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 64 et seq. UREÑA SMENJAUD. *La legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudo crítico (Madri, 1905), p. 45 et seq. Também IGLESIA FERREIRÓS. *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español* (Barcelona, 1992). Pode-se ver no citado autor um estudo do processo de formação da legislação visigoda, p. 203-237; um resumo da história da legislação visigoda em OSABA, E. *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum* (Madri, 1997), p. 80-86.

(13) Os títulos LV 7,5 (*De falsariis scripturarum*) e LV 7,6 (*De falsariis metallorum*), segundo D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 71, podem haver sucedido a um único título simplesmente *de falsariis*. Sobre estas matérias pode-se ver, ALEJANDRE

quisitos de datação, assinaturas e indicações... – e não tanto a prova de documentos.[14] Quanto ao que nos concerne, vamos analisar, em primeiro lugar, as disposições 1 e 2 do mencionado Título 5.

2.1 LV 2,5,1. (Chind.) (Recc.) *Quales debeant scripture valere.-Scripture, que diem et annum habuerint evidenter expressum adque secundum legis ordinem conscripte noscuntur, seu conditoris vel testium fuerint signis aut suscriptionibus roborate, omni habeantur stabiles firmitate.*

Quanto à origem da presente lei, há que dizer que se trata de uma lei de Chindasvinto (642-653), que aparece nos termos citados em edição feita por Recesvinto da *Lex Visigothorum*, e mais adiante veremos o apêndice que se acrescenta à lei na edição de Ervigio.[15] Podem distinguir-se na lei dois aspectos diferentes:[16] 1. A exigência de que se datem os documentos escritos (*dies et annus*) para sua validação. Esta exigência da disposição citada, Chindasvinto tomou-a da *antiqua* subseqüente, isto é, a LV 2,5,2 (que teremos ocasião de ver na alínea seguinte). 2. Outro tipo de exigência tem relação com a *subscriptio* do outor-

GARCIA, J. A. "Estudio histórico del delito de falsedad documental", *AHDE* 42 (1972), p. 117-187. Na relação com as moedas, LUIS Y NAVAS, J. "La España visigoda ante la falsificación de moneda (Un problema jurídico-monetal)" em *Numisma* II/5 (1952), p. 87-96.

(14) Cf. PETIT. "De negotiis causarum", p. 116.

(15) Poucos anos depois da aparição do código de Recesvinto sentiu-se a necessidade de realizar uma nova reforma. A revisão do *Liber* conclui-se na época de Ervigio (680-687) e o monarca citado o promulga no ano de 681. O sucessor de Ervigio, Égica, tentou realizar uma nova redação, porém não se tem constância de que a mesma chegara a materializar-se, embora se acrescentassem leis suas aos exemplares oficiais da LV. A partir de finais do séc. VII, juristas anônimos acrescentam à LV leis de Recesvinto que não foram levadas em conta na edição recesvindiana da citada *Lex*, além de modificações e acréscimos nos textos legais. Todas estas transformações sofridas pela edição ervigiana dão lugar ao que se conhece com o nome de redação *Vulgata* da LV e têm sido objeto de estudo por GARCIA LOPEZ, Y. *Estudios críticos y literarios de la Lex Visigothorum*, Santiago de Compostela, 1991, p. 75-475. Finalmente temos que dizer que no séc. XIII traduziu-se a LV para o castelhano com o nome de Fuero Juzgo. Afirma Zeumer que "o código começa verdadeiramente no Livro II, que leva a rubrica *De negotiis causarum* e que trata preferentemente da constituição dos tribunais e do processo. Que seja aqui onde começa verdadeiramente o código é algo que fica assinalado externamente com a invocação solene que precede o primeiro capítulo, II,I,I: *In Nomine Domini...*", *Historia da legislação*, p. 88-89; e mais adiante falando da redação ervigiana, estabelece: "A lei de publicação de Ervigio está no princípio do verdadeiro código que começa com o livro II, como II,I,I, e nos informa com frases pomposas e retóricas, sobre o objeto e significação do labor legislativo", ibidem, p. 97. DIAZ Y DIAZ, M. "La Lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación", em *AHDE* 46 (1976), p. 163-223, exclui este primeiro livro da redação originária do *Liber* considerando-o uma adição posterior.

(16) Estes aspectos são comuns com a edição ervigiana da lei.

gante do escrito ou das testemunhas. A *subscriptio*[17] tem por objeto acreditar (pelo outorgante ou pelas testemunhas) o conteúdo do documento. Por outro lado, o *signum* é mencionado com freqüência (desde CE 307)[18] junto à *subscriptio*. A *subscriptio* pressupõe alfabetismo; ao contrário, o *signum* é substitutivo de *subscriptio* para analfabetos.[19] Aqui o elemento essencial é um signo (sinal, normalmente cruz) junto ao qual outro declara em forma objetiva.

2.2 LV 2,5,1.(Erv.). Ao texto anterior da lei acrescenta-se na edição ervigiana o seguinte: *Simili quoque et ille scripture valore constabunt, quas etsi auctor suscribere egritudine obsistente non valuit, in eis tamen qui suscriptores accederent postulabit, sicque suscriptionem vel signum ad vicem illius auctoris ille, qui est rogatus, inpresserit, hoc tantum est observandum, ut si conditor talium scripturarum de hac ipsa egritudine, qua detinebatur, revaluerit, si hoc ipsud, quod in huiusmodi scripturis testavit, firmum esse voluerit, manu sua illud solita suscriptione conroboret, et sic plenam quod testare visus est obtineat firmitatem. Sin autem eundem testatorem de hac ipsa egritudine mori contigerit, testis ipse, qui ab eo rogatus accessit, iuxta aliam legem infra sex menses suscriptas a se scripturas roborare curabit.*

Apresenta-se na edição ervigiana da lei a seguinte situação: Se o outorgante não pudesse escrever em razão de enfermidade, intervinha um subscritor rogado, eleito dentre as testemunhas, que subscrevia *ad vicem auctoris*; se o outorgante recuperasse a saúde e o que testou desejasse que fosse firme, neste caso era necessário o reforço com a *subscriptio*; se o outorgante falecia, então o *subscriptor ad vicem*, no prazo de seis meses, devia cuidar de afirmar as escrituras *subscriptas a se*.

O suposto da atuação do subscriptor rogado, para o caso em que o outorgante não soubesse escrever, tem lugar em CT 8,12,1 (=LRV 8,5,1).[20] De maneira que neste caso o outorgante, estendida a carta e subscrita pelas testemunhas e o subscritor rogado, convalidava a escritura seguidamente com seu *signum*.[21]

(17) Veja-se ZEUMER, "Zum westgothischen Urkundenwesen, 1. Subscriptio und signum. 2. Die Schriftvergleichung", em *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsch Geschichtskunde* 24 (1898), formula o autor da doutrina do documento visigótico. A *subscriptio* em fontes visigodas coincide com a *subscriptio* romana do Baixo Império. Com relação às assinaturas, há que dizer que para garantir a legitimidade das mesmas o direito visigótico tomou do romano a *contropatio*, ou comparação da assinatura de um documento com a de outros.

(18) Onde se estabelece o seguinte: "Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc voluerit sua manu signo sive subscriptione confirmet...".

(19) ZEUMER, *NA*, 17.

(20) Escolhemos o seguinte: *Si vero (danator) ignorat (littera), praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso suscribat.* Esta intervenção denominava-se *accedere suscriptor ad vicem auctoris.*

(21) Assim, na Fórmula visigótica 7 lemos o seguinte: "Et quia literas ignoro, rogavi et dominum et fratrem illum, qui pro me suscriptor accessit; ego vero manu mea signum

2.3 LV 2,5,2 (*antiqua*). A lei que vamos analisar agora leva a rubrica *antiqua*. No que diz respeito a estas leis, sabemos que representam o substrato mais antigo dentro das leis que conformam a *Lex Visigothorum*.[22]

O texto da lei é o seguinte: "De pactis et placitis conscribendis. – Pacta vel placita, que per scripturam iustissime hac legitime facta sunt, dummodo in his dies vel annus sit evidenter expressus, nullatenus inmutari permitimus".

A disposição citada encontra-se situada no Livro 2 da LV que leva a rubrica *De negotiis causarum*, no Título 5: *De scripturis valituris et infirmandis ac defunctorum voluntatibus conscribendis*. A *antiqua* a que nos referimos aqui já havia pertencido ao *Codex Euricianus*[23] e isto o demonstra o fato de haver sido recolhida a citada lei na *Lex Baiuvariorum* 16,16,[24] onde se estabelecia o seguinte: "Pacta vel placita quae per scripturam quacumque facta sunt, vel per testes

feci et testibus a me rogitis bene natis viris pro firmitate traditi roborandam...". Esta fórmula representa a escritura de doação à Igreja dedicada a um mártir. O doador, entre outras coisas, estabelece que não sabe escrever, porém que firma uma testemunha a seu rogo, pondo no final um signo de sua mão. Pode-se ver a transcrição de fórmulas visigóticas em MARICHALAR Y MANRIQUE. *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho Civil de España*, II (Madri, 1861), p. 37-86. Em relação às fórmulas visigóticas há que dizer que se dá este nome a uma coleção incompleta de modelos para a redação de documentos ou escrituras públicas com o objetivo de facilitar aos que se dedicam ao ofício de notário no desempenho de sua tarefa, oferecendo-lhes modelos aos quais acomodar-se na redação dos documentos mais freqüentes.

(22) As disposições *antiquae* apresentam problemas quanto à origem e datação, não obstante, a atribuição das mesmas pode oscilar entre sua adjudicação ao CE, de finais do séc. V, ou bem à atividade legislativa de Leovigildo (569-586). Com relação a estas últimas, PETIT. *Fiadores y fianzas en derecho romano visigodo* (Sevilha, 1983), p. 120-121, dando por válida a doutrina dominante acerca da existência do *Codex Revisus* (coleção legal atribuída a Leovigildo), considera que não resulta sempre fácil estabelecer uma determinada disposição *antiqua* contida na *Lex Visigothorum* pertencente ao CR ou é anterior a Leovigildo ou ainda sendo anterior, se foi ou não modificada pelo citado rei. Sobre a problemática da existência do Código de Leovigildo e a datação das disposições *antiqua*, pode-se ver GARCIA GALLO. "Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas". *AHDE* 44/343-464, (1974).

(23) Pode-se ver UREÑA Y SMENJAUD. *La legislación*, p. 353; D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 68; ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 204.

(24) *Leges Baiuvariormum*, edição de J. MERKEL, *MGH*, LL,3 (Hanover, 1863). Trata-se da legislação bávara que se costuma datar à metade do séc. VIII e é levada em conta por Zeumer para a reconstrução da legislação de Eurico, uma vez que considera que a lei bávara havia tido o código citado como modelo e que apresentava em algumas ocasiões uma versão do Código de Eurico mais autêntica que a procedente das leis *antiquae*. Sobre isto, UREÑA. *La legislación*, p. 243 et seq. ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 28 et seq. Quanto à relação entre CE e LB, OSABA. *El adulterio uxorio*, p. 351.

denominatos III vel amplius, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, inmutare nulla ratione sinere permitimus".

Estabelece a citada lei visigoda para a validação dos documentos escritos (*pacta vel placita*)[25] a exigência de que conste com toda a clareza o dia e o ano. A procedência deste princípio é romana,[26] embora, como disse Zeumer, não existe uma lei mais antiga que estabeleça de maneira expressa que se datem os documentos e que tivesse podido servir de modelo à LV 2,5,2.

Da comparação dos dois textos da lei, quer dizer, o texto contido na LV 2,5,2 e o texto contido na *Lex Baiuvariorum* 16,16, podemos destacar alguns aspectos. Em primeiro lugar, a comparação com a versão Leovigildiana da lei revela a interpolação dos advérbios *iustissime ac legitime*, assim como provavelmente, segundo Zeumer,[27] *nullatenus* [28] em lugar da *nulla ratione*. Com relação à exigência da data, Dahn acreditava que também é acrescentada,[29] embora não haja motivo para isto, já que a exigência da mesma vem confirmada pela *Lex Baiuvariorum* 16,16, nos termos que vimos anteriormente.

Outro aspecto a levar em conta na comparação dos dois textos citados da lei tem relação com a disjuntiva – *vel dies vel annus* – do texto da *antiqua*, que não tem uma intenção especial frente à copulativa – *et dies et annus* – que se recolhe no texto da lei bávara.[30] Além disso, o texto que acabamos de citar, antepõe o requisito da data na frase *vel per testes denominatos III vel amplius*, que Zeumer considera como elemento exclusivo da *Lex Baiuvariorum*. Agora bem, não é impossível, disse D'Ors, que já a lei euriciana houvera aludido à intervenção de testemunhas na *scriptura* e que precisamente pela supressão desse requisito presente no modelo, se interpolaram na redação Leovigildiana da lei os termos *iustissime et legitime*.

3. Requisitos de fundo

Outro dos requisitos relacionados com a validade dos documentos é que não tenham sido realizados pela força ou por ameaças, caso contrário, era nulo o pacto ou o escrito onde se refletiu o negócio jurídico em questão. Em primeiro lugar,

(25) Com relação a esta sinonímia para referir-se ao pacto contratual, ver LEVY. *Das Obligationenrecht* (1956), II, 42 e n. 122.

(26) ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 1.199; D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 68; GILBERT. *Prenotariado visigótico*, p. 14.

(27) Citado por D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 68.

(28) Embora a palavra seja euriciana, assim em CE 300: "Quicumque ingenuus post annum vicisimum se vindi permiserit et praetium cum venditore partitus est ut circumveniret emptorem, proclamans postea nullatenus audiatur".

(29) DAHN. *Westgothische Studien*, p. 28 propõe o seguinte texto: "pacta vel placita que per scripturam legitime facta sunt nullatenus inmutari debeant".

(30) Veja-se D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 68.

centremo-nos na Lei 9, do mesmo título 5: *De scripturis valituris et infirmandis...* contido no Livro 2 da LV.

3.1 LV 2,5,9 (*antiqua*). *Quod omnis scriptura vel definitio, que per vim et metum extorta fuerit, valere non poterit. – Pactum, quod per vim extorserit persona potentior vel inferior, sive placita vel reliquas scripturas, id est, si ille, qui paciscitur, aut sub gladio mortem forte timuerit, aut ne penas quascumque vel ignominia patiatur, vel certe si aliquam iniuriam passus fuerit, huiusmodi pactio vel scriptura quelibet nullam habeat firmitatem.*

No essencial, segundo Zeumer,[31] esse preceito deve ter sido tomado da legislação mais antiga, já que os fragmentos do Código de Eurico contêm duas disposições especiais, uma delas sobre a compra e venda (CE 286,3) e a outra com relação à doação (CE 309), nas quais se faz alusão à força e das quais deriva o preceito geral da LV 2,5,9.

Vejamos o que estabelece o CE 286,3: "Venditio si fuerit violenter extorta, id est per metum mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione". No que se refere à doação, o código Euriciano 309 dispõe: "Donatio que per vim et metum probatur extorta, nullam habeat firmitatem". A primeira disposição citada (CE 286,3) passou quase literalmente à *Lex Baiuvariorum* 16,2.[32] Assim, o título 16 da citada lei que leva a rubrica *De venditionibus*, no lugar mencionado, segundo parágrafo, contém o seguinte: "Venditio si fuit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla ratione firma sit". Assim mesmo, a regulação da *venditio per scripturam et sine scriptura* tem lugar na LV 5,4,3, nos termos que veremos mais adiante. Por outro lado, a regulação da doação que tem lugar *per vim et per metum*, encontra-se de novo, com uma pequena variante com relação ao CE, na LV 5,2,1.

Do que foi dito anteriormente, deduz-se que a LV 2,5,9 é uma lei euriciana[33] pela qual se declara nula a *scriptura* obtida pela *vis* e pelo *metus*. O mesmo princípio, como acabamos de ver, estava regulado no CE 286,3 para a *venditio* e no CE 309 tratando-se de *donatio*.

(31) ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 204; D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 69.

(32) Da comparação de passagens visigodas da *Lex Visigothorum* e os capítulos concordantes do Palimpsesto parisiense e da *antiqua* do *Liber Iudiciorum*, observa UREÑA. *La legislación*, p. 243, "não só a lei bávara tomou como modelo o primitivo Código que aqueles fragmentos apresentam, como que em algumas ocasiões reproduz seu texto com mais fidelidade que a nossa *Lex Reccesvindiana*". Também ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 28 et seq.

(33) D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 69; UREÑA. *La Legislación*, p. 353; ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 204. A LV 2,5,9 é uma lei muito relacionada com a LV 2,5,7. Trata-se de uma lei, nesta segunda suposição, de Chindasvinto, euriciana, que afirma a invalidez das escriturações que impõem uma pena *(damnum)* ou transigem alguma questão (*definitio*) quando se referem a uma *res turpis* ou *inlícita*.

A *antiqua* a que nos estamos referindo, segundo Zeumer, contém o preceito imitado do direito romano[34] de que os contratos obtidos pela força e o temor não são válidos. Assim, do Código de Justiniano, Livro 2, Título 20, sob a rubrica: *De his quae vi metusve causa gesta sunt*, podemos destacar algumas constituições que aludem à nulidade do *instrumentum* ou transações que se fizeram por força ou por causa de medo. Concretamente, em C. 2,20,7, uma constituição dos imperadores Diocleciano e Maximiano dada entre os anos 299-304, estabelece a nulidade do *instrumentum* que contém uma doação, transação, estipulação ou obrigação de outro qualquer contrato que se arrancou *metu mortis vel cruciatu corporis extortum, vel capitales minas pertimescendo.* Do mesmo modo, em C. 2,20,4, uma constituição do imperador Gordiano do ano de 239, tratando-se concretamente de uma compra e venda, estabelece a favor do vendedor a possibilidade de exercitar a ação do edito perpétuo dentro do prazo de um ano, se se trata de uma venda que foi realizada *per vim, vel metum mortis, aut cruciatus corporis*.[35]

Por outro lado, cabe dizer que há coincidência no número de livros[36] entre o *Liber Iudiciorum* e o *Codex* de Justiniano – 12 livros. De maneira que a coincidência citada[37] e a semelhança nas soluções adotadas na obra de Recesvinto e na de Justiniano, têm conduzido à consideração da possível influência da compilação justiniana na *Lex Visigothorum.* Não obstante, por parte dos autores[38] tende-se a pensar que a semelhança nas soluções é conseqüência do fato de que a partir de uma tradição comum e frente a problemas semelhantes, as soluções devem ser coincidentes; há semelhanças importantes,[39] porém não se conseguiu provar uma dependência direta da LV da obra de Justiniano.[40]

(34) ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 204. SCHWERIN, não é desta opinião, *El derecho español*, p. 42, quando considera que a nulidade da promessa arrancada por violência do CE 286 e 309, *em nenhum desses casos trata-se de contribuições, nem de influências do direito romano.*

(35) Também em C. 4,44,8 considera-se nula a venda se se demonstra que infundiu-se medo de morte ou iminente tormento corporal. O Digesto de Justiniano dedica um título extenso para regular o que se houvesse feito por causa de medo; assim em *Dig.* 4,2 que estabelece: "Quod metus causa gestum erit".

(36) Já UREÑA. *La legislación*, p. 448, após aludir à divisão em 12 livros, tanto do Código de Justiniano quanto o da LV, precisava: "Há aqui o único laço de união que existe entre ambos; em tudo o mais, não há correspondência alguma, nem nas rubricas nem na distribuição da matéria".

(37) Duvida-se, atualmente, de que o *Liber* em sua origem tenha tido 12 livros.

(38) Assim, entre outros, IGLESIA FERREIRÓS. *La creación del derecho*, p. 234.

(39) Entre outras coisas, as disposições do Código de Justiniano e Digesto citadas neste mesmo parágrafo 3 e na nota 34.

(40) Veja-se IGLESIA FERREIRÓS. *La creación del derecho*, p. 234. E, entretanto, como disse o citado autor, p. 234-235, "é difícil renunciar à idéia de que o direito justiniano tenha podido ter alguma influência".

De novo na lei visigoda *antiqua* pode-se pensar que pode ter sido algo modificado na redação da edição recesvindiana. No começo lê-se agora: "Pactum, quod per vim extorserit persona potentior vel inferior...". É evidente que, agora, junto à *vis* não aparece o *metus*, em tanto que na rubrica a lei citada estabelece: "Scriptura vel definitio, que per vim et metum extorta fuerit...". É de se supor, disse Zeumer,[41] que o termo técnico completo foi tomado do texto pelo autor da rubrica, sendo depois suprimido como supérfluo, uma vez que ficava tudo expressado com bastante clareza, mesmo sem empregar o termo técnico.

As duas fontes (isto é, LV 2,5,9 e CE 286,3) que estabelecem a nulidade do negócio jurídico coacionado, coincidem em destacar o temor produzido por ameaças de morte e prisão, não obstante, a LV 2,5,9, *antiqua*, dá mais detalhes: "Per vim extorserit... id est... aut in custodia mittitur aut sub gladio mortem fortem timuerit, aut ne penas quascumque vel ignominia patiatur...". Esta explicação que vemos na disposição citada da LV (com mais detalhes que a disposição do CE 286,3) deve ser atribuída a Leovigildo. Eurico, caso a tivesse dado, disse o romanista D'Ors,[42] o haveria feito em termos mais similares aos de CE 286. E precisamente porque esta explicação é Leovigildiana, o mesmo Leovigildo suprimiu a de Eurico na LV 5,4,3, *antiqua*, sem repetir o já interpolado na *antiqua* anterior, isto é, a LV 2,5,9.

Finalmente, deve dizer-se que da análise das leis anteriores se deduz a exigência que elas estabelecem, para a validade do negócio jurídico ou outro tipo de relação jurídica – tenha lugar por escrito ou perante testemunhas –, que não se tenham realizado *per vim aut per metum.*

3.2 A *donatio* e a *venditio* realizadas *per vim et per metum* e sua regulação na LV. Passamos a referir-nos agora a dois tipos de relações jurídicas, a *donatio* e a *venditio*,[43] que tenham sido realizadas de forma violenta ou havendo-se infundido medo, na escritura ou sem ela, e que têm sua regulação específica na *Lex Visigothorum.* Seguimos a ordem sistemática da lei citada acerca da *donatio* e da *venditio*; nos referimos em primeiro lugar à LV 5,2,1, (*donatio*) e em continuação à LV 5,4,3, (*venditio*), pondo a ênfase fundamentalmente na nulidade do negócio coacionado.

3.2.1 LV 5,2,1, (*antiqua*). *Ne valeat violenter facta donatio – Donatio, que per vim et metum fuerit extorta, nullam habeat firmitatem.*

(41) Assim opina ZEUMER. *Historia de la legislación*, p. 204-205.

(42) D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 70. Também deve-se atribuir a Leovigildo a distinção conhecida de pessoa *potentior vel inferior* que se encontra em LV 2,5,9, D'ORS, p. 70.

(43) Existem excelentes trabalhos sobre as mesmas; assim, entre outros, LEVY. *Das Obligationenrecht,* II (1956); MEREA, P. "A doação *per cartam* no direito romano vulgar e no direito visigótico". *Estudos de Direito Visigótico* (Coimbra, 1948); Do mesmo autor, com relação à compra e venda, pode-se ver: "Sobre a compra e venda na legislação visigótica". *Estudos de Direito Visigótico* (Coimbra, 1948).

É clara a procedência euriciana desta disposição,[44] a primeira dentro do segundo título: *De donationibus generalibus,* correspondente ao Livro 5 da LV: *De transactionibus* e, como se disse anteriormente, tem sua precedente no CE 309 que estabelece o seguinte: "Donatio quae per vim et metum probatur extorta, nullam habeat firmitatem".

Com relação à forma da doação, convém levar em conta, disse D'Ors,[45] que a *scriptura* pode intervir sempre porém com função distinta: na doação *inter vivos* a *scriptura* é um simples meio de prova da *traditio* efetuada, ao passo que nas doações testamentárias, a *scriptura* é forma constitutiva. A este segundo tipo parece referir-se a disposição do CE 309 (=LV 5,2,1) quando nega a *firmitas* das doações realizadas com violência, preceito simétrico ao da compra e venda (CE 286,3) embora possa aplicar-se a qualquer outro tipo de doação com ou sem *scriptura.*

Quanto ao conteúdo concreto da LV 5,2,1, temos de destacar a alusão expressa que faz das duas circunstâncias, isto é, a *vis* e o *metus* que invalidam a doação, quer se tenha celebrado por escrito (em cujo caso não tem validade o documento) ou quer não se tenha realizado por escrito.

3.2.2 LV 5,4,3. (Recc. Ver.), *antiqua. Ne valeat violenter facta venditio. – Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Ceterum, si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium presentibus testibus conprobetur, et plenum habeat emptio roborem. Venditio vero, si fuerit violenter et per metum extorta, nulla valeat ratione.*

Trata-se aqui também de uma disposição *antiqua* no conteúdo da *Lex Visigothorum* e, como se disse anteriormente, encontra-se já no Código de Eurico 286 que estabelece o seguinte: "Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. 2. Si etiam scripturam non fuerit, datum praetium testibus conprobatur, et emptio habeat firmitatem. 3. Venditio si fuerit violenter extorta, id est per metum mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione".

Ambas as disposições (isto é, LV 5,4,3 e CE 286) coincidem, ao prever que a venda se aperfeiçoa *per scripturam* ou pelo *praetium datum* perante testemunhas, referindo-se seguidamente à nulidade da venda na qual interveio *vis* ou *metus*, independentemente de que se tenha realizado o contrato de compra e venda *per scripturam* ou se tenha celebrado de forma verbal perante testemunhas.[46] Além disso, à vista do texto citado, concretamente CE 286,3, esclarece ele mes-

(44) Veja-se D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 239; UREÑA. *La legislación*, p. 356, ao referir-se à transformação evolutiva da legislação gótico-hispânica alude à procedência euriciana da LV 5,2,1.

(45) Veja-se D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 239. A *traditio per cartam* para efeitos de doação tem sido especialmente estudado por MEREA. A *donação per cartam* (Coimbra, 1948), p. 63 et seq.

(46) FERNANDEZ ESPINAR. "La compraventa en el derecho medieval español". *AHDE* 25/335, (1955), estabelece que há uma marcada tendência provavelmente por influência helenística em celebrar a venda por escrito.

mo o conceito de *vis* da seguinte forma: *id est, per metum mortis aut per custodiam* (ameaça de morte ou retenção de liberdade). Recordamos também que a disposição citada do CE foi transmitida à *Lex Baiuvariorum* 16,2, nos termos que vimos em seu momento.

Podemos destacar neste lugar a importância que o direito da LV reconhece aos atos escritos e, mais concretamente, ao uso da escritura nos negócios jurídicos, sem prejuízo de que trate, normalmente, de formas probatórias que têm sua alternativa nas testemunhas. (Assim, por exemplo, CE 286=LV 5,4,3, disposições às quais nos estamos referindo no presente parágrafo.) Ademais, do ponto de vista processual, o triunfo da *scriptura* supõe forçosamente o da prova documental e justifica a regulação pela lei da falsidade de documentos, castigando essa conduta com ostensiva dureza.[47]

Para a nulidade da venda coacionada já existia um modelo em uma lei do ano de 415, apanhada em CT 3,1,9 que estabelece o seguinte: "Venditiones donationes, transactiones, quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari".[48] Não obstante a união dos dois temas, isto é perfeição do contrato e nulidade por violência que apresenta o CE 286, assim como também a LV 5,4,3, parece depender de outro modelo romano levado em conta pelo legislador; estamos nos referindo à Novela 32 do imperador Valentiniano III do ano de 451 relativa às compras da administração, porém cujas disposições estendem-se também às vendas comuns.[49] Com relação à venda propriamente, diz-se ter de pagar ao que quer vender: *Volenti vendere definitam et conscriptam oportet inferri*; e que o notário e as testemunhas têm que comprovar esse pagamento. Continuando, a lei estabelece que o vendedor pode impugnar, no curso de um ano, a venda que tenha sido feita sob coação; diz assim: *metu carceris, catenarum, custodiae publicae vel privatae...*, ou por não haver recebido o preço, *non adnumerato pretio*, porém com o risco de perder inclusive o preço recebido, sem recuperar a coisa, se sua alegação for falsa.

4. Conclusões finais

Depois de haver realizado a análise de algumas disposições correspondentes à *Lex Visigothorum* e que têm relação com a validação dos documentos, podem-se extrair as seguintes conclusões:

1. Em primeiro lugar, destacar a importância que o direito da LV reconhece aos atos escritos – e mais concretamente ao uso da escritura nos negócios jurídicos –, estendendo-se seu uso, segundo diz Dahn, a todo negócio jurídico de alguma importância.

(47) Cf. GILBERT. *Prenotariado visigótico*, p. 38 et seq. ALEJANDRE GARCIA. *Estudio histórico del delito de falsedad documental*, p. 117-118.

(48) Veja-se D'ORS. *El Código de Eurico*, p. 213.

(49) D'ORS, ibidem, p. 213.

2. A LV 2,5,1, assim como também a LV 2,5,2, *antiqua*, referem-se à exigência de que conste com toda a clareza nos documentos escritos, o dia e o ano (*dies et annus*) para a validade dos mesmos; também a *Lex Baiuvariorum* 16,16 recolhe os mesmos requisitos da forma que encontramos na *Lex Visigothorum*.

3. A LV 2,5,1 citada no parágrafo anterior, estabelece a exigência da *subscriptio* do outorgante do escrito ou das testemunhas do mesmo para credibilizar o conteúdo do documento. A mesma disposição, em sua edição ervigiana, indica que se o outorgante não pode escrever em razão de enfermidade, intervenha nesse caso um subscritor rogado.

4. É necessário que os documentos não se tenham realizado pela força ou por ameaças (*vis* ou *metus*); assim aparece regulado na LV 2,5,9, *antiqua*, que pode ter sido tomada de duas disposições do CE 286 e 309, em relação à compra e venda e à doação respectivamente, e a nulidade delas na suposição de haver sido realizada pela força ou havendo-se infundido medo.

Anexo – Sistemas normativos e seu ordenamento

Antecedentes históricos de ordenamentos legislativos

A história do Direito exibe, em mais de 3.500 anos, um itinerário ininterrupto de reordenamentos e reformas.

O primeiro ordenamento jurídico de importância, embora não seja o mais antigo, é o de Hammurabi, monarca que reinou entre os anos de 1728 e 1686 a.C. aproximadamente, virtual fundador do império babilônico.

Para uma análise estatítisca do Código de Hammurabi, ver: *Código de Hammurabi: Pena de morte – Análise estatística do contexto, a correlação e a consistência*. O texto castelhano pode-se consultar em texto do *Código de Hammurabi*.

O direito romano empreendeu tais ordenamentos por interesse de particulares, como foram os códigos Gregoriano e Hermogeniano (*Codex Hermogenianus*) de fins do século II (334-365).

O *Codex Gregorianus* (ano de 294) é uma compilação privada de constituições imperiais, re-escritas e ordenadas por matéria, desde Adriano até Diocleciano. Não se conservaram cópias dos códigos Gregoriano e Hermogeniano.

O Código de Justiniano

O Código de Justiniano foi realizado a partir dos códigos Gregoriano, Teodosiano (*Codex Theodosianus*, do ano de 439) e Hermogeniano.

Este famoso digesto do direito romano foi compilado pelos dez juristas mais experientes de seu reino, sob a guia do jurisconsulto Triboniano.

O Imperador Justiniano I em 534 realizou o *Corpus Juris Civilis*.

O Código consiste das seguintes partes:

1. A *Lei de Estatutos*, o Código Justiniano propriamente dito (*Codex*). Justiniano, apenas ascendeu ao trono, havia disposto a compilação de um *novus codex* que recolhesse as constituições imperiais. Enquanto se estava realizando a compilação do digesto, Justiniano emitiu outras constituições e portanto ordenou a compilação de um *Codex repetitae praelectionis*, que é o que compreende o Corpus, uma vez que o primeiro código perdeu-se. Cada constituição está precedida de indicações do imperador à qual pertencem e do destinatário (*inscriptio*), seguida de indicação do lugar e data de emissão (*subscriptio*).

2. As *Pandectas* ou *Digesta* são um digesto das decisões e opiniões de antigos magistrados e jurisconsultos, em cinqüenta livros que são a parte mais extensa do *corpus*. É uma grande antologia jurídica que coleta muitos tratados de juristas clássicos organizados por matéria. São numerosas as interpolações, não só pela forma mas também para adequar o conteúdo ao estado do direito vigente no tempo de Justiniano.

3. As *Instituciones*, é um resumo de quatro livros contendo o essencial de todas as leis, em forma elementar. Os livros estão escritos em forma de discurso direto, que o imperador dirige aos jovens que estudam direito; têm portanto função didática.

4. As leis modernas, incluindo os próprios editos de Justiniano, reunidos em um volume, e chamado *Novo Código* ou *Novellae*.

O Digesto

É o maior e mais conhecido trabalho de Justiniano, sendo uma codificação de uma enorme massa de escritos jurídicos. Começou em 530 e foi publicado em 533, sendo um exemplo escassamente crível do trabalho rápido realizado pela Comissão, que para isso consistia então de 16 expertos, encabeçados por Triboniano. Originalmente esperava-se que a Comissão fosse necessitar de 10 anos para produzir o Digesto, quando Triboniano recebeu o encargo em 15 de dezembro de 530. Dos 16 especialistas eleitos, um era administrador público, 11 eram advogados que exerciam a profissão e quatro eram professores de direito, dois de Constantinopla e dois de Beirute.

Sua tarefa era examinar os escritos jurídicos existentes e gerar e acomodar resumos em 50 livros subdivididos de acordo com a matéria. Deviam assegurar-se de que as leis estivessem expostas com clareza, sem repetições ou contradições. Deviam tirar toda a matéria obsoleta e incluir somente as leis vigentes. Deviam também assinalar a origem ou autor de cada passagem.

Código Teodosiano

A população romana sob domínio visigótico estava submetida ao chamado *Código Teodosiano – Codex Theodosianus*. O Código Teodosiano era uma com-

pilação de leis imperiais vigentes iniciada nos tempos do Imperador Teodósio II (ano de 438), e por ordem deste, sob a direção do Prefeito Antíoco.

Dividia-se em dezesseis livros com vários títulos cada um. Os cinco primeiros livros estavam dedicados ao direito privado; o sexto, sétimo e oitavo, ao direito administrativo; o nono, ao direito penal; o décimo e o décimo primeiro, ao direito fiscal; do décimo segundo ao décimo quinto, tratava-se do direito comunal; e finalmente o décimo sexto e último estava dedicado ao direito eclesiástico.

Os visigodos, entre os povos germânicos, levaram a cabo uma apreciável tarefa de unificação e ordenamento, com o *Breviario de Alarico* (506), o *Código Leovigildo* (580) e com o *Liber Iudiciorum* (654).

Em 506 o rei Alarico II publicou em Toulouse, um Código de Leis para os súditos "romanos" do império visigótico, conhecido por *Breviário de Alarico* (*Lex Romana Whisighothorum* ou *Breviarium Alaricianum*). Também é conhecido como *Breviario de Aniano.* Este corpo legislativo devia reger as relações dos hispano-romanos vencidos.

Contém normas do código teodosiano e de constituições doutrinais dos juristas Gayo e Paulo. A denominação de *Breviário de Aniano* deve-se a que este último foi Chanceler do monarca Alarico II e quem referendou com sua assinatura o citado corpo legal.

Entre os historiadores e juristas existe controvérsia acerca do âmbito de aplicação pessoal deste corpo normativo. Alguns entendem que seu alcance era territorial, sendo aplicado juntamente com o *Código de Eurico* a todos os habitantes da península; os outros sustentam que, em virtude do caráter pessoal do direito naquela época, só se aplicava aos hispano-romanos e, portanto, o Código de Eurico reservava-se para os visigodos.

Os homens que produziram o Código de Alarico quiseram eliminar os erros e obscuridades que se acumularam no Direito romano, ao longo de tantos séculos. Porém, parece que não tinham a necessária sutileza e sensibilidade assim como a educação legal necessária para conseguir o que esperavam, razão por que trabalharam só sobre o que creram que entendiam. Tem, portanto, poucos méritos como trabalho de ciência jurídica, porém nos permitiu ter uma boa idéia do texto do Código de Teodósio, que foi um trabalho significativo produzido por uma comissão de juristas designados em 429 e publicado em 438. Este código não sobreviveu e o conhecemos só porque foi citado longamente no *Breviário de Alarico.*

O mundo hispano nos brinda com a magnificência de *Las Partidas*, sancionadas em 1348 com a "Ordenança de Alcalá". Foi o impulso do moderno direito espanhol.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.5

TÍTULOS JUDICIAIS E O REGISTRO DE IMÓVEIS*

JOÃO BAPTISTA GALHARDO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve histórico: 2.1 Principais efeitos do registro; 2.2 O que é título; 2.3 Classificação dos títulos; 2.4 Atos do registro de imóveis; 2.5 O que é matrícula; 2.6 Finalidade do registro; 2.7 Finalidade da averbação; 2.8 Princípio da territorialidade; 2.9 Exame da legalidade; 2.10 Exame do título judicial; 2.11 Princípios básicos do registro imobiliário; 2.12 Elementos principais dos títulos judiciais; 2.13 Questões práticas: 2.13.1 Inventário; 2.13.2 Na separação judicial; 2.14 Penhora – Cautelas; 2.15 Alterações introduzidas pela Lei 10.444/2002: 2.15.1 O que se alterou – 3. Conclusão.

1. Introdução

O Oficial do Registro de Imóveis examina e qualifica, diariamente, escrituras notariais, contratos particulares, bem como os chamados títulos judiciários ou judiciais próprios, como, por exemplo, aqueles expedidos nos autos de arrolamento, inventário, adjudicação, separação, divórcio, divisão, cartas de arrematação, de sentença, hipoteca judicial, hipoteca legal, e os impróprios, como mandado ou certidão de arresto, de indisponibilidade, de bloqueio, penhora, seqüestro, que tenham por objeto o imóvel ou repercussão sobre ele.

E o registrador é quem testemunha o constrangimento e a indignação do interessado, quando, em razão das imperfeições apresentadas no título, ele não consegue, afinal, seu ingresso no serviço imobiliário, de tal modo que o direito que ele representa fica descoberto da segurança jurídica que o registro (e só ele) oferece.

Há uns trinta anos, principalmente no interior do estado de São Paulo, os serviços judiciais cíveis e criminais funcionavam sem qualquer custo para o poder público; eram anexos das chamadas serventias extrajudiciais, que ficavam sob a responsabilidade direta dos tabeliães de notas e dos oficiais de registro de imóveis, razão pela qual os cartórios de notas e os de registro de imóveis se achavam quase todos instalados no mesmo prédio dos fóruns.

(*) Palestra proferida no V Congresso de Direito Processual Civil da OAB, realizado em Franca-SP, em setembro de 2002.

Assim, o primeiro tabelião de notas era também o escrivão cível e criminal do primeiro ofício judicial, o segundo tabelião de notas, igualmente, o escrivão do segundo ofício judicial, e assim por diante, para os quais os feitos eram distribuídos. O juiz da primeira vara era o corregedor-permanente do primeiro, o da segunda era o corregedor do segundo.

Geralmente, o registro de imóveis respondia pelo cartório do júri, das execuções criminais, da corregedoria-permanente, da diretoria do fórum e de menores – hoje, da infância e juventude. O registro de imóveis era mais conhecido como o cartório do júri.

Os trabalhos judiciais e extrajudiciais eram desenvolvidos e ordenados pelos titulares dessas serventias e por seus escreventes habilitados perante uma comissão presidida pelo respectivo juiz-corregedor, um tabelião, um registrador, um advogado e um representante do Ministério Público. Em provas escrita e oral argüia-se matéria própria da serventia extrajudicial e do ofício judicial – direito civil, processo civil, direito penal, processo penal, normas de serviço. E havia reprovação, sim, caso em que o juiz aconselhava o candidato a se preparar melhor e retornar oportunamente para novo exame.

Naquela época, era pequeno o número de devolução por parte do registro de imóveis dos chamados títulos judiciais. Por quê? Porque os servidores que cuidavam de inventários, execuções cíveis e fiscais, desapropriações, usucapiões e expedição de cartas de arrematação, de sentença, mandados de penhora, de arresto ou de seqüestro eram os mesmos que lavravam escrituras de alienações e onerações e que, pelo menos, sabiam aplicar os princípios da continuidade e da especialidade; primeiramente tinham conhecimento do título adequado que deveriam expedir e da qualificação das partes, da perfeita descrição da propriedade e do trato sucessivo; sabiam que o executado da execução e o falecido do inventário deveriam coincidir com o titular do registro imobiliário.

Depois da separação, quando se oficializou o ofício judicial, que foi desgarrado do extrajudicial, e se instalaram as varas especializadas, a qualidade dos títulos judiciais começou a declinar. A começar pelo preenchimento das formalidades legais, um transtorno que causou as necessárias devoluções e conseqüentes e inevitáveis aditamentos, retificações, sem falar no cansaço e na irritação do interessado, que se vê obrigado a procurar seu advogado para os reparos necessários. Disso nasce a discussão sobre a oportunidade ou não do exaurimento do mandato outorgado para determinado pleito.

2. Breve histórico

Foi a Lei 1.237, de 24.09.1864, que criou a transcrição no registro imobiliário, com o fim de dar publicidade formal, sem valor probante, e tornar conhecidas de todos a transferência do domínio e a constituição de ônus reais sobre imóveis, realizadas pelo proprietário aparente. Substituída depois pelo Dec. 169-A, de 19.01.1890, ele fixava em seu art. 8.º que "a transmissão intervivos por

título oneroso ou gratuito dos bens suscetíveis de hipotecas, assim como a instituição dos ônus reais não operam seus efeitos a respeito de terceiro, senão pela transcrição, e a partir dela".

A propriedade era transferida pela tradição, o que exigia apenas os requisitos da justa causa e da faculdade de dispor do transmitente.

Os títulos judiciais estavam isentos da transcrição. O art. 237 do Dec. 370, de 02.05.1890, era taxativo: "Não são sujeitas à transcrição as transmissões *causa mortis* ou por testamento, nem os atos judiciários".

Com o advento do Código Civil, a transcrição passou a ser enfocada como forma de tradição solene e tornou-se obrigatória para todas as transferências de imóveis, a qual exigia, ainda, a inscrição dos direitos reais. (*Hoje as expressões transcrição e inscrição foram substituídas pela expressão registro.*)

Entretanto, permaneceu por muito tempo a discussão sobre a obrigatoriedade ou não do registro dos títulos judiciais – particularmente as partilhas em inventário –, entendida como suficiente a publicidade decorrente do processo.

Com o tempo, a doutrina e a jurisprudência foram alterando esse entendimento e impondo cada vez mais a obrigatoriedade do registro dos títulos judiciais, em face da necessidade de se preservar a continuidade.

O art. 859 do CC deu uma significação mais ampla ao registro, ao afirmar que proprietário é aquele que no registro imobiliário tem a propriedade em seu nome, até prova em contrário. "Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu ou transcreveu".

O art. 5.º da Lei 4.827, de 07.02.1924, exigiu o registro de títulos judiciais.

O Dec. 18.542, de 1928, mandou observar o princípio da continuidade. Em qualquer caso, não se poderá fazer transcrição ou inscrição sem prévio registro do título anterior, salvo se ele não estiver obrigado a registro, segundo o direito então vigente, de modo a assegurar a continuidade do registro de cada prédio, entendendo-se por disponibilidade a faculdade de registrar alienações e onerações dependentes, assim, da transcrição anterior (art. 234).

O Dec. 4.857, de 09.11.1939, ampliou e reiterou a obrigatoriedade do registro dos títulos particulares, notariais ou judiciais, para autenticidade, segurança e validade dos atos jurídicos; seu art. 239 fixou que a transferência do domínio só se operaria pela transcrição.

2.1 Principais efeitos do registro

O registro tem, dessa forma, efeito constitutivo: sem ele o direito não nasce; efeito comprobatório: o registro prova a existência e a veracidade do ato ao qual se reporta; e efeito publicitário: é acessível ao conhecimento de todos os interessados ou desinteressados, efeito *erga omnes*, portanto. Porém, ele é dependente do filtro de purificação que torne o título apto a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos reais, ou para a indispensável publicidade.

O registro é formal

O registro de imóveis é formal, solene e documental, impondo, por isso, que os títulos se apresentem no *original*.

Exige que os títulos a ele submetidos se encontrem formalizados em documentos, públicos ou particulares. Não admite fotocópia, mesmo que autenticada por tabelião, nem certidão de documento registrado no registro de títulos e documentos.

2.2 O que é título

Título é todo instrumento que formaliza, exterioriza o direito real, apresentado ao sistema imobiliário. É a fonte do registro, ou seja, o contrato, o papel, o instrumento, o suporte material do ajuste entre as partes. Também é título judicial a ordem ou a certidão de atos judiciais constantes de documentos expedidos pelo judiciário.

Ingressam no registro imobiliário tão-somente os títulos que confiram uma posição jurídico-real ou sejam previstos em lei como registráveis ou averbáveis.

2.3 Classificação dos títulos

Quanto à origem, podem ser classificados em judiciais e extrajudiciais e, quanto à forma, em públicos e privados.

Judiciais, se expedidos pelo poder judiciário, e *extrajudiciais*, se oriundos de acerto de vontade entre as partes diretamente interessadas.

Públicos, se passados perante agentes do poder público, e *particulares*, se elaborados direta e exclusivamente pelos interessados.

O art. 167, I, da Lei 6.015/73, classifica os títulos judiciais registráveis.

Os que dizem respeito à hipoteca judicial; penhoras, arrestos, seqüestros; citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias; divisão; demarcação; inventário, arrolamento, partilha, adjudicação; arrematação; usucapião; desapropriação; imissão provisória na posse; alienações; onerações etc.

São títulos *averbáveis (art. 167, II)*: sentença de separação de dote; decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registráveis ou averbados; sentença de separação judicial, de divórcio e de nulidade de casamento, desde que nas respectivas partilhas existam imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.

2.4 Atos do registro de imóveis

No registro de imóveis, além da matrícula, são feitos o registro e a averbação dos títulos 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 sua disponibilidade.

2.5 O que é matrícula

Matrícula é o ato que individualiza o imóvel. Cada matrícula corresponde a um imóvel perfeitamente caracterizado – princípio da unitariedade matricial. A matrícula é o documento de identidade da propriedade. Cada matrícula tem um número de ordem para sua pronta identificação.

Nela são escritos, lançados e efetuados os atos de registro e averbação, espelhando todo o estado do imóvel, indicando e qualificando as pessoas envolvidas.

2.6 Finalidade do registro

O registro tem por finalidade escriturar os atos translativos ou declaratórios da propriedade imóvel e os constitutivos de direitos reais. Será efetuado o registro daqueles atos citados no art. 167, I, da Lei dos Registros Públicos.

2.7 Finalidade da averbação

Averbação é o ato que procede às alterações do ato de registro, as ocorrências que venham a alterá-lo com referência ao imóvel e às pessoas. Elas estão discriminadas no elenco do mesmo art. 167, II, da mencionada lei.

2.8 Princípio da territorialidade

De acordo com o art. 169 da Lei dos Registros Públicos, todos os atos de registro e averbação são obrigatórios e efetuados no cartório da situação do imóvel – princípio da territorialidade –, dentro do limite territorial imposto pela lei de organização judiciária. E se um mesmo imóvel estiver situado em mais de uma circunscrição ou comarca, em cada uma delas será efetuado o registro, procedendo-se como se o imóvel estivesse situado totalmente nelas.

2.9 Exame da legalidade

Apresentados os títulos, o registrador, além dos aspectos formais, analisa se os dados do título coincidem com o que consta do registro imobiliário.

Examinado o título, o registrador emite um julgamento ou o admite como perfeito e apto a gerar o direito real pretendido, determinando o registro, ou o

devolve ao apresentante, para que o complemente com as exigências apontadas. Essa função caracteriza o que se denomina princípio da legalidade, segundo o qual somente podem ser admitidos a registro documentos que estiverem de acordo com a lei e em perfeita harmonia com o que se encontra lançado na matrícula. O que significa que a validade do registro depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante.

2.10 Exame do título judicial

O fato de tratar-se de título judicial não o torna imune à qualificação registrária, sob o estrito ângulo da regularidade formal. O registrador não questiona o que foi decidido judicialmente, mas examina suas formalidades extrínsecas, estabelecendo uma correspondência de seus dados com o registro e sua formalização instrumental.

2.11 Princípios básicos do registro imobiliário

Dentre os princípios registráveis que devem sempre ser observados para prevenir futuras devoluções e adiamentos de registros, destacam-se, pela importância, a especialidade e a continuidade.

A *especialidade* consiste na perfeita e correta identificação do imóvel, de forma que ele não seja confundido com outro.

O requisito da especialidade do imóvel significa que ele deve ser descrito sempre como corpo certo, identificado e caracterizado.

Visa esse princípio evitar equívocos que possam confundir as propriedades, impedindo sobreposições. Assim, qualquer título, mesmo os judiciais, que dê entrada no registro deverá indicar o imóvel precisamente identificado e caracterizado. Significa que todo registro deve recair sobre um objeto precisamente individuado. No direito brasileiro, ele é exigido tanto em relação ao imóvel, que é transmitido ou gravado, como à dívida, que é objeto de garantia.

A descrição do imóvel constante do título a ser registrado deve estar em consonância com aquela já existente no registro, na matrícula. Assim, os formais de partilha, cartas de sentença, de adjudicação, de arrematação, bem como os títulos judiciais chamados impróprios, como certidões e mandados, devem identificar os imóveis a que se referem em correspondência com a descrição do registro.

O princípio da continuidade pressupõe que deve haver no registro, sempre, uma seqüência lógica entre os adquirentes e os transmitentes do direito real. Ele está relacionado com a chamada especialidade subjetiva.

Com relação a cada imóvel, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará um novo registro se o transmitente for o titular do direito real constante do registro. Seja por título judicial ou não.

Ninguém pode alienar ou onerar mais ou de forma diferente do que tem.

É necessário, ainda, que o título aponte o verdadeiro titular, com sua identificação completa, para que seja possível a conferência de sua identidade com a do titular do domínio. É corriqueira a apresentação de título, mesmo judicial, em que há divergência do estado civil: no registro, consta a qualificação de solteiro, no título, a de casado. Nesse caso será obrigatória a averbação do casamento antes do registro do título.

2.12 Elementos principais dos títulos judiciais

Os títulos judiciais devem conter elementos imprescindíveis para que possam ser registrados.

Constituem requisitos de registrabilidade.

a) *Descrição do imóvel*

A descrição do imóvel deve adequar-se aos assentos registrários existentes, ou seja, o título judicial deve descrever e caracterizar o imóvel coincidentemente com a descrição e caracterização constante do registro. Para tanto, deve-se solicitar a certidão atualizada do registro de imóveis na qual constará a descrição à qual se adequará o título a ser expedido.

Se do título constar terreno e prédio e no registro, apenas a existência de terreno, o título não poderá ser registrado sem que antes se averbe, junto à matrícula, a construção.

Caso ainda não esteja matriculado, a indicação da matrícula ou da transcrição do imóvel é essencial para a execução do ato e deve ser sempre mencionada (art. 222 da Lei dos Registros Públicos).

b) *Identificação das partes*

Pessoa física

É preciso que ela seja identificada pelo nome, nunca abreviado, estado civil, nacionalidade, profissão, CPF, RG, se é casada, com quem, desde quando e sob qual regime de bens. E se o regime é diverso do comum – comunhão universal, para o casamento realizado até 26.12.1977 (data da Lei 6.515, do Divórcio) e comunhão parcial, para o casamento realizado posteriormente –, o pacto antenupcial é obrigatório e deve ser registrado no registro de imóveis do domicílio conjugal.

É muito comum a devolução de título, sem o registro, porque houve deficiência ou divergência no estado civil do titular do domínio que figura no registro de imóveis, ou porque foi omitida a indicação do estado civil no registro de imóveis. É preciso que o interessado supra a omissão ou corrija a alteração. Se, no registro, constar como solteiro e, no processo, como casado, deve necessa-

riamente ser exibida a certidão de casamento. Se, no registro, constar como casado, quando, na realidade, é solteiro, deve haver retificação judicial para a correção. E se no registro figurar como casado e no título judicial, como viúvo, separado ou divorciado, há de se exigir a respectiva partilha ou destino dado ao imóvel. E se, ainda, no registro estiver como casado e no título judicial ele aparecer como viúvo, separado ou divorciado, há de se exigir a respectiva partilha ou destino dado ao imóvel.

É bom destacar que essas exigências são imprescindíveis, dadas a repercussão que o estado civil e o regime de bens têm ou poderão vir a ter no patrimônio de um casal.

Pessoa jurídica

Deve ser identificada pelo nome, CNPJ, número do seu registro no registro público de empresa ou no RCPJ bem como a indicação do local de sua sede e a pessoa que a representa.

O número do registro na junta comercial ou no registro civil das pessoas jurídicas é importante, tendo em vista que, de acordo com o art. 18 do CC, a existência legal começa só depois do registro no órgão competente.

Desatenção

Acontece, porém, que, por falta do preenchimento das formalidades exigidas pelo registro de imóveis, muitos títulos judiciais são devolvidos, causando indignação ao interessado, que, para cumprir a última etapa do processo – o registro do imóvel –, comparece pessoalmente.

Essas devoluções que, nos grandes centros, chegam a quarenta por cento ou mais, além de abarrotar o judiciário com aditamentos e retificações, acabam irritando os interessados, quando não, em alguns casos, ficam sem remédio, uma vez que o registro é feito em nome de quem chegar primeiro – princípio da prioridade: *prior in tempore prior in jure* ou *prior in tempore melior in jure* (o primeiro no tempo é melhor no direito) ao registro imobiliário, o que já aconteceu muito. Se o interessado retornar com seu documento depois de vencido o prazo de vigência da prenotação, pode ser prejudicado, se encontrar o direito já em nome de outro que se apresentou com título hábil e em ordem, que lhe garantiu prioridade.

Isso tem acontecido com freqüência, quando o mesmo imóvel é arrematado em dois processos ou em dois juízos. Quem o arrematou primeiro só vai ter prioridade também no registro de imóveis se a ele apresentar a carta corretamente expedida e com os requisitos registrários cumpridos. Caso a primeira seja devolvida e a segunda venha em ordem, depois de vencida a prenotação da primeira, seu arrematante terá o imóvel em seu nome, ao passo que o primeiro já não será nem o segundo nem o terceiro beneficiado. Porque o registro, repito, é de quem chegar primeiro ao registro de imóveis com o título, o documento em ordem, para ingresso.

Culpa de quem?

A culpa da expedição de títulos judiciais mancos, que não conseguem chegar ao registro imobiliário em virtude de falhas ou erros no preenchimento de formalidades imprescindíveis, é sempre ou quase sempre atribuída aos auxiliares da Justiça e aos juízes. Diz Afrânio de Carvalho que não há exagero em afirmar que isso constitui uma das grandes pragas do foro dos grandes centros.

A experiência nos autoriza discordar de quem atribui a culpa exclusivamente aos auxiliares da Justiça e aos juízes.

A culpa maior é de quem pede. É de quem acredita que o preenchimento das formalidades é automático e se descuida não comparando os elementos indispensáveis com as respectivas fontes. Ao receber do juiz o documento que perseguiu no processo, não fiscaliza se o título saiu ou não perfeito e merecedor de registro. Digo sempre a acadêmicos de direito que, pelo menos eticamente, o mandato do advogado não se exaure nesses acasos com a expedição do documento pelo Judiciário, mas quando de seu ingresso final no registro público.

Não se pode exigir do juiz a mesma atenção que ele deve dar a um processo em que há conflito de interesses para se analisar, com outro, de jurisdição voluntária, por exemplo, o de um arrolamento, em que os herdeiros maiores e capazes já decidiram o que vai ficar com quem, ou seja, a partilha já foi por eles decidida.

Uma vez obrigado a dar prioridade aos casos em que exista conflito de interesses para decidir, o juiz não vai perder tempo, por desnecessário, analisando o estado civil dos herdeiros, se o imóvel está bem descrito e caracterizado, se foi mencionado ou não o número da transcrição ou da matrícula, ou se a propriedade, em razão do regime de bens ou da forma de aquisição, se comunicou ou não ao falecido, tarefa essa que é, primordialmente, de quem requereu o título judicial.

Por isso o advogado deve ficar atento quando do preenchimento dos requisitos indispensáveis, comparando, desde o início, as situações fática e jurídica da propriedade e não tão-somente o aspecto objetivo do imóvel, mas também o subjetivo, o que faz referência a pessoas.

2.13 Questões práticas

a) *Falta de qualificação das partes*

É muito comum um inventário sem a qualificação das partes ou dos herdeiros.

b) *Inventário do que o falecido não tinha*

Por incrível que pareça, é comum o inventário de bem imóvel que não se comunicou ao falecido.

c) *Imóveis que não se comunicam*

Não é demais lembrar que, no regime de comunhão parcial, não se comunicam os bens herdados, doados ou legados; assim como aqueles havidos pelo

cônjuge com a cláusula de incomunicabilidade ou a cláusula de inalienabilidade, que compreende a incomunicabilidade, mesmo que não expressamente consignada; bem como aqueles adquiridos, mesmo a título oneroso na constância do casamento, mas em substituição ao que foi vendido e era incomunicável. Dá-se aí a sub-rogação real. Mas é preciso que, reconhecida jurisdicionalmente, conste do registro que o bem é sub-rogado em bem particular, em razão de assim ter sido mencionado no título causal.

d) *Doação a cônjuges*

Inventário desnecessário, se o imóvel foi havido pelos dois cônjuges por doação, subsistindo a totalidade da doação ao supérstite. Para tanto, basta a averbação de óbito, para a subsistência da totalidade para o sobrevivo. Há jurisprudência em que a regra se aplica, da mesma forma, se a doação for feita a um dos cônjuges, casado sob o regime da comunhão universal de bens.

e) *Inventário da meação*

Inventário tão-somente de metade ideal do imóvel sob a alegação de que a meação já pertencia ao cônjuge supérstite em razão da aquisição e do regime de bens.

Essa exigência, ou seja, levar a propriedade por inteiro a inventário, não é invenção do registrador. O espólio é uma universalidade de bens que só pela partilha será discriminada em duas metades individualizadas, integrando uma delas a meação do cônjuge sobrevivo.

Diz o art. 1.771 do CPC: no inventário serão descritos com individualização e clareza todos os bens da herança.

É certo que o direito do cônjuge supérstite à meação advém do regime matrimonial de bens e não *sucessionis causa*, mas tal não implica divisão dos bens em cotas. É apenas na partilha – no ato da partilha –, com prévia deliberação, que se versa acerca da divisão cômoda dos bens entre meeiro e herdeiros.

Assim, se se inventariar só a metade do imóvel, o formal não será registrado.

f) *Imóvel desfalcado*

Inventário em que se acreditou na informação do herdeiro, não se consultou o registro imobiliário e levou-se em consideração o imóvel tal como originariamente descrito, mas que já sofrera desfalque.

g) *Carta de arrematação deficiente*

Também não ingressa no registro imobiliário a *carta de arrematação na qual não se qualificou corretamente o executado e o arrematante ou na qual o executado aparece com estado civil diferente do que consta no registro imobiliário.*

h) *Cartas de adjudicação – Cautelas*

As cartas de adjudicação são deferidas e expedidas em grande parte em ação proposta contra pessoa jurídica. Exigem o cumprimento das mesmas formalidades legais bem como do respeito ao princípio da continuidade. A ação deve ser proposta contra quem seja titular no registro de imóveis.

A carta de adjudicação substitui a escritura pública e o registrador exigirá, para o registro, as certidões negativas de débitos previdenciários junto ao INSS e a Receita federal. O que poderá ser evitado, desde que, a pedido do autor, seja dispensada a apresentação das CNDS pelo juízo que expedir a carta. O registrador não poderá questionar a dispensa concedida judicialmente.

Da mesma forma, se se pedir o cumprimento de uma obrigação de fazer (art. 639 do CPC), a sentença substituirá a escritura que deveria ser outorgada pelo réu de quem, se for pessoa jurídica, será exigida, da mesma forma, a apresentação das CNDS para registro da carta.

A atividade da pessoa jurídica alienante também poderá ser questionada: se ela comercializa ou não imóveis e se a propriedade questionada faz parte de seu ativo circulante.

i) *Separação*

É muito comum a omissão de imóveis do casal em processo de separação. Ou a propriedade fica com os dois, extinguindo a sociedade conjugal e nascendo a econômica, ou ela é partilhada, o que exige expedição e registro do formal de partilha com as mesmas cautelas de qualificação real e pessoal, circunstância que deverá constar do processo, mesmo que o imóvel permaneça em condomínio.

j) *Doação a filhos no processo de separação*

Em processo de separação, é muito comum consignar-se que o imóvel do casal *será* doado aos filhos. Essa promessa de doação não tem ingresso no registro imobiliário. É ato jurídico inexistente. Na promessa não há o *animus donandi*. E se um dos cônjuges se recusar à escritura de doação? Teria de ser promovida uma ação para o cumprimento de obrigação de fazê-lo?

Isso pode ser evitado, se nos próprios autos for feita a doação – e não a promessa – aos filhos tais e tais, nominados e ali qualificados nem que seja com filiação e data do nascimento.

Se houver a doação nos próprios autos, o registrador aproveitará o titulo judicial para, depois de pago o ITBI, registrá-la.

k) *Doação a filho maior, no processo de separação*

Nota: A doação é um ato bilateral, no qual alguém oferece e outro aceita. E se os separandos quiserem doar a propriedade para um filho maior? Como fica o consentimento, se, no processo de separação, fizerem a doação a filho maior?

Acredito que o título pode ser aproveitado, desde que o filho maior ali mencionado *e qualificado* manifeste sua aceitação ao requerer o registro. Aliás, só por estar pedindo o registro do título, no qual aparece como donatário, já estará manifestando seu consentimento. Trata-se, na verdade, de uma aceitação tácita, deduzida do comportamento do donatário. Circunstância que constaria do registro.

l) *Retificação de área*

Mas não é só com referência a esses títulos que se deve buscar o rápido e correto desfecho.

Às vezes, o processo de retificação de área de imóvel é encaminhado para manifestação do registro imobiliário, depois de citados todos os confrontantes cujo rol é sempre fornecido ao advogado pelo cliente ou pelo perito.

No processo para o registro de imóveis, verifica-se, mediante os assentos imobiliários, que nenhum ou quase todos confrontantes mencionados não figuram como titulares dos imóveis lindeiros, o que obriga a recomeçar o processo por novas, prolongadas e custosas citações. Dono é quem tem a propriedade em seu nome no registro imobiliário.

Por isso é recomendável que o rol de confrontantes seja confrontado entre o chão e o registro imobiliário.

Diálogo com o advogado

2.13.1 Inventário

– Doutor, meu pai morreu, por isso eu gostaria que o senhor fizesse o inventário.

– Pois não. Morreu onde? Ele morava nesta cidade? Deixou viúva? Deixou herdeiros? São todos maiores e capazes? Não deixou testamento? Tem certeza? Deixou imóvel? Sim? Então providencie: certidão do registro imobiliário, certidão de óbito, uma cópia da certidão de casamento dos herdeiros casados, uma cópia do RG e do CPF de todos e da viúva, uma certidão municipal ou cópia do carnê do IPTU para se verificar o valor venal do imóvel.

Retorno.

– Veja bem, você me disse que mora no imóvel que ele deixou, mas no registro imobiliário consta apenas o terreno. Há necessidade de providenciar uma certidão do município para regularizar a construção bem como verificar se ela foi anterior ou posterior a novembro de 1966. Se foi posterior, há necessidade de se pedir uma certidão do INSS com referência a contribuições sobre mão-de-obra assalariada. Sem essa certidão, o registro de imóveis não vai averbar a construção.

O terreno no chão tem a mesma medida que consta do registro imobiliário?

Tem certeza de que seu pai não vendeu nenhum pedaço?

Observe. No registro imobiliário, seu pai ainda figura como solteiro. Há necessidade de averbar o casamento dele com sua mãe bem como inserir no RI a qualificação completa deles.

Ou então, não há necessidade de proceder ao inventário, uma vez que foi sua mãe quem recebeu de seu pai o imóvel em doação, com quem se casou depois de 1977, data da Lei do Divórcio, em regime da comunhão parcial de bens, segundo o qual os bens herdados, doados e legados não se comunicam.

Numa outra hipótese, o imóvel foi adquirido a título oneroso na constância do casamento, mas com dinheiro havido com a venda de outro imóvel próprio, ou seja, em substituição àquele, dando-se aí a sub-rogação real nos termos do art. 269, II, do CC.

Ou, por outra, eles eram casados em regime de comunhão universal, mas o imóvel foi doado para sua mãe com a cláusula de incomunicabilidade.

Numa outra hipótese, ainda, o mesmo caso anterior com a cláusula de inalienabilidade, que compreende a incomunicabilidade.

Não há necessidade de proceder ao inventário, numa outra hipótese, uma vez que o imóvel foi doado para seu pai e sua mãe. Nesse caso, a doação subsiste na totalidade ao sobrevivo nos termos do art. 1.178, par. ún., do CC.

Ou está tudo em ordem. Vamos fazer o inventário.

Como vocês querem a partilha?

É possível que, desde já, o imóvel fique para os filhos com usufruto para sua mãe?

Sim. Basta que se partilhe desta forma. A meação da viúva consistente do usufruto e a nua propriedade, para os herdeiros.

Mas ela não estará recebendo menos?

Não. Basta que se dê o mesmo valor para o usufruto e para a nua propriedade.

O já convencionado, que o usufruto equivalha a um terço do imóvel e sua propriedade a dois terços, é para fins tributários.

2.13.2 Na separação judicial

– Doutor, somos apenas usufrutuários do imóvel que usamos. Há muito tempo o doamos com reserva de usufruto. Consta da escritura que por morte de um passa para outro. Como é que fica?

– Como é que vocês querem?

– Queremos que fique só para ela, a mãe. É possível? Soube que não posso transferir o usufruto, que só iria de um para outro por renúncia ou morte.

– É verdade. O art. 717 do CC veda a alienação do usufruto. Mas como neste caso se trata de divisão, não haverá burla desse dispositivo. Pode-se convencionar que o usufruto fique só para ela.

Observe o cuidado que se deve ter com a coisa e as pessoas envolvidas num título judicial.

Não é só com referência aos títulos judiciais que se devem observar as cautelas apontadas. Na orientação dos títulos notariais ou particulares, devem os interessados ser alertados pelos profissionais do direito, para as eventuais conseqüências do ato pretendido.

Para ilustrar extraí dois casos da vida real.

Primeiro. Um casal de velhos procura um advogado ou tabelião para se orientar numa doação que pretendem fazer ao único filho.

O que comumente se pergunta?

– Com usufruto ou sem usufruto? Com cláusula de incomunicabilidade ou não?

– Sem usufruto, dizem os velhos. Temos aposentadoria e moramos em casa própria. Essa coisa que o senhor falou, o que é?

– Incomunicabilidade, isto é, o senhor pretende passar também para a nora ou não?

– Para a Luzia? É claro. É como uma filha. Trata bem do meu filho e dos meus netos. Faz um bolo de fubá com erva-doce que dá gosto!

E assim a escritura é lavrada. Mas, tempos depois, o filho donatário falece em acidente de carro.

A Luzia vai ao advogado para fazer o inventário.

O advogado lhe diz que a doação foi feita para os dois, Ou seja, metade para um e a outra metade para o cônjuge sobrevivo, razão pela qual prevalece a doação na totalidade feita pelos donatários – marido e mulher –, nos termos do art. 1.178, par. ún., do CC. Basta averbar o óbito e a circunstância no registro imobiliário.

– Posso até vender? Pergunta a Luzia.

– Pode.

Na missa de trigésimo dia, a Luzia flerta com o Pedrão, mestre de massas da padaria da esquina, já conhecido da família.

E o namoro começa.

– Ah! Se eu tivesse com que, proporia até casar com você e cuidar dos seus filhos! Diz o descamisado Pedrão.

– Eu vendo a casa, mudamos para outra cidade e dou o dinheiro para você montar uma pequena padaria lá, diz a Luzia.

De repente, seu Antonio e dona Maria, os doadores, ficaram sem o filho, sem a casa que doaram, sem os netinhos, que foram morar longe, e sem o bolo de fubá com erva-doce da Luzia.

Tudo isso poderia ser evitado com mais esclarecimento e a imposição da cláusula de incomunicabilidade ou a cláusula de reversão.

Segundo caso.

Fui procurado por um casal, dona Aurora e seu Farid, que, com muita economia, conseguiram comprar sete casas, para viverem do aluguel delas.

Tinham uma filha adotiva, casada.

Por isso, resolveram doar as sete casas, mesmo a que moravam, para a filha, casada em regime de comunhão universal de bens.

Disse ela que, por lapso, a reserva de usufruto não constou da escritura. A doação pura e simples foi imediatamente registrada.

O casal queria que fosse averbada uma re/ratificação para consignar a reserva de usufruto.

Foram informados de que o RI não procederia tal averbação, uma vez que o registro da propriedade plena já fora feito em nome dos donatários.

No entanto, os donatários, a filha e o genro, maiores e capazes, poderiam instituir o usufruto em favor deles, doadores, para consertar a asneira que fizeram.

Procurados a filha e o genro, que até então não tinham percebido o equívoco, os doadores esclareceram que a doação fora pura e simples.

Os donatários não só se recusaram a assinar a sugerida instituição de usufruto como também procuraram os inquilinos para que não mais pagassem aluguéis aos doadores, mas a eles, donatários, que passaram a exigir também dos doadores aluguel pelo imóvel que usavam.

Hoje eles já morreram. Talvez de desgosto.

Esse transtorno poderia ter sido evitado. Primeiro, se não tivesse sido doada coisa alguma e, segundo, se tivesse sido clausulado com cláusulas restritivas e reserva de usufruto para os dois com o direito de acrescer.

2.14 Penhora – Cautelas

As regras da penhora se aplicam ao arresto e ao seqüestro.

Penhora é a apreensão de bem do devedor obrigado ao pagamento da execução.

A penhora é registrada em cumprimento de mandado ou à vista de certidão do escrivão, na qual constem, além dos requisitos exigidos pelo art. 176, da Lei dos Registros Públicos – data, qualificação do devedor e do credor, valor da dívida, descrição do imóvel –, o nome do juiz, do depositário, o número do processo e a intimação do cônjuge.

Na ação de execução fiscal, a penhora é feita à vista da contrafé e cópia do termo ou do auto de penhora, bem como deve constar da peça processual a avaliação do imóvel.

Atualmente, é pacífico o entendimento de que, caso o devedor venha a alienar por qualquer forma seu imóvel sem que a penhora esteja registrada, haverá

a presunção de boa-fé do comprador, mesmo que a alienação tenha sido formalizada depois de efetivada a penhora no processo.

Haverá presunção de boa-fé, mas não absoluta, uma vez que na hipótese de evidente conluio do comprador com o vendedor – o advogado adquire o imóvel do cliente na véspera da penhora, por exemplo –, o juiz haverá de declarar ineficaz a alienação. Ou então, na iminência da constrição, o pai doa o imóvel aos filhos. Ou ainda, o imóvel, o vendedor e o comprador são de uma mesma cidade e o estado de inadimplência do alienante é de conhecimento público, contra quem há ações já distribuídas.

Graças à ausência de formalidades e requisitos indispensáveis nos respectivos títulos judiciais, o registro da penhora tem sido recusado, acarretando muitas vezes atritos entre registradores, advogados e até mesmo juízes.

São exemplos mais comuns disso a penhora sobre bem ainda a ser partilhado; o mandado ou certidão que não descreve o imóvel; a penhora que recai sobre o imóvel cujo executado tinha somente a nua propriedade; a penhora que recai sobre o imóvel cujo executado era apenas compromissário comprador da propriedade, razão pela qual a penhora deveria ter recaído sobre direitos de compromisso e não sobre a propriedade; e penhora feita sem a intimação do cônjuge.

Nota: Seja qual for o regime de bens, é indispensável que o cônjuge seja intimado da penhora de imóvel, cuja ausência vai gerar nulidade de pleno direito, a teor do art. 669, § 1.º, do CPC e reiterada jurisprudência.

É claro que o dispositivo enunciado diz respeito ao procedimento da penhora no processo executório, no âmbito do processo civil. No entanto, para atender a ordem, interpretando restritivamente os requisitos da Lei dos Registros Públicos, a matéria comporta discussão no campo registrário, na medida em que, se o cônjuge não for intimado – impossibilitando que ele ofereça embargos e livre sua meação –, a conseqüência será a alienação do bem em hasta pública, sem que o consorte e co-proprietário figure como disponente do bem, em flagrante agressão aos princípios registrários de continuidade e disponibilidade.

O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo tem decidido que a intimação do cônjuge é requisito formal do registro e que cabe ao oficial registrador examinar sua observância, mesmo que se trate de título judicial.

Isto posto, se o executado for casado e não constar a intimação do cônjuge, a penhora não será registrada.

Caso a penhora seja efetuada sobre imóvel de divorciado, que no registro imobiliário figura como casado, há necessidade de se saber o destino dado ao bem.

Da mesma forma, penhora sobre imóvel de separado, que ainda aparece no registro imobiliário como casado.

Penhora sobre imóvel de casado ou separado, que no registro imobiliário aparece como solteiro, o que se deve à influência do estado civil e sua repercussão no patrimônio do casal.

Penhora de apartamento ou outra unidade autônoma sem incorporação ou especificação regularizada.

Penhora sobre remanescente ainda não apurado.

Penhora sobre imóvel de sócio de pessoa jurídica executada sem que o juiz da execução, a pedido do exeqüente, tenha desconsiderado a personalidade jurídica.

Penhora sobre imóvel não mais em nome do executado. Se houve fraude à execução, o juízo do processo deverá decretar a ineficácia da alienação em relação ao credor – e tão-somente em relação a ele. Não há benefício para outros eventuais credores. Essa circunstância será averbada na matrícula do imóvel ensejando o registro da penhora efetuada nesse processo.

Penhora que recaiu sobre imóvel que não se comunicou ao executado, em razão do regime de casamento ou em razão de cláusula de incomunicabilidade.

Penhora de imóvel cuja construção ainda não foi regularizada no registro imobiliário. Mesmo que o registrador venha a registrar a penhora, essa circunstância deverá ser consignada no edital de leilão, porque o arrematante haverá de arcar com as despesas de regularização.

2.15 Alterações introduzidas pela Lei 10.444/2002

Ao lado de importantes mudanças operadas em vários dispositivos, a Lei 10.444, de 07.05.2002, modificou o § 4.º e introduziu o § 5.º ao art. 659 do CPC.

"§ 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 a presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o registro no ofício imobiliário, mediante a 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 localizam, 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. Bem entendido, o executado será o depositário seja intimado pessoalmente ou por seu advogado."

2.15.1 O que se alterou

Responsabilidade e atribuições do exeqüente

O exeqüente não paga a dívida nem é oferecido bem à penhora pelo executado; *se quiser*, deverá diligenciar para prover o juízo de certidão atualizada do imóvel sobre o qual poderá recair o gravame e desse mesmo juízo requerer depois a expedição de certidão para ulterior registro, que é de sua responsabilidade.

O juiz não expedirá mais o mandado para o registro imobiliário.

Incumbe ao exeqüente – e não mais ao juízo ou aos serviços auxiliares do juízo – a diligência de indicar o bem imóvel à penhora, com certidão atualizada do RI, e proceder ao conseqüente registro.

1. O exeqüente diligencia e apresenta certidão junto ao cartório judicial.

2. O escrivão lavra o auto ou termo (sem a presença de oficial de justiça).

3. O exeqüente pede uma certidão de inteiro teor do auto ou termo. *Verifica se ela preenche todas aquelas formalidades mencionadas até aqui quanto ao valor da execução, número do processo, imóvel, intimação do cônjuge, perfeita qualificação das partes etc.*

4. Sob pena de nadar e morrer na praia com a eventual transferência do imóvel pelo executado para terceiros, o exeqüente corre para registrar seu título de aquisição antes do registro da penhora e com a presunção de boa-fé do comprador.

Presunção juris et de jure *do registro da penhora*

A lei fixou a presunção absoluta de conhecimento de terceiros da penhora registrada. Isto posto, penhora não-registrada não pode atingir direitos de terceiros adquirentes, cuja boa-fé na aquisição ou na oneração haverá de ser sempre presumida, ou seja, até prova em contrário.

A publicidade registral foi robustecida pela regra ora estatuída pela Lei 10.444.

Com essa alteração, o registro de imóveis ficou ainda mais fortalecido como 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.

De acordo com essa lei, o registro independerá de mandado judicial, bastando, para tanto, certidão de inteiro teor do ato, ou seja, do auto ou do termo de penhora.

Com essa lei, a certidão será o título judicial a ser levado ao cartório de imóveis e deverá conter todos aqueles requisitos registrários: número do processo, valor da dívida, descrição da propriedade, número do registro e matrícula, qualificação das partes, intimação do cônjuge etc. Repito: *Valendo todas as observações de que falamos sobre os princípios registrários.*

O depositário será o executado a partir de sua intimação da penhora, feita pessoalmente ou mediante seu advogado. Diz a lei que a penhora 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.* Bem entendido, o executado será o depositário, depois de intimado pessoalmente ou na pessoa de seu advogado.

Pela nova sistemática da Lei 10.444, não haverá mais a concorrência do importante servidor oficial de justiça para diligências e consecução da penhora bem como para seu posterior registro.

Além de acabar com as cansativas e custosas precatórias, essa inovação deverá acabar também com os mandados de penhoras, que, de uma comarca para outra, exigem que se colha o "cumpra-se" do corregedor-permanente do registro de imóveis.

Se a execução corre em Araraquara, domicílio do devedor, cuja propriedade fica em Camapuã, para efetivação da penhora basta que o exeqüente providencie uma certidão de propriedade no registro de imóveis daquela localidade e a apresente ao juízo da execução; em seguida, ele deve solicitar uma certidão original de inteiro teor do auto ou termo lavrado e apresentá-la ao registrador de Camapuã, sem qualquer outra formalidade para o lançamento do registro na respectiva matrícula para ser oponível a terceiros.

Não haverá certamente necessidade de se colher qualquer despacho ou cumpra-se do juízo corregedor daquela comarca.

3. Conclusão

O cumprimento dessas regras registrárias evitará muito transtorno aos interessados quando do registro de seus títulos judiciais.

Finalmente, gostaria de sublinhar a excelente qualidade do serviço prestado pelo registro de imóveis brasileiro, bem como a esmerada distribuição de Justiça por parte do Judiciário no Brasil, em comparação com a dos demais países.

O juiz é cumpridor e aplicador da lei. Eventuais críticas têm sempre origem na aplicação da lei que ele não elaborou.

Gafes e equívocos forenses não constituem privilégio de país algum.

Conta o advogado espanhol Fernando Viscaíno Casas que, em Andalucía, uma mulher que acabara de enviuvar entrou para uma congregação religiosa da qual se tornou freira. Ao demandar o INSS pleiteando sua correspondente pensão de viúva, o juiz julgou improcedente o pedido, sentenciando que "la dama no podría considerarse viúda, ya que, notoriamente, las monjas están casadas com Dios" (*Las anecdotas de la Justicia*. 6. ed. Barcelona: Planeta, 1998).

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.6

TÉCNICA DE REDAÇÃO DA ESCRITURA PÚBLICA*

JOÃO TEODORO DA SILVA

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares – 2. Qualidades da redação técnico-jurídica: 2.1 Clareza; 2.2 Concisão; 2.3 Correção; 2.4 Precisão técnico-jurídica – 3. Estruturação da escritura pública: 3.1 Preâmbulo: 3.1.1 Ementa; 3.1.2 Data; 3.1.3 Lugar; 3.1.4 Nomeação dos participantes e seus dados pessoais; 3.1.5 Fé pública notarial de individualização; 3.2 Núcleo: 3.2.1 Declaração enunciativa; 3.2.2 Declaração de vontade; 3.3 Encerramento – 4. Observações e ressalvas de ordem gramatical: 4.1 Correlação de tempos verbais no contexto; 4.2 Regência verbal particularizada de tempo e lugar com a preposição *a* – 5. Observações de ordem técnica: 5.1 Continuidade da escrita; 5.2 Números por extenso; 5.3 Abreviaturas e siglas – 6. Observações de ordem jurídica: 6.1 Testemunha instrumentária; 6.2 Constituto possessório; 6.3 Evicção e denunciação da lide; 6.4 Transferência de domínio imobiliário – 7. Exemplificação comparativa de modelos de escritura pública de compra e venda – Bibliografia.

1. Considerações preliminares

Ante a abrangência do tema "Escritura pública notarial no novo milênio", vou limitar-me a tratá-lo apenas sob o aspecto da técnica de redação da escritura pública, sob uma ótica talvez inusitada e certamente inesperada, graças ao caminho das pedras que me proponho percorrer.

Preliminarmente, forçoso é reconhecer que o assunto não é nada novo para este milênio, uma vez que já deveria ter sido suficientemente estudado e incorporado ao dia-a-dia da atividade notarial, pelo menos desde a vigência do Código Civil de 1916.

Uma vez ignoradas as instituições do Direito Civil a que se filiou o Código de 1916, forçoso é reconhecer também que o notariado brasileiro só a partir de poucos anos passou a se ocupar do aperfeiçoamento técnico-jurídico, certamente influenciado pela salutar universalização da exigência de concurso público para provimento de serventia e remoção de uma para outra.

(*) IV Congresso Brasileiro de Notários e Registradores, Fortaleza-CE, de 10 a 14.11.2002.

O que me proponho hoje, ainda que tardiamente, mas aproveitando o pretexto da entrada em vigor do novo Código Civil, é provocar e – mais que isso – motivar os notários a fazerem grande esforço de adequação, a darem um salto direto do século XIX ao XXI em matéria de aprimoramento da escritura pública.

Considero esse ponto de vista inovador como pré-requisito para se conseguir a valorização da escritura pública, tão maltratada e vilipendiada no Brasil, em que pese a relevância dela para a boa ordem jurídica, a serviço da segurança e da certeza de seus atributos na permanente busca da paz social.

Em relação ao desenvolvimento paulatino da técnica redacional que vou expor, minha experiência vem do tabelionato de notas em Belo Horizonte, lá pelos idos de 1973, passa pelos seis anos de magistério, de 1991 a 1996, quando lecionei Prática Civil e Comercial, na Faculdade mineira de Direito da PUC-MG, oportunidade em que, no afã de abrir os olhos dos então futuros bacharéis em Direito, orientava-os sobre redação contratual, bem como sobre seu instrumento particular, com vistas à adequação pela melhor qualidade da teoria à prática.

A técnica redacional da escritura pública também já foi tema de palestra que fiz em encontro promovido pela Serjus, Associação dos Serventuários de Justiça do Estado de Minas Gerais.

No entanto, estou convencido de que tanto as escrituras públicas de minha lavra como minha palestra feita na última década passada ou passaram por olhos desatentos, ou toparam ouvidos moucos, o que espero não aconteça desta feita.

A propósito e sob pretexto – insisto – do Código Civil sancionado em 10.01.2002 e que já entrou em vigor, é necessário debruçar-se sobre as novidades trazidas por ele, posto que sua contribuição é significativa para o assunto em foco. Cogito que ainda se possa desenvolver um trabalho de recuperação do tempo perdido desde 01.01.1917... Estaria sendo demasiado otimista?

Relembro que, há quase vinte anos, enquanto juntava esforços para superar as praxes tradicionais, quando não juridicamente viciosas, em face do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973, deparei com um artigo que o estudioso tabelião Roberto Rodrigues da Cunha me enviou de Uberlândia-MG, de Ernst Muhr, professor da Escola de Administração de Empresas da FGV, em São Paulo, publicado na *Gazeta Mercantil* sob o título "Em favor do realismo nos livros dos tabeliães". Sensibilizado, há dias o reli. Espero que ele ainda venha a ser levado a sério. Transcrevo-o na íntegra.

"Quando eu era garoto, contavam a história do ferroviário, não sei se era da Mogiana, e portanto de Ribeirão, ou da Oeste, e de Ibiá, que estava para se aposentar e foi ensinar a um moço o serviço dele, que era bater com um martelo nas caixas de graxa dos vagões. E o sucessor, depois de uma série de pingues, perguntou para que era o tal de serviço, e o velho respondeu que isso nunca lhe tinham dito.

Lembrou-me isso a pergunta que fiz, outro dia, a um escrevente de cartório, sobre por que a pública-forma era feita por um tabelião e conferida por outro; será que não basta a jura, sinal público, rasa e não sei o que mais de um deles? E

ele não soube me responder, de modo que tendo a pensar que vem das Ordenações Filipinas, ou das Manuelinas, ou talvez mesmo do tempo das Afonsinas.

E acho que vem desse tempo o modo de escreverem os escreventes as escrituras. Começa com data e depois diz que 'compareceram perante mim tabelião, em meu cartório', as partes, que geralmente recebem o nome de primeiro outorgante e reciprocamente outorgado, e segundo outorgante e reciprocamente outorgado. E, se isso não me fosse encrencar com o juiz dos registros públicos, talvez fosse dizer outra coisa do que vou dizer agora, mas prefiro lembrar uma tia que sempre pergunta às crianças se o que dizem é verdade verdadeira ou se é potoca. E, no caso, acho que é potoca. Ou seja, são todos uns potoqueiros.

O dia que derem uma incerta em todos juntos e pedirem para ver todos os livros, vão descobrir que metade está fora para pegar assinatura de alguém. Portanto, não foi no cartório, nem perante o dito cujo. Mas eu pessoalmente não acho nenhum mal nisso; acho mal dizer uma coisa e fazer outra. Se a lei é essa, então é preferível mudá-la, porque não acredito que vão conseguir arrastar uma porção de gente que assina escritura, assim do tipo de diretor de banco, até a porta do cartório. O que vai arrastado mesmo é o livro.

Agora, quanto ao outorgado, passei uma noite dessas, meio de insônia, procurando a palavra no Código Civil, cuja fácil leitura recomendo. Hoje entendo muito bem por que a praça se chama Clóvis. Imaginem se Clóvis tivesse escrito assim o art. 1.131:

'Art. 1.131. Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o segundo outorgante e reciprocamente outorgado cair em insolvência, poderá o primeiro outorgante e reciprocamente outorgado sobrestar na entrega da coisa, até que o segundo outorgante e reciprocamente outorgado lhe dê caução de pagar no tempo ajustado.'

Acho que é em *Uma noite na ópera* que Grouxo Marx fala em *party of the first part and party of the second part* e assim por diante, o que mostra que nas plagas de lá as coisas eram semelhantes.

Eu, se fosse redator de escritura, daria nomes aos bois, tipo José e João, ou diria vendedor, comprador, *et cetera*, não diria que compareceram, quando nem chegaram perto, não diria que disseram, quando não disseram, e muito menos cada um por sua vez.

Por que não escrever simplesmente as condições do negócio e assinar? Embaixo, é claro.

Sabem por que eu acho que escrevem isso tudo? Porque antigamente ganhavam por linha, ou seja, uma alíquota específica, então interessava esticar o texto o mais possível. Mas depois inventaram a alíquota *ad valorem*, e não seria muito mais eficiente escrever menos? O Brasil não tem pressa, apud Beltrão?

P.S. *Prossimamente su questo schermo:* Como redigir ata de assembléia de sociedade anônima, dizendo que compareceu fulano, e elogiou seu antecessor, quando na verdade ele estava na Avenue Foch, assinando a escritura do apartamento da Renata?"

Com mínimos reparos, subscrevo ainda hoje o que – esbanjando sutileza e fina ironia – escreveu o lúcido Prof. Ernst Muhr. E aproveito o ensejo para expressar a satisfação de ter lido, quinze anos depois, em encarte especial do *Jornal do Notário* de abril de 1998, editado pelo Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, a valiosa contribuição do notário José Carlos Alves, sob o título "Os erros mais comuns na redação de uma escritura pública", em que mostra várias paisagens do caminho das pedras a percorrer no itinerário de superação dessa viciada velharia redacional que encaverna a atividade tabelioa no Brasil.

Iguais e outras paisagens começo a percorrer agora, seguindo este itinerário: primeiro, as qualidades da redação técnico-jurídica; depois, a estruturação da escritura pública; e, por último, alguns de seus muitos desatinos.

2. Qualidades da redação técnico-jurídica

Clareza, concisão e correção são atributos de qualquer redação, acrescidas, na prática de profissional do Direito, da precisão técnico-jurídica, especialmente a que se faz em linguagem instrumental.

2.1 Clareza

Este é o ponto de partida: expressão cristalina da idéia, ao alcance do entendimento comum das pessoas, mas sem concessões à linguagem popular (cuja primazia é da comunicação oral) e com privilégio das construções em ordem direta e em períodos curtos.

2.2 Concisão

Em seguida, perseguir o uso das palavras indispensáveis à expressão do pensamento, evitando adjetivações, adverbiações e frases explicativas que sobram. Por exemplo: vendedor, em vez de "outorgante vendedor"; comprador, em vez de "outorgado comprador"; primeiro permutante, em vez de "primeiro outorgante permutante e reciprocamente outorgado"; segundo permutante, em vez de "segundo outorgante permutante e reciprocamente outorgado"; vende, em vez de "vende, como de fato e definitivamente vendido tem, por esta escritura e na melhor forma de direito"; que se desfará a venda, em vez de "que fica ainda estipulado expressamente neste ato que se desfará a venda" etc.

A linguagem literária, em que têm lugar a criatividade, o efeito que impressiona, a licença poética, as conotações da subjetividade, as variações, os mistérios da dubiedade e os sentidos figurados, ela não se prende necessariamente a compromisso com a concisão, embora Ernest Hemingway, romancista norte-americano mundialmente consagrado, tenha aconselhado aos escritores irem direto ao assunto e cortarem o supérfluo ("stick in the point and cut everything else"), ao passo que nosso poeta maior, o mineiro itabirano Drumond de Andrade,

praticara seu ofício na convicção manifesta de que "a arte de escrever consiste em reduzir palavras".

Quanto à linguagem instrumental, essa sim há de primar pela objetividade, dispensa de ornamentos e, no melhor proveito das lições de Hemingway e de Drumond, pelo enxugamento do texto.

2.3 Correção

Ademais, com a atenção voltada para a simplicidade da estrutura da frase, há que não descuidar da observância das regras gramaticais do idioma nacional, sem preciosismos de estilo e de linguagem. A propósito, as sábias palavras de Confúcio, manifestadas há dois milênios e meio, até parecem dirigir-se aos descuidados notários brasileiros de hoje.

"Se a linguagem não for correta, o que se diz não é o que se pretende dizer; se o que se diz não é o que se pretende dizer, o que deve ser feito deixa de ser feito; se o que deve ser feito deixa de ser feito, a Moral e as Artes decaem, a Justiça se desbarata, as pessoas ficam entregues ao desamparo e à confusão.

Não pode, portanto, haver arbitrariedade no que se diz. É isto que importa, acima de tudo."[1]

2.4 Precisão técnico-jurídica

Por último e considerando apenas as quatro qualidades mais significativas, buscar sempre o emprego do termo adequado à expressão da idéia, de acordo com o vocabulário assente na técnica jurídica, mesmo consciente de que a terminologia especializada não é ordinariamente do conhecimento das pessoas leigas, mas sabendo que está ao alcance de sua compreensão, mediante consulta aos dicionários, às enciclopédias ou aos profissionais do ramo.

Exemplo comprometedor de falta de precisão técnico-jurídica no tabelionato de notas é designar a escritura pública de procuração como "procuração bastante", seguida da nomeação do outorgado como "procurador bastante" e arrematada com a concessão de "poderes bastantes".

Ora, para o notário que lavra a procuração, ela jamais é bastante, do mesmo modo que o procurador nunca é bastante nem o elenco de poderes é bastante, porque o qualificativo "bastante" implica juízo de valor que só pode ser feito pela pessoa a quem a procuração seja apresentada com o fito de produzir efeitos.

Logo, um tabelião de notas pode lavrar uma escritura pública de procuração com amplos poderes de administrar bens, a qual será considerada bastante pelo

(1) Apud Luís Carlos de Portilho (membro da Academia Mineira de Letras). *Golpes e revoluções, ponto final?*, p. 170.

locatário que, com o procurador, este em nome do proprietário outorgante, ajusta um contrato de locação; mas não será considerada bastante e há de ser recusada pelo tabelião a quem o procurador a apresenta com a finalidade de representar o vendedor na alienação de seu imóvel.

Também configura defeito técnico-jurídico designar o vendedor como "outorgante vendedor" e o comprador como "outorgado comprador". Pois compra e venda são contrato comutativo, o que significa haver equivalência de prestação e contraprestação, ou seja, um entrega a coisa e recebe o preço correspondente, enquanto outro recebe a coisa e paga o preço respectivo, de modo que o patrimônio de cada um não se altera, apenas seus componentes (coisa e dinheiro) mudam de posição. Assim, na compra e venda, diferentemente da doação pura, não há uma parte em posição ativa ("outorgante") e outra em posição passiva ("outorgado"); a rigor, ambos são "outorgantes", o que dispensa explicitações, uma vez que as palavras vendedor e comprador dizem tudo em sua concisão já recomendada.

3. Estruturação da escritura pública

Praxistas notariais brasileiros já ensaiaram uma estruturação para a escritura pública, a partir dos modelos em uso, porém praticamente voltados para a formulação da escritura de compra e venda, graças ao predomínio dela na atividade tabelioa.

Em seu *Direito notarial*: teoria e técnica, lá pelos idos de 1974, o consagrado jurista cearense e também notarialista Cláudio Martins procurou dar consistência a esses ensaios de estruturação (p. 122). É a partir dele que apresento e explicito meu esquema, na expectativa de fazê-lo alcançar a maior abrangência possível (com ressalva apenas para a escritura pública de procuração, graças à sua peculiar simplicidade de contrato preparatório ou habilitante). A meu ver, a escritura pública pode ser estruturada, desde que consideradas três partes: preâmbulo, núcleo e encerramento, com suas respectivas subdivisões.

3.1 Preâmbulo

3.1.1 Ementa

Nome jurídico e simples referência aos participantes do negócio jurídico.

3.1.2 Data

Momento (dia, mês e ano, às vezes também hora) de realização da escritura pública (art. 134, § 1.°, *a*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, I, do CC/2002), com o atributo de certeza que falta ao instrumento particular (art. 370 do CPC).

3.1.3 Lugar

Serventia notarial com indicação de endereço, distrito, município, comarca, Estado-membro e federação onde se realiza a escritura (art. 134, § 1.°, *a*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, I, do CC/2002), também com o atributo de certeza, uma vez respeitada a competência territorial do tabelião de notas (Lei Federal 8.935/94, art. 9.°).

3.1.4 Nomeação dos participantes e seus dados pessoais

3.1.4.1 Tratando-se de pessoa natural: nome, nacionalidade, estado civil, profissão, endereço, lugar do domicílio, número do documento de identidade e número de inscrição no CPF, indicando, ainda, se necessário, o regime de bens do casamento, o nome do cônjuge, a filiação, a naturalidade e a data de nascimento ou a idade (art. 134, § 1.°, *c*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, III, do CC/2002).

3.1.4.2 Com referência à pessoa jurídica (no que são omissos tanto o código velho quanto o novo): nome, endereço, lugar da sede social, número de inscrição no CNPJ, data e número de registro do ato constitutivo, nome(s) de seu(s) representante(s) com indicação de nacionalidade, estado civil, profissão, endereço, lugar do domicílio, número do documento de identidade e número de inscrição no CPF.

3.1.5 Fé pública notarial de individualização

Reconhecimento da identidade das pessoas naturais comparecentes, da legitimidade da representação das pessoas naturais e das pessoas jurídicas participantes, assim como da capacidade das partes e dos demais comparecentes (art. 134, § 1.°, *b*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, II, do CC/2002).

3.2 Núcleo

3.2.1 Declaração enunciativa

É referência meramente informativa para se chegar ao cerne do negócio jurídico. No ensinamento do civilista português Cunha Gonçalves,[2] chamam-se *declarações enunciativas* as que, feitas num contrato, poderiam ser suprimidas sem que o mesmo ficasse prejudicado em sua substância. Dou exemplo: numa escritura pública de compra e venda, a descrição minuciosa do objeto, a indicação pormenorizada de sua titulação de origem e as circunstâncias de sua disponibi-

(2) Cunha Gonçalves. Apud E. D. Moniz de Aragão. *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV, t. I, p. 221.

lidade. Dadas as características da declaração enunciativa, dela prescinde, em princípio, a escritura pública de procuração, graças à sua habitual simplicidade.

3.2.2 Declaração de vontade

É o cerne da escritura, que contém as estipulações dos participantes (art. 134, § 1.°, *d*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, IV, do CC/2002), incluindo, por exemplo, preço, modalidade de pagamento, transferência de direitos, assunção de obrigações, sub-rogação, condições, limitações, restrições e outras cláusulas ajustáveis, conforme cada caso, tudo em conformidade com os princípios e as regras do direito, bem assim com o respeito à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (art. 17 da LICC).

No núcleo da escritura pública, dou importância também à titulação das cláusulas, de modo a facilitar sobremaneira a leitura e o exame do documento. Nessa linha de proceder, o núcleo de uma escritura de compra e venda simples pode ser dividido em cláusulas assim tituladas: 1. *Objeto...*; 2. *Procedência...*; 3. *Disponibilidade...*; 4. *Preço e pagamento...*; e 5. *Transmissão...*

Já em escritura de doação, a cláusula com o título "Preço e pagamento" há de ser substituída por outra que pode ser designada como "Liberalidade". E várias outras adaptações se tornam necessárias em função de cada caso.

3.3 Encerramento

3.3.1 Aí se faz menção ao atendimento das incontáveis exigências legais e especificamente das fiscais (art. 215, § 1.°, V, do CC/2002), quase todas oriundas de uma legislação extravagante que a cada dia pode surpreender o tabelião de notas, por mais atento que seja. Os exemplos mais comuns são as anotações sobre o cumprimento de obrigações tributárias, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários e previdenciários, a apresentação de certidões referentes a ônus reais e feitos ajuizados, a comprovação de inexistência de débitos condominiais, o cadastramento de imóvel rural etc.

3.3.2 Também se faz menção à presença de testemunhas, caso seja necessário, nomeando e individuando-as, inclusive quando se tratar de signatário a rogo (art. 134, §§ 2.° e 5.°, do CC/1916 e art. 215, §§ 2.° e 5.°, do CC/2002).

3.3.3 Lança-se ainda a declaração notarial de ter sido feita a leitura do texto aos comparecentes ou de que todos leram (art. 134, § 1.°, *e*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, VI, do CC/2002).

3.3.4 Após feitas, em sendo o caso, as ressalvas de corrigendas e os acréscimos que se tornem convenientes ou necessários, colhem-se as assinaturas dos comparecentes (art. 134, § 1.°, *f*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, VII, do CC/2002).

3.3.5 Por último, assina o tabelião de notas ou seu substituto legal, encerrando o ato (art. 134, § 1.°, *f*, do CC/1916 e art. 215, § 1.°, VII, do CC/2002).

4. Observações e ressalvas de ordem gramatical

4.1 Correlação de tempos verbais no contexto

Consoante o modelo de escritura pública a ser adiante apresentado como exemplo da técnica de elaboração que venho pondo em prática, empenho-me em salientar que adoto uma inusitada correlação de tempos verbais em comparação com o estilo tradicional. Inusitada no Brasil, que se mantém fiel à herança lusitana, uma vez que me inspiro no estilo praticado generalizadamente nos outros países de notariado de tipo latino.

Explico-me: é da tradição brasileira constar da escritura pública que as partes "compareceram", que por uma delas "foi dito", que pela outra também "foi dito" e que as partes "pediram lhes lavrasse a escritura", ao que o tabelião atende referindo assim: "o que fiz em meu livro de notas". A narrativa é voltada para o passado, como se o tabelião fizesse uma audiência prévia com todos os comparecentes e só depois lavrasse a escritura. Ora, isso não se dá.

Outra curiosidade que se pode notar em escrituras translativas ou constitutivas de direitos reais imobiliários é uma dúplice correlação de tempos verbais que não consigo entender. Faz-se constar, por exemplo, que, de um lado, pelo vendedor, "foi dito" que *é* legítimo dono, que "vende" e que "transmite", ou seja, usam-se o verbo da narrativa no passado e verbo da declaração no presente; todavia, escreve-se em seguida que, de outro lado, pelo comprador, "foi dito" que "concordava" com a escritura, terminologia em que o verbo da narrativa continua no passado, enquanto o verbo da declaração vai inexplicavelmente para o pretérito imperfeito.

Essa tradição brasileira, se não surpreende, por força do hábito, nas escrituras públicas em geral, deveria espantar ao menos no caso da escritura pública de testamento, pois nela a narrativa com os verbos no presente do indicativo, ao contrário do uso corrente, afigura-se-me conseqüência inafastável do rigoroso princípio da continuidade do ato, minuciosamente preceituado no art. 1.632 do CC/1916, cujo teor não deixa dúvida quanto a se tratar de uma audiência do tabelião com o testador em presença das testemunhas, durante a qual, incontinenti, se fazem a escrituração e a leitura, bem como se colhe a assinatura de todos os presentes.

Com o advento do novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002), vigente a partir de 10.01.2003, o princípio da continuidade não mais será de rigor, pois o formalismo estará amenizado (art. 1.864), mas não se escapará do princípio da unidade do ato, no sentido abrandado de unidade do contexto. De qualquer modo, há de realizar-se a audiência para leitura e assinaturas, em ato contínuo, estando presentes o tabelião, o testador e as testemunhas.

Então, em face de tais e tantos desarranjos, prefiro, na busca de coerência, adotar, na narrativa de todas as escrituras públicas, a correlação dos tempos verbais mediante o uso do presente do indicativo tanto no relato quanto na declaração que se refira a uma realidade presente. Assim: os participantes *comparecem*; ou o testador *comparece*; uma das partes *me declara* que *é* legítima proprietária

e que *se obriga*; a outra também *me declara* que *concorda*; ou o testador *me declara* que *nomeia* legatário; os comparecentes *me pedem* lhes lavre a escritura, ou o testador *me pede*, o que *faço* em meu livro de notas.

4.2 Regência verbal particularizada de tempo e lugar com a preposição a

Como está no modelo de escritura pública de compra e venda que vou mostrar, adoto duas particularidades no emprego da preposição *a*, que às vezes provocam certa estranheza, motivo por que me sinto no dever de justificar.

Após a ementa da escritura, segue-se sempre a data, tradicionalmente iniciada com a expressão: "Aos tantos dias do mês tal do ano tal". Simplifico, escrevendo: "A 13 (treze) de novembro de 2002 (dois mil e dois)". Uso, portanto, a simples preposição *a* (desagregada do artigo os) como antecedente do complemento adverbial indicador de tempo, o qual, na linguagem contemporânea, vem preferencialmente precedido da preposição *em*.

Nesse passo mantenho a tradição consagrada desde os primórdios do idioma, ou seja, emprego a preposição *a* com sentido temporal na indicação de data, invocando, em abono de tal uso, o remotíssimo exemplo português de uma lei de D. João I, de 15.08.1422, em cujo final consta a notícia de sua publicação pelo lugar-tenente do Escrivão da Chancelaria dos Paços d'el Rei, em audiência, "aos vinte e dous dias d'Agosto do Anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil e quatrocentos e vinte e dous annos". A referida lei está transcrita em estudo valiosíssimo, ainda inédito, da autoria de Sérgio Jacomino, notarialista e registrador imobiliário de São Paulo, sob o título "Vésperas do notariado brasileiro: um passeio histórico às fontes medievais",* do qual tive a imerecida honra de ser aquinhoado com uma cópia.

Assim redijo (com a preposição *a* em sentido temporal) não por mero amor ao preciosismo, mas por variação estilística, uma vez que, a seguir, no texto usual das escrituras, aparecem duas vezes a preposição *em*, antecedendo complementos adverbiais de lugar ("*em* Belo Horizonte" e "*n*este Sexto Ofício de Notas", por exemplo).

A outra particularidade é o uso que faço da preposição *a* em contração com o artigo *a*, dando ensejo à crase (à), como antecedente do adjunto adverbial de lugar indicativo de endereço, isto é, denotando situação. Por exemplo: "instalado *à* avenida João Pinheiro, 33", ou "sito *à* alameda das Acácias, 13", "com endereço *à* praça da República, 1.311", ou "reside *à* rua Celestial, 2.002", ou "mora *à* rua Clóvis Bevilaqua, 1.916".

Em que pesem as afirmações categóricas de professores de português, no sentido de que a regência desses adjuntos se faz com a preposição *em*, indicativa de lugar com verbos (ou adjetivos deles derivados), que não contêm idéia de movimento, teimo em manter a regência com *a*, porque considero necessário

(*) Vide *RDI* 53.

distinguir *morar à rua tal e morar na rua*, do mesmo modo que todo mundo distingue, sem controvérsia, *sentar-se à mesa* e *sentar-se na mesa*. E invoco, em meu favor, a lição do inesquecível filólogo mineiro Aires da Mata Machado Filho, para quem, embora as duas regências tenham o abono dos bons escritores, a regência em *a*, como fruto de ultracorreção, faz o texto ficar imune de qualquer censura e lhe traz a vantagem de variar, com a preposição *a* indicando situação e a preposição *em* a indicar lugar onde, como no exemplo: "A solenidade será realizada *na* sede da empresa, *à* avenida dos Andradas".[3]

5. Observações de ordem técnica

5.1 Continuidade da escrita

É o cuidado indispensável de lavrar a escritura pública sem parágrafos, a fim de serem evitados espaços em branco. Ressalva-se, contudo, a conveniência, ao gosto de alguns datilógrafos ou digitadores, de enumerar cláusulas ou outras indicações em início de linha, caso em que o espaço em branco antecedente deve ser inutilizado com tracejamento.

5.2 Números por extenso

Outra cautela indispensável é a de, ao indicar números em algarismos, com referência a pontos relevantes da escritura, reproduzi-los também em linguagem vernácula, com o fito de evitar erros provenientes de troca de um algarismo por outro ou mudança de posição entre eles. Impõe-se tal providência, pelo menos:

– na data da escritura pública;

– na descrição de elementos caracterizadores do objeto, tais como número de logradouro público, de lote de terreno e de quadra, de área, de medidas e de fração ideal;

– na indicação da quantia do preço e das demais prestações pecuniárias;

– nas datas de início e de vencimento das obrigações dos contraentes; e

– nas percentagens e em outros indicadores que se refiram a obrigações dos contratantes.

5.3 Abreviaturas e siglas

A prudência recomenda evitá-las, tamanha a sua variedade, a criar obstáculo futuro para verificar do que se trata. Entretanto, não trazem problema se usadas repetidas vezes após ter-se feito constar do texto a menção completa. Tam-

[3] Jornal *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 12.11.1981 e 24.02.1983.

bém se me afiguram perfeitamente toleráveis abreviações rotineiras que não interfiram no conteúdo da escritura, a exemplo de CPF, CIC, CNPJ, DOI etc.

6. Observações de ordem jurídica

6.1 Testemunha instrumentária

Como o Código Civil só impõe a presença de testemunhas instrumentárias em escritura pública no caso de testamento e como, até 06.11.1981, o mesmo código era omisso quanto aos requisitos das escrituras públicas em geral, estas eram confeccionadas com duas testemunhas praticamente de aparência, por mera submissão às praxes, aos usos e aos costumes advindos do Direito português. Mas, com a Lei 6.952, de 06.11.1981, foram inseridos em parágrafos do art. 134 do CC os ansiados requisitos e, a partir de então (§ 5.°, mantido no art. 215 do CC/2002), ficou expresso que, nas escrituras públicas (salvo as de testamento, sujeitas a regras especiais), as testemunhas só se tornam necessárias para atestar a identidade de participantes não conhecidos do tabelião nem identificáveis documentalmente.

Em vista disso, é evidente que já passou o tempo de autores do porte de Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz e Jônatas Milhomens atualizarem os modelos de escritura pública de compra e venda insertos nas suas preciosas obras jurídicas adiante mencionadas, de modo a deles excluir as referências a testemunhas nos casos de rotina. Antes tarde que nunca.

E já é tempo, outrossim, de os tabeliães de notas abolirem, de vez, nas escrituras públicas, menção à dispensa de testemunhas com fundamento na citada Lei 6.952/81 ou com base em provimentos de Corregedoria de Justiça, porque, realmente, não se trata de dispensa. O caso se dá que não havia nem há exigência, ou, se existiu, no entendimento de tradicionalistas empedernidos, já faz vinte e um anos que não existe mais.

6.2 Constituto possessório

Preceituava o inc. IV do art. 494 do CC/1916 (não acolhido no art. 1.205 do CC/2002) que a posse pode ser adquirida pelo *constituto possessório*. Em paralelismo, o inc. V do art. 520 do CC/1916 (também não contemplado no art. 1.223 do CC/2002) estabelecia que por ele se perde a posse.

Eis aí os fundamentos legais da tradicional cláusula *constituti*, que já foi importante nas escrituras públicas de translação imobiliária e que hoje ainda as freqüenta, o mais das vezes em sentido contrário à realidade dos fatos, a revelar a ignorância de seu conteúdo e a sua inutilidade, que a faz merecedora de desprezo como se fora letra morta.

O constituto possessório, cada vez mais caindo em desuso, está fora de cogitação na grande maioria dos casos concretos que as tais escrituras configuram.

A realidade atual é que a estipulação da cláusula *constituti*, nas alienações imobiliárias, restringe-se a raros casos em que ainda tem proveito, isto é, apenas se ocorrer a continuidade do alienante na posse imóvel, já em nome do adquirente, quer a título de locatário, quer de comodatário. Clóvis Bevilaqua, ao comentar o art. 494 do CC, explicou seu significado em primorosa síntese, ensinando que é a "(...) operação jurídica em virtude da qual aquele que possuía em seu próprio nome passa, em seguida, a possuir em nome de outrem. Alguém compra um objeto e o deixa em poder do alienante, que assume o caráter de representante do adquirente. (...). A cláusula *constituti* não se presume; deve ser expressa ou resultar, necessariamente, de cláusula expressa, como quando o vendedor conserva o prédio em seu poder a título de aluguel".[4]

6.3 Evicção e denunciação da lide

A responsabilidade do alienante pela *evicção* é preceito legal (art. 1.107 do CC/1916, correspondente aos arts. 447 e 448 do CC/2002) restrito aos contratos onerosos e, portanto, em princípio, incabível em doações e cessões gratuitas de direito. A rigor, melhor seria não a mencionar nos casos de rotina, já que a obrigação está na lei e ainda para não ser uma causa de induzimento a equívoco quando se pretenda excluí-la. Porquanto, nesta última hipótese é que não basta omitir a referência à responsabilidade: o alienante, para eximir-se, há de fazer declaração *expressa* de que está ela excluída.

Cito como exemplo um caso que aconteceu comigo na atividade notarial. Um empresário, bacharel em Direito, mas que não advogava, ao solicitar-me fosse lavrada uma escritura pública para a venda que fazia de uma unidade imobiliária em loteamento de origem complicada, litigiosa, recomendou-me o cuidado de excluir do texto da escritura a cláusula da responsabilidade pela evicção, porque não queria assumi-la.

Chamei-lhe a atenção para a circunstância de que omitir a cláusula não significava desonerar-se, o que só aconteceria se eu fizesse constar expressamente da escritura a exclusão de tal responsabilidade. Minha orientação, todavia, provocou-lhe susto e lhe causou transtorno, porque não queria alertar o comprador no tocante a esse particularismo, com receio de perder o negócio. No entanto, não pôde escapar da induvidosa dicção do art. 1.107 do CC a respeito.

"Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade."

Talvez o hábito de se inserir indiscriminadamente a cláusula da evicção nas escrituras de translação imobiliária decorra de mau entendimento sobre a expressão "será obrigado o alienante", impropriedade constante do texto legal

(4) Clóvis Beviláqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. vol. III.

antigo e que o novo código elimina, ao dispor, peremptório, no art. 447, que "o alienante responde pela evicção".

O reflexo processual da responsabilidade pela evicção era, à época do Código de Processo Civil de 1939 (art. 95), a faculdade assegurada ao adquirente, autor ou réu na ação, de *chamar à autoria* o alienante, para defendê-lo, intervindo na causa como terceiro. Por isso, tornou-se hábito inserir, nas escrituras públicas de translação imobiliária onerosa, a obrigação do chamamento à autoria em corolário à da evicção. Cuidado dispensável, pois o instituto processual já não dependia de cláusula contratual expressa para ser utilizado.

O deslize de técnica jurídica em se fazer menção até hoje ao chamamento à autoria decorre da circunstância de que, desde 1973, quando entrou em vigor o atual Código de Processo Civil, a nomenclatura processual da intervenção de terceiros e a especificidade desta mudaram. Não existe mais o facultativo chamamento à autoria e sim a obrigatória *denunciação da lide* ao alienante, a fim de que o adquirente possa exercer o direito que da evicção lhe resulta. E passou a existir uma *nomeação à autoria*, mas com outra finalidade. Logo, se antes dispensável era a menção de chamamento à autoria na escritura pública, a partir de 1973 se tornou no mínimo uma impropriedade fazê-la constar com essa terminologia superada.

No entanto, é o que acontece na obra jurídica do venerando processualista Jônatas Milhomens. Ao compulsar seu conhecido *Manual de prática forense*, na 9.ª edição, de 1986, já durante a vigência, pois, do atual Código de Processo Civil, verifica-se que ele comenta, nas páginas 77 a 84, o novo instituto da *denunciação da lide* como ampliação e evolução do tradicional instituto do *chamamento à autoria*. Mas, noutra obra sua em co-autoria com Geraldo Magela Alves, sob o título *Manual prático dos contratos*, edição de 1996, p. 132, está reproduzido um modelo de escritura pública de compra e venda cheio de defeitos, do qual consta que os vendedores fazem a venda firme e valiosa, "respondendo pela evicção de direito em qualquer tempo, se chamados à autoria".

Melhor é omitir o supérfluo, mas, desprezado este conselho, que ao menos se faça referência correta ao instituto processual da intervenção de terceiro, escrevendo: *se denunciados à lide*. É o que decorre da evolução legislativa visível no confronto das seguintes disposições.

Chamamento à autoria – CPC de 1939

"Art. 95. Aquele que demandar ou contra quem se demandar acerca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou direito real, a fim de resguardar-se dos riscos da evicção."

Nomeação à autoria – CPC de 1973

"Art. 62. Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor."

Denunciação da lide – CPC de 1973

"Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindicar a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

(...)."

6.4 Transferência de domínio imobiliário

Antes do Código Civil de 1916, a doutrina divergia sobre o momento da transferência de domínio nos negócios imobiliários entre vivos. Para os adeptos da doutrina francesa, o contrato era título hábil a essa tradição ficta da coisa imóvel, ao passo que, para os cultores da doutrina romano-germânica ou mais proximamente germânico-suíça, a transferência de domínio necessitava de registro imobiliário do título causal da translação. Foi por esta corrente doutrinária que optou o Código Civil brasileiro de 1916 em seus arts. 530-I, 531, 532-II-III, 533, 676, 859 e 860, correspondentes no CC/2002 aos arts. 1.227, 1.245, 1.246 e 1.247.

Então, desde 01.01.1917, o tabelião de notas brasileiro não poderia mais fazer constar, em escritura pública de translação imobiliária, que o vendedor transmite domínio ao comprador *por força da escritura e na melhor forma de direito*. Primeiro, por ser erro crasso de técnica jurídica afirmar que a transferência de domínio se opera "por força da escritura"; e, segundo, porque o reforço da "melhor forma de direito" contém risível presunção, uma vez acoplada a erro que denuncia forma pior de fazer operar o direito. No entanto, o que se verifica, na prática, é que o modelo tradicional de escritura pública de compra e venda ignorou a sistemática adotada pelo Código Civil em vigor desde 1917 e o desafia até hoje por fidelidade ao direito anterior, impreciso e depois caduco.

O mais grave de tudo, a meu juízo, é a conivência dos meios jurídicos em face de tamanha insensatez. Nossos juristas e praxistas escrevem e ensinam uma coisa, mas a deslustram com modelo que mostra outra. Seguem alguns de inúmeros exemplos.

Em seu *Novo manual dos tabeliães: teoria e prática*, Sylvio Brantes de Castro mostrou conhecer o direito vigente, porém, no apego à tradição superada, a sobrepôs a ele logo a seguir, nestes termos contraditórios de sua lavra.

"Não obstante, pelo contrato de compra e venda, não transferir o vendedor ao comprador o domínio da coisa vendida senão depois da transcrição da respectiva escritura, nesta se consigna, como sempre se tem feito, que o vendedor transmite ao comprador esse mesmo domínio, bem como a posse, direitos e ação que sobre a coisa vendida exercia."[5]

Sylvio Brantes de Castro, em seus modelos, cultuou a tradição caduca, como fez o consagrado Cláudio Martins,[6] que, ao enumerar suas regras de elaboração

(5) Sylvio Brantes de Castro. *Novo manual dos tabeliães: teoria e prática*. 3. ed. 1953. p. 78.

(6) *Direito notarial: teoria e técnica*, p. 122-123.

da escritura pública, referiu-se, por último, com irrestrito acatamento, ao magistério de Serpa Lopes, segundo o qual, "entre nós, embora haja obrigação de transferir o domínio, o contrato de compra e venda não gera nenhum direito real, o qual somente surge, na venda imobiliária, após a transcrição do contrato no Registro de Imóveis". Todavia, para minha tristeza, no modelo de escritura de compra e venda apresentado pelo jurista e notário cearense, está escrito: "transmite, por força desta escritura e da cláusula *constituti*, todo o domínio, posse, ação e servidão".[7]

A notável e prolífica civilista Maria Helena Diniz, no primeiro dos cinco volumes de seu substancioso *Tratado teórico e prático dos contratos*, ao discorrer sobre a técnica contratual como arte aplicada, "visto que simplifica as formas, impondo apenas aquela que a lei considerar essencial à validade do negócio jurídico", consigna, logo em seguida, que a "técnica contratual deverá aliar a teoria e a prática, não podendo, portanto, dispensar a orientação doutrinária e jurisprudencial", para concluir, com chave de ouro, que será "preciso simplificar a elaboração dos contratos, utilizando-se de cláusulas que sinteticamente possam conter e expressar todo o pensamento dos contratantes".[8]

Depois, expondo o conceito e os caracteres do contrato de compra e venda, Diniz escreve magistralmente que ele é:

"Translativo de domínio, não no sentido de operar sua transferência, mas de servir como *titulus adquirendi*, isto é, de ser o ato causal da transmissão da propriedade gerador de uma obrigação de entregar a coisa alienada e o fundamento da tradição ou da transcrição. O contrato de compra e venda vem a ser título hábil à aquisição do domínio, que só se dá com a tradição e a transcrição, conforme a coisa adquirida seja móvel ou imóvel."[9]

Mais clara e convincente lição não é preciso procurar. Porém, quando ela faz a inserção do modelo textual, aí se trai, não se desvencilhando da prolixidade tradicional e nele fazendo constar que "assim desde já transfere a posse, domínio, direito e ações que sobre o imóvel exercia".[10]

Positivamente, os juristas brasileiros não se dedicam à arte de aprimorar a redação dos contratos em geral e das escrituras públicas em especial. Meu professor inigualável de Direito das Obrigações, Caio Mário da Silva Pereira, até hoje a primeira e quase sempre única fonte em que me abebero no diuturno aprendizado do Direito Civil, é a autoridade magistral de *Condomínio e incorporações*, título de uma obra com edições sucessivas há mais de quarenta anos, agora na 8.ª tiragem da 10.ª edição, de 2001. Pois na parte final dela está inserto um conjunto de modelos redigidos no estilo tradicional e defeituoso. Para meu maior dissabor, lá está, no primeiro modelo, relativo à escritura pública de compra e

(7) Op. cit., p. 124-125.

(8) Maria Helena Diniz. *Tratado teórico e prático dos contratos*, p. 277.

(9) Op. cit., p. 378.

(10) Op. cit., p. 509-510.

venda, o seguinte trecho repetido desde a edição inicial até a última, além da grafia errada do vocábulo *constituti*. É ver para conferir.

"(...) eles, outorgantes, lhes vendem e transferem, como de fato vendido têm o imóvel descrito e individuado na cláusula primeira, pelo que desde já lhes transmitem, por força desta escritura e da cláusula *constitui* [*sic*] toda a posse, domínio, direito, ações e servidões que sobre ele exerciam, (...)."[11]

Diante desses vícios tão arraigados, que fazer para elevar a escritura pública redigida pelo tabelião brasileiro a um patamar de qualidade técnico-jurídica?

A permanecerem as coisas assim, como convencer da seriedade do trabalho notarial o cidadão comum, a exemplo daquele que – logo depois de eu assumir o tabelionato, em 1973 –, orientado por um atendente de que deveria levar o traslado de escritura de compra de seu modesto lote de terreno para registrar na serventia imobiliária, com a informação intimidadora de que "quem não registra não é dono", pediu para falar com o tabelião e, encaminhado a mim, indagou, na sua simplicidade provida da melhor lógica: "Por que tenho de registrar a escritura para ser dono se ela diz que já sou dono?" A pergunta calou fundo na mente do notário que então engatinhava...

Até quando os juristas brasileiros vão dar suporte a esse estado de ignorância das coisas em uma área tão específica e procurada da atividade jurídica?

É a pergunta que deixo no ar neste início de novo milênio impregnado pela velocidade da informática, em que os programas de computador, por causa da falta de discernimento, absorvem toda a velharia bolorenta da escrita tabelioa, e em que os computadores das serventias notariais estão já com suas memórias contaminadas pelo vírus do desleixo redacional.

7. Exemplificação comparativa de modelos de escritura pública de compra e venda

Seguem, com dados fictícios, os textos de uma típica escritura pública de compra e venda de imóvel em dupla versão: uma no linguajar tradicional, exagerada e intencionalmente prolixo, repetitivo, desprovido de técnica; outra em linguagem mais enxuta e atualizada, com a preocupação de aprimoramento técnico-jurídico.

Modelo tradicional	Modelo atualizado
Escritura pública de compra e venda de bem de raiz que, nestas Notas, entre si fazem, de um lado, como transmitentes ou alienantes, JOVIANO FREITAS GARCIA RAMOS e sua mulher, e, de outro lado, como alienatária ou adquirente, MARINA VALDEMIRA	Escritura pública de compra e venda que outorgam JOVIANO FREITAS GARCIA RAMOS e sua mulher, como vendedores, e MARINA VALDEMIRA GONÇALVES DE VILHENA, como compradora.

[11] Op. cit., p. 495-497.

GONÇALVES DE VILHENA, no valor de R$ 100.000,00, tal como abaixo se declara.

Saibam quantos este público instrumento de escritura pública de compra e venda de imóvel urbano virem ou notícias suas tiverem que, no Ano do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo de dois mil e dois (2002), aos treze (13) dias do mês de novembro do dito ano, nesta cidade, Município e Comarca de Almas Santas, Estado de Minas Gerais, Estados Unidos do Brasil, e neste Cartório do 1.º Ofício de Notas, instalado na Avenida João Miramar, 333, perante mim, Tabelião, que esta subscrevo, e as duas testemunhas instrumentárias idôneas adiante nomeadas, qualificadas e no final assinadas, do que dou fé, compareceram, em pessoa, partes entre si justas, avindas, combinadas e contratadas, a saber: de um lado, como outorgantes vendedores, JOVIANO FREITAS GARCIA RAMOS, brasileiro, empresário, cédula de identidade RG xxxxx, CPF xxxxx, e sua mulher, JUVENÍLIA FEITOSA GARCIA RAMOS, brasileira, psicóloga, cédula de identidade RG xxxxx, CPF xxxxx, casados sob regime da comunhão de bens, residentes e domiciliados nesta cidade, na Avenida Alvorada, n. 201, Bairro Esperança, doravante denominados simplesmente outorgantes; e, de outro lado, como outorgada compradora, MARINA VALDEMIRA GONÇALVES DE VILHENA, brasileira, professora universitária, carteira de identidade RG xxxxx, CPF xxxxx, residente e domiciliada nesta cidade, na Praça das Serestas, n. 100, Bairro da Saudade, casada sob regime da comunhão parcial de bens com Valdomiro Guerra Faria Paz, doravante denominada simplesmente outorgada. Os presentes, todos juridicamente capazes, são reconhecidos como os próprios de que trato por mim, Tabelião, e pelas mesmas testemunhas adiante nomeadas, qualificadas e no final assinadas, também minhas conhecidas, do que dou fé. E, ante as prefaladas testemunhas, pelos mencionados outorgantes me foi dito, falando cada um por sua vez, que são senhores e legítimos possuidores, mansa e pacificamente, a justo título e aquisição legal, de um imóvel urbano constituído pela casa de número hum mil cento e onze (1.111) da Rua Oriente Próximo, no Bairro Serrano, na cidade, Município e Comarca de Belo Horizonte, Capital do Estado de Minas Gerais, com todas as suas dependências, instalações, benfeitorias, acessórios e pertences, e pelo seu respectivo terreno formado pelo lote de número dezenove (19) da quadra de número treze (13) do já mencionado Bairro

A 13 (treze) de novembro de 2002 (dois mil e dois), em Belo Horizonte, capital do estado de Minas Gerais, República Federativa do Brasil, e neste Sexto Ofício de Notas, instalado à avenida João Pinheiro, 33,

lavro esta escritura em que, perante mim, comparecem, *como vendedores*, JOVIANO FREITAS GARCIA RAMOS, empresário, cédula de identidade xxxxx, CPF xxxxx, e sua mulher, JUVENÍLIA FEITOSA GARCIA RAMOS, psicóloga, cédula de identidade xxxxx, CPF xxxxx, ambos brasileiros, casados sob regime da comunhão universal de bens, com endereço à avenida Alvorada, n. 201, bairro Esperança, no município de Almas Santas, Minas Gerais, onde têm domicílio;

e, como compradora, MARINA VALDEMIRA GONÇALVES DE VILHENA, brasileira, professora universitária, cédula de identidade RG xxxxx, CPF xxxxx, com endereço à praça das Serestas, 100, bairro da Saudade, no mesmo município de Almas Santas, casada sob regime da comunhão parcial de bens com Valdomiro Guerra Faria Paz.

Reconheço a identidade dos comparecentes e sua capacidade para este ato.

– Então, os vendedores me declaram:

1. OBJETO – que são legítimos proprietários da casa sita à rua Oriente Próximo, 1.111 (mil cento e onze), com o respectivo lote de terreno 19 (dezenove) da quadra 13 (treze) do bairro Serrano, em Belo Horizonte, cuja área é de 442,50m² (quatrocentos e quarenta e dois metros e cinqüenta decímetros quadrados), medindo 12,50m (doze metros e cinqüenta centímetros) à frente e aos fundos por 35,40m (trinta e cinco metros e quarenta centímetros) de cada lado, confrontando à direita com José Maria Teixeira, à esquerda com João Bosco Monteiro e aos fundos com Antônio Castro Neves, imóvel esse cadastrado na prefeitura municipal sob índice 1988 013 019 001-2;

Serrano, tendo a área de quatrocentos e quarenta e dois metros e cinqüenta *centímetros* [*sic*] quadrados (442,50m²), medindo doze metros lineares e cinqüenta centímetros (12,50m) de extensão na linha de frente e de fundos por trinta e cinco metros lineares e quarenta centímetros (35,40m) de cada lado, confrontando com imóvel de propriedade de José Maria Teixeira, na lateral direita, com imóvel de propriedade de João Bosco Monteiro, na lateral esquerda, e com imóvel de propriedade de Antônio Castro Neves, na linha de fundos, imóvel esse havido por força de escritura pública devidamente transcrita sob número 48.913, folha 194, livro 3-AU, no Cartório do Oitavo Ofício de Registro de Imóveis da Capital, estando completamente livre e desembaraçado de todos e quaisquer ônus reais ou responsabilidades pessoais, judiciais ou ainda extrajudiciais, litígios, hipotecas legais ou convencionais, penhoras, arrestos, seqüestros, laudêmios, foros ou pensões, inteiramente quite com a Fazenda Pública Municipal de impostos e taxas até a presente data, não estando sujeito a locação, seja a prazo fixo, seja por tempo indeterminado, e que, assim como possuem, eles, outorgantes, o imóvel acima descrito e caracterizado, acham-se, na verdade, justos e contratados, por bem da presente escritura pública e na melhor forma de direito, para vender dito imóvel à ora outorgada MARINA VALDEMIRA GONÇALVES DE VILHENA, como de fato e definitivamente por vendido lhe têm, neste ato e de hoje para sempre, com todas as suas benfeitorias, acessórios e pertences, sem limitação de espécie alguma, pelo preço e quantia certa, previamente convencionada e ajustada, de cem mil reais (R$ 100.000,00), importância essa que, neste ato e ocasião, confessam os outorgantes haver recebido da mesma outorgada, em moeda corrente do País, a qual contaram e acharam exata, perante mim, Tabelião, e as duas testemunhas presentes, do que dou fé, pelo que os outorgantes vendedores JOVIANO FREITAS GARCIA RAMOS e sua mulher dão à dita outorgada compradora MARINA VALDEMIRA GONÇALVES DE VILHENA a mais rasa, plena, geral, irrevogável e irretratável quitação de pagos e satisfeitos, para, em tempo algum, nada mais lhe pedirem ou qualquer outra, por motivo da presente escritura, e que, então, eles, outorgantes, desde já, cedem e transferem, na pessoa dela, outorgada, por força desta escritura e em virtude da cláusula *constituti*, toda posse, jus, domínio, direito, ação e servidão que exerciam até o presente momento sobre o imóvel descri-

2. PROCEDÊNCIA – que o imóvel foi comprado mediante escritura lavrada a 18 de novembro de 1968, na folha 88 do livro 29-D do Décimo Primeiro Ofício de Notas de Belo Horizonte, transcrita a 4 de dezembro de 1968, sob número 48.913, folha 194, livro 3-AU, no Oitavo Ofício de Registro de Imóveis;

3. DISPONIBILIDADE – que o objeto da translação está livre de ônus reais, fiscais e outros judiciais ou extrajudiciais, inexistindo, em relação a ele, ações reais ou ações pessoais reipersecutórias, o que é declarado para os efeitos do § 3.º do art. 1.º do Dec. Federal 93.240, de 09.09.1986;

4 – PREÇO E PAGAMENTO – que o objeto descrito é vendido pelo preço certo de R$ 100.000,00 (cem mil reais), já integralmente recebido da compradora, motivo por que lhe é dada plena quitação;

5 – TRANSMISSÃO – que, destarte, eles, vendedores, se obrigam pela transferência de domínio do objeto descrito à compradora, a efetivar-se com o registro desta escritura na serventia imobiliária, aqueles desde já transmitindo a esta a posse, os direitos e ações.

to e caracterizado, ora vendido, para que possa a mesma outorgada dele usar, gozar e livremente dispor como seu que é e fica sendo desta data em diante, comprometendo, como se comprometem, os outorgantes vendedores, já nomeados e qualificados, por si, seus herdeiros e sucessores, a fazer a presente venda sempre boa, firme e valiosa a todo tempo, respondendo pela evicção de direito, na forma da lei, em qualquer época, e obrigando-se ainda a defendê-la se chamados forem à autoria, pondo a outorgada a par e a salvo de todas as dúvidas e contestações futuras, do que eu, Tabelião, dou fé. Então, pela outorgada compradora, MARINA VALDEMIRA GONÇALVES DE VILHENA, falando por sua vez, ante as mesmas testemunhas, me foi dito e declarado que aceitava esta escritura em todos os seus expressos termos, tal como se acha redigida e como nela se contém e declara, para produzir os desejados efeitos jurídicos e para nada mais reclamar, em tempo algum, a qualquer título. Foram pagos os impostos devidos, conforme os conhecimentos e a certidão que me exibiram, os quais são do teor seguinte: PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE – DECLARAÇÃO PARA LANÇAMENTO ITBI INTER VIVOS – CS 039.651 06.11.2002 – 01 – Dados do adquirente – Nome MARINA VALDEMIRA GONÇALVES DE VILHENA – CPF xxxxx – Endereço de correspondência Praça das Serestas, n. 100, Bairro da Saudade, em Almas Santas-MG, CEP 99990-000 – Telefone xxxxx – 02 – Dados do transmitente – Nome JOVIANO FREITAS GARCIA RAMOS – CPF xxxxx – Endereço Av. Alvorada, n. 201, Bairro Esperança, em Almas Santas, MG, CEP 99990-000 – Telefone xxxxx – 03 – Dados da transmissão/cessão – Natureza da transmissão/cessão compra e venda – Valor da transação R$ 100.000,00 – 04 – Dados do imóvel – Índice cadastral 1988 013 019 001-2 – Percentual a ser avaliado 100% – Área terreno 442,50m² – Área construção 125,00m² – Endereço Rua Oriente Próximo, n. 1.111, Bairro Serrano – 05 – Termo de responsabilidade – Declaro sob as penas da lei serem verdadeiras as informações e os documentos apresentados – Assinatura do adquirente ou representante legal (a) Marina Valdemira Gonçalves de Vilhena – Data 06.11.2002. PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE – GUIA DE RECOLHIMENTO – DEPÓSITO IDENTIFICADO – Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis por ato Oneroso Inter Vivos – ITBI – Número documento 391522-0 – Nome do adquirente MARINA VALDEMIRA

– A seguir, a compradora me declara que concorda com esta escritura.

– A pedido dos comparecentes, lavro a escritura em meu livro de notas. Foram-me apresentados e ficam arquivados aqui nesta serventia notarial, sob número 1.203/2002-N, os documentos seguintes: a) declaração para lançamento de ITBI *inter vivos* protocolizada na Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, sob número CS 039.651, em 06.11.2002; b) guia de recolhimento ITBI *inter vivos* de número 391522-0, contendo a avaliação do imóvel descrito em R$ 110.000,00 e a apuração do imposto em R$ 2.750,00, mais taxa de certidão em R$ 7,42 e taxa de expediente em R$ 3,29; c) comprovante do recolhimento do ITBI e das taxas, com o seguinte teor: "11.11.2002 – BANCO DO BRASIL – 10:11:50 – 349017019 – COMPROVANTE DE DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE EM DINHEIRO – CLIENTE: PAGAMENTO ITBI PBH – AGÊNCIA: 1615-2 – CONTA: 6.000-3 – DATA 11.11.2002 – NR. DOCUMENTO 391.522-0 – VALOR DINHEIRO R$ 2.760,71 – VALOR TOTAL R$ 2.760,71 – NR. AUTENTICAÇÃO 6.820.A69.623.8C6.E20"; d) certidão de IPTU para fins de ITBI de 13.11.2002, válida por noventa dias, expedida pela Secretaria Municipal da Coordenação de Finanças da Secretaria Municipal de Arrecadações, sob número 065511/2002-54, índice cadastral 1988 013 019 001-2, em cujos termos, ressalvado o direito de a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte cobrar débitos posteriormente apurados, a Gerência de Dívida Ativa da Secretaria Municipal de Arrecadações certifica que o contribuinte se encontra quite com a Fazenda Pública Municipal; e) certidões de 11.11.2002, expedidas por todos os Ofícios de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, nos termos das quais não há inscrição de ônus reais, de penhoras, arrestos ou seqüestros, nem inscrição de citação de ações reais ou ações pessoais reipersecutórias relativamente ao imóvel descrito. Foram cumpridas as exigências documentais constantes da Lei Federal 7.433, de 18.12.1985, tal como regu-

GONÇALVES DE VILHENA – CPF xxxxx – Endereço do imóvel Rua Oriente Próximo, n. 1.111, Bairro Serrano – Endereço para correspondência Praça das Serestas, n. 100, Bairro da Saudade, em Almas Santas-MG – Nome do transmitente JOVIANO FREITAS GARCIA RAMOS – Natureza da transmissão/cessão compra e venda – Índice cadastral 1988 013 019 001-2 – Cálculo do imposto, bases de cálculo e alíquotas aplicadas – Valor venal do terreno R$ 25.000,00 – Valor venal de construção R$ 35.000,00 – Valor da transmissão/cessão —————— R$ 100.000,00 – Valor base cálculo – R$ 110.000,00 – Taxa certidão R$7,42 – Taxa expediente R$ 3,29 – Valor do imposto R$ 2.750,00 – Total a pagar R$ 2.760,71. 11.11.2002 – BANCO DO BRASIL – 10:11:50 – 349017019 – COMPROVANTE DE DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE EM DINHEIRO – CLIENTE: PAGAMENTO ITBI PBH – AGÊNCIA: 1615-2 – CONTA: 6.000-3 – DATA 11.11.2002 – NR. DOCUMENTO 391.522-0 – VALOR DINHEIRO R$ 2.760,71 – VALOR TOTAL R$ 2.760,71 – NR. AUTENTICAÇÃO 6.820.A69.623. 8C6.E20. Declaram os outorgantes vendedores que inexistem ações reais ou pessoais reipersecutórias relativas ao imóvel da presente. Estão arquivados nestas Notas os documentos exigidos pelo § 2.º, art. 1.º, da Lei 7.433/85, dos quais as partes têm pleno conhecimento. Emitida Declaração sobre Operações Imobiliárias CF/IN/SRF/ 129/ 80. Foi pago o imposto sobre maior quantia por exigência do Fisco. De como assim o disseram e por se acharam dessa forma perfeitamente ajustados e concordes, as partes me pediram que lhes lavrasse a presente escritura, o que fiz em meu livro de notas, por me ter sido distribuída pelo bilhete número (sem distribuição, conforme Instrução 225/94 da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais), arquivado em cartório juntamente com os demais documentos mencionados, que ficam fazendo parte integrante desta escritura, a qual, sendo-lhes lida ante as testemunhas, acharam-na em tudo conforme, reciprocamente a outorgaram, aceitaram e assinam com as mesmas testemunhas que são: dispensada a presença das testemunhas de acordo com a Lei 6.592, de 06.11.1981, do que tudo dou fé. Eu, Zenóbio da Costa Pereira, Escrevente Juramentado, a escrevi. Eu, Abelardo Benevides Castro, Tabelião, a subscrevi e assino em público e raso. Almas Santas, 13.11.2002. (Seguem as assinaturas).

lamentada pelo citado Dec. 93.240/86 e conforme a Instrução 192, de 24.10.1990, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. EMITIDA A DECLARAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS CONFORME IN/SRF/56/2001. Sendo lida a escritura, as pessoas comparecentes, verificando sua conformidade, a outorgam, aceitam e assinam. Eu, Margarida Jardim Flores, escrevente notarial, a digitei. Eu, João Teodoro da Silva, tabelião de notas, dou fé e assino, encerrando este ato. (Seguem as assinaturas).

Bibliografia

ALVES, José Carlos. "Os erros mais comuns na redação de uma escritura pública". *Jornal do Notário – Colégio Notarial do Brasil-SP*. Encarte especial, ano II, n. 17, São Paulo, abr. 1998.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, vol. IV, t. I.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. vol. III.

CASTRO, Sylvio Brantes. *Novo manual dos tabeliães: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, [1953?].

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. "Breves aconselhamentos sobre a técnica de arrazoar recursos". *Revista Jurídica Mineira* 102/19-23, ano X, Belo Horizonte, jul.-ago. 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1.

FREIRE, Natália de Miranda. *Técnica e processo legislativo: comentários à Lei Complementar 95/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARTINS, Cláudio. *Direito notarial: teoria e técnica*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFCE, 1974.

MILHOMENS, Jônatas. *Manual de prática forense: civil e comercial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

——— e ALVES, Geraldo Magela. *Manual prático dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEGRÃO, Theotonio. "A linguagem do advogado". *RePro* 49/83-90, ano XIII, São Paulo, jan.-mar. 1988.

PEREIRA, Antônio Albergaria. "Clareza na redação de escritura pública". *Diário das Leis Imobiliário (BDI)* 22/28-29, São Paulo, 1. dec. ago. 2000.

———. "Conclusão e encerramento de escritura pública". *Diário das Leis Imobiliário (BDI)* 17/29, São Paulo, 2. dec. jun. 1999.

———. "Escritura de doação com constituto possessório". *Diário das Leis Imobiliário (BDI)* 13/28-29, São Paulo, 1. dec. maio 1999.

———. "Escritura pública. Característicos especiais da escritura pública. Identificação e qualificação das partes em escritura pública. Partes da escritura pública. Escritura de venda e compra". *Boletim do Direito Imobiliário (BDI)* 26/23-27, São Paulo, 2. dec. set. 1995.

———. "Evicção". *Diário das Leis Imobiliário (BDI)* 34/29-30, São Paulo, 1. dec. dez. 1999. (Com a colaboração do advogado Amilton Navarro no *BDI* 7/30, 1. dec. mar. 2000, em comentário ao artigo citado.)

———. "Redação da escritura pública". *Diário das Leis Imobiliário (BDI)* 14/27-29, São Paulo, 2. dec. maio 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed., 8. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PORTILHO, Luís Carlos de. *Golpes e revoluções, ponto final?: reflexões de um constituinte amador*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1987.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.7

ALGUMAS LINHAS SOBRE A ATIVIDADE NOTARIAL

ALEXANDRE REZENDE PELLEGRINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Serviços notariais: 2.1 Direito notarial: 2.1.1 Breve histórico da origem e do desenvolvimento do notariado; 2.2 Função notarial; 2.3 Fé pública: 2.3.1 Fé pública notarial; 2.4 Instituições da comunidade – 3. Prevenção de litígios: 3.1 Caráter cautelar: 3.1.1 Assessor jurídico; 3.1.2 Polícia-jurídica; 3.1.3 Redator especializado; 3.2 Caráter de jurisdição voluntária; 3.3 Tabelionato de protestos – 4. Considerações finais – Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho objetiva abordar os serviços notariais, partindo da premissa de serem considerados como instituições da comunidade na prevenção de litígios.

Escolheu-se o assunto face à escassa bibliografia nacional, procurando demonstrar a importância que o notariado exerce numa sociedade organizada, buscando subsídios na doutrina nacional e estrangeira. O interesse pelo tema resulta da própria atuação no campo notarial, tentando oferecer aos demais operadores do direito uma visão mais detalhada do que seja a atividade notarial.

De longa data a função notarial mostra-se de suma importância ao direito. Desde a antiguidade mais remota o tabelião se fez presente no desenvolvimento da civilização que, por meio de suas atestações lastreadas na autenticidade e na fé pública, confere segurança jurídica nas relações privadas.

Os mais desavisados talvez não consigam ver o notariado como instituição voltada exclusivamente ao público, como órgão que lhes oferece segurança e garantia de firmeza na regulamentação de seus negócios privados, mais precisamente no que tange à propriedade imobiliária. Acham que são serviços burocráticos a entravar os negócios particulares, que nada mais fazem do que aporem um carimbo nos documentos que a ele são submetidos, sem a intenção de prevenir. Sem falar nos elevados ganhos de alguns titulares de serventias.

Os serviços notariais são instituições seculares. No Brasil tiveram tratamento diferenciado, sendo o marco divisório a Constituição Federal de 1988.

No regime anterior à atual Carta Política, referidos serviços faziam parte da estrutura do Poder Judiciário, integrando o chamado foro extrajudicial, como

serviços auxiliares do Poder Judiciário. Eram disciplinados pelos Códigos de Organização Judiciária dos Estados das unidades da federação.

Os titulares desses serviços eram considerados funcionários públicos, vinculados ao Poder Judiciário, denominados serventuários da justiça.

Com a atual Constituição Federal, os serviços notariais, ao lado dos de registro, foram colocados dentro do capítulo das disposições constitucionais gerais, deixando de fazer parte integrante do Poder Judiciário, corrigindo, assim, o erro crasso até então existente. Dispõe o art. 236 da CF: "Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público".

A Lei 8.935, promulgada em 18.11.1994, foi um grande avanço para a classe notarial e registral, sendo apelidada de Leonor (Lei Orgânica dos Notários e Registradores). Veio regulamentar o art. 236 da CF, exceto sobre os emolumentos.

Somente em 29.12.2000, passados mais de doze anos da promulgação da Carta Magna, a Lei 10.169 veio regular o § 2.º do seu art. 236, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Os serviços notariais são atividades exercidas em caráter privado, através de delegação do Poder Executivo que outorga a um particular a sua execução, sob fiscalização do Poder Judiciário, provendo os respectivos cargos após aprovação em concurso público de provas e títulos.

Estão definidos no art. 1.º da Lei 8.935/94 como serviços "de organização técnica e administrativa, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos".

Assim, o Estado transfere administrativamente a execução dos serviços notariais aos titulares desses serviços, os quais são explorados por meio de uma delegação legal.

Como tais, devem se amoldar nos princípios aplicáveis aos serviços públicos em geral, fornecendo aos seus usuários serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, com fundamento no art. 4.º da Lei 8.935/94 c/c o art. 22 do CDC (Lei 8.078/90). Os emolumentos, que são a retribuição pelos serviços prestados, devem obedecer aos princípios da modicidade e razoabilidade, no sentido de estarem ao alcance dos usuários.

Aqui, os titulares desses serviços serão tratados como delegados, técnicos, pessoalmente responsáveis pelos seus atos profissionais, nos termos em que se acha esculpido o art. 3.º da Lei 8.935/94: "Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais de direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro".

Gozam, também, de independência no exercício de suas funções, conforme art. 28 da Lei Orgânica: "Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições...".

Notários e registradores são profissionais do direito, autônomos, assim como o advogado e o médico, ou seja, não estão inseridos em nenhuma esfera da Administração Pública, a quem restou delegado o exercício da atividade notarial e de registro. Atuam como se profissionais liberais fossem, não percebendo remuneração dos cofres públicos, nem sequer integram a estrutura administrativa do Estado.

2. Serviços notariais[1]

Os serviços notariais são exercidos pelo tabelião, que poderá ser de notas ou de protestos. Aqueles, que também são chamados de notários, estão incumbidos de formalizar a vontade lícita das partes, quer na instrumentalização dos contratos e demais atos jurídicos em seu livro de notas, quer como verdadeiro juiz, agindo com imparcialidade na regulação dos negócios e atos da vida privada dos particulares que são dirigidos a seu ofício, conferindo-lhes segurança jurídica. É, pois, o receptáculo das vontades lícitas.

Os segundos, denominados tabeliães de protesto de títulos, são profissionais do direito encarregados de comprovar o inadimplemento de uma obrigação consubstanciada num título de crédito ou qualquer outro documento de dívida.

Infelizmente o notariado brasileiro não recebeu até hoje tratamento legislativo condigno, eis que não possui legislação própria. Há, porém, setores desse grande ramo jurídico que possuem normas específicas, como as escrituras públicas, testamentos e protesto de títulos, por exemplo. Já os serviços registrais estão bem mais consolidados. Desde meados do século XIX vêm sendo promulgadas normas disciplinadoras dos registros. A Lei 6.015/73, de 31.12.1973, com as alterações, é o diploma legal normatizador dos registros em vigor.

Carecemos de uma reforma e estruturação da instituição e da atividade notarial para se amoldar à dos países com o regime do notariado mais desenvolvido e avançado, dando a ela linhas normativas que se coadunem com as altas funções que cabem ao notário. Foram elaborados anteprojetos de leis para a regulamentação do notariado pátrio, não logrando êxito no Congresso Nacional, entre eles um de autoria do então titular do 1.º Tabelionato de Novo Hamburgo-RS, Tabelião Carlos Luiz Poisl, por intermédio do Colégio Notarial.

2.1 Direito notarial

Rufino Larraud define o direito notarial como "el conjunto sistemático de normas que establecen el régimen jurídico del notariado".[2]

(1) A primeira vez que este termo apareceu na legislação pátria foi em 1988, no art. 236 da CF.

(2) LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1969. p. 83.

No II Congresso Internacional do Notariado Latino, realizado na cidade de Paris, França, no ano de 1954, ficou estabelecido o seguinte conceito ao direito notarial: "É o conjunto de disposições legislativas, regulamentárias, usos, decisões, jurisprudências e doutrinas que regem a função notarial e o instrumento público notarial".[3] E, após a citação de diversos conceitos atribuídos ao direito notarial, conclui como sendo o "ramo do direito que tem por finalidade o estudo científico das relações de direito privado que tenham como objeto o ato notarial".[4]

O notário Leonardo Brandelli[5] traz à tona o conceito de direito notarial atribuído por vários autores:

"É o ramo científico do Direito Público que, constituindo um todo orgânico, sanciona com a Fé Pública as relações jurídicas voluntárias e extrajudiciais mediante a intervenção de um funcionário que atua por delegação do Poder Público."[6] "Es la especialidad, dentro del estudio de la ciencia jurídica, que se ocupa del Notariado".[7] "É o conjunto de princípios e normas de direito adjetivo privado que presidem a organização e funcionamento da instituição notarial e à teoria e técnica dos atos e contratos que lhe correspondem".[8]

E o conceitua como "o aglomerado de normas jurídicas destinadas a regular a função notarial e o notariado".[9]

É o ramo do direito que disciplina a atividade notarial.

2.1.1 Breve histórico da origem e do desenvolvimento do notariado

O direito notarial ou o notariado, que designa a instituição notarial, surgiu de uma grande necessidade. Desde a mais remota Antigüidade as civilizações precisavam guardar na memória alguns fatos da vida das pessoas.

Esse processo de memorização iniciou com a tradição oral, onde os fatos eram presenciados pelos membros da comunidade e a alguns deles era incumbido o encargo de guardá-los. Como a memória humana é falha, o sistema não prosperou, pois o homem não tem o privilégio de armazenar, no cérebro, acontecimentos durante toda a vida. Alguns permanecem sempre; outros, com o tempo, são esquecidos.

(3) MÂNICA, Sérgio Afonso. "Conceito de direito notarial". *Informativo do Colégio Notarial do Brasil* 4/1, Secção do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, mar. 1998.

(4) MÂNICA, Sérgio Afonso, op. cit., p. 1.

(5) BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 78.

(6) Cf. Mengual y Mengual apud BRANDELLI, Leonardo, op. cit., passim.

(7) Cf. Francisco Martinez Segovia apud BRANDELLI, Leonardo, op. cit., passim.

(8) Cf. Claudio Martins apud BRANDELLI, Leonardo, op. cit., passim.

(9) Idem, ibidem, p. 79.

A comunidade estava dedicada a seus afazeres e diante disso os negócios não mais poderiam se dar daquela forma. Assim, surgiu outro sistema, no qual era nomeado um representante de cada classe para testemunhar os fatos e transmitir aos demais integrantes de seu grupo. Eram cinco pessoas que representavam cinco classes, chamadas testemunhas instrumentárias. Também foi falho esse método, pois tinha por base a memorização. Tais recursos, frágeis e fugáveis, precisavam ser substituídos.

Partindo desse sistema surge a escrita, revelando-se como a maneira mais fácil de guardar os fatos. Em princípio, esses escritos seriam inalteráveis por séculos.

Num determinado momento houve a necessidade de uma pessoa transmitir, através da escrita, os fatos presenciados. Foi quando surgiu o notariado, mais precisamente na sociedade romana. Então, como se vê, a atividade notarial é uma das mais antigas do mundo.

Na Roma Antiga diversas categorias de pessoas dedicavam-se à arte da escrita. Sobre elas os pesquisadores assentaram suas pesquisas. A contratação era feita oralmente, através do uso de formas solenes na praça central da cidade, que era onde os negócios se realizavam. Dessa forma, todos tomavam conhecimento, não precisando de maiores formalidades.

Com a expansão do Império Romano, Roma modificou-se. Aquela comunidade pacata não era mais a mesma. O perfil da cidade alterou-se. Os costumes também mudaram. Surgiram os vigaristas que, por interesses outros, não honravam suas palavras.

Abriu-se um mercado novo de trabalho. Um indivíduo emprestava suas aptidões para os serviços da comunidade, ficando na praça.

Havia quatro categorias de profissionais em Roma: *argentari, tabularii, notarii* e *tabelliones*.

Os primeiros eram "espécie de banqueiros que conseguiam dinheiro por empréstimo para particulares, elaborando o contrato de mútuo e registrando em livro próprio o nome e o cognome do devedor".[10]

Os *tabularii* faziam a escrita fiscal, o censo das pessoas, o recolhimento de impostos e, eventualmente, algum ato do estado das pessoas. Suas funções eram estatais, administrativas. Nessa época não existia o papel. Utilizavam tábuas recobertas com cera onde escreviam com objeto pontiagudo.

Os *notarii* eram peritos na arte da escrita, exercendo suas atividades no Fórum, acompanhando as sentenças prolatadas oralmente, sem ser funcionários estatais. Já que possuíam muito conhecimento da arte escrita, tinham atribuição de redigir atos particulares. "Escreviam suas notas com tal rapidez, que por muito depressa que se pronunciassem as palavras a mão ia mais depressa ainda".[11]

(10) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 29.

(11) Segundo Antonio Augusto Firmo da Silva, citado por BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 29.

Já os *tabelliones* eram aqueles que pediam licença ao Poder Público para se instalar na praça e transportar os negócios para os papéis. Utilizavam-se tabuinhas cobertas com cera e depois passavam ao pergaminho. Tabuinha designava *tabella*, que deu origem ao nome tabelião. Chega, então, um momento em que a sociedade absorve essa classe, tornando-se indispensável.

"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. Intervinha o *tabellion* ou *tabellio*, nos negócios privados com total aptidão como redator, assessorando as partes, embora fosse imperito no direito, além do que, propiciava uma eficaz conservação dos documentos."[12]

Como a população crescia demasiadamente, as transações também aumentavam. Dessa forma os *tabelliones* (atuais tabeliães) assumiram missão de maior significação social, precisando de alguém que lhes auxiliasse, tomando notas abreviadas para dar celeridade aos atos por eles celebrados. Eram os *notarius, notarii* ou notários.

Sobre o grande antecessor do tabelião, válidas são as ponderações de Pinto Ferreira:

"O seu objetivo é tornar mais duradouro os contratos. Determinadas pessoas que conheciam o alfabeto então passaram a escrever os contratos em tábuas revestidas de cera, que denominavam *tabula*. Daí o vocábulo *tabularius*, que deu origem ao tabelião no vernáculo e no direito luso-brasileiro. O tabelionato prende-se por conseguinte ao próprio alfabeto. Mas a população foi crescendo e com ela o vulto dos contratos e das transações. O *tabularius* precisou de auxiliares que lhe tomassem notas mais breves e curtas, para lhes dar depois a forma solene, autêntica e mais desenvolvida: os auxiliares foram chamados de notários (*notarius*), isto é, os que tomavam notas. (...) O nome tabelião, como se disse, vem do *tabulae*, tábuas. O tabelião escrevia em tábuas enceradas ou engessadas com um ponteiro de ferro, porém depois chamaram-se de tábuas ou substitutivos mais modernos (placas de metal, pedra, pergaminho, pano, papiro, junco etc.), com que se lavraram instrumentos de atos jurídicos, o tabelião sendo o seu guarda."[13]

Cumpre ressaltar que atualmente, de acordo com o art. 3.º da Lei Federal 8.935/94, os termos tabelião e notário são sinônimos e na presente monografia assim também serão tratados, referente ao titular do Tabelionato de Notas, pois não existe a denominação de notário de protesto, uma vez que notário refere-se unicamente a notas.

No século VI, com o Império Justiniano, surge o Código *Corpus Juris Civilis*, onde se corporifica a legislação anterior, surgindo códigos novos. Dentro desse

(12) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 29-30.

(13) PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 7, p. 464-465.

juris civilis surgem as institutas, códigos, digesto e novelas. Nesta tem-se o reconhecimento da atividade notarial. "Com a Novela XLIV, o imperador Justiniano expediu excelentes disposições sobre a instituição do tabelionato".[14]

Na época, os atos jurídicos se provavam através de testemunho, juramento e cotejo de direito. Com o reconhecimento da atividade, o *tabellione* seria um testemunho privilegiado. Num litígio o seu depoimento ficava vinculado à sentença do pretor. O testemunho do *tabellione* era determinante.

Com o desenvolvimento do notariado, o documento por eles exarado possuía *status* de instrumento público.

O tabelião foi, também, peça fundamental às grandes navegações, pois sempre houve a necessidade de se relatar oficialmente e deixar registrado tudo o que ocorria. Levava consigo um diário de bordo onde registrava as mercadorias, autorizando a entrada e saída destas e de pessoas. A função desempenhada naquela época é a mesma praticada hoje através da ata notarial, segundo a qual o tabelião narrava fatos ocorridos em sua presença, gozando da presunção de ser verdadeiros até prova em contrário. É o que fez Pero Vaz de Caminha quando relatou ao Rei de Portugal a descoberta de novas terras. Há quem afirme que Pero Vaz de Caminha foi o primeiro notário brasileiro.

"O primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro, porém, foi Pero Vaz de Caminha, português, que narrou e documentou minuciosamente a descoberta do Brasil e a posse da terra, com todos os seus atos oficiais, traduzindo-se no único documento oficial da descoberta do Brasil."[15]

Em Portugal, quando do descobrimento do Brasil, existiam os tabeliães do foro judicial e extrajudicial. Os primeiros eram aqueles que se dedicavam às atividades judiciais e os segundos, à atividade notarial. Foi daí que herdamos a designação do foro extrajudicial que integrava o Poder Judiciário, que no Brasil vigorou até 1988.

No Brasil, quando de sua Independência em 1822, D. Pedro I determinou a aplicação das Ordenações do Reino de Portugal[16] até que aqui fossem elabora-

(14) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 31.

(15) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 45.

(16) Dispunha as Ordenações do Reino, consoante BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à lei dos registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1, p. 11, o seguinte: "Escreverão em hum livro, que cada hum para isso terá, todas as Notas dos contractos, que fizerem. E como forem scriptas, logo as leam perante as partes e testemunhas as quaes ao menos serão duas. E tanto que as partes outorgarem, assinarão ellas e as testemunhas. E se cada huma das partes não souber assinar, assinará por ella huma pessoa, ou outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção como assina pela parte, ou partes, por quanto ellas não sabem assinar. E se em lendo a dita Nota, for emendada, acrescentada per entrelinha, mingoada, ou riscada alguma cousa o Tabellião fará de tudo menção no fim da dita Nota antes das partes e testemu-

das leis disciplinadoras dos atos notariais. Ocorre que, até novembro de 1981, foram aplicadas as Ordenações Filipinas (Título 78 do Livro I), que datam de 1603, o que demonstra o descaso do legislador. Em 1981, por iniciativa do senador Paulo Brossard de Souza Pinto foi aprovado o projeto que deu origem à Lei 6.952, acrescentando parágrafos no art. 134 do CC vigente sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas. Cabe salientar que, em 11.10.1827, D. Pedro I editou uma lei regulando os ofícios da justiça e da fazenda, dizendo respeito ao sistema notarial da época.

O Código Civil de 1916 apresenta algumas normas genéricas de direito notarial, como os testamentos, mandatos, prova e forma dos atos jurídicos, porém, nada muito específico como a lei acima mencionada introduziu.

Quatro anos mais tarde, em 1985, surge a Lei 7.433, que também dispôs sobre os requisitos necessários para a lavratura de escrituras públicas, sendo regulamentada no ano seguinte pelo Dec. 93.240/86.

2.2 Função notarial

Para iniciar o estudo da função notarial, válidas são as ponderações de Fischer:

"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."[17]

Diz que a função notarial é uma função pública. Sem dúvida que é. Mas pública porque é dirigida a todos, exercida *erga omnes* e não exercitada por servidores públicos em nome e sob a responsabilidade do Estado. O notário exerce sua atividade de maneira totalmente independente no setor privado sob sua conta e risco, fiscalizado pelo Poder Judiciário (art. 37, Lei 8.935/94), sem estar subordinado ao Poder Público. Embora exerça função pública, é um técnico e integra a cadeia dos técnicos, executando com independência as atribuições técnicas.

Função notarial é "aquella actividad jurídico-cautelar cometida al escribano, que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización

nhas assinarem, de maneira que depois não possa sobre isso haver dúvida alguma" (Livro I, tít. LXXVIII, § 4.º). "E nas scripturas, que fizerem, ponham sempre juntamente o dia mez e anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo, e não separado, como até aqui se fazia, e a Cidade, Villa ou lugar e casa em que as fizerem e assi os seus nomes delles Tabelliães, que as fazem" (Livro I, tít. LXXX, § 7.º).

(17) FISCHER, José Flavio Bueno. "A função notarial criadora de direito". Tese apresentada no XXXIII Congresso Internacional do Notariado Latino em Atenas, Grécia, em setembro de 2001. Disponível em: <www.tabelionatofischer.not.br>. Acesso em: 15.03.2002.

regular de sus derechos subjetivos, para dotarlos de certeza jurídica conforme a las necessidades del trafico y de su prueba eventual".[18]

A função notarial é precipuamente autenticadora, no sentido de que "tal função é dada pela lei, em virtude da qual damos fé do que percebemos por meio de nossos sentidos e que constitui o conteúdo de quanto redigimos e expomos no instrumento público; o visto ou escutado pelo Notário, fatos e vontades expressados por ele no documento é tido conforme a realidade sem necessitar de outra prova, a não ser que o documento venha a ser declarado falso por sentença judicial. Essa prova pode ser avaliada sob três aspectos: a) Autenticidade corporal: o documento Notarial, como coisa, prova-se a si mesmo. b) Autenticidade de autoria: o documento Notarial prova seu autor, o Notário. c) Autenticidade Ideológica: são autênticas as declarações do Notário relativas aos atos que viu e escutou. A valoração que fazem as leis sobre a competência e prestígio do Notário confere valor e eficácia ao documento Notarial, que é uma criação social que recebeu o reconhecimento do ordenamento jurídico, dando-lhe autenticidade".[19]

O notário é considerado um autenticador devido ao fato de gozar sempre do poder garantidor da certeza de um fato.

A Revolução Francesa desencadeou uma série de transformações sociais, políticas e filosóficas em todo o mundo. O notariado não ficou de fora. Adveio a Lei Francesa do Ventoso – um grande marco do direito notarial, que "estabeleceu os parâmetros da função notarial, sua competência, seus deveres e forma das atas, minutas, certificações e protocolo".[20]

"A partir da Lei francesa de 25 Ventoso, o notariado europeu e o da América espanhola passou a sofrer rígidas mudanças, sendo pois catapultado a uma posição de relevo jurídico, porém, no Brasil, tais modificações não se fizeram sentir, e foi mantido o notariado prístino herdado de Portugal."[21]

A função notarial tem por escopo a certeza jurídica nos atos que envolvam o interesse dos indivíduos. Certeza esta *a priori*, preventiva, obtida a partir da atuação do notário, por meio de sua fé pública e da autenticidade que dela deriva.

Como ficou dito antes, a função notarial não possui regulamento próprio no ordenamento jurídico pátrio. Alguns dispositivos esparsos e normas administrativas as tratam. O que não ocorre em Portugal, Espanha e diversos países da América Latina, por exemplo. Mundialmente, a função está consolidada.

Cumpre ressaltar que o Brasil adotou o notariado desenvolvido do tipo latino. É assim designado não por ser oriundo dos países latinos, mas originado da

(18) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 145.

(19) Elsa Kiejzman, citado por FISCHER, José Flavio Bueno, op. cit., p. 6.

(20) FORMÍCOLA, Tullio. "O notariado no Brasil e no mundo". *Revista de Direito Imobiliário* 48/85-92, São Paulo: RT, jan.-jun. 2000.

(21) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 50.

Escola Notarial de Bolonha, na Itália, que foi o grande marco do desenvolvimento do direito notarial.

"Foi justamente na cidade de Buenos Aires que, no dia 02.10.1948, durante a celebração do I Congresso Internacional do Notariado Latino, fundou-se a União Internacional do Notariado Latino, organização não-governamental com registro na ONU desde 1953, reconhecida pela OEA, Unesco, CE, União Internacional dos Magistrados, Cinder, Parlamento Europeu e outras, abarcando hoje 70 países-membros, os mais representativos em termos de cultura e avanço social e que têm entre si a marca comum da livre iniciativa e da democracia política."[22]

O notariado do tipo latino exige que seu delegado ou profissional do direito seja um jurista, conselheiro que desempenha sua função com total independência e imparcialidade, agindo através de delegação do Poder Público, com o encargo de conferir autenticidade aos documentos que redige, como instrumento de garantia da segurança jurídica (princípio basilar dos serviços notariais e de registros) e da liberdade contratual.

Uma das características mais marcantes do notariado do tipo latino é o princípio da livre escolha do tabelião pelos usuários, não ficando estes adstritos a um único profissional. Isso comprova que as partes irão procurar os técnicos mais bem preparados, que prestam um melhor serviço aos clientes, alcançando o máximo grau de eficiência almejada pelas partes. Pelo bom e fiel exercício das funções de assessoramento jurídico que surgirá o sucesso e o rendimento do notário. Referido princípio está expresso no art. 8.º da Leonor e art. 590 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul.

Convém esclarecer que a Escola Notarial de Bolonha,[23] da Universidade de Bolonha, foi criada no ano de 1228, e foi o grande marco no desenvolvimento do direito notarial. Por lá passaram, entre outros, a grande figura do notariado chamado Rolandino Passaggeri.

A UINL, durante a realização do congresso acima exposto, definiu o notário latino como sendo "o profissional do Direito, encarregado de uma função pública consistente em receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a esse fim, conferindo-lhes autenticida-

(22) FORMÍCOLA, Tullio, op. cit., p. 86-87.

(23) "Escola de jurisconsultos medievais que, durante os séculos XII e XIII, na Universidade de Bolonha, dedicavam-se ao estudo e ensinamento do direito romano, traduzindo e interpretando o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Esses jurisconsultos foram chamados glosadores, porque o seu trabalho se realizava por meio de notas marginais ou interlineares, chamadas glosas, acrescentadas aos textos romanos. Considera-se como fundador da escola o lendário Irnério, nos últimos anos do século XI. De Bolonha o trabalho dos glosadores irradiou-se para outros lugares, permanecendo, porém, durante largo período, a escola bolonhesa como o seu maior centro de estudos. (Paulo Jorge de Lima. *Dicionário de filosofia do direito*, p. 85)" BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 33.

de, conservando os originais e expedindo cópias que dêem fé de seu conteúdo. Na sua função está compreendida a autenticação de fatos".

Foram estabelecidos princípios básicos que regem a função notarial pela UINL, atribuindo as seguintes características:

"1. O notário é um profissional do direito especialmente habilitado para dar fé dos atos e contratos que as pessoas outorgam ou celebram, de redigir os documentos que os formalizem e de assessorar aqueles que necessitam de seus trabalhos.

2. A função notarial é uma função pública que o notário exerce de forma independente, sem estar inserido hierarquicamente entre os funcionários a serviço da administração do Estado ou de outras corporações públicas.

3. Somente devem ter acesso ao notariado aqueles que tenham seguido com êxito os estudos que são exigidos em cada país para o exercício de profissões jurídicas. Recomenda-se, ainda, para chegar a ser notário, que os candidatos estejam habilitados em provas específicas, teóricas e práticas.

4. O notário deve cumprir sua função de forma escrupulosamente imparcial, para o que a lei deve estabelecer as respectivas incompatibilidades."[24]

A União Internacional do Notariado Latino foi constituída para promover, coordenar e desenvolver a atividade notarial em âmbito internacional.

Necessitamos iminentemente de normas disciplinadoras da função notarial no Brasil.

"Na realidade, o que urgentemente carecemos é de uma legislação que importe na exigência de formação profissional adequada, em relação a todos quantos aspiram a um cargo notarial. Assim, o Notariado, como órgão jurídico do Estado, ao lado da Judicatura e do Ministério Público, poderá eficientemente cumprir sua finalidade social e, ainda, contribuir para aliviar os encargos da Justiça, através de melhor formulação de suas atribuições e boa utilização dos poderes de jurisdição voluntária."[25]

O notário, no desempenho de sua função notarial a que está investido, a exerce de maneira absolutamente imparcial, aconselhando os interessados dos efeitos que o ato a ser praticado terá no futuro, dotando-os de certeza jurídica. Dessa forma os envolvidos no ato notarial ficam no mesmo patamar de igualdade, sem influenciar o *status* econômico e social de um em relação ao outro.

2.3 Fé pública

Fé (do latim *fides*) pode designar uma crença em algo que não percebemos, como convicção dogmática da igreja.

(24) FERREIRA, João Figueiredo, op. cit., p. 126.

(25) COTRIN NETO, Alberto Bittencourt. "A situação jurídica do notariado brasileiro". *Revista de Informação Legislativa* 37/117-132, Brasília, jan.-mar. 1973. p. 131.

Por outro lado, o Estado atribui a determinadas pessoas, de acordo com o ordenamento jurídico, o exercício de alguns poderes, visando atingir um grande grau de certeza, com a suposição de verdade do que atestam. Aquele está afirmando a veracidade de um ato através de um delegado seu, dando segurança jurídica aos mesmos.

"A fé pública tem supedâneo da presunção legal de autenticidade dada aos atos que são praticados pelas pessoas que exercem cargo ou ofício público."[26]

"Este modo de declarar que determinado ato praticado ou rito perseguido estão perfeitamente estribados em ditames legais é conhecido como fé pública, ou seja, é real, iniludível, verídico e legal, ficando as partes envolvidas na ação perfeitamente abrigadas e 'aquecidas' pelo Direito, isentas de qualquer dúvida – claro, até prova em contrário."[27]

"É, assim, a aceitação ou credibilidade social imposta pelo direito, pela publicidade emanada de autoridade com poderes para assim editá-la."[28]

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, leciona Antonio Augusto Firmo da Silva, apud Cesar, o seguinte:

"Então a fé pública tem como fim ou como objetivo primordial atender essa necessidade social, para que em determinado momento se possa ter por absolutamente certos os fatos e atos jurídicos da administração, da justiça e dos particulares. É, assim, um elemento da técnica jurídica, criado através de um processo secular de adaptação que veio dar uma solução adequada às necessidades do comércio jurídico e da organização social."[29]

Assim, válidos são os ensinamentos do mestre Larraud sobre o conceito da fé pública:

"La palabra fe puede utilizarse con distintos significados. Fe es la creencia o confianza en algo que no hemos percibido por nuestros propios sentidos, y que aceptamos por la autoridad de quien lo dice, o por la fama pública; también es fe la seguridad que se da, o la afirmación que se hace, acerca de la verdad de algo; y desde otro punto de vista, la fe es una cualidad: un grado de eficacia demostrativa que algo tiene."[30]

Fé pública é atribuição que determinadas pessoas fazem em suas certificações para garantir segurança nas relações jurídicas, dando certeza daquilo que efetivamente foi feito. Entre elas estão o notário e o registrador. O Estado é quem autoriza a essas pessoas o poder de dizer com a presunção de veracidade até prova em contrário.

(26) CESAR, José Maria de Almeida e PEDROTTI, Irineu Antonio, op. cit., p. 21.

(27) REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. Campinas: Copola, 1997. p. 53-54.

(28) CESAR, José Maria de Almeida e PEDROTTI, Irineu Antonio, op. cit., p. 18.

(29) Idem, p. 19.

(30) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 636-637.

2.3.1 Fé pública notarial

A fé pública notarial teve origem nos juízes germânicos. "En los pueblos cuya legislación recibió influencia germánica parece ser que el notario resultara un desprendimiento de la labor de los magistrados de la justicia".[31]

À medida que aumentavam as ações judiciais, os magistrados precisavam de alguém para lhes auxiliar nas questões de pouca monta, onde não havia controvérsias, geralmente as de jurisdição voluntária.

"Al lado, entonces, de los jueces cobró importancia la labor de un funcionario que, paulatinamente, tomó para sí esa actividad pseudojudicial, en tanto personalmente fue haciéndose de las facultades del juz hasta llegar a que su resolución tuviera igual fuerza. Fue el notario-juez, instituto característico e típico del derecho germánico y que prolongó su existencia hasta el siglo XIX en Alemania y Austria."[32]

Esses auxiliares dos juízes eram conhecidos por *iudice chartularii*.

Agindo como colaboradores da justiça, necessitavam de um poder para garantia de suas manifestações, assegurando às partes a autoridade da coisa julgada. Seus atos foram chamados de instrumentos públicos.

"Hubo una correlación entre la desaparición de la *insinuatio* para elevar a condición de público al documento y el desgaje de los *iudici chartularii* de lo judicial a lo notarial, produciéndose la identificación de los notarios a tabeliones privados con los *iudice chartularii*, dando origem a una notaría plena en sus funciones por la adquisición del poder fedante."[33]

Mais tarde, na ruptura do juiz com seu assistente, este manteve para si a fé pública judicial que lhe fora outrora atribuída.

"En el derecho germano, cuando se cortó el cordón umbilical entre el juez y el funcionario colaborador, apreció la persona del notario, integral, dotado de poder fideifaciente emanado de la fe pública judicial."[34]

Corroborando com a tese de que a fé púbica notarial deriva da judicial, cita-se o posicionamento de Rufino Larraud:

"(...) la función de documentar los negocios de los particulares estuvo más o menos vinculada siempre, durante su evolución, a la actividad judicial. En su aspecto de autenticación, estuvieron atribuidas, durante siglos, en Roma, al magistrado *in jure*; en la Edad Media, fueron primeramente del juez – actuando en jurisdicción voluntaria –, que fue substituido por los *judices cartulari* a partir

(31) PONDÉ, Eduardo Bautista. *Origem e historia del notariado*. Buenos Aires: Depalma, 1967. p. 133.

(32) Idem, p. 137.

(33) Idem, p. 138.

(34) PONDÉ, Eduardo Bautista, op. cit., p. 138.

del siglo XII. Estos últimos pueden considerarse, ya, una forma – aunque no totalmente evolucionada – del notariado actual."[35]

Então, a fé púbica notarial deriva-se da judicial, quando houve a criação do cargo de notário, não mantendo mais vinculação ao juiz. Com tal separação, os notários levaram consigo a fé pública que possuíam na atuação judicial.

O notário possui fé pública como essência de sua função. Os outros profissionais detentores deste poder a possuem como atributo secundário.

"O funcionário público em geral existe para cumprir determinadas tarefas dentro da administração pública. Secundariamente à sua função principal, ele tem fé pública bastante para revestir de certeza legal as suas declarações de que tais e tais atos ou fatos foram praticados ou ocorreram dentro da esfera de suas atribuições funcionais. Essa distinção entre fé pública notarial e a fé pública em geral estende-se aos atos notariais e neo-notariais. Aqueles são como que a corporificação do que o tabelião percebe com os seus sentidos, interpreta e amolda à lei ou aos princípios do direito, revestindo essa formalização, mediante sua fé pública plena, com uma couraça de autenticidade inquestionável. São atos de criação. Os demais atos dotados de fé pública são como que fotografias de atos existentes. A fé pública não vai além da fotografia: garante que ela retrata fielmente o ato, mas não garante a autenticidade do ato."[36]

Um documento elaborado por certos profissionais que gozam deste mister, afirmando que certo ato ou fato por eles presenciados é verdadeiro, presunção esta *juris tantum*, ou seja, só será desconstituído por pronunciamento judicial, mediante prova robusta demonstrativa que o oficial agiu com dolo ou culpa. O documento notarial, como instrumento público que é, está acima de toda e qualquer suspeita de má-fé, tranqüilizando, assim, os que dele se utilizam. Em suma, o tabelião, através da fé pública, goza sempre do poder de garantir a certeza de um fato ocorrido em sua presença. "Assim, ele é depositário de fé pública quando apõe seu sinal ou declara ser determinado ato praticado absolutamente isento de inverdade, dúvida ou suspeita".[37] Esta segunda hipótese de fé é a que designa a fé pública notarial.

"Fe pública notarial o extrajudicial. Es la potestad que el Estado confiere al notario o escribano, para que a requerimiento de parte, y con sujeción a determinadas formalidades, asegure la verdad de hechos y actos jurídicos que le constan; con el beneficio legal, para sus afirmaciones, de ser tenidas por auténticas mientras no se impugnen mediante querella de falsedad."[38]

(35) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 653.

(36) Conforme Carlos Luiz Poisl, citado por FISCHER, José Flavio Bueno. "Notários e registradores – Uma visão integrada". Tese apresentada no XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil em Maceió, em outubro de 1991. Disponível em: <www.tabelionatofischer.not.br>. Acesso em: 15.03.2002. p. 13.

(37) REZENDE, Afonso Celso Furtado de, op. cit., p. 54.

(38) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 651.

Por outro lado, a fé pública notarial não só é o poder que o Estado confere aos tabeliães de certificarem com um grau de veracidade.

"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."[39]

É chancelada pela parcela de confiabilidade que o povo deposita no notário devidamente investido no cargo pelo Estado. "Es pública porque de él – del pueblo – emana".[40]

"O tabelião, quando lavra uma escritura ou uma procuração, por exemplo, o faz em forma de declaração, dirigida ao povo, para que êste creia, sob a fé notarial de testemunha autorizada dos fatos que vai narrar. Por isso, começa ele por uma velha forma, ainda em uso: 'Saibam quantos (ou os que) esta pública escritura virem, que no ano tal, etc.'. Fé pública, como já foi dito acima, não é sinônimo de verdade nem privilégio dos tabeliães, mas é fora de dúvida que o conceito dela se associa às funções notariais de modo mais direto que a outra qualquer função."[41]

O tabelião declara o que ocorreu na sua presença, não afirmando ser verdadeiro o conteúdo das declarações das partes, mas que as fizeram perante ele.

"É através de sua atividade e da fé pública que dela emana, que o tabelião confere segurança às relações das partes, revestindo as relações de fato da forma jurídica adequada, de modo a produzir os efeitos desejados."[42]

Nesse sentido disserta o jurista e doutrinador notarial Carlos Luiz Poisl, citado por Fischer:

"A fé pública é a essência da função notarial e por isso ela se distingue da fé pública em geral. O tabelião tem por razão de ser, por objetivo, por missão funcional, imprimir fé pública nas declarações de vontade e dos fatos, o que as torna irrefutáveis para todos os fins de direito. Reputa-se verdadeiro tudo o que o tabelião declara no instrumento público notarial regularmente formado. Somente uma sentença judicial exarada em ação própria, especialmente instaurada para tanto, que a decrete como falsa, pode opor-se a uma declaração contida em instrumento público notarial."[43]

(39) POISL, Carlos Luiz. *Noção de fé pública notarial*. Disponível em: <www.anoregbr.org.br>. Acesso em: 15.03.2002.

(40) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 641.

(41) RIBEIRO, Zeferino. *O tabelionato*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 7.

(42) SANTOS, Márcia Elisa Comassetto dos. "Função notarial". *Estudos Jurídicos – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Unisinos* 84-32/87-96, São Leopoldo, jan.-abr. 1999. p. 88.

(43) FISCHER, José Flavio Bueno, op. cit., p. 6.

Então fé pública notarial retrata a junção da parcela de confiabilidade que o provo deposita no notário com o poder conferido pelo Estado de certificação espelhando a realidade.

Por fim, convém enfatizar que, embora a fé pública seja atributo pessoal do tabelião legalmente investido em suas funções, nada impede que seus prepostos possuam a mesma qualidade em suas atestações. O art. 20 da Lei 8.935/94 autoriza ao notário a contratação de funcionários para lhe auxiliar no desempenho da atividade notarial. Sendo assim, coerente que estes também detenham a fé pública, ainda que seja ela pessoal, dele tabelião.

2.4 Instituições da comunidade

Os serviços notariais e de registro, antes da Constituição Federal de 1988, eram exercidos pelo Poder Público, através de pessoas integrantes de seu quadro pessoal, selecionadas através de concurso público. Por isso os tabeliães e registradores eram considerados servidores públicos.

Com a lei maior, houve uma grande inovação que, na prática, não foi perceptível. No regime anterior a 1988, os notários e registradores atuavam em nome do Estado e sob a responsabilidade deste. Hoje agem em nome próprio e sob sua responsabilidade, apenas fiscalizados pelo Poder Judiciário. São profissionais do direito, detentores de fé pública, independentes, exercendo sua atividade mediante delegação, suportando pessoalmente os percalços do ofício. O delegado age de acordo com seus conhecimentos, sem ingerência de quem quer que seja. "A delegação não afasta a autonomia dos serviços notariais e registrais em relação ao Poder delegante. Ao contrário, a reafirmam".[44]

O grande Erpen, ao analisar com profundidade a natureza dos serviços notariais e de registro, conclui "que está a frente a verdadeira instituição, entidade do Estado, corpo social, independente, não integrante do governo ou de outro Poder político".[45]

Instituição aqui considerada como órgão destinado à realização de uma necessidade social, independente. Os serviços notariais e de registro possuem autonomia e não estão vinculados a nenhum poder, somente sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário.

A seguir passa a investigar o termo instituição, citando a doutrina de Luiz Fernando Coelho:

"A palavra instituição, a rigor, só se aplica às organizações que, produto da evolução do povo, são por ele efetivamente acatadas, pois que correspondem às

(44) ERPEN, Décio Antonio. "A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica". *Revista de Direito Imobiliário* 35-6/37-39, São Paulo: RT, 1995. p. 38.

(45) Idem, ibidem.

suas aspirações e à sua índole, e, por isso, tendem a permanecer, a despeito das modificações por que passam as normas jurídicas que as definem."[46]

E conclui que "a instituição representa organização social pré-jurídica, caracterizadora do estado de direito anterior à sua definição pela norma. Nessa concepção, enquadram-se com perfeição os serviços prestados por notários e registradores, típicos, específicos e especiais, diria até naturais dentro da organização social".[47]

"Isso permite dizer que, estabelecida a autonomia, tão procurada e tão tarde delegada, criou-se o chamado *foro notarial e foro registral*, em oportuna hora, substituindo o vocábulo tão deprimente cartório."[48]

Tais serviços podem ser considerados como instituições da comunidade porque são desempenhados por pessoa autônoma, independente, sem vinculação a qualquer dos poderes instituídos e encontram naturalmente seu lugar no organismo jurídico da sociedade. Com isso garante a autenticidade e certeza jurídica nas relações negociais dos particulares, utilizando-se do expediente da fé pública que lhes é inerente, tornando, assim, o ato praticado, autêntico e inquestionável.

3. Prevenção de litígios

Os tabeliães, no exercício da função notarial a que estão investidos, realizam atos que visam prevenir a instauração de processo contencioso, assessorando os particulares no ajustamento de suas vontades aos ditames legais. Aplicam a lei ao caso concreto, procurando sempre encontrar solução à vontade lícita das partes.

O que as partes almejam, muitas vezes, não é tarefa tão simples de ser percebida. O tabelião deve "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".[49]

Propiciam a certeza *a priori*, destinada à regulamentação da negociação privada, ao contrário do Poder Judiciário que atua na certeza *a posteriori*, na restauração da ordem jurídica.

O notário, que atua no campo harmônico da normalidade do relacionamento entre os indivíduos, é o confidente e conselheiro a quem as pessoas dos mais variados segmentos recorrem, no intuito de buscar soluções adequadas aos

(46) Idem, ibidem.

(47) Idem, ibidem.

(48) ERPEN, Décio Antonio, op. cit., p. 38.

(49) FISCHER, José Flavio Bueno. *A função notarial criadora de direito*, p. 3.

problemas familiares e negociais. Para tanto, precisa captar a vontade das partes à luz do direito, formalizando-as num documento, conferindo forma legal e autenticidade.

O notário, com a sua atuação no caso concreto, forma um direito com muitas formas contratuais, algumas bem complexas, pois nem todos os atos se enquadram numa categoria definida. Inicialmente deve analisar o problema com as hipóteses, permitindo-lhe chegar a um acordo. Após, deve utilizar-se do princípio da legalidade, revestindo o ato com os requisitos necessários a sua existência, validade e eficácia, adaptando e qualificando-o de acordo com a categoria jurídica que lhe corresponde.

A colaboração que é feita pelo notário, através da lavratura dos documentos notariais, possui a presunção *juris tantum* de ser verdadeira e evita, na maior das vezes, que os fatos neles exarados sejam apreciados por órgão judicante.

Quando o tabelião realiza determinado acordo consubstanciado numa escritura pública ou quando, agindo com imparcialidade, dá conselhos nos instrumentos particulares que chegam a suas mãos através do ofício, estará promovendo, de fato, a real conciliação desejada pelo direito.

Ao tabelião é necessário, dentre as diversas profissões jurídicas, uma das melhores preparações científicas, psicológicas e culturais. Isso porque a natureza de sua atividade impõe encargos de tal monta, uma vez que: os negócios pelos quais o notário intervém versam sobre as mais complexas áreas do direito; as partes costumam proceder em determinados negócios com um grau extremo de malícia, beneficiando o mais esperto em detrimento do menos esclarecido; e, ainda, nas comunidades é ao notário que as pessoas mais humildes costumam consultar, acautelando-se antes de realizar determinados direitos subjetivos e até mesmo pedindo conselhos e esclarecimentos sobre como proceder num conflito de interesses.

Além do mais, para bem exercer a atividade, o tabelião reclama de um vasto conhecimento na seara jurídica. Deve ser perito nos mais variados ramos do direito, como no direito civil, mais precisamente na parte das pessoas, bens, propriedade, contratos e sucessões; direito comercial, em relação às sociedades e títulos de crédito; direito tributário e até mesmo direito internacional privado. Precisa estar atualizando-se diariamente para manter-se em dia com as inovações do direito e da sociedade, assegurando assim a sua mais alta capacitação técnica.

Muitas vezes o tabelião exerce a função de "primeiro juiz". Não se pode olvidar que o juiz de direito é um dos profissionais em quem as pessoas mais acreditam, mas o acesso a eles é bem mais difícil do que ao tabelião, quiçá pelo elevado número de processos que atuam e de audiências que realizam.

3.1 Caráter cautelar

O próprio vocábulo cautela já dá idéia de algo que fornece segurança. Serve para evitar que o direito subjetivo de alguém sofra um dano.

"El asesoramiento jurídico cautelar es típica función de escribanos: son – décia la Exposición de Motivos de la ley francesa del año XI – consejero desinteresados de la partes, tanto como redactores imparciales de sus voluntades, y les hacen conocer toda la extensión de las obligaciones que contraen."[50]

Integra a atividade notarial, conforme art. 6.º da Lei 8.935/94:

"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 documentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III – autenticar fatos."

Uma das funções primordiais afetas ao tabelião é aconselhar imparcialmente as partes na busca de prevenção a futuros litígios. Assim dará orientação adequada, explicando as conseqüências que poderão advir do ato que pretendam realizar.

"A função cautelar consiste em prestar a direção jurídica aos particulares, no plano da espontânea realização do direito, exercendo uma jurisprudência cautelar em favor dos particulares que a requerem. O notário, por sua vez, é consultor de seus clientes, assessora-os e aconselha-os; preside seus atos jurídicos, revestindo ditos atos da forma instrumental adequada."[51]

Sobre o caráter cautelar da atividade notarial, vem à tona a lição de Rezende:

"O caráter cautelar da função notarial tem, como um dos resultados, notável efeito antipleito, sendo, assim, um providencial mecanismo preventivo de litígios, além, evidentemente e guardadas as devidas proporções, de ser um dos alicerces para as decisões judiciais. Seus sujeitos são instrumentos a serviço da justiça e sua atuação, necessariamente equilibrada e institucionalizada, vem viabilizar uma ação contrabalançante, equilibradora, um favorecimento de uma composição quando emergirem interesses antagônicos ou divergentes, eventualmente em conflito extrajudicial. Esta linha de trabalho poderá possibilitar, não poucas vezes, a exclusão no presente, ou no futuro, de um litígio, não sendo considerado meramente um colaborador instrumental de preparação para futuros processos."[52]

O usuário dos serviços notariais querem se proteger, se acautelar, prevenindo-se de eventuais conflitos que poderão advir.

"O cliente do notário quer, de maneira principal, um direito certo, firme, porém também um direito indispensável; e isso é, por outra parte, o que a sociedade, por seu turno, lhe reclama. Tanto aqui seu labor é de natureza precautória,

(50) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 146.

(51) SANTOS, Márcia Elisa Comassetto dos, op. cit., p. 88.

(52) REZENDE, Afonso Celso Furtado de, op. cit., p. 57-58.

uma vez que consiste em acautelar os interesses dos particulares, contra as eventualidades catapultadas da incerteza jurídica."[53]

O notário, no exercício da atividade notarial, enfrenta diuturnamente os mais variados e complexos fatos ocorridos na convivência social. Ao ser procurado, deve analisar o caso concreto e encontrar uma solução, orientando o cliente dos efeitos que o ato a ser praticado produzirá e apontar soluções. Entretanto, pode acontecer de o tabelião ver-se diante de casos em que não há previsão específica no ordenamento jurídico pátrio, nem chegou ao seu conhecimento casos análogos. Nessa ocasião, baseado no conhecimento e experiência que este profissional detém, observando as formas lícitas de negócios não defesas pelo direito, terá de encontrar soluções, buscando até mesmo subsídios no direito alienígena, desde que não atente à ordem jurídica pátria.

Conforme doutrina Larraud,[54] a função notarial consiste em prestar direção jurídica aos particulares no plano da espontânea realização do direito e no exercício de jurisprudência cautelar a favor dos interessados. Para isso são conferidas as seguintes atribuições, de acordo com a doutrina de Larraud:[55] assessor jurídico, polícia-jurídica e redator especializado.

3.1.1 Assessor jurídico

O tabelião capta a vontade das partes, procurando encontrar no ordenamento jurídico um instrumento adequado à realização desse mister. Na verdade é o orientador das partes.

"O notário exara pareceres jurídicos a seus clientes, esclarecendo-os sobre a possibilidade jurídica de realizar-se determinado ato, sobre a forma jurídica adequada, bem como sobre as conseqüências que serão engendradas pelo ato."[56]

Entre os itens integrantes da atividade notarial, conforme Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, está, na letra *b* do art. 585, o seguinte: "assessorar e orientar, com imparcialidade e independência, os interessados, instruindo-os sobre a natureza e das conseqüências do ato a realizar". Como se pode ver, a atribuição de assessor jurídico está consagrada no Rio Grande do Sul.

Para que o notário possa exercer a sua atividade, insculpida no art. 6.º da Lei Orgânica, deverá agir como assessor jurídico, orientador das partes, aconselhando-as sobre a possibilidade ou não de realizar-se juridicamente determinado ato e as conseqüências que dele advirão. Por isso é considerado jurista. "O notário, hoje, deve ser um jurista, conhecer por inteiro de seus meios técnicos, da técni-

(53) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 174-175.

(54) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 145.

(55) Idem, ibidem.

(56) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 135.

ca jurídica e em especial da técnica notarial, que adquirirá através de um profundo conhecimento jurídico".[57]

Entretanto, não se pode confundir o mister de assessor jurídico do notário com o do advogado:

"O advogado atua em defesa dos interesses de seu cliente, deve empenhar suas forças e conhecimentos em prol dos interesses de seu cliente, ao passo que o notário deve, imparcialmente, buscar a realização do melhor resultado, de acordo com a vontade de ambas as partes envolvidas, constituindo-se numa espécie de magistrado extrajudicial. No primeiro caso, a palavra de ordem é *defender* (os interesses de seu cliente), no segundo, *precaver* ou *acautelar*, conduzindo as partes para a melhor solução na realização espontânea do Direito, atendendo aos interesses de ambas."[58]

O advogado atua na realização do interesse exclusivo de seu cliente, enquanto o notário exerce sua função na defesa de ambos e, em geral, da paz social. Este, agindo imparcialmente, totalmente independente e sem qualquer vinculação com os poderes constituídos, age como se magistrado fosse, buscando a melhor solução ao caso concreto.

3.1.2 Polícia-jurídica

Como em qualquer organização, deve haver alguém que supervisione, de maneira que fique preservada a legalidade dos atos, assegurando às partes a livre manifestação de vontade, prevenindo litígios e igualando os interessados.

A polícia-jurídica, de acordo com a posição de Larraud, calcado no posicionamento de Fiorini:

"(...) la función de policía es de carácter administrativo; es condición suya el prevenir; y tiende a regular el equilibrio necesario entre la existencia individual y la perturbación del bien común, equilibrio – agrega – que el orden jurídica cumple como medio, es más perfecto, en la sociedad. En este orden de ideas, la función de policía se perfila como una función e naturaleza administrativa desarrollada para preservar el mantenimiente del orden jurídica."[59]

O tabelião só poderá atuar de acordo com o ordenamento jurídico. Ditame este corroborado pelo art. 596 da Consolidação Normativa gaúcha: "Os tabeliães só poderão lavrar ou autenticar, inclusive através de reconhecimento de firmas, atos conformes com a lei, o direito e a justiça". Com isso estará ele aplicando o atributo da polícia-jurídica ao princípio da legalidade.[60]

(57) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 174-175.

(58) Idem, p. 138-139.

(59) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 155.

(60) Princípio da legalidade exprime o ato amoldado dentro da ordem jurídica, em conformidade com as regras e solenidades previstas em lei.

Pela polícia-jurídica é também dever do notário zelar pela autonomia de vontade das partes.

"Deve ele assegurar às partes, dentro do possível, uma situação de igualdade, bem como assegurar a livre emissão da vontade despida de qualquer vício, recusando-se a desempenhar sua função caso apure estar tal vontade eivada por algum vício que a afete."[61]

Enfim, deve o notário ajustar sua atividade ao princípio da legalidade para ver conquistada a realização notarial do direito, colhendo, interpretando e formalizando juridicamente a vontade lícita das partes à luz do direito, prevenindo assim eventuais litígios que possam ser deflagrados.

3.1.3 Redator especializado

O tabelião é o profissional especializado em redigir os documentos mais adequados para atingir os efeitos pretendidos. Terá total independência técnica em sua redação.

"Consiste num redator especializado, porque, além de possuir uma formação geral no âmbito do direito, é imprescindível um conhecimento específico nas áreas de Direito Civil e Direito Notarial, que estão intimamente relacionados com o exercício da função notarial."[62]

Para a criação de uma forma jurídica adequada, pressupõe-se que o notário receba os dados sobre o negócio que as partes querem realizar, qualificando-os, aplicando o direito que lhe corresponde, dirigindo e adaptando condutas, relatando e coordenando manifestações e atos, sancionando-os formalmente. Desse processo criativo surgirá um instrumento que culminará no documento notarial.

Esse documento, intitulado escritura pública, oferece segurança e garantia de firmeza nos negócios, prevenindo as partes dos vícios de manifestação de vontade. Nesse sentido, aumentará a confiança das partes e da sociedade na contração em que intervém o notário.

Ainda, em relação ao documento redigido pelo notário, tem por finalidade a criação de uma prova pré-constituída, preparada anteriormente ao eventual litígio que poderá advir. É prova constituída, muitas vezes, antes mesmo do direito ter sido violado. O descumprimento de uma obrigação consubstanciada numa escritura pública de confissão ou assunção de dívida, por exemplo, é causa de prova constituída antes do direito ter sido infringido, uma vez que na própria escritura o devedor, em seu perfeito juízo e livre de toda e qualquer coação, declarou e se confessou ou assumiu dever ao credor determinada importância, e somente após ter se obrigado publicamente, deixou de cumprir com sua obriga-

(61) BRANDELLI, Leonardo, op. cit., p. 143.

(62) WOLFFENBÜTTEL, Míriam Comassetto. *O protesto cambiário como atividade notarial*. São Paulo: Labor Juris, 2000. p. 66.

ção. Esta escritura servirá de título executivo em ulterior demanda executiva, sem a necessidade da comprovação de sua autenticidade, já que emanou de profissional dotado de fé pública.

Integra a atividade notarial, de acordo com o art. 585 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul, entre outros itens: "c) redigir, em estilo correto, conciso e claro, os instrumentos públicos, utilizando os meios jurídicos mais adequados à obtenção dos fins visados".

Terá responsabilidade quanto aos aspectos técnicos do documento, mas não quanto às declarações das partes.

3.2 Caráter de jurisdição voluntária

Há certos fatos, atos ou negócios jurídicos particulares que extrapolam os limites dos interesses privados neles envolvidos, dizendo respeito à coletividade.

"Um casamento, por exemplo, não é de relevância apenas para os cônjuges: interessa à sociedade evitar casamento de pessoas impedidas, interessa dar publicidade aos casamentos realizados e por realizar, interessa definir a situação dos futuros filhos etc.; a constituição de uma sociedade mercantil ou de uma associação, também, não é ato que valha e influa na vida jurídica dos sócios apenas, mas fatalmente irá ter relevância nas relações com terceiros."[63]

O Estado os tutela através da administração pública de interesses privados.[64]

"O legislador (Estado) impõe, para a validade desses atos de repercussão na vida social, a necessária participação e um órgão público. Mediante essa participação, o Estado insere-se naqueles atos que do contrário seriam tipicamente privados. Ele o faz emitindo declaração de vontade, querendo o ato em si e querendo também o resultado objetivado pelas partes."[65]

Essa administração pública de interesses privados é a conhecida jurisdição voluntária.

Jurisdição voluntária, também chamada de graciosa ou administrativa, é aquela atividade jurisdicional onde o juiz atua apenas para homologar o acordo ou a vontade das partes. Não há litígios, nem partes, somente interessados. É desempenhada pelo Poder Judiciário ou por outros órgãos, como os serviços notariais e de registro. Nesse sentido, coerente o entendimento de Marcelo Caetano apud Cotrin Neto:

(63) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 153.

(64) Expressão desenvolvida pelo italiano Guido Zanobini e adaptada por José Frederico Marques, conforme BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 12-13.

(65) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii, op. cit., p. 153.

"(...) a via jurisdicional é uma das maneiras de execução da lei, e que seu emprego não constituiu monopólio do Judiciário, não pode ser estranho que, malgrado a sua colocação lógica no quadro do Poder Executivo, possa o Notário exercer função jurisdicional."[66]

Modernamente a doutrina tem se posicionado no sentido de que a função notarial tem caráter de jurisdição voluntária.

"A atividade da jurisdição voluntária tem natureza constitutiva, porque serve para constituir relações jurídicas, ou para modificar ou desenvolver as já existentes. Além disto, a moderna doutrina acentua a finalidade preventiva dessa jurisdição, que intervém em certos atos jurídicos, dando-lhes maior garantia de legalidade, de modo a evitar futuros litígios."[67]

O notário não exerce a jurisdição voluntária como função jurisdicional de compor a lide, mas em virtude da documentação e autenticidade que devem estar exaradas nos negócios privados, mais precisamente os relativos a imóveis e direitos reais deles decorrentes, prevenindo eventual deflagração de conflitos. Exerce suas funções tutelando administrativamente direitos privados, como órgão da tutela administrativa que o Estado atua para garantir o exercício e gozo de direitos subjetivos de compor negócios jurídicos de direito privado.

"Com efeito, nos termos das legislações mais adiantadas, editadas para regulamentação das atividades notariais, além dos poderes que universalmente são atribuídos ao Notário, ele é competente para a elaboração de inventários, para executar hasta pública voluntária e até para a expedição de 'atestados especiais a respeito de fatos por ele observados oficialmente' (art. 20 da 'Bundesnotarordnung', da Lei Orgânica Federal do Notariado da Alemanha); destarte, o Notário se vê investido no exercício de uma genuína jurisdição voluntária."[68]

O tabelião a exerce nos casos de pretensão privada onde não existe controvérsia ou antagonismo. Assim realizando, por exemplo, uma partilha amigável ou dividindo uma área de terras com extinção do condomínio existente, ambos por escritura pública, exercendo está atos de jurisdição voluntária, pois os interessados acordaram previamente o ato jurídico, submetendo-o ao tabelião para dar forma legal. Analisando-se o procedimento notarial, nesses casos é o mesmo praticado pelo magistrado quando num inventário ou arrolamento com herdeiros maiores e capazes ou de divisão e extinção de condomínio, que os interessados estão plenamente de acordo com as divisas do imóvel.

"Ora, precisamente no exercício de jurisdição voluntária, onde via de regra não existe litígio (daí a denominação que alguns autores, como o germânico Hans Nawiasky, lhe atribuem, de 'jurisdição não-litigiosa', 'unstreitige Gerichtsbarkeit') e onde também não se busca uma compulsiva aplicação do

(66) COTRIN NETO, Alberto Bittencourt, op. cit., p. 127.

(67) BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 14.

(68) COTRIN NETO, Alberto Bittencourt, op. cit., p. 127.

direito, aí é que tem o Notário seu reino, e onde se destaca sua eminente função social. Aí, também, é onde o Notário, como órgão que inquestionavelmente o é, do Poder Administrativo, vale dizer, do Poder Executivo, se torna lindeiro do Poder Judiciário."[69]

Nesse contexto, válidas são as contribuições do mestre uruguaio Rufino Larraud: "En verdad, la jurisdicción voluntaria como el derecho notarial, pertenecen al plano de la normal realización del derecho, e integran un sistema de administración pública del derecho privado".[70]

Por fim, defendendo que a função notarial integra a chamada jurisdição voluntária, cita-se a posição de Castan Tobeñas, citado por Antonio Augusto Firmo da Silva:

"(...) seja qual for a posição que se adote quanto a este problema, parece bastante claro que a atividade notarial participa das características que se atribuem à chamada jurisdição voluntária: é exercida inter-volentes e sem contenda, entre partes adversas; presta uma tutela preventina ao Direito privado; atua na constituição das relações jurídicas, dirigindo-a e dotando-a de variedade formal e interna e de um título autêntico; imprime aos atos e negócios jurídicos a solene garantia da legitimidade do Poder público que o notário representa. Por algo as origens do notarial aparecem tão ligadas a *jurisdictio* voluntária."[71]

Realmente a jurisdição voluntária de jurisdição nada tem, pois esta visa resolver conflitos. A jurisdição é desempenhada pelo Estado, através do Poder Judiciário, por meio da função jurisdicional que lhe é inerente e com fundamento na coisa julgada, utilizando-se da certeza *a posteriori*. Já o notário atua na certeza *a priori*, buscando previamente a segurança jurídica, no intuito de evitar a deflagração de litígios e muitas vezes resolvendo pacificamente as controvérsias das partes.

Diante da atual crise do Judiciário, devido ao elevado volume de processo e limitado número de juízes, os serviços notarias poderiam dar uma maior colaboração, prestando um excelente trabalho no campo da jurisdição voluntária. Não se quer dizer que o notário não pratica atos neste campo. Ocorre que, no intuito de oferecer às partes uma maior celeridade em seus negócios, com preços bem mais reduzidos, nos quais todos os envolvidos sejam maiores e capazes, deveria o legislador atribuir a competência de tais atos ao notário, pelos seguintes motivos:

"O notário é um oficial público que, por meio de seus conselhos, informa com imparcialidade sobre a natureza e conseqüências jurídicas dos atos que se deseja elaborar e que, por esse papel, torna-se um agente de prevenção de lití-

(69) COTRIN NETO, Alberto Bittencourt, op. cit., p. 128.

(70) LARRAUD, Rufino, op. cit., p. 119.

(71) SILVA, Antonio Augusto Firmo da. "O notário no campo da jurisdição voluntária". *Revista Notarial Brasileira* 2/14-26, São Paulo, maio-ago. 1974-1976, p. 23.

gios. O ato notarial outorgado pelo notário simplifica os procedimentos da prova. O notário é também delegado pelo tribunal para realizar atos judiciais, tais como inventários e partilhas. É desejável que a função do notário seja consolidada e que o recurso do trabalho do notário na administração da justiça seja reconhecido e incentivado."[72]

Após serem expendidos tais argumentos, não restam dúvidas que os serviços notariais são capazes de prestar à sociedade uma vasta gama de serviços que são de exclusiva competência do Poder Judiciário. Poderiam praticar, por exemplo, atos envolvendo separação, divórcio, homologação de acordos, em que todos os participantes fossem maiores e capazes e que inexistam litígios. Com isto, estaria o notário realizando sua função social, principalmente em benefício daqueles que mais precisam do Poder Judiciário, desafogando-o.

3.3 Tabelionato de protestos

Tabelionato de protestos é o serviço exercido pelo tabelião de protesto de títulos. Destina-se a provar a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos ou em outros documentos de dívida, através do instrumento de protesto, tal como determina o art. 1.º da Lei 9.492, de 10.09.1997, que é a regulamentadora da matéria.

O art. 3.º da lei reguladora define a competência do tabelião de protestos:

"Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei."

O ato de protesto de títulos possui caráter eminentemente probatório, pois firma a impontualidade do devedor frente ao credor.

"É um ato preparatório, destinado a servir de prova. A prova a que o protesto se destina, compreende dois momentos, primeiro é a prova da apresentação do título, para ser aceito ou pago, e depois é a prova da recusa, que poderá ser tácita ou declarada, pois o instrumento do protesto deve conter a declaração que porventura o intimado apresentar."[73]

É ato declaratório, uma vez que não cria nem constitui direitos ao credor. Constitui, sim, prova incontestável da apresentação do título e que este não foi aceito ou pago no tempo hábil.

(72) FERREIRA, João Figueiredo. "Para onde vão os cartórios?", p. 131. O assunto foi apreciado em congresso da UINL, em Macau, em 1989.

(73) OLIVEIRA, Edison Josué Campos de. *Protesto de títulos e seu cancelamento.* São Paulo: RT, 1972. p. 14.

Nesse sentido também entende o notável Pontes de Miranda:

"O protesto é essencialmente probatório. Fora do título, não se lhe atribui constituição de direitos, nem por ele alguma das pessoas presentes dispõe. O seu papel único é o de documentar o exercício do direito constante do título."[74]

De longa data discutia-se se o protesto era ato notarial ou registral. Em diversas cidades os ofícios de protestos estão anexados aos Registros Públicos.

A Lei 8.935/94, em seu art. 5.º, soluciona o problema, designando o titular desse serviço como tabelião de protesto de títulos.

Cumpre aqui demonstrar os motivos que levam a atividade referente ao protesto de títulos ser considerada como atividade notarial.

O protesto é ato do apresentante do título. O tabelião torna-se um instrumento de perfectibilização do crédito do credor.

"O protesto emana do portador, que solicita ao tabelião que o lavre, como a escritura ou procuração emanam das partes que solicitam ao serventuário que as lavre, assim como o casamento emana dos nubentes e não do oficial do registro e do presidente do ato, sendo todos eles, tabelião de protestos, de notas e juiz de casamentos, testemunhas solenes, exigidas por lei para que o ato se complete, para a prova do fato. Desde a origem, desde o século XIV, o protesto é ato do portador, lavrado a pedido do mesmo."[75]

O insigne Erpen[76] passa a fazer uma dedução inteligente dos efeitos junto a terceiros do protesto de títulos. Afirma que, se o protesto se reflete apenas entre as partes envolvidas no negócio subjacente, seria ato notarial. Todavia, se seus efeitos extrapolarem o campo da relação interpartes, atingindo terceiros não figurantes da relação preestabelecida, seria ato registral. Isso porque a publicidade registral gera a presunção absoluta de cognoscidade, não podendo ser alegado seu desconhecimento por quem quer que seja. O ato notarial, por sua vez, é o mecanismo, consubstanciado num instrumento público notarial, de vinculação das partes, gerando efeitos somente em relação às signatárias do negócio. "Os atos notariais, portanto, ainda que públicos e veiculadores da prova, não induzem a presunção de conhecimento, *juris et de jure*".[77]

Conclui que os serviços concernentes ao protesto de títulos não integram, pois, o sistema publicitário, por lhe faltar previsão legal expressa. Por isso não tem o condão de gerar presunção de conhecimento.

Esse também é o entendimento de Garcia:

(74) PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. XXXV, p. 64-65.

(75) OLIVEIRA, Edison Josué Campos de, op. cit., p. 18.

(76) ERPEN, Décio Antonio. "Protesto cambial efeitos frente a terceiros". *Revista da Ajuris* 31/217-229, Porto Alegre, jul. 1984. p. 218-219.

(77) ERPEN, Décio Antonio, op. cit., p. 219.

"Não resta dúvida acerca da natureza notarial do protesto. O Serventuário testemunha, atesta, certifica, ante o pedido do portador a ocorrência do não aceite ou do não pagamento. Sem dúvida que o portador é quem protesta; o tabelião lavra um termo desse protesto."[78]

Dentre os princípios norteadores da atividade notarial, o tabelião está incumbido de receber, interpretar e formalizar as declarações de vontade emanadas pelas partes, criando instrumentos próprios e plenamente eficazes. Quando o portador apresenta um título ao tabelião, exterioriza sua vontade e este protocola, intima o devedor e, se no tríduo legal este não satisfizer a intimação, aquele formaliza publicamente o descumprimento da obrigação subjacente ao negócio consubstanciado no título de crédito ou documento de dívida, por meio da lavratura do instrumento de protesto, que é revestido da fé pública notarial. Portanto, o protesto é atividade notarial, contendo declarações das partes, emergindo efeitos somente em relação a elas e não oponível *erga omnes*.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Wolffenbüttel:

"Assim sendo, investigando precedentemente o conteúdo da função notarial, podemos constatar que o protesto cambiário é ato de natureza notarial, pois para que se concretize o ato de protesto é necessário que alguém manifeste sua vontade no sentido de comprovar o não cumprimento da obrigação pelo devedor, carecendo de interpretação e formalização deste ato por quem seja apto para buscá-lo no mundo jurídico, caracterizando-se tal procedimento como função tipicamente notarial."[79]

Todavia, há um caso em que o protesto pode ser considerado também como ato registral, quando tirado para fins falimentares, que influi no estabelecimento, na fixação do termo legal da falência, gerando publicidade a todos.[80]

"O protesto cambial, especial, cogitado na Lei de Quebras, tem caráter misto, ou seja, notarial-registral, cujo Ofício integra o sistema publicitário, gerando presunção absoluta de conhecimento, isso no caso de sobrevir a quebra, porque influirá, decisivamente, no estabelecimento do termo legal da falência."[81]

Após terem sido tecidas essas considerações acerca do conceito e natureza jurídica do protesto cambiário, resta inequívoca a conclusão de que, como ato notarial que é, tem seu campo de atuação lastreado na certeza *a priori*, evitando

(78) GARCIA, Rubem. *Protesto de títulos: procedimento – Incidentes*. São Paulo: RT, 1981. p. 7.

(79) WOLFFENBÜTTEL, Míriam Comassetto, op. cit., p. 68.

(80) Dispõe o par. ún. do art. 14 da Lei de Falências (Dec.-lei 7.661, de 21.06.1945): "A sentença que declarar a falência". E seu inciso III: "fixará, se possível, o termo legal da falência, designando a data em que se tenha caracterizado esse estado, sem poder retrotraí-lo por mais de 60 (sessenta) dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento...".

(81) ERPEN, Décio Antonio, op. cit., p. 228.

que o Poder Judiciário se manifeste no sentido de ver realizado o direito subjetivo do cidadão. Quando um indivíduo não honrar seus compromissos com alguém e este possuir um documento de dívida líquida, certa e dotada de exigibilidade, poderá depositar o encargo ao tabelião de protestos que, através de seu expediente, compelirá o devedor a cumprir com sua obrigação, tentando realizar a pretensão da parte.

Sem dúvida que o protesto de títulos evita um grande número de processos judiciais. Pela via contenciosa, credor e devedor restariam mais onerosos, pois teriam que contratar advogados para patrocinar a causa, além de arcar com as custas judiciais e despesas processuais. Isso sem falar do enorme congestionamento que a máquina jurisdicional abarcaria para resolver litígios que, na maioria das vezes, poderiam ser resolvidos extrajudicialmente, com um menor custo e prazos bastante exíguos.

4. Considerações finais

Da análise que foi feita acerca dos serviços e da função notarial, espera-se ter sido demonstrado o caráter acautelatório da atividade notarial frente à atuação de um profissional qualificado, que exerce seu ofício a favor da comunidade, na prevenção de litígios. Sabe-se que o tema é amplo e não poderia ser esgotado em poucas páginas. Espera-se que sirva de parâmetro para atiçar os estudiosos na criação de mais bibliografias sobre o tema, haja vista que são poucas as existentes.

Englobando-se ambos os serviços previstos no art. 236 da CF, cada qual com suas devidas competências estabelecidas pela Lei Orgânica Notarial e Registral (Lei 8.935/94), verifica-se que não estão vinculados a nenhum poder constituído, apenas sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, garantindo, assim, a autonomia na atividade. São exercidos em caráter privado, através de delegação do Poder Público, que outorga ao notário e registrador a execução de tais serviços. Os titulares atuam como se profissionais liberais fossem, não percebendo remuneração dos cofres públicos e nem sequer integrando a estrutura administrativa do Estado.

Com essa autonomia podem e são exercidos sem ingerência de quem quer que seja, encontrando seu lugar na sociedade. Por isso ditos profissionais asseguram à comunidade uma boa prestação dos serviços, isentos de compromisso e sem vinculação com o governo ou qualquer poder político.

O que até aqui ficou explicitado aplica-se aos serviços notariais e de registro. Doravante passa-se a analisar exclusivamente a atividade notarial por ser o objeto do trabalho.

Notário ou tabelião é o profissional do direito, dotado de fé pública, que tem por incumbência receber, interpretar e formalizar as declarações de vontade das partes, de acordo com a lei, a moral e o direito, redigindo os instrumentos adequados à obtenção dos fins visados, conferindo a eles forma legal e autenticidade.

O Estado, através do Poder Judiciário exclusivamente, aplica o direito aos casos concretos para dirimir controvérsias. Nas pretensões privadas, onde não há litígios, é delegado ao notário o poder de adaptar a vontade das partes à luz do direito e da lei, sempre em nome do Estado.

Pelo campo da jurisdição voluntária, o notário atua por delegação do Estado, a fim de garantir o exercício e o gozo dos direitos subjetivos de compor negócios jurídicos de direito privado. A sua aplicação é normal, por mútuo acordo, cujas condições são previamente conhecidas e respeitadas por ambas as partes.

As atestações feitas pelo notário propiciam certeza *a priori,* previamente, na fase da normalidade, e têm por finalidade a formação de uma prova pré-constituída. O Estado avaliza suas certificações através da fé pública que lhes fora atribuída.

O notário coloca-se eqüidistante entre a lei e o negócio jurídico, dando a esse negócio os contornos adequados segundo o direito objetivo, buscando sempre a prevenção de litígios.

Os usuários esperam a compreensão de seus problemas através daquele que será seu conselheiro, orientador, dotado de credibilidade, unindo a segurança do documento à eficácia resultante de um correto assessoramento. A gestão do tabelião deve ser feita com o máximo vigor jurídico em relação aos fins a que se propõem as partes.

Urge a majoração do campo de atuação notarial ao legislador, pois nos últimos anos a categoria tem perdido espaço no cenário nacional, principalmente com os instrumentos particulares que têm força de escritura pública. O notário, diante de todas as qualidades até aqui despendidas, pode se amoldar à prática de todos os atos de jurisdição voluntária que envolvam pessoas maiores e capazes, desafogando o Poder Judiciário, com a exclusão de sua apreciação em tais questões, já que se encontra totalmente saturado.

Está comprovado que os países que possuem o notariado do tipo latino apresentam o número de demandas envolvendo questões negociais e de família bem mais reduzido do que os demais.[82] Estados Unidos e China, por exemplo, comprometem uma porcentagem do orçamento muito maior do que países, entre outros, como França, Itália, Alemanha, Espanha, Japão e Holanda.

A função notarial não possui regramento próprio no ordenamento jurídico pátrio, apenas alguns artigos fragmentados em textos legais. Percebe-se, então, que ainda prima por uma legislação que melhor estruture a atividade, para se demarcar melhor os verdadeiros benefícios que dela provêm e para aproximar-se dos países detentores de notariado mais desenvolvido.

Enfim, para que a atividade notarial seja desempenhada de acordo com as aspirações de seus usuários, é mister que o tabelião assessore adequadamente as partes, na defesa do interesse de ambos, atuando com imparcialidade, totalmente independente e sem qualquer vinculação com os poderes constituídos, buscan-

(82) Conforme exemplo de FORMÍCOLA, Tullio, op. cit., p. 91.

do sempre prevenção para futuros conflitos. Dessa forma os serviços notariais, através da atuação do notário, atentam com a sua primordial incumbência de intervir nos negócios jurídicos, ajustando as partes na realização de seus objetivos na órbita do direito privado, visando evitar a deflagração de litígios. Portanto, o notariado mostra-se indispensável para a vida em sociedade.

Bibliografia

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 9.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei dos Registros Públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 1.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CESAR, José Maria de Almeida e PEDROTTI, Irineu Antonio. *Serviços notariais e de registro*. São Paulo: Leud, 1996.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CONSOLIDAÇÃO Normativa Notarial e Registral. Provimento 1/98, da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, 1998.

COTRIN NETO, Alberto Bittencourt. "A situação jurídica do notariado brasileiro". *Revista de Informação Legislativa* 37/117-132, Brasília, jan.-mar. 1973.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ERPEN, Décio Antonio. "A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica". *Revista de Direito Imobiliário* 35-6/37-39, São Paulo: RT, 1995.

———. "Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores". *Revista de Direito Imobiliário* 47/103-115, São Paulo: RT, jul.-dez. 1999.

———. "Protesto cambial efeitos frente a terceiros". *Revista da Ajuris* 31/217-229, Porto Alegre, jul. 1984.

FERREIRA, João Figueiredo. "Para onde vão os cartórios?". *Revista de Direito Imobiliário* 48/125-133, São Paulo: RT, jan.-jun. 2000.

FISCHER, José Flavio Bueno. "A função notarial criadora de direito". Tese apresentada no XXXIII Congresso Internacional do Notariado Latino em Atenas, Grécia, em setembro de 2001. Disponível em: <www.tabelionatofischer.not.br>. Acesso em: 15.03.2002.

———. "Notários e registradores – Uma visão integrada". Tese apresentada no XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil em Maceió, em outubro de 1991. Disponível em: <www.tabelionatofischer.not.br>. Acesso em: 15.03.2002.

FORMÍCOLA, Tullio. "O notariado no Brasil e no mundo". *Revista de Direito Imobiliário* 48/85-92, São Paulo: RT, jan.-jun. 2000.

GARCIA, Rubem. *Protesto de títulos: procedimento – Incidentes*. São Paulo: RT, 1981.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAEFF JR., Cristiano. "Natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador". *Revista de Direito Imobiliário* 47/116-124, São Paulo: RT, jul.-dez. 1999.

LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1969.

MÂNICA, Sérgio Afonso. "Conceito de direito notarial". *Informativo do Colégio Notarial do Brasil* 4/1, Secção do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, mar. 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MONTENEGRO JR., Eurico. "Breves anotações ao novo estatuto dos notários e registradores públicos". *RT* 739/96-101, São Paulo: RT, maio 1997.

OLIVEIRA, Edison Josué Campos de. *Protesto de títulos e seu cancelamento*. São Paulo: RT, 1972.

PEREIRA, Antonio Albergaria. *Comentários à Lei 8.935*. Bauru: Edipro, 1995.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 7.

POISL, Carlos Luiz. "Noção de fé pública notarial". Disponível em: <www.anoregbr.org.br>. Acesso em: 15.03.2002.

PONDÉ, Eduardo Bautista. *Origem e historia del notariado*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. XXXV.

PUGLIESE, Roberto J. *Direito notarial brasileiro*. São Paulo: Leud, 1989.

REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. Campinas: Copola, 1997.

RIBEIRO, Zeferino. *O tabelionato*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

ROENICK, Hermann H. de C. "Os tabeliães e os registradores e a aposentadoria compulsória". *Revista da Ajuris* 80/192-204, Porto Alegre, dez. 2000.

SANTOS, Frauzilino Araújo dos. "Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores". *Revista de Direito Imobiliário* 49/11-30, São Paulo: RT, jul.-dez. 2000.

SANTOS, Márcia Elisa Comassetto dos. "Função notarial". *Estudos Jurídicos – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Unisinos* 84-32/87-96, São Leopoldo, jan.-abr. 1999.

SILVA, Antonio Augusto Firmo da. "O notário no campo da jurisdição voluntária". *Revista Notarial Brasileira* 2/14-26, São Paulo, maio-ago. 1974-1976.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. "O notariado brasileiro perante a Constituição Federal". *Revista de Direito Imobiliário* 48/81-84, São Paulo: RT, jan.-jun. 2000.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva e SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. "Tabeliães e oficiais de registro". *RT* 779/719-750, São Paulo: RT, set. 2000.

STOCO, Rui. "Responsabilidade civil dos notários e registradores". *Boletim do RTD* 51/237-240, São Paulo, jun. 1995.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues. *Direito notarial – Teoria e prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

WOLFFENBÜTTEL, Míriam Comassetto. *O protesto cambiário como atividade notarial*. São Paulo: Labor Juris, 2000.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.8

AS PESSOAS JURÍDICAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

PAULO ROBERTO DE CARVALHO RÊGO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A hermenêutica – 3. A doutrina – 4. O Código Civil italiano, fonte do nacional – 5. O novo Código Civil brasileiro – 6. O registro – 7. Conclusão.

1. Introdução

Cada vez mais fico impressionado com a facilidade com que são expostas questões técnicas de Direito, sem qualquer compromisso com o sistema jurídico vigente ou sem um prévio e acurado estudo das fontes e princípios que o regem. Essa é, a meu ver, a situação em que se encontra a chamada Teoria da Empresa, nos moldes em que foi adotada no nosso novo Código Civil.

É assombroso ver que alguns profissionais do Direito apregoam a extinção do Direito Comercial, do comerciante ou do próprio comércio, apenas em razão da revogação, parcial, do Código Comercial, como se isso fosse possível.

Há, até, os que fazem referências ao Direito italiano, sem que, ao que parece, tenham ao menos lido o seu Código Civil. O tivessem feito, e saberiam que a fonte de onde foram retiradas, em grande parte, as disposições do Livro II, do referido Código Civil, e que versa sobre "O Direito de Empresa", no Código Civil italiano, que data de 16.03.1942, está incluído no seu Livro V, que trata "Do Trabalho", isso porque ajustado ao regime fascista, então em vigor, unificou não só o Direito Civil e o Comercial, mas, também, o Direito do Trabalho, matéria que o nosso regime protecionista não se atreveu a tratar.

Vejamos, assim, dentro de nossas parcas possibilidades, os sistemas de interpretação das leis; o Direito comparado, italiano, sobre o assunto; as disposições do novo Código Civil pátrio, que se abeberou em suas fontes; e a doutrina, quanto à hermenêutica e exegese da norma em vigor, para aclarar o mercado jurídico.

2. A hermenêutica

Ensinava Carlos Maximiliano, sobre a tarefa do intérprete da lei, que "não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas

também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico".[1] Foi, também, o insigne Ministro da Corte Suprema quem melhor definiu os métodos de diagnose, subsunção e interpretação das leis, ao tratar dos requisitos para utilização dos diversos métodos disponíveis aos juristas. Sobre a interpretação gramatical, dizia o mestre:

"O processo gramatical exige a posse dos seguintes requisitos:

1) conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática;

2) informação relativamente segura e minuciosa, quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelos menos intelectuais e estilo do autor; orientação do seu espírito; leituras prediletas; abreviaturas adotadas;

3) notícia completa do assunto de que se trata, inclusive a história respectiva;

4) certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das suas partes."[2]

Adotado esse critério, vimos que o legislador pátrio foi buscar no ordenamento italiano sua fonte. Observamos, também, que as expressões utilizadas o foram em sua acepção e sentido jurídico dos institutos, não vulgar, como é próprio aos renomados juristas que compuseram a Comissão, da qual resultou a lei civil unificada, de cujas lições extraímos o espírito que norteou a opção legislativa e seus ensinamentos, que serão oportunamente apontados, corroborando nosso entendimento. Verificamos, ainda, no Direito italiano, o histórico da norma ora importada. Enfim, procedemos, passo a passo, sob a guia do saudoso jurista, para esboçarmos a interpretação que abaixo nos permitimos externar.

Fizemos mais, adotamos, também, os demais métodos interpretativos, inclusive o processo sistemático, hoje mais bem aceito pela doutrina e jurisprudência, que consiste, na lição do citado mestre, "em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto",[3] confrontando "a prescrição positiva com outra de que proveio, ou de que da mesma dimanaram; verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos".[4] Assim, comparamos o disposto no art. 966 e seu parágrafo único com os demais dispositivos do Código sobre o assunto, seja na parte geral das pessoas jurídicas, seja no próprio Livro sobre o Direito de Empresa, seja nas disposições finais transitórias. Enfim, confrontamos regra e exceção, o geral e o particular, de modo a obter os almejados esclarecimentos preciosos.

(1) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 16.

(2) Op. cit., p. 107.

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

(4) Op. cit., p. 129.

Fomos além, seguindo o método de Carlos Maximiliano, culminamos o método sistemático, com o exame do Direito Comparado, que, "levado às suas últimas conseqüências, naturais, lógicas, induz a pôr em contribuição um elemento modernissimo – o *Direito Comparado*. Efetivamente, deve confrontar-se o texto sujeito a exame, com os restantes, da mesma lei ou de leis *congêneres*, isto é, com as disposições relativas ao assunto, quer se encontrem no Direito nacional, quer no estrangeiro; procura-se e revela-se a posição da regra normal no sistema jurídico hodierno, considerado no seu complexo".[5]

E o fizemos, porque o nosso legislador entendeu por *recepcionar* o Direito de Empresa do Código Civil italiano. Segundo Hermes Lima, "chama-se recepção a adoção por certo país, como próprio, de um direito estrangeiro".[6] No mesmo sentido, Bobbio esclarece que "fala-se de *reconhecimento* ou *recepção* quando existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que produz regras de conduta a que o Estado *reconhece* (isto é, atribui) *a posteriori* o caráter da juridicidade ou, em outros termos, que o Estado *recepciona* (isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação do seu conteúdo".[7]

Examinamos, também, o Direito de empresa observado seu histórico nacional, porque, como se sabe, sua idealização nacional remonta a Teixeira de Freitas, não sendo uma descoberta italiana.[8]

Examinamos, enfim, a melhor doutrina, inclusive os ensinamentos do jusfilófoso Miguel Reale, coordenador dos trabalhos que resultaram no novo Código Civil, tudo a fim melhor fundamentar as conclusões a que chegamos.

3. A doutrina

Dentro da lição de Carlos Maximiliano, acima cotejada, vamos investigar o pensamento dos integrantes da Comissão de Revisão do Projeto de Código Civil, não sem descurar que:

"Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que seu autor."[9]

(5) Op. cit., p. 131.

(6) LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 134.

(7) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999. p. 164, destaques no original.

(8) REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 365.

(9) Op. cit., p. 30-31.

Citando Ferrara: "A lei é a expressão da vontade do *Estado*, e esta persiste autônoma, independente do complexo de pensamentos e tendências que animaram as pessoas cooperantes na sua emanação. Deve o intérprete descobrir e revelar o conteúdo de vontade *expresso em forma constitucional*, e não as volições algures manifestada, ou deixadas no campo intencional; pois que a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e, sim, o que *exprimiu de fato*".[10]

Com essas ressalvas, iniciemos o estudo do Direito de empresa, lendo Miguel Reale, para quem:

"Na Itália, que é indiscutivelmente, o país onde o Direito Comercial adquiriu maior altitude cultural, a tese da unificação do Direito Privado acabou triunfando. É obra dos nossos dias: o Código Civil italiano é de 1942 e, com ele, se abriu um novo capítulo na história da codificação civil.

Observe-se que, na Itália, depois da unificação do Direito Privado, com o desaparecimento do Código Comercial, disputaram os autores para saber se desaparecera apenas o *Código Comercial*, ou se desaparecera também o *Direito Comercial*. Alguns mestres, como, por exemplo, Mário Rotondi, que é um dos grandes partidários da tese da unificação, sustentava que o Direito Comercial deixara de existir como disciplina autônoma.

Em contraposição a essa tese de Mário Rotondi, vemos um jurista insigne, Francesco Messineo, afirmar que, não obstante a inexistência do Código Comercial, ainda subsiste, com caracterização plena, o Direito Comercial, como um Direito autônomo.

Afirma, com razão, Messineo que o fato de existir ou não um Código não cria, ou extingue, o Direito correspondente, pois não se trata de autonomia legislativa, mas sim de *autonomia científica*. O Direito Comercial é um Direito autônomo, porquanto visa a determinados problemas, cuja existência se configura de forma clara e bem nítida nas relações sociais, sendo necessário, além do mais, ponderar que o Código Civil abrange matéria que não é toda de Direito Civil, assim como este não se contém por inteiro nesse Código. Pelas mesmas razões, além de se fundar nas normas constantes do Código Civil unificado, o Direito Comercial tem outras fontes legais, como, por exemplo, as leis sobre falência, títulos cambiais etc. Ora, se vigora, separadamente, uma lei de falências, além de outras especiais, regulando as atividades empresariais, é porque, indiscutivelmente, persiste algo nos fatos sociais que não justifica o desaparecimento do Direito Comercial, como campo autônomo de pesquisa."[11]

Especificamente, sobre a mantença do Direito Comercial, nos trabalhos desenvolvidos no estudo do Projeto do novo Código Civil, disse o mestre que:

(10) FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1921, vol. I, p. 210; apud MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 30-31, destaques no original.

(11) Op. cit., p. 366-367.

"Continuarão a existir, lado a lado, o Direito Civil e o Comercial, pelos motivos já aduzidos.

Absurdo seria contestar o valor autônomo da *atividade empresarial*, a qual dá nascimento a certos tipos de associações, como, por exemplo, as sociedades anônimas. Haverá, sempre, um Direito Comercial relativo a essas organizações privadas constituídas por iniciativa dos empresários visando a fins de lucro, com base no investimento feito.

Além do mais, o Direito Comercial precisa de certas garantias, especialmente no que se refere ao crédito. Impõe-se a existência de um *registro próprio*, onde os atos dos empresários fiquem claramente salvaguardados, para que seja determinada a responsabilidade em relação a terceiros ou de terceiros. O registro das empresas é uma necessidade da própria mobilidade da vida econômica dos nossos dias.

O Direito Comercial não pode, nem deve desaparecer, embora as suas normas fundamentais passem a integrar o Código Civil. Foi esta a solução adotada pela Comissão Revisora do Código Civil, por nós presidida, que, além do Livro das Obrigações, apresenta outro, destinado a disciplinar a *atividade negocial* em geral, e a das empresas mercantis e industriais, em particular. A essa preferimos dar o nome de *Direito de Empresa*, que abrange tanto a comercial como a industrial."[12]

Mais especificamente, sobre as pessoas jurídicas de direito privado, distinguindo as sociedades de natureza civil das de natureza comercial, acentuou o jurista Miguel Reale, que:

"As pessoas jurídicas de Direito Privado discriminam-se em duas grandes categorias: as *civis* e as *mercantis*, podendo aquelas também ser de fins econômicos. No Anteprojeto do Código Civil, elaborado pela Comissão por nós presidida, a matéria se acha disciplinada com maior rigor técnico e com terminologia mais apurada, distinguindo-se, consoante sua redação final, as:

a) *entidades de fins não econômicos*, que são sempre civis, compreendendo as *associações e as fundações*;

b) *entidades de fins econômicos*, que podem ser ou *sociedades simples* ou *sociedades empresárias*.

Não é mais possível continuar-se a empregar a *antiga denominação* de 'sociedades mercantis', pois a empresa é uma estrutura que atende a outros ramos não menos relevantes de atividade econômica, como o é o industrial. Vamos, pois, dar aos termos 'mercantil' ou 'comercial' um sentido lato.

Por outro lado, *há certas sociedades de fins econômicos que não são empresas, como as constituídas para exercer atividades de ensino, a advocacia, a medicina etc. Não basta o simples* 'escopo de lucro', *para transformar*

[12] Op. cit., p. 368-369, grifos no original.

um ente em sociedade de tipo empresarial, que pressupõe estrutura e organização específicas.

A esta altura da exposição surge por sinal uma pergunta. Se todas as associações e sociedades possuem uma *forma* e um *conteúdo, isto é, uma estrutura* e, ao mesmo tempo, um *conjunto de finalidades* a serem atingidas, *que é que decide da natureza civil ou comercial* (lato sensu) *de uma pessoa jurídica?*

Em regra, é o conteúdo, ou o tipo de atividade *que dá* qualificação jurídica *a uma entidade e,* não, a sua forma. Assim, por exemplo, *se uma associação civil se organizar sob forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que é tipicamente comercial, será civil se* visar, *por exemplo, à satisfação de* finalidades *recreativas ou culturais.* As associações caracterizam-se, de modo geral, pelo exercício de atividades de natureza comum a todos os membros da convivência, ou de atividades que exigem qualificação específica nas quais o *elemento pessoal* é dominante."[13]

É certo que há casos em que, apesar do *objeto civil*, a própria lei fez *exceção* à *regra*. É o que diz o ilustre Coordenador do Anteprojeto:

"Nem sempre, porém, é o conteúdo que qualifica a entidade. Casos há em que *a lei* liga, de modo cogente, o problema da forma ao da caracterização jurídica, como se dá no caso das *sociedades anônimas*, as quais são sempre de natureza comercial, qualquer que seja o seu objeto."[14]

Vemos, pois, que é o próprio mentor do novo Código Civil que diz que é o *objeto* que indica *a natureza jurídica, a estrutura, civil ou comercial, das sociedades*, excetuados os casos em que a própria lei determina que não se observe a *regra geral*. A *exceção confirma a regra*, como dizia Carlos Maximiliano.

A alteração da *denominação* não altera a *natureza jurídica* das sociedades, ditada pela *atividade* que irá desenvolver. Conforme essa *atividade*, ou *objeto*, subsumir-se-á à *estrutura* jurídica ditada pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial. Estruturada sob as regras do Direito Civil, sua *forma*, ou seja, sua *organização*, será *simples*, qualquer que seja o *tipo* de sociedade escolhido pelos sócios, exceto a por ações, por expressa *exceção* legal.

4. O Código Civil italiano, fonte do nacional

Como vimos no intróito, o Código Civil italiano, além de disciplinar as atividades profissionais, nas suas formas organizadoras e executórias, e seus objetivos intelectuais, técnicos ou manuais (Título I, art. 2060); disciplinou, também, "o trabalho em empresas" (título II), estabelecendo regras para as "empresas em geral" (Cap. I), onde, em sua Seção I, trata do "empresário", o qual, classifica como aquele que "exerce profissionalmente uma atividade econômica

(13) Op. cit., p. 242-243, grifos no original.

(14) Op. cit., p. 243, grifos no original.

organizada com o fim de produção ou troca de bens e de serviços" (título II, art. 2082); em sua Seção II, dispõe sobre os "colaboradores do empresário"; e, na seção III, versa a "relação do trabalho", tudo voltado a regular as diversas formas de trabalho, sob o ponto de vista do profissional, seja autônomo, seja pequeno empresário, seja um grande empreendedor e suas relações com seus colaboradores, desde os dirigentes, administradores ou técnicos até os simples operários.

No Capítulo II, do mesmo Título I, do Livro V, dá tratamento diferenciado aos empresários agrícolas (sim, empresários), dispondo que, a esses, não se aplicam as regras inerentes ao registro das empresas mercantis, que exercem *atividade comercial* (arts. 2136 e 2200), porque sua *atividade* é *produção* de bens e serviços, e não de *intermedição* desses, nem agrega algo aos seus produtos, como ocorre nas indústrias.

Especificamente no que toca ao direito societário, ou seja, a forma de *organização* das empresas, classifica, em seu Capítulo III, as "Empresas *Comerciais* e das Outras Empresas Submetidas a Registro", donde já se pode antever, com clareza solar, que *manteve a distinção* entre as sociedades de âmbito *comercial e as demais*, de âmbito não mercantil. Ao tratar da *estrutura* dos empresários, os *elementos* que o legislador italiano entendeu *caracterizadores* da *atividade comercial*, sujeitos ao *Registro das Empresas* (no Brasil, Registro do Comércio ou Juntas Comerciais), foram elencados no art. 2195 do seu Código de Direito Privado, assim:

"Art. 2195 (Empresários obrigados a registro)

Estão submetidos à obrigação de inscrição no Registro das Empresas os empresários que *exercem*:

1. uma *atividade* industrial dirigida à produção de bens ou de serviços;

2. uma *atividade* intermediária na circulação de bens;

3. uma *atividade* de transporte por terra, por água ou por ar;

4. uma *atividade* bancária ou de seguros;

5. outras *atividades* auxiliares das precedentes.

As disposições da lei que fazem referência às *atividades* e às *empresas comerciais*, se aplicam, se não houver declaração em contrário, a todas as *atividades* indicadas neste artigo e às empresas que as *exercem*.

Art. 2196 (inscrição das empresas)

Dentro de trinta dias do início da empresa, deve o empresário, que *exerce uma atividade comercial*, pedir a inscrição ao ofício do *Registro das Empresas* em cuja circunscrição estabeleceu ele a sede, indicando:

1. o seu prenome etc."[15]

(15) *Código Civil italiano*. Trad. Souza Diniz, Apres. José de Aguiar Dias, Record, 1961.

Quer dizer, os *elementos caracterizadores da estrutura jurídica da empresa* (que nada têm a ver com sua estrutura material ou física, isto é, tamanho ou número de colaboradores ou sócios), estão ligados aos *objetivos* da sociedade, sua *atividade* principal, *estruturada* pelo *Direito Comercial*. O fato da unificação das leis em um só Código não extinguiu a ciência ou os princípios regedores do Direito Comercial, nem o do Trabalho e muito menos o Civil.

A demonstrar que o vocábulo "estrutura" foi recepcionado no nosso Código Civil, também como a indicar a natureza jurídica do instituto, além dos ensinamentos de Reale, já transcritos acima, está o parágrafo único do art. 41 do novo CC brasileiro, que diz:

"Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

(*omissis*)

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado *estrutura* de *direito privado*, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código."

Ora, quando o legislador fala em *estrutura*, obviamente, está se referindo à *estrutura de direito*, *estrutura jurídica*, que pode ser *público* ou *privado* e este subdivide-se em de *Direito Civil* ou *Comercial*.

Não se ouse dizer, também, que o nosso sistema jurídico expurgou a atividade *comercial*, eis que, o nosso próprio novel Código revela, por exemplo, que, dentre outros motivos, "cessará a incapacidade pelo *estabelecimento civil* ou *comercial*", para os menores de 16 anos com economia própria (art. 5.º, par. ún., V).

Aí está, portanto, o nosso sistema jurídico a estabelecer a distinção das sociedades, segundo sua estrutura jurídica, civil ou comercial, de acordo com a atividade desenvolvida.

Reforçando o conceito de que a estrutura de que trata a lei é a *estrutura jurídica* e não o tamanho da empresa, o Código Italiano, no mesmo Livro V, após tratar, como vimos, no Título I, da disciplina das atividades profissionais, e no Título II, do trabalho em empresas, regula, em seu Título III, o "Trabalho Autônomo", e, em suas disposições gerais, contidas no Capítulo I, o define como aquele em que a realização do "trabalho ou serviço", dá-se "com esforço prevalentemente próprio e sem vínculo de subordinação" (art. 2222); e, no Capítulo II, trata "Das Profissões Intelectuais", que estão excluídos da inscrição no Registro das Empresas (aqui, Registro do Comércio), podendo "valer-se, sob a própria direção e responsabilidade, de substitutos e auxiliares", sem qualquer restrição ao número de colaboradores. E diz mais, que, "se o exercício da profissão constituir *elemento* de uma *atividade organizada* em *forma* de *empresa*", aplicam-se as regras previstas para as empresas em geral; e, no que tange às suas relações com seus colaboradores (empregados, *lato sensu*), o disposto nas seções II (dos colaboradores do empresário), III (da relação de trabalho) e IV (do aprendizado – aqui estágio), dos referidos Capítulos I (das empresas em geral) do Título II do trabalho em empresas) do Livro V (do trabalho), excluin-

do, no entanto, expressamente, o disposto na Seção I, do mesmo Título II, que trata do "empresário" e as regras do Capítulo III Seção I, que tratam do Registro das Empresas.

Distintas as *atividades* profissionais, entre as *comerciais* e afins (art. 2195 – industrial, comercial, transportes, bancárias e de seguros) e as *intelectuais* (médicos, dentistas, contadores etc.), e do trabalho autônomo, passa o Código Italiano a tratar da *organização* do trabalho em sociedades. Quer dizer, a *forma* como se *organiza* uma sociedade, ou sua organização, é estabelecida no Título V (Das Sociedades), daquele Digesto Privado, e diz respeito ao tipo de sociedade adotado pelos sócios (limitada, por ações, em comandita simples etc.).

É elucidativa, também, a norma italiana, ao repetir a mantença do Direito Comercial a *estruturar* suas *atividades* típicas, ao distinguir os "tipos de sociedades". Diz o art. 2249:

"Art. 2249 (Tipos de Sociedades)

As sociedades que tiverem por *objeto* o exercício de uma *atividade comercial* devem constituir-se de acordo com um dos tipos regulados nos Capítulos III e seguintes deste Título.

As sociedades que tiverem por *objeto* o exercício de uma *atividade diversa* são reguladas pelas disposições sobre as sociedades simples, a não ser que os sócios tenham querido constituir a sociedade de acordo com um dos outros tipos regulados nos Capítulos III e seguintes deste Título."

Vê-se, portanto, que, também no direito italiano, o que define a *estrutura jurídica* de uma *sociedade* é o seu *objeto*, que se divide em *comercial ou afim* (industrial, bancário, securitário ou de transportes) ou as *intelectuais* e quaisquer outras não-comerciais ou afins (medicina, odontologia, contabilidade, advocacia, recreação, entretenimento etc.). Fica claro, também, que, as sociedades que tiverem *estrutura jurídica* de *Direito Comercial* serão obrigadas a adotar a *forma de organização* das *sociedades em nome coletivo, em comandita simples, por ações, em comandita por ações ou de responsabilidade limitada* (Capítulos III a VII do Título V, referido); enquanto as *estruturadas pelo Direito Civil* poderão *organizar-se* sob a *forma* de *sociedade simples, por quaisquer das outras formas previstas em lei*, exceto a por ações.

Feita essa digressão, fica mais fácil compreender o novo Código Civil, em especial o seu Livro II, que trata "do Direito de Empresa".

5. O novo Código Civil brasileiro

Caracteriza, o Código nacional, o empresário e o registro da sociedade, por esse constituída, segundo seu *objeto*. Diz a lei:

"Art. 966. Considera-se *empresário* quem *exerce profissionalmente atividade econômica organizada* para a *produção ou a circulação de bens ou de serviços*.

Parágrafo único. *Não se considera empresário* quem exerce *profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda* com o *concurso de auxiliares ou colaboradores*, salvo se o *exercício da profissão constituir elemento de empresa*.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do *empresário* no Registro Público de Empresas *Mercantis* da respectiva sede, antes do início de sua atividade."

Quer dizer, o que *define* o *empresário* é a *atividade* por ele *exercida*. E *atividade organizada* significa a *constituída* sob a *forma* de *empresa individual* (empresário) ou por qualquer dos *tipos* societários admitidos em lei (sociedade). Não será empresário, nem sociedade empresária, o *exercício* de *atividade* de *natureza civil, qualquer que seja o volume de colaboradores*, salvo se a *profissão* constituir *elemento de empresa*, como o *exercício* da *profissão de banqueiro*, ou compra e venda de créditos (*factoring*), por exemplo.

"Organização, derivado de *organizar* (constituir em organismo), é, em sentido técnico, empregado para designar o conjunto de regras adotadas para a composição e funcionamento de certas *instituições*, sejam de interesse público ou de interesse privado. Desta forma, a evidência de uma *organização* já imprime o sentido de *constituição* ou *instituição* de alguma coisa, cujo funcionamento está subordinado às normas e regras, que lhe deram *estrutura*," como asseverava De Plácido e Silva. E mais, que, "a rigor técnico, organização exprime propriamente o *conjunto de regras e de princípios* que vão servir de base à criação ou formação de uma instituição, respeitadas as regras e princípios legais, para que se lhe dê personalidade jurídica e se tracem as normas de funcionamento e de existência legal".[16] *Atividade econômica organizada, assim, significa a* constituição *de uma* sociedade *para o* exercício *dessa* atividade, *subordinada às normas e regras que lhe deram estrutura, ou seja, o Direito Civil ou o Comercial*.

Diz, ainda, o nosso Código em comento:

"Art. 982. Salvo as *exceções expressas*, considera-se empresária a sociedade que tem por *objeto* o exercício de *atividade própria de empresário sujeito a registro* (art. 967); e, *simples, as demais*.

Parágrafo único. Independentemente de seu *objeto*, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Art. 983. A *sociedade* empresária deve *constituir-se* segundo um dos *tipos* regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses *tipos*, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias."

Vê-se, pois, claramente, que o que define a *natureza* da sociedade é o seu *objeto*, a *atividade* a ser desenvolvida.

(16) DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, vol. III, p. 1.102, destaques no original.

Dispõe, mais, nosso ordenamento civil, que:

"Art. 1.000 A sociedade *simples* que instituir *sucursal, filial ou agência* na circunscrição de outro Registro Civil das Pessoas Jurídicas, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária."

Por isso, também, fica claro que pouco importa o tamanho da sociedade ou o exercício direto, pelos sócios, das suas atividades.

Ora, como é notório, a hermenêutica exige a integração e interpretação das leis, de modo a que façam algum sentido, vedando-se as interpretações que não fazem sentido algum. E não faz nenhum sentido, por exemplo, entender inúteis à interpretação da natureza jurídica das sociedades, as exceções previstas no parágrafo único do art. 982, que dizem que, qualquer que seja o *objeto* da sociedade por ações, essa será empresária, e que, qualquer que seja o *objeto* da sociedade cooperativa, essa será simples. "*Verba cum effectu, sunt accipienda*: 'Não se presumem, na lei, palavras inúteis'. Literalmente: 'Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia'."[17] Essas *exceções* confirmam a *regra* de que é o objeto da sociedade que define sua estrutura, *empresária* (comercial) ou *simples* (civil), por força da lei. E essa exceção já vem desde o ordenamento comercial anterior, ao dispor a Lei das Sociedades Anônimas, exatamente no mesmo sentido (art. 2.°, § 1.°).

Também não teria nenhum sentido, a lei nova permitir que as sociedades simples contem com colaboradores, em número indefinido, e possa abrir filiais, sucursais ou agências, se pensarmos que não será empresário somente quem, por si e diretamente, exerça a atividade social, porque, ao que sabemos, aos homens ainda não é dado o dom da ubiqüidade. Se fosse necessário o exercício da atividade, diretamente e *per se*, não seria possível a abertura de filiais e nem necessária a colaboração de auxiliares sem número definido. A lei, se quisesse, teria restringido.

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Se o legislador utilizou termos e institutos jurídicos para definir as hipóteses, não é dado ao intérprete entender que há limitação de pessoal ou do tamanho do local de trabalho, em que serão exercidas as atividades objetivadas pelas sociedades.

Assim, e considerando que às sociedades simples, independentemente da forma de sua organização jurídica (simples, limitada etc.), é facultado o *concurso de auxiliares ou colaboradores*, inclusive com instituição de *sucursal, filial ou agência*, parece claro que a adoção dos vocábulos *estrutura, organizada e elemento* de empresa, somente podem ser entendidos, respectivamente, como *estrutura jurídica* (sujeição a determinado ramo do Direito, como visto), *organizada*, como forma de sua constituição, gerenciamento, responsabilidade etc. (simples, limitada etc.), e, *elemento* de empresa, como elemento caracterizador da atividade empresarial desenvolvida (comercial,

(17) MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 250.

bancária, financeira, intelectual ou não-comercial), que é ditado pelo *objeto* social. Quais são os elementos, ou requisitos, para a constituição de uma sociedade? Dentre eles encontra-se o fundamental, caracterizador, que é o *objeto* social.

Assim, por exemplo, o particular, economista, que deseje constituir um pequeno banco de investimentos, apenas com uma sede (ou uma sede e um ou dois escritórios de negócios em outras capitais, como sói ocorrer), com cerca de vinte a trinta funcionários, exerce atividade de banqueiro e o exercício dessa atividade, declarada como objeto social, em seu contrato constitutivo, o impede de constituí-la como sociedade *simples*, porque o *exercício dessa atividade é elemento de empresa*. No mesmo sentido, se esse mesmo economista resolver constituir uma pequena indústria de plásticos, mecanizada, com o auxilio de seus dois filhos e mais dois empregados, não poderá organizá-la sob a forma de sociedade simples, porque o exercício de atividade industrial, que agrega um valor à matéria-prima, é *elemento de empresa*, face ao seu objeto social ser a indústria de matéria plástica. Igualmente, se um escritor renomado resolver abrir uma livraria, com o auxilio apenas de sua filha, onde irá comercializar livros, pouco importa o tamanho da estrutura ou da organização material de seu negócio, porque sua atividade é elemento de empresa, que é o objeto social das sociedades que compram e vendem livros. Nesses casos, o registro é mercantil, no Registro de Empresas.

Por outro lado, se um grupo de médicos resolve associar-se ao Dr. Ivo Pitangui, e constituir uma clínica, com apoio de diversos enfermeiros, secretárias, faxineiros, nutricionistas e demais auxiliares necessários ao exercício de sua atividade profissional cientifica, essa sociedade poderá ser simples e esse exercício não irá configurar elemento de empresa, porque o objeto social de prestação de serviços médicos não é atividade típica comercial ou afim, como disse Reale.[18] De igual modo, um contador poderá constituir uma sociedade para prestação de serviços de auditoria, com diversos colaboradores, sem que essa atividade designe elemento de empresa. Nesses casos, o registro é civil e é feito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Quer dizer, o que define o regramento da estrutura e organização das sociedades não é a profissão do sócio ou o "tamanho" da sociedade, mas, sim, a atividade que irá exercer naquela sociedade e, a *atividade, que é elemento de empresa, é definida no objeto,* descrito no contrato social.

No estudo dos atos jurídicos, Vicente Ráo ensinava o que são "elementos", na ciência do Direito, esclarecendo que, pelo "antigo sistema de classificação dos componentes dos atos jurídicos parte da noção filosófica de *elementos*, ou seja, das partes que, em seu todo, formam ou constituem as coisas materiais, aplicando esta noção, analogicamente, às coisas imateriais. E os *elementos* distingue em *essenciais* (genéricos e específicos), naturais e acidentais.

(18) Op. cit., p. 242-243.

(...)

Essenciais dos atos jurídicos são, pois, os elementos que os compõem, qualificam e distinguem dos demais atos, elementos, isto é, sem os quais aqueles atos não se formam, nem se aperfeiçoam. Deles, uns são genéricos porque a todos os atos jurídicos dizem respeito; específicos são outros, por atinentes a cada tipo de ato particularmente considerado. Elementos essenciais genéricos dos atos jurídicos são a *vontade do agente capaz* (elemento volitivo compreendendo a autodeterminação do agente, a declaração voluntariamente produzida e a vontade do conteúdo do ato), o *objeto* possível, lícito, determinado ou determinável, a *forma* e, segundo certa corrente doutrinária, a *causa*."[19]

Sabendo o que são elementos dos atos jurídicos, ou seja, uma parte do todo que o compõe; e que, dentre esses, *o objeto é elemento essencial*, Orlando Gomes, estudando a empresa e seus elementos, dizia que:

"A noção de empresa interessa ao *Direito Comercial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Tributário*, mas é no *Direito Civil* que a definição da sua natureza jurídica se elabora.

(...)

Na empresa combinam-se elementos humanos, materiais e intelectuais. Os elementos humanos são os empregados, os operários e os dirigentes. Os elementos materiais, os meios utilizados na atividade econômica e, também, na organização do trabalho (contratos, regulamento coletivo, código disciplinar). Os elementos intelectuais definem-se nas suas diversas finalidades lucrativas.

(...)

Preferem outros autores definir o *empresário*, isto é, quem combina e organiza os fatores da produção para exercer em proveito próprio, e assumir o risco, uma atividade econômica. Constitui-se juridicamente como sociedade que exerce profissionalmente a referida atividade, que produz para o mercado.

(...)

São elementos componentes da empresa, considerada patrimônio especial: a) bens corpóreos (móveis, imóveis, dinheiro, mercadorias); b) bens incorpóreos (nome comercial, siglas, insígnias, patentes de invenção, marcas de fábrica); c) créditos e débitos; d) o fundo de comércio, representado, dentre outros fatores, pela clientela, o ponto, a fama, os segredos do negócio, a propaganda, o sistema de organização.

(...)

No Direito italiano distingue-se a *empresa* da *azienda*. O termo *empresa* usa-se para designar a atividade econômica do empresário, enquanto *azienda* é o

[19] RÁO, Vicente. *Ato jurídico, noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 89, destaques no original e nossos.

complexo de elementos objetivos organizados, que são indispensáveis como instrumento de empresa, mas não constituem parte desta; os meios que o empresário organiza para o exercício da empresa."[20]

Da lição de Orlando Gomes extrai-se que, também para ele, dentre os elementos da empresa, a atividade profissional exercida é que interessa para a definição de sua natureza jurídica; os meios de sua *organização* não constituem elemento da *empresa*. E isso, aliás, está evidente na própria dicção do parágrafo único do art. 966 do nosso CC, eis que, "*não se considera empresário* quem exerce *profissão intelectual, de* natureza *científica, literária ou artística, ainda* com o *concurso de auxiliares ou colaboradores*, salvo se o *exercício da profissão constituir* elemento *de empresa*". O quer isso dizer? Que *o único elemento, ponderado e admitido pelo legislador, para caracterizar empresária uma sociedade, é a* natureza *do exercício da* profissão *a ser desenvolvida, ou seja, a* atividade *dela, o seu* objeto *social*.

Finalmente, pondo uma pá de cal sobre se subsistem, ou não, as atividades comerciais ou mercantis, e a mera alteração de sua nomenclatura, dispôs o novo Código Civil pátrio:

"Art. 2037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a *comerciantes*, ou a sociedades *comerciais*, bem como a atividades *mercantis*."

E por que isso? Porque o Direito Comercial é muito maior do que o Código de Direito Privado unificado, não se extinguindo nem as atividades mercantis, nem as sociedades comerciais e, muito menos, os comerciantes, por lei ou decreto. O Direito Comercial é uma ciência e o estudo científico não fica adstrito às disposições legais.

6. O registro

Depois de examinarmos com a profundidade que o tema societário merece, conceituando o que é estrutura, organização, elemento e o exercício profissional de atividade econômica, interpretando esses institutos jurídicos, dentro do nosso sistema e de acordo com o Direito Comparado, é de rigor examinar aspecto essencial às "sociedades civis e comerciais", que "dependem, para a sua existência plena no mundo do Direito, de certas formalidades que se chamam formalidades de registro".[21]

Há Direito especial a reger os registros das sociedades, sendo da competência privativa da União legislar sobre registros públicos (CF, art. 22, XXV,

(20) GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 205-207, destaques no original.

(21) REALE, Miguel, op. cit., p. 248.

em distinção expressa constitucional ao Direito Civil e Comercial, previstos no mesmo artigo, porém no inciso I); e da competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, para legislar sobre as Juntas Comerciais (CF, art. 24, III).

Esse Direito especial encontra-se, hoje, regulado nas Leis 8.935, de 18.11.1994, no tocante aos registros civis de pessoas jurídicas; e 8.934, de 18.11.1994, quanto ao registro público de empresas mercantis e atividades afins.

A importância do estudo das formalidades de registro está na disposição contida no art. 1.153 do novo CC, que determina:

"Art. 1.153. Cumpre à autoridade competente, *antes de efetivar o registro, verificar* a autenticidade e a legitimidade do signatário do requerimento, *bem como fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato* ou aos documentos apresentados."

Esse dispositivo deixa clara a responsabilidade com que se devem haver as autoridades competentes ao registro, obrigados a verificar, dentre outros aspectos, a adequação do ato levado a registro à sua competência legal, conforme atribuído nas respectivas leis de regência (Leis 8.934/94 ou 8.935/94).

Por isso, força é reconhecer o equívoco com que vem se manifestando alguns vogais da Junta Comercial do Estado de São Paulo, que não apreenderam a exata exegese dos dispositivos do novo Código Civil sobre os institutos acima referidos, quanto ao Direito de empresa.

Assim, equivoca-se, no nosso sentir, o douto vogal Cassio Portugal Gomes Filho, ao entender que:

"*Não existe mais a distinção entre sociedades comerciais e sociedades civis*, as primeiras reguladas pelo Código Comercial de 1850 ou pelo Dec. 3.708, de 1919, e as segundas pelo Código Civil de 1916, arts. 1.363 e seguintes. *A típica sociedade civil, de prestação de serviços, registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, passa agora, com o novo Código, a ser uma sociedade empresária, e como tal, sujeita a registro na Junta Comercial.*

De acordo com a colocação do novo Código, afigura-nos *difícil vislumbrar para que finalidade será constituída uma sociedade simples, já que não terá atividade econômica*."[22]

Como já visto *ad nauseam*, acima, não houve extinção do Direito Comercial e, muito menos, das sociedades por ele reguladas, nem às reguladas pelo Código Civil. De igual modo, já vimos que as típicas sociedades civis, de prestação de serviços, não passaram a ser sociedades empresárias, muito menos

(22) GOMES FILHO, Cássio Portugal. "Novo Código Civil – Direito de empresa – Sociedades limitadas". *DOE*, Caderno Junta Comercial, São Paulo, 11.12.2002, p. 2; destaques nossos.

sujeitas a registro nas Juntas Comerciais. E não há nenhuma dificuldade em vislumbrar a natureza jurídica que estrutura as sociedades de Direito Civil e sua organização pela via simples ou qualquer dos tipos das societárias admitidas para sua constituição, porque o que as rege é a atividade exercida, o objeto da sociedade.

Nem dá margem a dúvidas ou dificuldades, *data venia*, as apontadas pelo referido Vogal, ao dizer que:

"Parece-nos que vai ser difícil fazer a distinção se determinado artista ou intelectual é empresário ou não, tomando-se, por exemplo, o caso de Paulo Coelho, que exerce profissão intelectual e literária, escrevendo livros que são vendidos no mundo inteiro, e também do conhecido artista plástico Gustavo Rosa, que pinta e vende lindos quadros no país e no exterior, sob encomenda. Será que ambos serão considerados empresários, ante as disposições do novo Código? Parece-nos que sim, por estar evidente o intuito de ganhar dinheiro e ter lucratividade, porém não se sabe até que ponto se tornará obrigatória a inscrição de ambos no Registro Público de Empresas Mercantis, isto é, na Junta Comercial, que é condição para serem considerados empresários."[23]

Em primeiro lugar, Paulo Coelho não vende seus livros, quem os vende são as livrarias, lojas de conveniências, bancas de jornais etc. A natureza jurídica do contrato entre o "Mago" e sua *editora*, é de contrato típico, de *edição*, que, inclusive, dá, ao autor, privilégio especial, na massa falida do editor, sobre os exemplares da obra existente (art. 964, VII, do novo CC). Em segundo, porque tanto Paulo Coelho quanto Gustavo Rosa são remunerados pela sua própria *elaboração*, literária e artística, ou, como diz Reale, a razão da qualificação de civil a uma atividade econômica que pode dar resultados às vezes iguais ou superiores aos obtidos no plano industrial ou mercantil, é que o profissional "não tem por escopo adquirir matéria-prima para fins de produção, mas sim vende, ou elabora bens de seu próprio cultivo. Não é também um intermediário, ou seja, alguém situado entre o produtor e os consumidores a fim de auxiliar ou possibilitar o fenômeno da circulação da riqueza, com ou sem a transformação dos bens negociados".[24]

É, também, Reale, quem informa que as sociedades civis de caráter econômico são as que visam fins de lucro, sem praticarem atos de comércio.[25] O fim de lucro em nada altera a estrutura civil da sociedade, como vimos.

Equivoca-se mais, com a devida vênia, o vogal e ex-presidente da Jucesp Morello Netto, ao afirmar que, "se a sociedade simples revestir-se dos tipos societários referentes à sociedade em nome coletivo, à sociedade em comandita por ações, em *sociedade limitada*, e tiver as características empresariais, inclu-

(23) Idem, ibidem.

(24) Op. cit., p. 245.

(25) Op. cit., p. 244.

sive a *sociedade cooperativa, deverá registrar-se no Registro Público das Empresas Mercantis*".[26] Tal interpretação peculiar é, na verdade, *contra legem*. Em primeiro lugar, porque a sociedade simples só pode ser registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local da sua sede, como diz, com todas as letras, o art. 998 do novo CC. Em segundo, porque se a lei facultou, às sociedades simples, constituir-se sob qualquer dos tipos societários previstos nela previstos, à exceção das sociedades por ações (art. 983, segunda parte), o inverso não é verdadeiro, porque a lei não abriu a faculdade de constituir-se simples às sociedades empresarias. E, em terceiro, porque as sociedades cooperativas serão sempre simples (assim como as por ações serão sempre empresárias) por força da exceção expressa no parágrafo único do art. 982 do novo CC.

Retratam, na verdade, e até pela pouca profundidade com que versado o tema nas matérias citadas, publicações *ad usum delphini*, olvidando que os registros públicos são regidos pelas regras do Direito Público, seguindo, sempre, critérios objetivos e expressos nas leis próprias, não podendo ficar ao sabor das opiniões ou entendimentos *contra legem*. Não há, no direito público, autonomia da vontade, nem discricionariedade.

Temos, assim, que, observada a atividade profissional exercida, é que se diagnostica a estrutura jurídica a que estará sujeita a sociedade, Civil ou Comercial, e sua organização se dará por qualquer dos tipos societários admitidos no Código Civil (que *unificou*, não *extinguiu*, o Direito Civil e o Comercial), salvo as sociedades por ações, que sempre serão empresárias, e as cooperativas, que sempre serão simples.

Resta, assim, em matéria de formalidades de registro, acrescentar que, face às disposições transitórias do novo Código Civil, os contratos sociais e estatutos de sociedades, constituídos antes da entrada em vigor da nova lei, obedecem ao disposto nas leis anteriores, para fins de registro no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (arts. 998, 1.151 e parágrafos, e 2.035 do CC), independentemente da prova de data.

Também as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, avençados antes da vigência do novo Código Civil, obedecerão ao disposto nas leis anteriores, exceto se contrariarem preceitos de ordem pública ou a função social da propriedade ou dos contratos (art. 2.035, par. ún.).

De igual modo, a dissolução ou liquidação de pessoas jurídicas, iniciadas antes da vigência do novo Código Civil, obedecerão ao disposto nas leis anteriores (art. 2.034, CC).

Por fim, vale frisar que o novo Código Civil utiliza o vocábulo "autenticidade" em sua acepção jurídica, ou seja, de autêntico, firmado por quem tem legitimidade para fazê-lo, devendo ser provada essa condição.

(26) MORELLO NETTO, João Baptista. "Do registro público de empresas mercantis". *DOE*, Caderno Junta Comercial, São Paulo, 11.01.2003, p. 2; destaques nossos.

7. Conclusão

Vimos, ao longo deste trabalho, que o que define a estrutura jurídica da empresa, ou seja, o regramento a que está sujeita, pelo Direito Público ou Privado, Civil ou Comercial, é o seu *objeto social*, a *atividade* que irá *exercer profissionalmente*. Se for de índole comercial ou afim, estará sujeita às regras do Direito Comercial e no Registro Comercial será feita sua inscrição; se for de índole não-comercial, ou comum, ou civil, ou sujeito à forma de organização simples, qualquer que seja a forma de sua organização (simples, limitada etc.) será regrada pelas normas de Direito Civil e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas será feita sua inscrição.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.9

O DIREITO DE EMPRESA E O NOVO CÓDIGO CIVIL*

GRACIANO PINHEIRO DE SIQUEIRA

SUMÁRIO: 1. Sociedade e empresa – 2. Sociedades simples e sociedade empresária – 3. Questões societárias relevantes em face do novo Código Civil.

"Atiçar dúvidas. Enquanto as temos, o espírito estará aberto para novas verdades. Todo assunto possui argumentos contrários." – FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA, Ministro do STJ, durante o IV Congresso Brasileiro de Notários e Registradores – Fortaleza-CE, 2002.

1. Sociedade e empresa

Antes de entrar no assunto propriamente dito, que é, como se tem comentado, "a matéria da moda", parece-me oportuno fazer algumas considerações preliminares sobre *sociedade* e *empresa*, valendo-me, para tanto, dos ensinamentos do Prof. Darcy Arruda Miranda Jr., extraídos do seu *Curso de direito comercial*.

Aparentemente, elas têm entre si uma intimidade, se assim podemos dizer, que pode levar um observador mais apressado a equipará-las. Na realidade, em ambas, a característica mais saliente é a atividade econômica. Levando-se em conta que muitos autores consideram a sociedade como uma forma de exercício coletivo da empresa, é de suma relevância estabelecer-se, desde logo, a existência ou não de possíveis diferenças entre elas.

Não há a menor dúvida de que a sociedade e a empresa normalmente coexistem, embora se deva admitir a possibilidade, mais teórica do que prática, de uma sociedade sem empresa – uma sociedade constituída para a realização de um só ato, por exemplo –, como pode acontecer nas chamadas sociedades acidentais (par. ún. do art. 981 do novo CC), pois, ressalte-se, às sociedades constituídas para um único negócio não se pode atribuir a qualidade de empresária, dado que inexiste, no caso, uma empresa (Remo Franceschelli, *Imprese e Imprenditori*, 3. ed., 1964, Milão, Giuffrè). Não se deve esquecer também do caso da sociedade que, constituída, permanece inerte, sem desenvolver objeto social.

(*) O assunto abordado foi tema de palestra proferida pelo autor na Junta Comercial do Estado de São Paulo, realizada em 07.01.2003.

É inquestionável que existem entre sociedade e empresa conexões muito próximas, a ponto de ser difícil conceber uma sociedade sem empresa. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que entre as mesmas haja diferenças nítidas.

Para o Prof. Darcy Arruda Miranda Jr., seguindo o entendimento de Franceschelli, a empresa não é sujeito nem objeto de direito. A sociedade, contudo, quando regularmente constituída e arquivada no registro peculiar, dá nascimento a uma pessoa jurídica.

Já para Fran Martins, a empresa é objeto de direito e não sujeito de direito.

Deve-se considerar, também, que a extinção da empresa não importa, pelo menos do ponto de vista legal, na liquidação da sociedade, dado que, enquanto não se pode falar em empresa destituída de atividade, é possível dizer-se tal relativamente à sociedade.

A sociedade é constituída para o exercício de uma atividade, contrariamente à empresa que é, justamente, o exercício de uma atividade.

Deve-se assinalar, outrossim, que as obrigações assumidas pelos sócios relativamente a terceiros, em decorrência do contrato social, prevalecem, ainda que a empresa não tenha sido constituída ou jamais venha a sê-lo, em conseqüência do não-início das atividades sociais, ou, em outras palavras, os efeitos jurídicos decorrentes da constituição da sociedade não estão condicionados à criação ou não da empresa (Lorenzo Mossa, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Padova, Milani, 1951).

O certo é que, segundo o Prof. Nelson Abrão, "nos últimos anos surgiu no direito comercial a noção de empresa, a qual foi consagrada pelo Código Comercial italiano de 1942. De alguns tempos para cá, se passou a encarar o aspecto objetivo da atividade empresarial, passando a perder importância o aspecto subjetivo, razão pela qual não só os doutrinadores, como os legisladores, entendem que muito mais que o aspecto contratual, o que se precisava salvaguardar era a organização empresarial, que é muito mais complexa, que transcende a figura de seu titular, porque compreende o complexo de interesses, de pessoas, dependentes, assalariados, o próprio fisco, fornecedores, clientes, compradores etc.

A empresa é, pois, uma instituição complexa, mas no momento em que aquele que a criou, o empresário, a coloca em movimento, a sua figura fica relegada a um plano secundário".

Daí a afirmação de Egberto Lacerda Teixeira, ao tratar da sobrevivência da sociedade com um único sócio, de que a empresa vive de uma vida a tal ponto autônoma e independente da dos indivíduos que a compõem.

Entre nós, sob o aspecto legislativo, a figura da empresa não é desconhecida, pois dispõe o art. 2.º da CLT que "considera-se empregador a *empresa*, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. § 1.º Equipara-se ao emprega-

dor, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2.° Sempre que uma ou mais *empresas*, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas".

Observe-se que o legislador trabalhista comete engano ao fazer a indicação de empresa individual ou coletiva, eis que o que existe, na realidade, é empresário individual ou coletivo (sociedade). Além do mais, a empresa, em si, não tem personalidade jurídica.

Mesmo assim, é importante tal referência, já que fica demonstrado que é o empresário (empregador) quem articula (organiza) os fatores de produção, dentre os quais o trabalho de outrem.

Concluindo, *sociedade* e *empresa* não são expressões sinônimas, embora utilizadas, como tal, constantemente, na prática.

2. Sociedades simples e sociedade empresária

Pois bem. Feitas essas colocações, passemos, então, ao estudo do Direito de Empresa em face da nova legislação civil pátria.

Trata-se de um projeto, identificado como Projeto 634-B/75, que tramitou no Congresso Nacional por mais de 25 anos, resultando na Lei 10.406, de 10.01.2002. Daí algumas críticas de que a mesma já tenha nascido velha, o que não é bem verdade, pois, se há nela pontos negativos, há, também, pontos positivos.

O novo Código Civil possui 2.046 artigos, dos quais 229 são dedicados ao Direito de empresa.

No entanto, no entender do Min. Francisco César Asfor Rocha, do STJ, em recente palestra proferida no IV Congresso de Notários e Registradores, realizado em Fortaleza-CE, no mês de novembro próximo passado, do qual participei, em que pesem alguns elogios que fez ao novo texto legal e a necessidade de certas modificações em razão do tempo em que o Código Civil vigente foi elaborado (1916), talvez esteja sendo precipitada a entrada em vigor do novo Código Civil já neste mês de janeiro de 2003, eis que determinadas matérias foram tratadas com evidente retrocesso, sendo outras bastante polêmicas, como no caso do Livro II, que trata do Direito de Empresa. Haja vista o grande número de emendas propostas no curso do prazo da *vacatio legis*, especialmente no tocante ao direito societário, mais precisamente em relação à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, onde as controvérsias que poderiam, eventualmente, existir sobre a matéria, já se acham devidamente pacificadas, conforme concluiu o eminente Ministro.

É importante destacar que, mesmo antes da entrada em vigor do novo Código Civil, várias são as propostas legislativas de reformá-lo encaminhadas ao Congresso Nacional, dentre as quais o PL 6.960/2002 (Fiuza 1), o PL 7.160/2002 (Fiuza 2), esta de autoria do Cesa (Centro de Estudos das Sociedades de Advogados), e o PL 7.312/2002 (Fiuza 3), todas encaminhadas pelo deputado Ricardo Fiuza. Estas propostas visam elidir os aspectos controversos da nova legislação e diminuir sua complexidade.

Dentre as divergências surgidas em face da nova legislação, a primeira delas está, justamente, na data inicial de sua vigência: 10, 11 ou 12.01.2003.

A mim parece que 11 de janeiro seja a data correta, conforme demonstrado no texto do Dr. Vladimir Aras, Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia (publicado no *site* Consultor Jurídico e no *Boletim* 10, ano I, do CDT – Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo), fundamentado na LC 95/98, art. 8.º, §§ 1.º e 2.º, com a redação dada pela LC 107/2001.

Outra questão polêmica é a distinção entre sociedade simples e sociedade empresária, da qual tratarei na seqüência. Creio mesmo que, antes de nos preocuparmos com as inovações observadas nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, deveríamos procurar chegar, primeiramente, a esta diferenciação.

Mas, enquanto as emendas não forem aprovadas, temos que, com o novo Código Civil há, por assim dizer, uma unificação do Direito privado (civil e comercial) em matéria de direito societário, eis que, ao tratar, no Livro II, do Direito de Empresa, o legislador decidiu por fazer com que o novo diploma civil reunisse a legislação completa aplicável a todos os tipos de sociedades, exceto para aquelas regidas por leis especiais, como é o caso das sociedades anônimas.

Com a teoria da empresa adotada pelo art. 966 do novo CC, busca-se tutelar o exercício de uma atividade econômica organizada, independentemente de sua qualidade comercial ou civil. Justifica-se a igualdade de tratamento, pela submissão a praticamente aos mesmos riscos e vicissitudes da vida empresarial.

A teoria da empresa não se preocupa com o gênero da atividade econômica; o que importa para ela é o desenvolvimento da atividade econômica mediante a organização de capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima, que resulta na criação e na circulação de riquezas.

Tenho dúvidas, entretanto, se o legislador pátrio entendeu o verdadeiro conteúdo da teoria da empresa, advinda do Direito italiano. Falo isso depois de ter acompanhado, atentamente, ao longo dos anos, as emendas que foram inseridas no texto primitivo do Projeto 634-B/75. Este sim incorporava, com mais fidelidade, aquela teoria, tal como era o desejo do Prof. Silvio Marcondes, autor do texto original do citado Livro II do novo Código Civil. Tais emendas, da forma como foram introduzidas, levam à afirmação de muitos de que o que houve, na realidade, foi, apenas, a título de modernização, uma mudança de nomenclatura, ou seja, o que é sociedade civil passará a ser sociedade simples; o que é sociedade comercial, passará a ser sociedade empresária.

O próprio Deputado Ricardo Fiuza, relator geral do novo Código Civil, ao comentar os vários artigos relativos ao Direito de Empresa no *Novo Código Civil comentado*, da Editora Saraiva, do qual foi o coordenador, parece conduzir-se para essa linha de raciocínio. Quando trata do art. 982, por exemplo, diz o parlamentar: "A norma deste art. 982 vem a instituir uma nova divisão entre as formas societárias até então definidas pelo direito privado brasileiro. Se adotarmos um paralelismo simétrico, a antiga sociedade comercial passou a ser denominada sociedade empresária, enquanto a sociedade civil, regulada pelo Código de 1916, passou a ser definida como sociedade simples".

Reforçam essa idéia, inclusive, o disposto nos arts. 5.º, V, 983 e 2.037 do novo CC, bem como nas várias regras que fazem referência ao órgão de registro público do empresário e da sociedade empresária (Registro Público de Empresas Mercantis), dentre as quais o art. 1.150.

Até mesmo a discutível manutenção de tipos societários de rara utilização, como a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples e a sociedade comandita por ações, serve como argumento de que, pelo menos aparentemente, nada mudou.

Observe-se que a sociedade de capital indústria foi abolida pela nova legislação, sendo certo que ela, ao lado da sociedade em conta de participação, esta ainda mantida, vinham sendo utilizadas, na prática, quase que exclusivamente, para provocar, respectivamente, fraudes a direitos trabalhistas e fraudes contra a economia popular. Vide, neste aspecto, a edição do jornal *O Estado de S. Paulo* do dia 18.05.2002, caderno Economia, onde estão relacionadas 69 (sessenta e nove) sociedades em conta de participação que estão sendo processadas pelo Ministério Público, por envolvimento em fraudes na negociação de imóveis.

Estudando melhor o assunto, parece-me muito tímido falar que houve apenas uma mudança de nomenclatura, até porque o legislador teria perdido muito tempo por tão pouco. Na verdade, o que ocorreu, efetivamente, foi uma mudança conceitual.

Mas, ainda que se possa chegar à conclusão de que a mudança tenha sido meramente estético-legislativa, o certo é que o novo Código Civil, ao adotar a teoria da empresa, rompeu, definitivamente, com a antiga distinção entre sociedades civis e mercantis, que tinha por alicerce o critério material da prática de atos de comércio, onde o objeto social, em regra, era o fator decisivo para distingui-las.

Se assim é, parece estranha a manutenção do adjetivo *mercantis* na denominação do órgão encarregado do registro do empresário e da sociedade empresária, retro-referido, a cargo das juntas *comerciais*, nomenclatura também estranhamente mantida.

A propósito, até mesmo o nome Registro Público de Empresas Mercantis é impróprio, já que não se registram as empresas, como entes independentes; registram-se os atos relativos aos empresários e às sociedades empresárias, das quais as empresas são a expressão econômica.

Com o novo Código Civil passam a coexistir duas naturezas de sociedades – a empresária e a simples, as quais terão seu campo de incidência, em tese, não mais vinculado à atividade econômica que ambas venham a praticar. Qualquer que seja ela, mais importante mesmo que o objeto social, será a estrutura *organizada* de sua atividade econômica, fator relevante para distinguir uma da outra.

Organizada, pois, é a palavra-chave.

Além disso, é característica marcante na sociedade simples a atuação pessoal (individual) dos sócios, sobrepondo-se à organização dos fatores de produção.

Mas, ainda que pairem dúvidas quanto ao limite que separa a sociedade simples da empresária, caberá, quiçá, à doutrina e à jurisprudência estabelecer outros critérios para diferenciar uma da outra, dentre os quais, *v.g.*, o porte do capital social (teoria da relevância do capital social, divulgada por Romano Cristiano), a quantidade de sócios, de empregados, de gerentes, o tamanho do estabelecimento etc.

Frise-se que tanto a sociedade empresária quanto a sociedade simples exercem atividade econômica, sendo ambas espécies do gênero *sociedade*.

Afirmar que a sociedade simples não pratica atividade econômica, e, conseqüentemente, que não visa a lucro, seria contradizer as disposições dos arts. 981 e 982 do novo CC, sendo certo que o legislador definiu, no art. 53, a *Associação* como sendo a entidade que não tem fins econômicos. Lembre-se que o conceito de associação era, meramente, doutrinário.

A dificuldade maior está em que as décadas de discussões a respeito da separação entre sociedade civil e sociedade mercantil são substituídas por uma regra que trará novas perplexidades, a qual, de sua vez, reabrirá novo período de meditação para que as novas divergências sejam superadas.

E, já que o momento é de reflexão, será que a sociedade simples pura ou sociedade simples propriamente dita ou, ainda, sociedade simples "simples", prevista nos arts. 997 a 1.038 do novo CC, a quem o escritório Demarest & Almeida Advogados prefere chamar de sociedade simples tipo, não é a mesma (e raramente usada) sociedade civil pura, prevista no art. 1.363 e seguintes do atual Código Civil, revestida agora de uma nova roupagem?

É importante destacar, no entanto, que a sociedade simples não está restrita meramente ao campo das atividades ligadas à profissão intelectual, literária ou artística (parágrafo único do art. 966). Ao contrário, estende-se a qualquer ramo de atividade, desde que não se enquadre no contexto empresarial. Sua estrutura e sua organização passam, contudo, por estágios de complexidade cada vez maior, atingindo, a partir de certo ponto, o patamar em que predomina a empresarialidade, oportunidade em que deverá transformar sua natureza, de sociedade simples em sociedade empresária. Supera-se, ultrapassa-se, dessa forma, a sociedade simples, situada em estágio mais singelo e passa-se a acolher a figura da sociedade empresária, não porque pratique o comércio, nos moldes tradicio-

nalmente aceitos, mas porque pratica a atividade empresarial de contornos muito mais amplos. Deixa, assim, de ter relevo o objeto da sociedade; qualquer que seja ele, se a estrutura criada para o exercício das atividades que lhe sejam próprias assumir características empresariais, a instância administrativa de registro será o Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial). Caso contrário, mesmo que ela pratique o que, até então, se denomina ato de comércio, por não ter atingido o degrau da empresarialidade, será simples, registrando seus atos perante o Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Nessa evolução, podemos distinguir três etapas:

a) a do profissional autônomo, atuando isoladamente;

b) a do mesmo profissional, associado a outro ou outros profissionais em sociedade simples (registrável perante o Registro Civil das Pessoas Jurídicas), que não se organizem em caráter empresarial e que se limitem a reunir esforços para que possam melhor atender diretamente à clientela, sem que entre eles e os clientes se interponha a empresa, e sem que a sociedade, em si mesma, tenha, necessariamente, fim lucrativo, bastando-lhe remunerar o trabalho prestado, individualmente, pelos sócios. Portanto, a sociedade que desenvolver uma atividade pelos próprios sócios, de forma pessoal, praticando eles mesmos atos do objeto social e executando o núcleo de sua atuação, não será considerada empresária. Neste caso, tem-se a configuração de uma sociedade simples;

c) e, por último, a organização empresarial, cuja estrutura conduz ao registro no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial).

Pelo exposto, temos que uma sociedade não será empresária, mas simples, quando a atuação pessoal dos sócios suplantar a organização dos fatores de produção. Na sociedade simples, o critério reside, em princípio, na predominância da atividade pessoal dos sócios. O exercício *diretamente* pelos sócios dos atos singulares inseridos no âmbito da atividade econômica em razão da qual a pessoa jurídica foi constituída lhe imprime o caráter de sociedade simples. É o caso de dois médicos que se unem para clinicar. Enquanto desenvolvem sua profissão em consultório, mesmo com o auxílio de uma secretária, não se encontram abrangidos pelo conceito de empresário.

A sociedade simples é, em síntese, a sociedade não-empresária, ou seja, aquela sociedade que explora atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços *sem algum dos fatores de produção* (capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia).

São as sociedades de fins econômicos em que a *estrutura e métodos de trabalho* não prevalecem sobre a atuação pessoal dos sócios, segundo os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho.

Já aquelas sociedades que se cercarem de uma estrutura organizacional, como médicos reunidos na direção de seu próprio hospital, contando com pronto-socorro, laboratório, radiologia e empregando outros médicos, enfermeiras, atendentes etc., sua profissão constituirá fundo ou elemento de empresa, qualificando-se como sociedade empresária.

Ambos os exemplos nos são fornecidos pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho em seu *Manual de direito comercial.*

Ressalte-se que caberá aos interessados a opção por qualquer das duas formas associativas (sociedade simples ou sociedade empresária), não havendo razão para o Poder Público, representado pelas instituições incumbidas do registro público de uma ou de outra (Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou Junta Comercial), criar qualquer obstáculo, discutindo o motivo ou os fundamentos de ordem econômica dessa opção. E a razão disso é óbvia: somente os interessados é que poderão avaliar se a atividade a ser desenvolvida pela sociedade da qual eles farão parte é suficientemente estruturada (organizada) para ser considerada empresária ou não.

E é de suma relevância saber se a sociedade é empresária ou simples, porque daí resultará a obrigatoriedade de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial) ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

O equívoco quanto ao órgão registrário competente pode acarretar graves conseqüências, porquanto a aquisição da personalidade jurídica, com o efeito de operar a separação patrimonial e jurídica da sociedade e dos sócios, somente se perfaz com o devido registro pertinente. O princípio de que a sociedade se distingue dos seus membros (*societas distat a singulis*) exige o registro como elemento constitutivo de sua operatividade.

Mantém o novo Código Civil, assim, a sistemática de condicionar a aquisição da personalidade jurídica dos entes abstratos à inscrição de seus atos constitutivos, mencionado, em vez de registro no órgão peculiar (atual CC, art. 18), o registro respectivo e registro próprio (novo CC, arts. 45 e 985).

É possível divisar que a entrada em vigor do novo Código Civil provoque interpretações equivocadas e uma irrefletida corrida às Juntas Comerciais para o registro de qualquer sociedade de fins econômicos, sem atentar para o seu caráter empresarial ou não.

Em relação às sociedades anônimas, não subsiste qualquer dúvida, porque, levando em conta apenas a sua forma de constituição, a nova legislação civil, a exemplo do que já faz a atualmente vigente, as considera empresárias. Todavia, quanto às demais sociedades, é preciso identificar se possuem feição empresarial, segundo os parâmetros apontados, a partir da moderna Teoria da Empresa.

Se a sociedade for uniprofissional, com a execução das atividades pelos próprios sócios, de forma pessoal e com responsabilidade profissional, como sociedade de médicos, contadores, engenheiros, arquitetos e todas as específicas de profissões liberais, será, em princípio, considerada sociedade simples, sujeita à inscrição de seus atos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Ainda que não se trate de sociedades uniprofissionais, são também sociedades simples aquelas cuja atuação individualizada dos sócios, para a realização de seu objeto social, supere a organização dos fatores de produção. A pessoa jurídica, nesta hipótese, é mero aspecto formal de compartilhamento de meios,

recursos e bens para uso comum de cada sócio. Não se tem, genuinamente, uma sociedade empresária. Tal sucede, por exemplo, na constituição de uma sociedade de cabeleireiros para rateio de um espaço comum e divisão das despesas.

As sociedades de participação, as chamadas *holdings* puras, por não se caracterizarem pelo exercício de uma atividade econômica organizada para a criação ou circulação de bens ou serviços, na definição de empresário contida no art. 966 do novo CC, são consideradas sociedades simples, sujeitas ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

No entender de Ronald A. Sharp Júnior, Professor de Direito Civil e Comercial no Rio de Janeiro, seria necessário, dir-se-ia mesmo indispensável, para evitar incertezas na aplicação do direito, que do arcabouço legislativo constasse que se considera sociedade simples, para os efeitos do art. 982 e seu par. ún. do novo CC, a sociedade cuja atuação pessoal dos sócios seja predominante na prática dos atos de realização do objeto social, devendo assim também ser consideradas as que não se distinguirem pelo exercício de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, partindo do balizamento traçado pelo art. 966 do novo texto legal.

A propósito, de tudo o que ouvi em palestras das quais participei e também li sobre o assunto, é do ilustre professor carioca a melhor abordagem do tema, razão pela qual transcrevi, com a devida permissão, vários trechos de um parecer elaborado pelo mesmo sobre o então projeto que resultou na Lei 10.404/2002, o qual adaptei ao texto final do novo Código Civil. Assim procedi porque suas idéias sobre a matéria se harmonizam com aquilo que penso a respeito.

Merece destaque também um Parecer do qual tive acesso (Parecer 13/97-PSS), elaborado em 1997 pelo Procurador Adjunto da Jucerja, Paulo de Salvo Souza, o qual, embora tratasse da Lei 8.934/96, já trazia em seu bojo, com bastante clareza, aspectos da teoria da empresa.

Uma vez escolhida, pelo interessado, a natureza de sua sociedade (simples ou empresária), estará fixada a competência do órgão público de registro (Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou Junta Comercial), a qual deve prevalecer quanto aos atos subseqüentes, não mais podendo aquela, uma vez delimitada, ficar a mercê da vontade das partes.

É importante que se diga que a competência das Juntas Comerciais ou do Registro Civil das Pessoas Jurídicas que, conforme o caso, haja deferido o arquivamento dos atos constitutivos, não pode ser contestada pelas autoridades que fiscalizam o exercício de suas atividades ou se incumbem de efetuar o seu cadastramento ou sua inscrição fiscal.

Desta forma, muitas sociedades, que a doutrina atual reputa civis, poderão inserir-se no regime das sociedades empresárias, sendo a recíproca também verdadeira, ou seja, muitas sociedades consideradas comerciais poderão revestir-se da natureza de sociedades simples, podendo estas adotar, inclusive, um dos tipos de sociedade empresária regulados no art. 1.039 e seguintes do novo CC. Não o fazendo, subordinar-se-ão às normas que lhe são próprias (art. 983). Repe-

tiu-se, assim, a regra do Código Civil vigente no sentido de permitir que a sociedade civil se revista das mesmas formas das sociedades comerciais (art. 1.364).

Frise-se que, mesmo que a sociedade simples adote uma das formas da sociedade empresária, ainda assim sua natureza será de sociedade simples. Neste sentido o Enunciado 57 do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal. Contudo, esta afirmação contraria os comentários feitos por Ricardo Fiuza, às páginas 890 e 1.028 do já citado *Novo Código Civil comentado*. Inconformado com tais comentários, enviei *e-mail* ao ilustre parlamentar, que, em resposta, reconheceu o equívoco, alegando que o engano será corrigido na 2.ª edição da referida obra.

Dizer, entretanto, que, compulsoriamente, as atuais sociedades civis devem passar a ser empresárias não parece ser, s.m.j., o entendimento mais correto.

É importante que se diga que a afirmação de que a regra será a sociedade empresária e a exceção a simples deve ser vista com bastante cautela, eis que, na prática, tomando-se por base as sociedades existentes sob a égide da legislação vigente, o que se observa é justamente o contrário, pois poucas são aquelas que nascem (a menos que se constituam, por exemplo, sob a forma de sociedade anônima) ou adquirem, ao longo de sua existência, estrutura organizada que lhes permita atingir o almejado patamar da empresarialidade.

Para o órgão de registro público, seja ele a Junta Comercial ou o Registro Civil das Pessoas Jurídicas, a grande modificação reside no fato de que, a partir do novo Código, não se examina mais apenas o aspecto formal do documento, devendo ser analisados também o seu conteúdo e o ato jurídico em si, sem que, com isso, passe aquele a exercer função julgadora.

O tempo se encarregará de dizer se o aqui exposto tem ou não procedência.

3. Questões societárias relevantes em face do novo Código Civil

O Novo Código Civil é essencialmente registrário, prestigiando, desta forma, a atividade do *registrador*.

De acordo com o novo diploma civil pátrio, as sociedades terão a seguinte estrutura:

a) sociedades não personificadas, aquelas em que a pessoa dos sócios ainda não é diferenciada da personalidade da sociedade por não terem ainda os atos constitutivos devidamente registrados no órgão competente (Registro Público de Empresas Mercantis ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas), subdivididas em sociedade em comum (abrangendo as chamadas sociedades irregulares e as sociedades de fato) e sociedade em conta de participação; e,

b) sociedades personificadas, subdivididas em sociedades simples (incluindo as cooperativas) e sociedades empresárias (abrangendo a sociedade limitada, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade em comandita por ações e a sociedade anônima).

Segundo o art. 2.031 do novo CC, as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições do mesmo. Porém, de acordo com o art. 2.033 do referido diploma, as deliberações que modifiquem os atos constitutivos das pessoas jurídicas acima mencionadas, bem como os atos de transformação, incorporação, cisão ou fusão, reger-se-ão, a partir de 11.01.2003, pelo novo CC.

O art. 2.044 do novo CC indica o prazo de 1 (um) ano de *vacatio legis*, tendo existido propostas para ampliação desse prazo para mais 1 (um) ano, dentre as quais a formulada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal. A propósito, este Conselho tem vários Enunciados relativos ao novo CC, frutos da Jornada de Direito Civil, ocorrida em fins do mês de setembro de 2002. Também o Deputado Luiz Antonio Fleury apresentou Projeto Legislativo (PL 7.347/2002), visando adiar em um ano a entrada em vigor do novo Código Civil. Mas logo o retirou de cena.

Em face do novo CC, o Dec. 3.708/19, embora não expressamente, será revogado (suas regras confrontam-se com norma mais nova e mais completa – o novo Código Civil) e a 1.ª parte do Código Comercial foi expressamente derrogada. O Código Comercial passa a ser aplicável apenas em relação ao comércio marítimo.

A denominada sociedade por quotas de responsabilidade limitada do Dec. 3.708/19 foi, aliás, substituída, no novo Código Civil, por uma denominação tão imprópria quanto aquela: sociedade limitada. Ora, sabemos todos, que a responsabilidade de ambas é ilimitada, respondendo com todos os seus bens, pelas dívidas da sociedade. Limitada é apenas a responsabilidade de seus sócios. Além do mais, como também temos conhecimento, as sociedades anônimas e as sociedades em comandita têm sócios com responsabilidade limitada.

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada, tipo societário mais utilizado no País, representando 98% (noventa e oito por cento) dos registros efetuados, quer nas Juntas Comerciais, quer nos Registros Civis das Pessoas Jurídicas, com a entrada em vigor do novo Código Civil, perderão, segundo alguns, muito de sua flexibilidade, especialmente em face da criação de novas estruturas sociais, como Diretoria, Conselho Fiscal, Reuniões e Assembléias Gerais. Todavia, como bem alerta o Prof. Miguel Reale, em matéria publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 23.11.2002, elas somente deverão ser observadas "nos casos considerados obrigatórios, prevalecendo o livremente disposto no contrato social.

Desse modo se evitou a estruturação rígida das sociedades limitadas, dada a multiplicidade de suas formas, quer segundo o modelo da sociedade anônima, quer de conformidade com o da sociedade simples, optando-se por uma solução plural, facultando aos seus fundadores optar, por exemplo, pela regência supletiva de uma ou de outra legislação para solução dos casos omissos.

A distinção básica é a de sociedades com mais de dez quotistas, para a qual se exige administração mais complexa, enquanto que nas demais hipóteses pode ela, consoante o art. 1.060, ser exercida 'por uma ou mais pessoas designadas no

contrato ou em separado', o que demonstra a sem-razão dos críticos que dizem que o novo código vem 'complicar a vida das limitadas', estendendo-lhes requisitos próprios das sociedades anônimas.

Para provar que a matéria foi disciplinada com mais amplo critério bastará salientar que, segundo o art. 1.066, 'pode (note-se) o contrato social instituir Conselho Fiscal composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no País', eleitos pela assembléia-geral.

Outra distinção essencial é entre as deliberações que devem ser tomadas em reunião (*sic*) de sócios, ou, então, em assembléia, 'conforme previsto no contrato', sendo obrigatória a assembléia, como já disse, se o número dos quotistas for superior a dez (art. 1.072 e seus parágrafos).

Dir-se-á que a nova lei prevê formalidades especiais para convocação das assembléias, mas não é menos certo que elas são dispensáveis 'quando todos os sócios comparecerem ou declararem por escrito, cientes do local, data e ordem do dia'.

Além disso, de acordo com o § 3.º do art. 1.072, 'a reunião ou assembléia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto dela'.

Entra pelos olhos que tais dispensas têm como destinatárias as empresas limitadas de pequeno ou médio porte, o que não impede que haja disposições cautelares para as sociedades por quotas de maior vulto".

Quanto ao nome empresarial, o novo Código Civil indica a necessidade da designação, na denominação de uma sociedade limitada, do seu objeto social. Essa imposição, que já havia caído em desuso, poderá ser inconveniente para algumas sociedades que tenham objetos sociais amplos. A esse respeito, o Dec. 3.708/19 já continha previsão mais flexível ao admitir que a denominação social deveria, quando (a doutrina entendia como quanto) possível, dar a conhecer o objeto da sociedade. Lembre-se que a sociedade limitada poderá adotar, ao invés de denominação, uma firma.

O bom senso indica que, quando a sociedade limitada usar denominação, esta leve a entender, pelo menos, a atividade preponderante. Aquelas sociedades que não tenham em sua denominação algo que leve a entender o objeto social, a meu ver, ao contrário do que se possa pensar, não terão que se adaptar ao novo texto legal por se tratar de um direito inerente a sua personalidade. Neste sentido o Enunciado 73 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal.

Quanto aos demais tipos societários, o novo Código Civil traz regras para a composição do nome empresarial (denominação ou firma). Já em relação à sociedade simples, o legislador silenciou. O que deixou claro, apenas, foi que a sociedade simples deve ter denominação.

A sociedade limitada será regida, supletivamente, pelas regras da sociedade simples, a menos que o contrato social faça previsão expressa de que a nor-

ma a ser seguida é a da sociedade anônima. Aliás, as regras da sociedade simples também se aplicam, supletivamente, às sociedades não personificadas e à cooperativa.

Atente-se para a nova e interessante disposição contida no parágrafo único do art. 44 do novo CC, segundo a qual "as disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código". Trata-se de um regime de integração entre as associações e as sociedades.

Quanto ao capital social este, na sociedade limitada, poderá ser dividido em quotas iguais ou desiguais. Esta igualdade ou desigualdade, a meu ver, pela redação ao art. 1.055 e seus respectivos parágrafos, diz respeito à quantidade de quotas. Nada impede, porém, que a sociedade limitada estabeleça quotas com direitos especiais (quotas preferenciais).

A contribuição para formação do capital social, na sociedade limitada, pode se dar em dinheiro, bens ou créditos. Vedou-se, expressamente, a contribuição em serviço (trabalho), permitida, apenas, na sociedade simples, passando todos os sócios a responder, solidariamente, pela exata estimação de bens conferidos ao capital social, até o prazo de 5 (cinco) anos da data do *registro* da sociedade. Por isso, é recomendável solicitar um laudo de avaliação ao sócio que estiver integralizando a sua participação no capital social com um determinado bem, para certificar-se de seu real valor. Não há fundamento legal, entretanto, para que o registrador exija tal laudo no momento do registro.

Para os aumentos de capital social, o novo Código Civil indica a necessidade de que o capital social esteja totalmente integralizado. Lembre-se que a Lei das Sociedades Anônimas exige, nestes casos, que o capital social esteja realizado em, pelo menos, ¾ (três quartos) do seu valor. É, portanto, um dispositivo mais rígido.

A modificação do contrato social para fins de aumento do capital social, na sociedade limitada, exige a aprovação de sócios representando, ao menos, ¾ (três quartos) do capital social.

Haverá direito de preferência para os demais sócios, na proporção das quotas de que sejam titulares, a ser exercido em até 30 (trinta) dias após a deliberação de aumento do capital social. Caberá ao registrador verificar se o direito de preferência foi observado.

Salvo disposição em contrário, prevista no contrato social, o direito de preferência poderá ser cedido se não houver oposição de titulares de mais de ¼ (um quarto) do capital social.

A redução de capital social poderá ocorrer, através de alteração contratual, em duas situações:

a) depois de integralizado o capital social, se houver perdas irreparáveis (prejuízos acumulados, em analogia ao disposto na Lei das Sociedades Anônimas); e,

b) se o capital social for excessivo em relação ao objeto social. Nesta hipótese, o credor quirografário terá 90 (noventa) dias, a contar da data da publicação da ata da assembléia que aprovou a redução, para opor-se a tal deliberação.

A redução somente se tornará eficaz se não for impugnada durante os 90 (noventa) dias, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor. Satisfeitas estas condições, proceder-se-á ao registro da alteração contratual no órgão competente.

Na omissão do contrato, o sócio poderá ceder suas quotas, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente da anuência dos demais, ou a terceiro (estranho), se não houver oposição de sócios representando mais de ¼ (um quarto) do capital social.

Quando da cessão de quotas, o cedente permanecerá solidariamente responsável com o cessionário, pelo prazo de 2 (dois) anos, a contar da *averbação*, no órgão competente, da modificação do contrato, pelas suas obrigações como sócio (par. ún. do art. 1.057, c/c o art. 1.003). O mesmo ocorre na sociedade simples (art. 1.032).

O novo Código Civil estabeleceu *quorum* específico para a aprovação de certas matérias (deliberações) na sociedade limitada, sendo certo que cabe aos sócios fixarem, no contrato social, o funcionamento das reuniões ou assembléias. Não o fazendo, seguir-se-ão as determinações do novo Código Civil relativas às assembléias.

Uma das alterações mais polêmicas em termos de *quorum* previsto na nova legislação é aquela que estabelece a exigência de, pelo menos ¾ (três quartos) do capital social, para aprovar modificações do contrato social, nas sociedades limitadas. Em se tratando de sociedade simples, a regra é ainda mais rígida, já que o art. 999 do novo CC estabelece que "as modificações do contrato social que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime".

As deliberações serão tomadas em Reuniões ou Assembléias, previamente convocadas pelos administradores, nos casos previstos em lei ou no contrato social, podendo, excepcionalmente, ser convocadas pelos sócios ou pelos conselheiros fiscais, se estes existirem, devendo a convocação ser devidamente publicada, nos termos do art. 1.152 e respectivos parágrafos.

Há situações em que tanto a convocação como as Reuniões ou Assembléias ficam dispensadas, como visto alhures.

Haverá, necessariamente, para as sociedades limitadas, uma Assembléia Geral Anual, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, para aprovação de contas, designação de administradores, quando for o caso, e para tratar de outros assuntos de interesse da sociedade.

O direito de retirada (recesso), a ser exercido nos 30 (trinta) dias subseqüentes à Reunião que aprova a matéria da qual se é dissidente, foi mantido pelo novo

Código Civil, conforme disposto no art. 1.077, que é, diga-se de passagem, uma regra muito abrangente.

Esse direito foi introduzido também para os casos de incorporação ou fusão, expressamente. Na hipótese de cisão, embora não prevista, entende-se que também cabe o direito de recesso.

Há a possibilidade de sócios estrangeiros no quadro de sócios da sociedade limitada.

Não há mais necessidade de se colocar, expressamente, na cláusula do capital social, que a responsabilidade dos sócios é limitada à totalidade do capital social, conforme determinava o art. 2.°, *in fine*, do Dec. 3.708/19.

A sociedade limitada poderá ser administrada por sócio ou não-sócio (o mesmo ocorrendo na sociedade simples), não existindo mais as figuras do sócio-gerente e do gerente-delegado. Deverá haver, na sociedade limitada, a indicação de quem são os administradores. Na sociedade simples, na omissão, entender-se-á que todos os sócios são administradores.

O *quorum* para nomeação ou destituição do administrador varia em razão da condição de sócio ou não-sócio, bem como do instrumento (contrato ou ato separado) de sua designação.

A administração atribuída no contrato social a todos os sócios não se estende, automaticamente, aos que posteriormente ingressarem na sociedade.

Uma dúvida que pode surgir é se a sociedade limitada pode ou não ser administrada por uma pessoa jurídica?

Como o texto do art. 1.060 do novo CC fala em uma ou mais pessoas, parece-me que não há nenhuma restrição, especialmente se a sociedade não adotar, supletivamente, as regras da sociedade simples, pois esta, consoante o disposto no art. 997, exige que a administração seja feita, obrigatoriamente, por pessoas naturais (físicas).

A responsabilidade dos administradores está prevista somente em relação às sociedades simples, cujas regras se aplicam, subsidiariamente, às limitadas, exceto se o contrato social fizer referência expressa que, supletivamente, serão seguidas as regras das sociedades anônimas, diga-se de passagem, mais rígidas (v. art. 1.070 do novo CC).

O Conselho Fiscal, órgão facultativo dentro da sociedade limitada, exerce funções fiscalizadora e opinativa. Seus integrantes têm dever de denúncia, sob pena de responder com seus bens pessoais.

As deliberações do Conselho Fiscal são colegiadas e também individuais.

Os requisitos e impedimentos relativos aos membros do Conselho Fiscal estão previstos no novo Código Civil. Especialmente quanto aos impedimentos, deve o registrador observá-los, através de declaração a ser juntada para *registro*.

Tanto administradores como conselheiros fiscais (ainda que não-sócios), podem responder com seu patrimônio social, mediante a desconsideração da

personalidade jurídica, se ocorrer abuso de forma, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50).

São os seguintes os livros obrigatórios da sociedade limitada:

a) Livro de Atas de Assembléia de Sócios;

b) Livro de Atas da Administração; e,

c) Livro de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal.

Não há necessidade de publicação das Demonstrações Financeiras. Basta que sejam colocadas à disposição dos sócios 30 (trinta) dias antes da realização da Assembléia Geral Anual.

O novo Código Civil também tratou, expressamente, dos institutos da transformação, incorporação e fusão, cujas normas aplicar-se-ão a todas as sociedades, exceção feita à sociedade anônima, que já se rege por norma especial, permanecendo vigentes os arts. 223 a 234 da Lei das Sociedades Anônimas.

Antes da promulgação do novo Código Civil, as operações societárias de transformação, incorporação, fusão e cisão eram disciplinadas pela lei do anonimato, que se aplicava às sociedades de tipos iguais ou diferentes. A partir da entrada em vigor do novo Código Civil, verificaremos as seguintes situações: a) quando essas operações envolverem somente sociedades anônimas, aplica-se o disposto na Lei das Sociedades Anônimas; b) quando essas operações envolverem os demais tipos societários, aplica-se o disposto no novo Código Civil; e, c) quando essas operações envolverem sociedade anônima e sociedade de outro tipo, aplica-se, para as obrigações das sociedades anônimas, o disposto na Lei das Sociedades Anônimas, e, para a outra sociedade, o disposto no novo Código Civil.

Destaca-se que o novo Código Civil não exige a elaboração de protocolo e da justificação para os atos de incorporação, fusão e cisão. Tais atos, no entanto, deverão ser publicados.

O estabelecimento (arts. 1.142 a 1.149 do novo CC), chamado, até então, fundo de comércio e conhecido na Itália por *azienda*, corresponde ao conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário para a exploração da atividade econômica. Juntamente com o empresário e a empresa, o estabelecimento corresponde a um dos elementos da empresarialidade destacados por Waldirio Bulgarelli, na sua obra *Tratado de direito empresarial* (Bulgarelli, 1997, p. 109).

O novo Código Civil perdeu uma excelente oportunidade de introduzir no País a limitação da responsabilidade do empresário individual, a qual existe, por exemplo, na França, Itália, Alemanha e Portugal, como forma de incentivo à exploração da atividade econômica de menor vulto mediante a limitação dos riscos do negócio. A limitação da responsabilidade do empresário individual poderia ter sido adotada pelo novo diploma civil pátrio para acabar com a necessidade da criação de sociedades empresárias formadas com a finalidade exclusiva da obtenção da limitação da responsabilidade dos sócios no desenvolvimento da empresa.

Somente a sociedade empresária está sujeita à falência (vide, neste sentido, o art. 1.044 do novo CC). Quanto à sociedade simples, o entendimento é de que mesmo que adote qualquer das formas de sociedades empresárias possíveis, a ela não se aplica a lei de quebra (Dec. 7.661/45).

Creio que a questão estará solucionada com a aprovação do Projeto de Lei 4.376-A, de 1993, que regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação da empresa, em trânsito pelo Congresso, a qual virá a substituir a atual lei falimentar, retro mencionada. Tal projeto de lei dispõe que o sistema de recuperação e liquidação de sociedades atinge não só as de cunho comercial, como também as de índole civil, incluindo-se até mesmo as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As sociedades de advogados e as cooperativas, por força do art. 982 do novo CC, embora de natureza simples, continuarão a ser registradas perante a OAB e a Junta Comercial, respectivamente. Ver, neste sentido, a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e a Lei 5.764/71 (Lei do Cooperativismo). Em relação à última verificar, especialmente, o art. 18 e seus §§ 2.º e 6.º.

A propósito, o Enunciado 69, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, estabelece que as cooperativas são sociedades simples sujeitas à inscrição nas Juntas Comerciais. No mesmo sentido, o projeto de Lei 7.160/2002 altera o art. 1.150 para esclarecer que as cooperativas estão sujeitas a inscrição nas Juntas Comerciais.

Quanto às cooperativas é importante salientar que o art. 6.º da Lei 5.764/71 exigia, para a constituição de cooperativas singulares, o mínimo de 20 (vinte) sócios. O inc. II do art. 1.094 do novo CC flexibilizou tal exigência, podendo a sociedade cooperativa ser constituída com o número de sócios necessário, apenas, para compor a administração da sociedade. O Prof. Ronald A. Sharp Jr. entende que a regra contida no citado inc. II do art. 1.094 não pode prevalecer sobre a regra do art. 6.º da Lei 5.764/71 em face do princípio da razoabilidade, já que, *a priori*, a constituição de uma cooperativa deve interessar a um número relativamente amplo de sócios, daí a exigência mínima de 20 (vinte) pessoas prevista na lei especial.

De acordo com o art. 971 do novo CC, é facultado a qualquer produtor rural organizar sua atividade econômica sob a forma de empresa, que, neste caso, pode ser tanto sob firma individual ou por meio de sociedade empresária, com registro, inclusive, perante a Junta Comercial. Entretanto, o produtor rural que, mesmo desempenhando atividade econômica agrícola ou pecuária, preferir não adotar a forma de empresa rural permanecerá vinculado a regime jurídico próprio, como pessoa física, inclusive para os efeitos da legislação tributária, trabalhista e previdenciária, com responsabilidade ilimitada e com comprometimento direto de seu patrimônio pessoal nas obrigações contraídas em razão do exercício de sua atividade. Ele pode optar, ainda, por exercer sua atividade rural como sociedade simples, a qual adquire personalidade jurídica própria com o arquivamento de seus atos constitutivos perante o Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Sob o aspecto legislativo, o art. 3.º da Lei 5.889/73 define a empresa rural, sob a ótica do direito do trabalho, como a "atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com o auxílio de empregados".

São os seguintes os atos sujeitos a publicação no *Diário Oficial* e em jornal de grande circulação: as atas das Assembléias/Reuniões que deliberarem sobre redução de capital social, dissolução, incorporação, fusão ou cisão da sociedade limitada, bem como anúncios de convocações.

A exclusão de sócios, na sociedade limitada ocorrerá nas seguintes hipóteses:

a) exclusão de sócio remisso (ou seja, que deixar de realizar sua contribuição para o capital social estabelecida no contrato social nos 30 dias seguintes ao da notificação pela sociedade de sua mora), mediante deliberação da maioria dos demais sócios;

b) exclusão extrajudicial, através de alteração contratual, desde que previsto no contrato social a exclusão por justa causa: no caso de um ou mais sócios colocar em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade (?) (*quorum*: maioria dos sócios representativa de mais da metade do capital social).

O Enunciado 67 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal dispõe que em razão da exigência da justa causa, a quebra da *affectio societatis* não é motivo suficiente para a exclusão de sócio.

A exclusão extrajudicial deverá ser determinada em assembléia geral ou reunião convocada especialmente para esse fim, ciente o sócio acusado, em tempo hábil (?), para possibilitar o seu comparecimento a fim de se defender. O registrador deverá acautelar-se de que tais providências foram adotadas;

c) exclusão judicial: a pedido dos demais sócios, no caso de falta grave no cumprimento de obrigações ou incapacidade superveniente; e,

d) exclusão de pleno direito, no caso de o sócio ser declarado falido, ou ter sua quota liquidada em razão de execução judicial.

O sócio excluído responde pelas obrigações sociais anteriores, até 2 (dois) após *averbada* a decisão de sua exclusão (parágrafo único do art. 1.057). O mesmo ocorre na sociedade simples (art. 1.032).

No tocante à sociedade simples, só não se aplica a exclusão extrajudicial.

Já em relação à dissolução da sociedade limitada, o Código estabeleceu que as mesmas causas de dissolução da sociedade simples a ela se aplicam. Dentre elas está prevista a dissolução pela falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de 180 dias. Manteve-se, assim, a possibilidade, temporária, da sociedade unipessoal.

A controvérsia sobre a possibilidade de se entender que a estipulação de que o patrimônio dos sócios não responde subsidiariamente ao da sociedade sim-

ples implicaria a limitação da responsabilidade dos mesmos, parece-me solucionada com a regra do art. 997, VIII, do novo CC. Ainda que se queira argumentar que as regras dos arts. 1.023 e 1.024 devem ser combinadas com a anteriormente mencionada, tornando, assim, ilimitada a responsabilidade dos sócios na sociedade simples, tal argumento, s.m.j., não deve prevalecer. Isto porque a palavra "subsidiariamente" não pode, como querem alguns, ser entendida como "solidariamente", eis que, de acordo com o art. 265 do novo CC, a solidariedade não se presume, resultando da lei ou do contrato. A menos que seja desejo dos sócios responderem, subsidiária e solidariamente, pelas obrigações contraídas em nome da sociedade. Se essa não for, expressamente, a intenção dos sócios, as regras dos arts. 1.023 e 1.024 não se aplicam à sociedade simples. Assim já se manifestou o TJMG, em encontro realizado no mês de dezembro próximo passado, semelhante ao ocorrido em Brasília e promovido pelo Conselho de Justiça Federal, já algumas vezes citado.

Assim sendo, temos que a sociedade simples pode ter responsabilidade limitada ou ilimitada, a exemplo do que ocorre com a cooperativa (art. 1.095). Tudo vai depender do que os sócios estipularem no contrato social.

Tenho para mim que não há de se falar em direito adquirido em relação às sociedades compostas entre marido e mulher, em face do disposto no art. 977 do novo CC. É que o direito adquirido não é algo absoluto, não podendo prevalecer diante de uma norma de ordem pública. Assim sendo, as sociedades já existentes e assim compostas deverão se adequar à nova legislação. Ou deixando um dos cônjuges o quadro societário ou alterando-se o regime de bens, agora possível segundo a nova legislação civil.

Finalmente, quero alertar que a restrição contida no art. 977 do novo CC em relação à proibição de sociedade entre marido e mulher, entre si ou com terceiros, cujo casamento tenha ocorrido no regime de comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória, não se aplica à sociedade simples pura, ou seja, aquela sociedade simples que não tenha adotado qualquer das formas da sociedade empresária, especialmente se os sócios indicaram, no contrato social, que respondem, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Tal impedimento, como pode ser claramente observado, está contido no Título I, do Livro II, que trata *Do empresário*, e não no Subtítulo II, Capítulo I, que cuidam, respectivamente, *Da sociedade personificada* e *Da sociedade simples*.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.10

MODERNIZAÇÃO DOS REGISTROS PÚBLICOS IMOBILIÁRIOS MEXICANOS*

RAÚL CASTELLANO MARTÍNEZ-BÁEZ

O vértice de toda a pirâmide da instituição registral, tal como é concebida no México, América Latina e alguns países da Europa, radica no conceito de segurança jurídica, tendo como passo prévio a função notarial; entre ambas, asseguram a paz jurídica. Só em caso de conflito existe para o particular a proteção ou o recurso judicial; um bom Registro Público afasta as controvérsias dos tribunais.

É, pois, a segurança o que se deve ter em mente sempre, ao tratar do relativo à operação de qualquer registro, independentemente de seu tamanho e do grau de avanço tecnológico que apresente; porém, a segurança jurídica também ocupa o cúspide da pirâmide quando se trata da modernização dos registros.

Tendo isso em mente, existe outra questão que é indispensável desenvolver antes, paralelamente à modernização, que é a preparação cultural que permite ao pessoal envolvido assimilá-la; não fazê-lo, pode nos levar a um estrondoso fracasso. Não pode haver modernização sem a participação das pessoas que haverão de operar o registro, qualquer que seja o caminho que se escolha.

Deve-se ter definida uma filosofia básica que considere a missão de Registro e estabelecer os valores que inspirem e sustentem a conduta e o compromisso dos servidores públicos. Há que se conseguir uma mudança que fortaleça o profissionalismo, a eficiência e a eficácia do Serviço Registral, dentro de um marco ético.

Envolver todo o pessoal no processo de mudança e integrá-lo no esforço que está implícito na transformação da Instituição, compartilhando a visão e os valores, bem como vencer as naturais resistências que se opõem a toda mudança, a qualquer coisa nova ou diferente, não obstante que seja ou possa ser melhor, também facilitará a necessária capacitação que há que levar a cabo, na medida em que estejam informados e interessados no projeto.

Antes de tomar qualquer decisão de modernizar o Registro – e quando falo de modernizar estou pensando na modernização integral da instituição –, será

(*) Tradução de Francisco Tost.

indispensável ter uma visão integral da problemática do Sistema do Registro da Propriedade, para poder elaborar um plano de trabalho que seja exitoso.

O estudo que se faça deve atender às conseqüências do desenvolvimento técnico e analisar com todo o cuidado o emprego da informática, isto é, que sua aplicação se efetue de maneira inteligente e arrazoada, tendo em mente as condições essenciais para que o Registro seja garantia de Segurança Jurídica e, também, deva ter em conta os delineamentos atribuídos aos outorgadores de fé pública, autoridades judiciais e registrais. Isto se traduz na necessidade de estarmos atentos sempre ao marco jurídico.

O método que seja aplicado para a modernização do Registro de que se trate, deve atender à possibilidade natural do Registro, levando em conta o tráfego jurídico e de documentos que atenda e fazer uma projeção para o futuro: capacidade do pessoal (direção e técnico); resposta dos recursos humanos frente ao avanço tecnológico; recursos econômicos e apoios com que se conte, como poderia ser a vinculação com um bom Cadastro. Aqui é pertinente assinalar que o Cadastro nos servirá só como guia para materializar a existência do imóvel, de sorte a poder aplicar o Princípio de Determinação e certificar-nos da existência material do imóvel de que se trate, com o qual se elimina a possibilidade de registros duplicados ou inscrições duplas. É conveniente assinalar que não necessariamente os dados consignados no Cadastro deverão coincidir com o assentado no Registro, salvo os dados de localização e de limites, pois em última instância, o que esteja assentado no Registro será o que deva prevalecer, pois só o Registro pode outorgar a Fé Pública Registral.

A cúpula das Américas, celebrada em 1998, fixou como um dos seus postulados a vinculação dos Cadastros com os Registros Públicos Imobiliários.

Quase todos os Registros do meu país e em alguns da América Latina estão organizados sob técnicas obsoletas e apresentam problemas similares para poderem se adaptar e imprimir a velocidade em sua capacidade de resposta que o trânsito imobiliário exige. Muitos Registros devem dedicar-se a sua reorganização total.

O plano de reorganização deve ser elaborado com todo o cuidado e deve compreender etapas para sua realização. A improvisação e o desconhecimento das matérias envolvidas no trabalho podem ter conseqüências funestas.

Para aqueles Registros que ainda trabalham com o sistema obsoleto de livros, passar da técnica pessoal ou cronológica a um sistema computadorizado baseado no imóvel é inapropriado e muito perigoso.

A forma que resultou mais conveniente e segura para dar este grande passo é a de utilizar "fichas" que são um suporte confiável e ágil e preparam os registradores para adequarem-se à mudança de técnica de forma progressiva (baixo custo). Esta é uma experiência vivida pelo Registro de Buenos Aires em sua transformação, iniciada pelo Dr. Edgardo Augusto Scotti.

Alguns Registros, para operar a mudança de metodologia, têm seguido dois caminhos. O mais seguro é o que poderíamos chamar por "rogação", isto é, que

a mudança se faça na petição do interessado, para levar a cabo a primeira inscrição ou a primeira da propriedade; mudança de titular no domínio com a transmissão do direito real; subdivisões ou anexações. Este procedimento, se bem que seja mais confiável, tem o inconveniente de ser muito lento. As experiências demonstram que, seguindo este sistema, os registros conseguiram transformar-se 70% ao longo de 30 anos. As variações de tempo vão de acordo com a intensidade do tráfego jurídico de cada Registro. Talvez o melhor exemplo seja o do Registro do Cantón do Guayaquil, no Equador, que, de um trabalho iniciado em 1998, até agosto de 1999, havia capturado 70.000 fólios, de um universo de 415.000, na razão de 30.000 fólios por ano; desta sorte, 100% da informação estivera em seu sistema informático, em mais de 10 anos. Todavia, devido ao incremento que o trânsito imobiliário teve recentemente, para este ano de 2003, conseguiu capturar 210.000 fólios, o que representa 50%, conseguidos em 5 anos.

Com o objetivo de acelerar este longo processo, pode-se utilizar em forma simultânea ou paralela a informação contida nos protocolos para passá-la ao fólio real, levando a cabo o trabalho de ofício.

Este método requer pessoal muito experimentado no sistema observado para velhas inscrições e averbações, para estar em condições de interpretar os assentos de acordo com as modalidades empregadas ao longo da existência do Registro.

O projeto de modernização integral (jurídica, administrativa, de pessoal, informática etc.) deve estruturar-se por etapas, atendendo ao processo registral, incluindo a tão necessária vinculação com o Cadastro e ir orientando a autonomia da Instituição. Deve ter-se grande cuidado na seleção da pessoa ou empresa que se encarregue de elaborar, dirigir e coordenar o projeto, considerando que deverá descrever, na forma mais detalhada possível, cada um dos seus passos ou etapas do mesmo, assinalando compromissos no tempo e formas de verificação do avanço real.

Igualmente delicada é a seleção de quem vai desenhar o Sistema de Informática, para que se leve a cabo com os princípios básicos assinalados, assegurando-se, entre outras coisas, que ao término do trabalho entregar-se-ão ao Registro os programas-fonte, manuais e demais, os quais passarão a ser propriedade do próprio Registro.

É indispensável que se desenhe, também, um Sistema de Segurança de Informática, e que o mesmo deverá ser encarregado a pessoa ou empresa distinta da que tenha desenhado o Sistema de Informática.

Um Sistema Informático bem desenhado, e isto certamente pressupõe que se tenha condicionado ao Direito Registral e à normatividade jurídica, tem as seguintes vantagens:

Acervo registral integrado:

• Acervo registral em fólios eletrônicos e movimentos do trâmite em processo, disponíveis na tela.

• Materialização de fólios, direta ao sistema, com numeração automática e impresso em modos de segurança.

• Inscrição direta automatizada no fólio eletrônico e outros atos jurídicos que antecipam a qualificação integral do documento.

Segurança em várias ordens e níveis:

Ordens:

• Física – Realizar respaldos periódicos da base de dados e imagens, que deverão ser guardados em um lugar distinto das instalações do Registro, preferencialmente em cofres de segurança bancária, o que permitiria ao Registro continuar operando em caso de emergência ou desastre.

• Lógica – Só se poderá ter acesso à base de dados mediante as funções do sistema, pelo que não se poderá acessar o sistema do Registro com outros programas, uma vez que a base de dados deverá estar devidamente protegida contra qualquer intervenção alheia.

• Ambiente de produção e de desenvolvimento, para se fazerem as modificações e adições ao sistema que resultem aconselháveis.

Deverá contar-se com procedimentos de entrega auditada, da área de desenvolvimento de sistemas à área de produção, documentando sua entrega e seu andamento.

Níveis:

A segurança na base de dados consistirá na assinatura eletrônica (assinatura autografada) e na assinatura digital. A primeira consiste na conservação do padrão da assinatura autografada dos registradores, diretores e demais pessoas que intervenham no processo, responsáveis por autorizar com sua assinatura a materialização virtual dos fólios ou outros movimentos que devam consignar-se no mesmo e ingressar à base de dados; e a segunda consiste em algoritmos de chaves assimétricas, privada e pública, que são únicas para cada usuário e que permitem autenticar qualquer documento assinado com chave privada que se guarda em um cartão inteligente, sem que ninguém tenha acesso a ela.

A primeira assinatura conserva-se:

• em folha de rosto de cada fólio autorizado pela pessoa responsável.

• em movimentos ou atos jurídicos, que o responsável do assento deverá assinar.

A segunda se conservará nos dois casos anteriores e, além disso:

• em imagens transportadas do sistema de digitalização que tenham sido objeto de um processo de reengenharia, ou da digitalização da informação contida nas cédulas extraídas dos livros; e

• em documentos impressos em modos de segurança, contidos no código de barras bidimensional, além de informação relativa ao próprio documento.

Controle total do fluxo de trabalho

O sistema deve contar com um controle do fluxo de trabalho, também chamado "controle de gestão" e em inglês *Work Flow*, que guarda uma chave de todos os passos que se dão em um trâmite, estabelecendo um controle total, da seguinte maneira:

• Registro do ingresso do documento.

• Consulta direta ao fólio ou fólios envolvidos, e só a eles, durante o trâmite.

• Designação do trâmite pelo sistema de seleção universal.

• Seguimento do trâmite dentro das áreas registradoras.

• Possibilidade de solicitar a redação de um assunto junto à área jurídica e seu reenvio à área do trâmite original.

• Conservação da chave dos trâmites no processo até sua conclusão e seu respaldo histórico.

• Produção de estatísticas descritivas para medir os rendimentos de inscritores, registradores, redatores e do próprio Registro, assim como de inferências estatísticas que permitam redesenhar os processos estabelecidos, redesenhar novos processos de acordo com o surgimento de novas figuras ou adequações provenientes da demanda da cidadania.

Consulta remota

Serviços por subscrição:

• O intenso tráfego imobiliário dos tempos em que vivemos faz necessário incorporar novos serviços como o que tornaria possível que tanto notários como corretores públicos, instituições bancárias e financeiras, seguradoras, imobiliárias e outros possam consultar informação registral de suas próprias instalações, com a possibilidade de imprimi-la.

• Consulta do Boletim, ordenado por outorgador de fé pública ou interessado, com trâmites concluídos por um período que pode ser de um mês.

• Consulta do estado de trâmite, ordenado por fedatário ou outros que sejam assinantes do sistema.

Serviços gratuitos ao público:

Pode resultar conveniente oferecer serviços gratuitos ao público, os que se mencionam a continuação:

• Informação dos serviços que o Registro proporciona.

• Informação dos trâmites que o Registro leva a cabo, assim como seus requisitos.

• Informação que contenha o diretório dos outorgadores de fé pública do Estado.

• Boletins com antiguidade de até uma semana.

Sistema de informação geográfica

Dada a importância que assinalamos da vinculação Cadastro-Registro, deve-se assinalar, em paralelo, um subsistema que terá uma grande importância, o que permite dar maior segurança à destinação de fólios, evitando duplicidade destes para um mesmo prédio, ao materializar a informação virtual. Isto possibilitará a aplicação do Princípio de Determinação que permite dar maior segurança ao acervo registral.

Este subsistema deverá permitir a consulta gráfica de planos para situar com toda precisão a localização do imóvel, mediante o número cadastral, sua localização ou nome do titular registral.

O desenho conceitual do sistema deve incluir a elaboração de manuais de operação e manutenção do sistema, assim como programas de previsão, recuperação e contingência.

Segurança integral

Independentemente da indispensável Segurança Informática que já se mencionou, deve-se cuidar da segurança em geral, como guardar os respaldos do acervo registral em lugar distinto das instalações do Registro; sistema especial contra incêndios, para preservar a informação documental; sistema de circuito fechado de televisão com gravação e monitoramento; depósitos de segurança para preservar o acervo e formas ou papel de segurança.

Dentro deste tema encontra-se a necessidade de contar com formas de segurança, dado o alto número de falsificações dos documentos que o Registro expede, o qual incrementa os níveis de segurança em geral.

Estudo à parte merece o tema da corrupção presente em todos os registros do país, razão pela qual merece especial atenção. O próprio sistema automatizado irá fechando a porta a esta conduta, não só censurável como punível, que tem tornado vulnerável a Segurança Jurídica dos registros do país, unido à profissionalização da especialidade registral, o serviço civil de carreira e, certamente, a indispensável autonomia.

Não seguir esses passos descritos pode levar a estrondosos fracassos, dos quais temos mostras dolorosas; erros cometidos podem tardar para descobrir-se, com a conseqüente perda de recursos e, talvez, anos de inúteis esforços.

1. ESTUDOS REGISTRAIS E NOTARIAIS

1.11

ASSINATURAS ELETRÔNICAS E CERTIFICAÇÃO DAS CHAVES DOS NOTÁRIOS NA LEGISLAÇÃO ITALIANA*

RAIMONDO ZAGAMI

SUMÁRIO: 1. O contexto normativo – 2. Assinaturas eletrônicas e assinatura digital – 3. A eficácia probatória do documento e da assinatura informatizada – 4. A autenticação da assinatura digital e os atos públicos notariais (ou atos autênticos) em formato informatizado – 5. As cópias e as duplicatas dos documentos informatizados – 6. A validação temporal – 7. As certificadoras e os certificados – 8. A certificação das chaves públicas dos notários italianos – 9. As aplicações da assinatura digital para os notários.

1. O contexto normativo

As normas que disciplinam a assinatura eletrônica na Itália estão contidas fundamentalmente no DPR[1] 445, de 28.12.2000 – texto único das disposições legislativas e regulamentares em matéria de documentação administrativa –, que dentre outras incorporou, de maneira quase literal, as disposições do anterior e hoje revogado DPR 513, de 10.11.1997 – regulamento que trata dos critérios e modalidades para formação, arquivamento e transmissão de documentos com instrumentos informatizados e telemáticos, de acordo com a norma do art. 15, § 2.°, da Lei 59, de 15.03.1997.

As medidas acima mencionadas encontram sua base jurídica no art. 15, § 2.°, da Lei 59, de 15.03.1997 – que delega ao governo a atribuição de funções e tarefas às regiões e às autoridades locais para a reforma da administração pública e a simplificação administrativa, a assim chamada Lei Bassanini-uno –, a primeira norma que na legislação italiana afirmou, em termos amplos e gerais, do ponto de vista objetivo e subjetivo, com validade para os particulares e para a administração pública, o princípio da plena validade e relevância da documentação informática, conferindo ao governo a promulgação dos regulamentos específicos para disciplinar os critérios e as modalidades de aplicação.

(*) Tradução de Roberta Barni.

(1) Decreto Presidencial.

As disposições operacionais de caráter técnico foram promulgadas posteriormente, com o DPCM,[2] de 08.02.1999 – normas técnicas para formação, transmissão, conservação, duplicação, reprodução e validação temporal dos documentos informatizados, conforme o art. 3, § 1.º, do DPR 513, de 10.11.1997 –, com base na competência específica prevista pelo DPR 513/97 (art. 3), acima mencionado.

Entre as outras medidas técnicas, cabe ressaltar, particularmente, a circular da Autoridade para a Informática na Administração Pública, Aipa 24, de 19.06.2000 – art. 16, § 1.º, do anexo técnico ao DPCM de 08.02.1999. Diretrizes para a interoperabilidade dos certificadores publicamente cadastrados, citada no artigo oitavo, parágrafo terceiro, do DPR 513, de 10.11.1997 –, que estabelece um formato comum para os certificados, de modo a permitir o reconhecimento recíproco entre todos os certificadores. A deliberação Aipa 51, de 23.11.2000 – regras técnicas em matéria de formação e conservação de documentos informatizados da administração pública, conforme o art. 18, § 3.º, do DPR 513, de 10.11.1997; bem como a circular Aipa 39, de 08.02.2002 – art. 14, § 2.º, do DPCM de 08.02.1999: códigos identificadores idôneos para a averiguação do valor da chave pública do par de chaves do presidente da Aipa –, que, publicada na *Gazzetta Ufficiale* da República Italiana,[3] indica as chaves *públicas-raiz* (ou da primeira autoridade) para uma averiguação completa da denominada "cadeia de certificação".

Com o objetivo de harmonizar as disposições nacionais nessa matéria, a Comunidade Européia promulgou a Diretriz 1.999/93/CE, de 13.12.1999, relativa a um quadro comunitário para as assinaturas eletrônicas, a ser aplicada nas respectivas legislações dos Estados-membros. A diretriz é posterior ao primeiro regulamento italiano, promulgado com a DPR 513/97, razão pela qual exigiu que a legislação italiana a ela se adequasse em alguns aspectos importantes. Com efeito, a regulamentação italiana foi pensada, desde o início, com o objetivo de introduzir a assinatura eletrônica nas relações com a administração pública e, por isso, disciplinou um tipo de documento informatizado dotado de garantias de segurança máximas para sua plena equiparação jurídica para o documento em suporte de papel. A perspectiva da diretriz européia, no entanto, é mais ampla, voltada para aplicações que exigem garantias jurídicas de menor vulto (como, por exemplo, para o comércio eletrônico em larga escala). Por isso, além das assinaturas "avançadas", prevê também assinaturas não-avançadas bem como dotadas de pouca ou nenhuma segurança e garantia.

A diretriz comunitária foi adotada pela legislação italiana mediante o Decreto Legislativo 10, de 23.01.2002 (aplicação da Diretriz 1.999/93/CE relativa a um quadro comunitário para as assinaturas eletrônicas), que, estruturando-se em parte como disposição autônoma e em parte como modificador do DPR

(2) Decreto do presidente do Conselho dos Ministros (primeiro-ministro).

(3) <http://www.gazzettaufficiale.it>.

445/2000, introduziu a categoria da "assinatura eletrônica" e previu um regime mais liberal para o desempenho da atividade de certificação, sem, no entanto, eliminar a figura da "assinatura digital"[4] cuja eficácia probatória, todavia, é expressa em termos diferentes. Ademais, o sistema normativo anterior ainda vigora; portanto, para se efetuar a coordenação entre as disposições do DPR 445/2000 e as que foram estabelecidas pelo decreto de adoção da diretriz, está prevista a promulgação de um regulamento – de acordo com o art. 17, § 2.º, da Lei 400/88 –, no período de trinta dias a partir da vigência do decreto de adoção da própria diretriz, ou seja, até o dia 01.04.2002. Esse decreto também deverá estabelecer os requisitos necessários para o desempenho da atividade de certificador, substituindo assim as normas técnicas contidas no DPCM de 08.02.1999, ainda em vigor.[5]

2. Assinaturas eletrônicas e assinatura digital

Obedecendo à diretiva CE acima mencionada, na legislação italiana, a assinatura eletrônica dos documentos informatizados atua em dois sentidos: a) assinaturas eletrônicas simples, não-equiparadas às assinaturas tradicionais, mas nem por isso sem valor jurídico; e b) assinaturas digitais – ou assinaturas eletrônicas avançadas –, equiparadas às assinaturas tradicionais e que se baseiam em minuciosos requisitos de segurança para sua implementação.

De acordo com o art. 2, n. 1, da Diretiva CE, uma assinatura eletrônica (simples) constitui-se de "dados em formato eletrônico, anexos ou conexos por meio de associação lógica a outros dados eletrônicos, utilizada como método de autenticação". Com essa expressão (*electronic signature*) indica-se, portanto, qualquer método e tecnologia por meio dos quais é possível assinar um documento informatizado. Por exemplo, a digitalização gráfica de uma assinatura, a representação de um dado biométrico, um MAC (*message authentication code*) baseado na criptografia simétrica, outros caracteres ou dados inseridos pelo autor do documento, a simples digitação do nome do autor no rodapé do documento etc. É preciso atentar para o fato de que na definição normativa da assinatura eletrônica não se exige nenhum requisito de segurança, razão pela qual se pode incluir uma grande multiplicidade de fenômenos, até mesmo de sistemas totalmente inseguros.

No vasto âmbito das assinaturas eletrônicas, a diretriz CE define, do ponto de vista funcional, a subespécie de "assinatura eletrônica avançada" como "uma assinatura eletrônica que responda aos seguintes requisitos: a) estar associada

(4) O DPR 513/97 – posteriormente incorporado ao DPR 445/2000 – só previa, de início, a figura da "assinatura digital", baseada na tecnologia da criptografia assimétrica e não disciplinava a categoria mais geral da "assinatura eletrônica" introduzida pela diretriz CE.

(5) As normas citadas neste texto podem ser encontradas no *site* <http://www.zagami.it>.

exclusivamente ao signatário; b) ser idônea para a identificação do signatário; c) ser criada com meios sobre os quais o signatário possa manter controle pessoal e exclusivo; e d) estar ligada aos dados aos quais se refere de modo a permitir a identificação de todas as modificações posteriores de tais dados" (art. 2, n. 2).

Por exemplo, a representação gráfica digital de uma assinatura – obtida por digitalização com *scanner* ou mediante prancheta eletrônica – ou a representação digital de um dado biométrico – impressão digital, da retina etc. –, acrescentadas no final de um documento informatizado, embora sejam "assinaturas eletrônicas", conforme a diretriz CE, não são assinaturas eletrônicas avançadas. De fato, essas assinaturas estão ligadas exclusivamente ao assinante (requisito sub. a), são idôneas para a identificação do signatário (requisito sub. b), mas não são criadas com meios sobre os quais o assinante possa manter um controle pessoal e exclusivo (requisito sub. c) e não estão ligadas aos dados a que se referem de modo a permitir a identificação de toda modificação (requisito sub. d).[6]

Antes da promulgação do decreto de adoção da diretriz comunitária, só a "assinatura digital" estava disciplinada na Itália, que já se encontrava facilmente incluída no âmbito da chamada "assinatura eletrônica avançada". O decreto de adoção da diretriz comunitária (Decreto Legislativo 10/2002), como já dissemos, introduziu na legislação italiana a figura normativa da "assinatura eletrônica", além de defini-la (art. 2, § 2.º), e a "assinatura eletrônica avançada" (art. 2, § 1.º, g.) com formulações praticamente idênticas ao texto da diretriz, esclarece a relação entre a "assinatura digital" – já regulada desde 1997 – e a nova "assinatura eletrônica". Do art. 6, § 3.º, deduz-se, sem outras possibilidades de interpretação, que a "assinatura digital" italiana é um "tipo de assinatura eletrônica avançada".

Em relação às exigências jurídicas de forma mínima, às exigências concretas, às garantias exigidas, à soma de interesses em jogo, será possível utilizar assinaturas digitais (assinaturas eletrônicas avançadas) ou simples assinaturas eletrônicas. A aquisição de um livro pela Internet, por exemplo, e, mais genericamente, boa parte do atual comércio eletrônico *B2C* (*Business to consumer*) efetuado pela Internet, não exige formas mínimas e já estaria garantido o suficiente pelas simples assinaturas eletrônicas; a aquisição de um apartamento ou a cópia de um ato a ser transmitido para os registros públicos requer, pelo contrário, a forma mínima do documento informatizado com assinatura digital – assinatura eletrônica avançada –, que poderá ser aplicada em todos os demais casos em que, independentemente dos requisitos normativos, venha a ser considerada uma garantia oportuna.

[6] A diretriz CE, para fins de efeitos jurídicos das assinaturas eletrônicas (art. 5), distingue, também, a "assinatura eletrônica segura", que é tal porque criada com um dispositivo de assinatura que responde aos requisitos específicos indicados no anexo III da mesma diretriz (art. 2, n. 6).

Sob outro aspecto, às assinaturas eletrônicas cuja eficácia se baseia na conformidade com a lei, e como tais são válidas *erga omnes*, contrapõem-se as assinaturas eletrônicas cuja eficácia se baseia em acordos contratuais, razão por que só são válidas entre as partes do próprio acordo. Do ponto de vista probatório, acordos desse tipo estariam enquadrados nas previsões do art. 2.698 do CC, na medida em que constituiriam uma inversão convencional do ônus da prova, estabelecendo uma presunção *juris tantum*,[7] relativa ao fato de que uma assinatura digital – portanto, um documento informatizado "assinado" – deve ser considerada como originada pelo sujeito ligado à chave pública utilizada para a averiguação. Do ponto de vista formal, esses acordos poderiam ser enquadrados no art. 1.352 do CC, que disciplina as formas convencionais. De todo modo, em se tratando de assinaturas não-conformes às normas, não seriam idôneas para integrar os requisitos de forma exigidos pela lei *ad substantiam* ou *ad probationem*. A diretriz européia não disciplina as assinaturas eletrônicas exclusivamente baseadas no âmbito de mecanismos fundamentados em acordos voluntários de direito privado entre um determinado número de participantes – grupos fechados de usuários. Como se lê no Considerando 16 à Diretriz CE, "na medida permitida pelo direito nacional, deveria ser respeitada a liberdade das partes de combinarem as condições de aceitação dos dados assinados de forma eletrônica; às assinaturas eletrônicas utilizadas em tais sistemas não deveriam ser negadas a eficácia jurídica e a admissibilidade como meio probatório nas ações judiciárias".

A assinatura digital italiana é um tipo de assinatura eletrônica avançada, que se caracteriza por basear-se na tecnologia específica da criptografia assimétrica – ou de chave pública – dos dados informatizados e obedece a uma série de requisitos ditados por normas e regras técnicas. Mas em geral, uma assinatura eletrônica (avançada) não pressupõe o uso de uma determinada tecnologia, mas requer que se satisfaçam os requisitos apontados acima, independentemente da tecnologia utilizada. Todavia, no estágio atual ainda não se conhecem tecnologias diferentes da criptografia assimétrica capazes de possibilitar a obtenção de assinaturas eletrônicas avançadas e conformes aos requisitos exigidos.[8] Paralelamente, a diretriz CE, que jamais utiliza a expressão "assinatura digital", dando, assim, abertura a diferentes tecnologias em respeito aos princípios do mercado e da neutralidade tecnológica, foi evidente e claramente redigida considerando a tecnologia específica da criptografia assimétrica e da assinatura digital.

Em relação a sua essência técnica e a seu objetivo, o DPR 445/2000 define a "assinatura digital" como "resultado do procedimento informatizado (vali-

(7) A presunção *juris tantum* admite a prova contrária.

(8) As regras técnicas italianas prescrevem que "para a geração e a averiguação das assinaturas digitais, podem ser utilizados os seguintes algoritmos: a) RSA (*Rivest-Shamir-Adleman algorithm*); b) DSA (*Digital Signature Algorithm*)" (art. 2, DPCM, de 08.02.1999).

dação), que se baseia num sistema de par de chaves assimétricas, uma pública e outra privada, que permitem ao assinante, por meio da chave privada, e ao destinatário, por meio da chave pública, respectivamente, tornar manifesta e verificar a origem e a integridade de um documento informatizado ou de um conjunto de documentos informatizados" (art. 1, b). Reafirmando a função de controle de origem e integridade, também se requisita que "a assinatura digital deve referir-se inequivocamente a um único sujeito e ao documento ou ao conjunto de documentos aos quais foi acrescentada ou está vinculada" (art. 23, § 3.º).

3. A eficácia probatória do documento e da assinatura informatizada

O "documento informatizado" é definido como "a representação informatizada de atos, fatos ou dados juridicamente relevantes" (art. 1, b, DPR 445/2000). Acrescentado o termo "informatizada", essa definição reproduz essencialmente a que já fora elaborada havia tempo pela doutrina – e que nunca antes fora adotada pelo legislador – para identificar o conceito de documento em geral (ainda não-informatizado).[9]

a) O documento informatizado, assim como foi definido, não considera a existência de uma assinatura digital ou, mais genericamente, eletrônica. Por outro lado, o art. 23, § 1.º, do DPR 445/2000, prevê que ao documento informatizado "pode ser aposta" uma assinatura digital, isto é, não requer sua obrigatoriedade, mas ressalva a diferença de validade e de eficácia probatória que dela deriva.

De acordo com o art. 10, § 1.º, do DPR 445/2000, como modificado pelo Decreto Legislativo 10/2002, está estabelecido que "o documento informatizado tem a eficácia probatória prevista pelo art. 2.712 do CC, com relação aos fatos e às coisas representadas", que disciplina as reproduções mecânicas – fonográficas, fotográficas, cinematográficas etc. –, cuja eficácia é de prova plena, se a pessoa contra o qual são produzidas não as desconhecer. O documento informatizado sem assinatura eletrônica, portanto, tem, em juízo, a eficácia de prova plena (prova legal),[10] se a pessoa a quem foi oposta não o desconhecer. No caso em que o documento informatizado for desconhecido, sua eficácia será a de uma prova que ficará à livre apreciação do juiz, com base no princípio geral do art. 116 do

(9) Um documento informatizado pode representar qualquer tipo de informação (textos, imagens, sons, animações gráficas etc.), desde que seja digitalizada, ou seja, representada por valores numéricos (*digit*). A definição do DPR 445/2000 prescinde de qualquer referência a um "suporte" material, contrariamente à outra definição dada no art. 491 bis, Código Penal, introduzido pela Lei 547, de 23.12.1993, que afirma que documento informatizado é "qualquer suporte informatizado que contenha dados ou informações que possuam eficácia probatória ou programas especificamente destinados a elaborá-los" (o mesmo para o artigo 621 do CP).

(10) Eficácia de prova legal significa que o juiz da controvérsia deve necessariamente decidir baseando-se no conteúdo do documento, que constitui prova plena.

Código Processual Civil.[11] Naturalmente, o ônus de provar a conformidade do documento informatizado aos fatos e às coisas representadas fica a cargo de quem o produzir em juízo.

b) No que diz respeito às simples "assinaturas eletrônicas" (não-avançadas), a diretriz CE estabelece que os Estados-membros "providenciarão para que uma assinatura eletrônica não seja considerada legalmente ineficaz e inadmissível como prova em juízo" (art. 5), deixando assim aos Estados-membros a faculdade de determinar a medida de tal eficácia probatória.

Tal disposição foi adotada pela legislação italiana com o Decreto Legislativo 10/2002, que modificou o artigo décimo do DPR 445/2002, estabelecendo que "ao documento informatizado subscrito com assinatura eletrônica, em nenhum caso pode ser negada relevância jurídica ou admissibilidade como meio de prova exclusivamente por ter sido assinada em modalidade eletrônica, ou seja, por não estar baseada num certificado qualificado ou não estar baseada num certificado qualificado emitido por um certificador credenciado, ou, enfim, por não ter sido a assinatura aposta mediante um dispositivo seguro de criação de assinatura" (art. 10, § 4.°).

À diferença da assinatura eletrônica avançada e da assinatura digital (art. 10, § 3.°), a eficácia probatória que pode ser concretamente atribuída ao documento informatizado com assinatura eletrônica (não-avançada) não tem seu mecanismo de prova predeterminado, mas, com base no pressuposto da variedade dos fenômenos de assinatura eletrônica, se estabelece que "em âmbito probatório, o próprio documento é sujeito à livre apreciação, considerando-se suas características objetivas de qualidade e segurança" (art. 10, § 2.°). O documento informatizado de tal espécie, portanto, não constitui prova legal em juízo e remete, essencialmente, ao princípio geral do art. 116 do Código Processual Civil (livre convicção do juiz). De qualquer modo, é requisito indicado de que tal avaliação se dê levando em conta suas características objetivas de qualidade e segurança. Prevê-se, portanto, um mecanismo de decisão judiciária que pressupõe um exame das características específicas do certificador que emitiu o relativo certificado e da assinatura em apreciação. Todos os meios de prova são admissíveis. É possível supor o amplo recurso a perícias técnicas por parte dos juízes. O fato de o certificado se originar de um certificador credenciado – conforme o artigo quinto do Decreto Legislativo 10/2002 – constituiria, evidentemente, um elemento relevante à disposição do juiz para tal avaliação.

Além disso, estabelece-se que o documento informatizado subscrito com assinatura eletrônica (simples ou avançada) satisfaz o requisito legal da forma escrita (art. 10, § 2.°, DPR 445/2000). Todavia, quando a lei exige a forma subscrita da escritura particular – como, por exemplo, o art. 1.350 do CC –, tal requisito formal não poderia ser satisfeito por um documento com uma simples as-

[11] Essa reconstrução também foi confirmada pela sentença da primeira instância do Direito do Trabalho, n. 11.445, de 06.09.2001.

sinatura eletrônica não-avançada, que possui uma eficácia probatória diferente e inferior àquela própria da escritura particular em suporte de papel *ex vi* do art. 2.702 do CC. Não é admissível, portanto, que mediante um documento informatizado sem assinatura digital ou com assinatura eletrônica simples seja possível integrar o requisito da forma escrita exigida para a validade do ato (*ad substantiam*), por exemplo, pelo art. 1.350 do CC para certos atos imobiliários, ou para fins probatórios (forma *ad probationem*).

c) À diferença do que foi estabelecido para as assinaturas eletrônicas simples, a Diretriz CE impõe que os Estados-membros equiparem as "assinaturas eletrônicas avançadas" às assinaturas em suporte de papel, mais precisamente, que reconheçam às "assinaturas eletrônicas avançadas, que se baseiam num certificado qualificado e que são originadas por meio de um dispositivo para a criação de uma assinatura segura" os "requisitos legais de uma assinatura, em relação aos dados em formato eletrônico, assim como uma assinatura autografada os possui para dados em suporte de papel" e que "sejam admitidas como prova em juízo" (art. 5).

A regulamentação italiana já estabelecia que "a aposição ou a associação da assinatura digital ao documento informatizado equivale à assinatura prevista para os atos e documentos em forma escrita em suporte de papel" (art. 23, § 2.°, DPR 445/2000). Além disso, a assinatura digital substituía a aposição de "chancelas, punções, carimbos, símbolos e outros sinais de qualquer tipo" (art. 23, § 7.°, DPR 445/2000).

Todavia, em decorrência da adoção da Diretriz CE com o Decreto Legislativo 10/2002, a eficácia probatória da assinatura digital mudou profundamente em relação ao que estava previsto no texto originário do DPR 445/2000. A disposição hoje vigente prevê que "a assinatura do documento informatizado, quando é assinado em forma digital ou com outro tipo de assinatura eletrônica avançada, estiver baseada num certificado qualificado e tiver sido gerada por meio de um dispositivo para a criação de uma assinatura segura, constitui (...) prova plena, até a queixa de falsidade, da origem das declarações de quem o assinou" (art. 10, § 3.°, DPR 445/2000).[12]

Diferentemente do caso específico da assinatura eletrônica simples anteriormente examinada (§ 2.°), a assinatura eletrônica avançada (ou assinatura digital) constitui imediatamente em juízo de prova plena (prova legal); assim sendo, compromete o juiz a decidir de acordo com o conteúdo do documento as-

(12) A norma que estabelece a eficácia probatória da assinatura digital (ou da assinatura eletrônica avançada) sofreu, nos últimos anos, várias modificações. A última versão, hoje vigente, como exposto acima, representa a terceira modificação, a partir da primeira versão, que remonta ao texto originário do DPR 513/97. A questão do enquadramento probatório do documento informatizado é muito complexa e envolve uma difícil coordenação com as normas sobre as provas e com os tipos de documentos já existentes e, além disso, ainda não superou a prova da aplicação jurisprudencial.

sinado. Diferentemente da eficácia prevista pelo art. 2.712 do CC, atribuída ao documento informatizado sem assinatura (§ 1.º), a assinatura eletrônica avançada (ou assinatura digital) não admite o desconhecimento por parte daquele que aparece como signatário.

Em decorrência da averiguação do certificado associado, o sujeito que figurar como titular da assinatura, portanto, não poderá simplesmente alegar desconhecimento, mas deve executar imediatamente o procedimento mais complexo da queixa de falsidade (art. 221 e seguintes do Código Processual Civil). O objeto do juízo de queixa de falso consistirá em estabelecer quem é o sujeito real autor da assinatura; ou, mais simplesmente, consistirá em estabelecer que o autor real da assinatura no documento informatizado em discussão não é o titular da correspondente chave certificada. Não se trata, portanto, de provar a "falsidade" da assinatura (como diferente de um pretenso modelo somático), uma vez que a assinatura gerada no mesmo documento com a mesma chave é indistinguível, ainda que a chave seja utilizada por sujeitos diferentes do titular; é preciso demonstrar, isso sim, o "abuso" na utilização da relativa chave privada. O ônus da prova ficará a cargo daquele que figurar como titular da chave – depois da averiguação técnica da assinatura e do certificado. A prova, concretamente, poderia demonstrar-se muito difícil; no âmbito da queixa de falsidade, os meios de prova são livres e consistem em todos os que são admitidos pela legislação – provas testemunhais, presunções, confissão etc.

Para que ocorra tal efeito de prova plena, é necessário tratar-se de assinatura digital, conforme todas as normas e regras técnicas,[13] ou então de assinatura eletrônica avançada. Em caso de assinatura eletrônica avançada, também é necessário que ela se baseie num certificado qualificado e que tenha sido gerada por meio de um dispositivo para criação de uma assinatura segura (art. 10, § 3.º, DPR 445/2000). Portanto, assinaturas eletrônicas não-avançadas ou assinaturas avançadas, mas baseadas em certificados não-qualificados, ou, por fim, assinaturas que, de modo algum, tenham sido geradas com um dispositivo para criação de uma assinatura segura, não produzirão o efeito de prova plena conforme o artigo décimo, parágrafo terceiro, do DPR 445/2000.

Naturalmente, embora não seja admitido desconhecimento, para que seja desencadeado o mecanismo privilegiado da prova legal, exige-se, de todo modo, uma fase preliminar de averiguação técnica da assinatura – correspondência entre chaves e certificados, validade de certificados, decifração dos *hash*, verificação das listas de revogação ou suspensão, etc. O ônus de demonstrar de que se trata efetivamente de assinatura eletrônica avançada ou de assinatura digital, confor-

(13) Uma assinatura que não respeite nenhum requisito prescrito pelas regras técnicas italianas não pode ser considerada "assinatura digital" para efeitos probatórios e entrará no caso específico da "assinatura eletrônica avançada" ou da simples "assinatura eletrônica" não-avançada. Nesse caso, a eficácia probatória será variável, em relação aos critérios estabelecidos pelo art. 10, § 2.º, do DPR 445/2000; em todo caso, jamais poderá ser assumida como prova legal.

me os requisitos prescritos, fica, obviamente, a cargo do sujeito que pretende valer-se do documento informatizado. Somente depois dessa demonstração, o suposto signatário, que assim resulta mediante a averiguação da assinatura e o certificado, será obrigado a apresentar a queixa de falsidade, se quiser evitar os efeitos decorrentes do documento assinado.

Em conclusão, esses são os problemas que se apresentam e deles decorrem determinadas soluções, porque a assinatura eletrônica avançada – ou assinatura digital – não tem condições de representar o seu autor real, mas apenas o sujeito titular do certificado a ela associado, que será utilizado para a averiguação técnica. A chave privada com a qual se acrescenta a assinatura eletrônica é, de fato, um instrumento técnico que, abstratamente, pode ser utilizado por qualquer pessoa, à diferença da assinatura autografada, que é um resultado de características exclusivamente pessoais e vinculada, somaticamente, a seu autor. Consideremos, por exemplo, as hipóteses de perda ou furto do dispositivo de assinatura ou mesmo a da entrega voluntária a terceiros. Após a averiguação técnica da assinatura, portanto, o sujeito que realmente apôs a assinatura informatizada, utilizando materialmente o dispositivo de assinatura, ainda permanece incerto.

Uma vez tecnicamente impossível resultar alguma prova sobre o sujeito autor real da assinatura, a única maneira de atribuir eficácia probatória a tais assinaturas é o recurso a mecanismos de suposta responsabilidade imputada ao titular da chave, assim como aparece no certificado. Da titularidade de um certificado derivaria essencialmente uma presunção (*iuris tantum*) de origem das assinaturas averiguáveis por meio dele e imputáveis ao próprio titular. Da averiguação de uma assinatura eletrônica não apareceria, portanto, o autor da mesma, mas tão-somente o sujeito responsável pela assinatura aposta.

A assinatura eletrônica avançada (ou digital), com efeito, é comparável a uma chancela, no que concerne à estrutura e ao modo de uso; mas decerto é comparável a uma assinatura autografada, no que concerne a efeitos e responsabilidade.

4. A autenticação da assinatura digital e os atos públicos notariais (ou atos autênticos) em formato informatizado

Como já dissemos, a averiguação técnica de uma assinatura eletrônica, ainda que efetuada mediante uma chave pública certificada, não oferece nenhuma certeza acerca do autor real da assinatura, mas somente informações sobre a identidade do titular do relativo certificado. Todavia, mediante um dispositivo de tipo presuntivo, que remete à exclusividade de uso do dispositivo de assinatura e do procedimento de certificação, a lei atribui a origem subjetiva do documento ao titular registrado no certificado da assinatura correspondente.

O único instrumento a fornecer garantia legal da identidade real do signatário, ou seja, o fato de que a assinatura digital foi aposta espontânea e conscientemente pelo titular efetivo da chave certificada e não por outrem consis-

te na autenticação da própria assinatura digital, como previsto no art. 24 do DPR 445/2000.[14]

Reproduzindo em parte o art. 2.703 do CC, a estrutura da autenticação é assim traçada e prescrita: "a autenticação da assinatura digital consiste na atestação, por parte do oficial público, de que a assinatura digital foi aposta em sua presença pelo titular, após aquele se ter certificado da identidade pessoal deste, da validade da chave utilizada e do fato de que o documento assinado responde à vontade da parte e não está em confronto com os instrumentos jurídicos, conforme disposto no art. 28, § 1.º, n. 1, da Lei 89, de 16.02.1913" (Lei Notarial).

O notário ou outro oficial público autorizado, na qualidade de sujeito terceiro e imparcial, certifica, antes de tudo, a identidade real da parte que assina o documento informatizado com assinatura digital (art. 72 da Lei Notarial).[15] Além disso, indaga sobre a vontade do subscritor e a traduz em termos jurídicos, com o objetivo de produzir um documento que satisfaça de modo eficaz os interesses e os efeitos desejados pelas partes, reduzindo as possibilidades de futuras contestações, na perspectiva de função preventiva e pré-jurisdicional ou antijurisdicional (acho que querendo dizer de prevenção à lide) do ofício notarial – a denominada função de adequação – (art. 47, 3, Lei Notarial; art. 67, reg. notarial). Enfim, o notário efetua o controle de legalidade e de conformidade do ato autenticado com a legislação (art. 28, § 1.º, Lei Notarial), produzindo documentos que constituem título para as modificações dos registros de publicações legais e assumindo, perante as partes, a responsabilidade de correta execução de todas as tarefas que lhe competem. É preciso atentar para o fato de que, pela primeira vez, uma norma prescreve expressamente que o notário execute o controle da legalidade (art. 28, § 1.º, Lei Notarial); o notário é solicitado a efetuar a autenticação de um documento que tem eficácia de escritura privada, confirmando assim as anteriores e consolidadas orientações da jurisprudência nesse sentido.[16]

A assinatura digital a ser autenticada deve ser aposta pelo titular da chave; o que significa, evidentemente, que ele próprio deverá acionar *hardware* e *software* para o cálculo da assinatura digital. Não será exigida uma competência especial no campo da informática, uma vez que se trata de operações simples – como, por exemplo, a leitura no monitor do computador, a introdução de um *smart card*,

(14) A formulação literal da norma, que não foi modificada pelo decreto de adoção da diretriz, parece não permitir a autenticação de uma assinatura eletrônica avançada ou de uma simples assinatura eletrônica não-avançada: a autenticação, portanto, só pode concernir a uma assinatura digital.

(15) Lei 89, de 16.02.1913 (Lei Notarial); Decreto Régio 1.326, de 10.09.1914 (regulamento de execução).

(16) Conforme a lei notarial, com efeito, o controle de legalidade só é expressamente previsto para os atos públicos (art. 28, § 1.º) e não para as escrituras particulares autenticadas. Todavia, há tempo, doutrina e jurisprudência, por via interpretativa, já estenderam a aplicação dessa prescrição às escrituras particulares.

a digitação de um código PIN ou a exibição de uma parte do corpo para o reconhecimento biométrico –, para as quais o notário poderá dar sua assistência sem nada tolher ao caráter "pessoal" da assinatura. Não é imaginável, atualmente, uma autenticação à distância, pois se exige a presença do assinante diante do notário. Todavia, como já ocorre no caso da documentação em suporte de papel, será admissível que um contrato em formato eletrônico contenha assinaturas autenticadas por diferentes tabeliões e em lugares diferentes, com documentos que, posteriormente, também serão transmitidos por via telemática.[17]

O notário ou outro oficial público assina a autenticação apondo sua própria assinatura digital, que também substitui a aposição de chancelas, punções, carimbos, símbolos e outros sinais de qualquer modo previstos – dentre os quais a chancela notarial *ex vi* do art. 52, da Lei Notarial, que também é exigida para a autenticação de escritura privada pelo art. 72, da mesma lei.

A eficácia probatória da escritura privada informatizada autenticada é a mesma estabelecida para a assinatura autenticada em papel pelo art. 2.703 do CC. A disposição do art. 24, § 1.°, do DPR 445/2000, reproduz de maneira essencialmente idêntica o conteúdo do art. 2.703 do CC e, concomitantemente, a ele se remete expressamente. A assinatura digital cuja aposição é autenticada pelo notário ou por outro oficial público autorizado "si ha per riconosciuta"[18] (art. 24, § 1.°, DPR 445/2000 e art. 2.703, § 1.°, CC), portanto, conforme o art. 2.702 do CC, constituirá prova plena da origem das declarações de quem assinou o documento informatizado, ainda que a pessoa a quem for oposto não reconheça a assinatura, salvo a possibilidade de queixa de falsidade.

Portanto, em presença de uma autenticação *ex vi* do art. 24 do DPR 445/2000, a hipótese de que a assinatura tenha sido aposta por um sujeito outro que o titular da chave só pode se valer da queixa de falsidade constituindo um falso ideológico. Da mesma maneira, é possível valer-se da falsidade da assinatura digital do oficial público que faz a autenticação (falso material), naqueles casos em que o dispositivo de assinatura tenha sido concretamente utilizado por outrem que não o notário.[19]

(17) Num contrato de compra e venda, por exemplo, é possível que o vendedor vá autenticar sua assinatura num tabelião de Roma, ao passo que o comprador mande autenticar a sua num tabelião de Milão; a troca dos documentos se efetua telematicamente. As partes assinaram em lugares diferentes, mas sempre diante de um notário.

(18) Fórmula da autenticação, que literalmente reza: "é considerada reconhecida".

(19) A eficácia probatória reconhecida para a assinatura eletrônica avançada (ou assinatura digital) não-autenticada é aparentemente idêntica à da assinatura digital autenticada (art. 2.703, CC), e constitui, portanto, plena prova da origem até queixa de falsidade. Todavia, é preciso fazer uma firme distinção entre a eficácia probatória dos atos em juízo e os requisitos formais exigidos para sua formação (formas *ad substantiam*) ou produção (formalidades de publicação). Por exemplo, a forma mínima da escritura particular autenticada exigida para o cancelamento de uma hipoteca certamente não é substituível por uma assinatura eletrôni-

A possibilidade de obtenção de uma autenticação de assinatura digital representa uma oportunidade complementar e não a imposição de uma nova obrigação.[20] As partes regularmente têm a liberdade de produzir documentos jurídicos e apor assinaturas digitais ou eletrônicas sem requerer a intervenção notarial. Nada é inovado no regime jurídico das prescrições de forma que exigem a assinatura autenticada.[21] A autenticação da assinatura digital poderá ser livremente requerida ao notário naqueles casos em que as garantias que ela oferece forem consideradas apropriadas e convenientes com relação aos interesses em jogo; paralelamente, a autenticação só será obrigatória nas hipóteses em que hoje já se exige a intervenção notarial, como, por exemplo, para os documentos a serem integrados aos registros de publicações legais – registros imobiliários, registro das empresas, etc. Portanto, quando se exige a forma da escritura privada autenticada, ela só é direta e expressamente substituível por um documento informatizado que traga a assinatura digital autenticada, nos termos do art. 24 do DPR 445/2000.

A legislação italiana distingue a escritura privada do ato público. Por escritura privada (art. 2.702 do CC) entende-se um documento assinado por um parti-

ca avançada, ainda que ela tenha, em juízo, a mesma eficácia probatória (prova plena) quanto à sua origem. A diferença diz respeito ao conteúdo e à essência, portanto, às modalidades de formação do documento. Não se pode assimilar documentos diferentes só por possuírem a mesma eficácia probatória em juízo, no que concerne à sua origem. Por outro lado, a eficácia de prova plena da autenticação notarial não se limita à origem, mas diz respeito a outros elementos (por exemplo, data e lugar). Ademais, a autenticação notarial pressupõe averiguações que ultrapassam a simples atestação de origem (averiguação da vontade e da capacidade da parte, controle da legalidade). Não obstante, a própria escritura particular não-autenticada assume a eficácia de prova plena, no caso de ser reconhecida (ainda que de modo implícito) em juízo (art. 2.702, CC) e nem por isso, por exemplo, se torna título idôneo para a modificação dos registros de publicação legal.

(20) Essencialmente, o tabelião opera na qualidade de terceiro confiável e assiste pessoalmente à concreta aposição (geração) da assinatura no documento e certifica o fato, após a identificação subjetiva do assinante, com a emissão de certificação específica, por sua vez assinada digitalmente. Desse modo, a averiguação de um certificado desse tipo, se de fé, exclui a circunstância de que a assinatura digital tenha sido aposta por pessoa outra que o titular da chave correspondente.

Esse tipo de certificado é definido pela *Digital Signature Guidelines* da American Bar Association (1996) e pelo *Digital Signature Act*, do Utah, como *Transactional certificate* (ou também *attesting certificate*, ou *notarial certificate*) para contrapô-lo aos certificados que, ao contrário, vinculam a chave pública ao sujeito, e que são definidos como *Identifying certificates* (certificados de identidade).

(21) Nesse sentido, a própria Diretriz CE inspirou-se no princípio de que "as disposições sobre os efeitos jurídicos das assinaturas eletrônicas não deveriam prejudicar os requisitos formais previstos pelo direito nacional sobre a conclusão dos contratos" (Considerando n. 17).

cular sem a participação de um oficial público – um contrato comum assinado pelas partes, por exemplo. A escritura privada pode ser autenticada pelo notário ou outro oficial público com uma atestação no final do documento, que certifica a aposição da assinatura das partes em presença do oficial público que faz a autenticação (art. 72, Lei 89, de 16.02.1913, e art. 2.703 do CC). O ato público é definido como "o documento redigido, com as devidas formalidades por um notário ou por outro oficial público autorizado a atribuir-lhe fé pública no lugar onde o ato é formado" (art. 2.699 do CC); as formalidades do ato público notarial são disciplinadas pela Lei Notarial (particularmente os arts. 47 e seguintes). À diferença da autenticação da assinatura digital, o DPR 445/2000 não prevê, mas de todo modo não exclui, a redação de um ato público notarial original em formato informatizado. No estado atual da regulamentação é no mínimo temerário considerar inadmissível a redação de um ato público notarial em formato informatizado, mesmo levando em consideração as prementes prescrições formais da lei notarial, que ainda não foi objeto de nenhuma modificação. Faltam também as disposições necessárias para disciplinar a conservação e o arquivamento dos atos públicos em formato informatizado. Todavia, como diremos mais adiante, o DPR 445/2000 permite a produção de cópias informatizadas autênticas dos atos públicos notariais redigidos de modo tradicional, em suporte de papel; cópias que posteriormente poderão ser depositadas e também transmitidas telematicamente.

5. As cópias e as duplicatas dos documentos informatizados

a) A "cópia" informatizada de um documento é indistinguível de seu "original" (a "cópia" de um *bit* é igual ao *bit* "original"). Portanto, não tem mais sentido a distinção entre "original" e "cópia" de um documento: ao termo "cópia" é preferível o termo "duplicata". Com base nesse pressuposto técnico fundamental, está estabelecido que "as duplicatas, as cópias, os extratos do documento informatizado, ainda que reproduzidos em diferentes tipos de suporte, são válidos para todos os efeitos de lei se conformes às disposições do presente texto único" (art. 20, § 1.°, DPR 445/2000).

Com essa finalidade, para se produzir a duplicata de um documento informatizado (com assinatura eletrônica inclusive), não é necessária a intervenção de um notário ou outro oficial público para garantir a conformidade do conteúdo da duplicata, uma vez que não há nenhum problema de conformidade entre "cópia" e "original". Qualquer diferença entre "cópia" e "original", que não caracterizasse mais uma duplicata, levaria em si a uma impossibilidade de verificação das assinaturas eletrônicas (simples ou avançadas que sejam) eventualmente apostas.[22]

(22) Se um documento informatizado com firma eletrônica for duplicado com omissão de algumas partes ou com omissão da própria assinatura, não teremos mais uma duplicata, mas um documento diferente, que não terá a mesma eficácia probató-

b) As cópias informatizadas de documentos em suporte de papel são disciplinadas pelo art. 20, § 3.°, do DPR 445/2000, que se refere a "cópias em suporte informatizado de documentos formados originariamente em suporte de papel ou, simplesmente, não-informatizado". À diferença da duplicata acima examinada, tais cópias "substituem, para todos os efeitos de lei, os originais dos quais são extraídas [somente] se sua conformidade ao original for autenticada por um notário ou por outro oficial público autorizado" (art. 20, § 3.°, DPR 445/2000).

A autenticação do oficial público, nesse caso, é indispensável para a manutenção da eficácia probatória do documento, como garantia da integridade e conformidade de seu conteúdo, na passagem do recipiente-suporte-de-papel (ou outro não-informatizado) ao suporte informatizado, analogamente ao que se exige para as cópias tradicionais em suporte de papel, na passagem de uma folha para outra (art. 2.714, CC, e art. 69, § 2.°, Lei Notarial). A autenticação também deveria ser exigida para os extratos (ou cópias parciais) informatizados de documentos em suporte de papel (art. 2.718, CC).

A autenticação da cópia consiste numa atestação de conformidade da cópia informatizada ao original em suporte de papel, com a data e o lugar de emissão e com a aposição da assinatura digital do oficial público (art. 20, DPR 445/2000). As cópias informatizadas de documentos em suporte de papel podem ser anexadas a um documento autenticado (art. 24, § 4.°, DPR 445/2000).

A disposição do art. 20, § 2.°, do DPR 445/2000, especifica ainda mais a eficácia das cópias informatizadas, atribuindo-lhes "plena eficácia conforme os arts. 2.714 e 2.715 do CC, se a estas for aposta ou associada a assinatura digital da pessoa que as expede ou emite, de acordo com as disposições do presente texto único", e também especifica que tais cópias substituem os originais em suporte de papel, quando sua exibição é requerida para todos os efeitos da lei (art. 20, § 4.°, DPR 445/2000).

As cópias informatizadas de documentos em suporte de papel (atos públicos ou escrituras privadas) também poderão posteriormente ser duplicadas por qualquer pessoa, sem necessidade de autenticação, com base no princípio esclarecido acima. Com efeito, não se trata de cópia de cópias (art. 2.714, § 2.°, CC), mas de duplicatas de documentos informatizados, abrangidas pela disciplina do art. 20, § 1.°, do DPR 445/2000, acima examinada, e como tais não são distinguíveis da primeira cópia emitida pelo oficial público.

c) Não está disciplinada a passagem inversa, ou seja, do suporte informatizado para o suporte não-informatizado – em papel ou outro –, isto é, a realização de cópias em suporte de papel de documentos informatizados.

ria. Portanto, o extrato (ou cópia parcial) de um documento informatizado, não podendo ser verificado tecnicamente com a assinatura aposta ao documento integral, deverá conter uma declaração de conformidade por parte do oficial público, com sua assinatura digital relacionada ao novo conteúdo extraído.

Identidade de *ratio,* levaria à aplicação analógica do art. 20, §§ 2.° e 3.°, do DPR 445/2000 e do art. 2.719 do CC, requerendo a intervenção do oficial público para atestar a conformidade da cópia em papel.

Em conclusão. Exceção feita às cópias entre suportes diferentes – informatizados e em suporte de papel, em qualquer um dos sentidos –, a intervenção do oficial público não se faz necessária, e a disposição do art. 20, § 1.°, do DPR 445/2000, assume plena validade. Segundo essa disposição, "as duplicatas, as cópias, os extratos do documento informático, ainda que reproduzidos em diferentes tipos de suporte, são válidos e relevantes para todos os efeitos da lei".

6. A validação temporal

A marca temporal (*digital time stamp*) atesta data e hora de um documento informatizado ("validação temporal"), que é obtida mediante solicitação (feita telematicamente) a um serviço de validação temporal, ao qual é transmitido um código-chave do documento a ser validado. O serviço é executado por uma terceira parte de confiança e imparcial, regularmente o mesmo sujeito que certifica as chaves públicas; no sistema italiano, trata-se de um sujeito privado, que não necessariamente participa de funções públicas.

A aposição de uma marca temporal produz o efeito jurídico de atribuir "a um ou mais documentos informatizados uma data e um horário oponíveis a terceiros" (art. 22, § 1.°, *g*, DPR 445/2000) e, portanto, eficazes não somente entre as partes. A veridicidade e a exatidão de uma marca temporal, como no caso dos certificados das chaves públicas, deveriam ser presumidas até prova contrária, sem a necessidade, porém, de acionar a queixa de falsidade por não constituir fé privilegiada.

A validação temporal, ademais, representa um instrumento essencial para a conservação e gestão dos arquivos de documentos informatizados subscritos com assinatura eletrônica. Para a manutenção da eficácia probatória própria dos documentos informatizados firmados com assinatura eletrônica e, portanto, para permitir, mesmo anos mais tarde, sua averiguação, é necessária a manutenção do arquivo com a aposição – e periódica renovação – de marcas temporais.

Enquanto uma subscrição sobre papel, com o passar do tempo, conserva, em princípio, o mesmo valor probatório, uma assinatura digital, ao contrário, está destinada desde o começo a perder segurança em pouco tempo, em decorrência de seu necessário vencimento (predeterminado), ou por eventual revogação ou suspensão anteriores ao vencimento. O prazo de validade de uma chave, com efeito, não pode ultrapassar três anos (art. 22, § 1.°, *f*, DPR 445/2000). Não obstante, mesmo antes do vencimento, a chave de assinatura pode ficar comprometida – se for perdida ou subtraída, por exemplo – e, por isso, revogada ou suspensa. Em todos esses casos, o efeito da cessação da validade da chave (e do certificado correspondente) tem repercussão direta sobre as assinaturas digitais posterior-

mente apostas, razão pela qual está estabelecido que "o uso da assinatura aposta ou associada mediante uma chave revogada, vencida ou suspensa equivale à falta de assinatura" (art. 23, § 5.°, DPR 445/2000).

Contrariamente, a eficácia jurídica das assinaturas digitais apostas num momento anterior à cessação de validade da chave é ressalvada, mas só nas condições que seguem (art. 60, §§ 1.° e 3.°, DPCM, 08.02.1999). É necessário demonstrar que a assinatura foi aposta num período anterior à cessação da validade da chave correspondente ou fora do período de suspensão. Essa demonstração pode ser facilmente fornecida ao se exibir uma assinatura digital objeto de validação temporal ou de autenticação efetuada por um notário (ou outro oficial público) *ex vi* do art. 24 do DPR 445/2000. Uma assinatura digital, por si só, com efeito, não contém nenhuma conotação de caráter temporal; portanto, uma assinatura aposta após o vencimento – ou revogação ou suspensão – da chave tecnicamente não seria distinguível de uma assinatura validamente aposta num momento anterior. Noutros termos, na ausência de uma marca temporal, a eficácia probatória do documento não é garantida depois do vencimento ou revogação ou suspensão da chave.[23]

Juntamente com a assinatura digital, a validação temporal é requisito obrigatório para a apresentação ou o depósito de um documento por via telemática ou em suporte informatizado junto a uma administração pública (art. 24, § 6.°, DPR 445/2000), ao passo que nas relações entre privados constitui um ônus (em sentido técnico) para os interessados em tutelar-se – mesmo em relação ao volume dos prejuízos possíveis – contra o vencimento do prazo da chave ou contra eventuais e futuras revogações.

As próprias marcas temporais estão sujeitas à cessação de validade por vencimento, revogação ou suspensão dos certificados correspondentes, exatamente como no caso das assinaturas digitais. Para se manter a eficácia de uma validação temporal e, conseqüentemente, das assinaturas digitais garantidas por ela, é necessário renová-la periodicamente, antes do vencimento do último prazo (art. 60, § 2.°, DPCM, de 08.02.1999). Naturalmente, a renovação da marca temporal não significa a renovação do contrato ou da relação jurídica documentada, uma vez que a renovação da marca temporal serve apenas para a manutenção da eficácia probatória do documento original.[24]

(23) Contrariamente, não seria possível excluir o risco de que o documento tenha sido falsificado ou assinado abusivamente (por quem decifrou chaves já não-seguras ou se apoderou das chaves de outrem); tampouco seria possível excluir comportamentos fraudulentos de revogação da chave (por parte do próprio titular) para o repúdio de assinaturas digitais anteriores.

(24) Uma vez que ao documento podem ser apostas várias marcas temporais (mesmo em momentos diferentes e por sujeitos diferentes), a cessação de validade de uma delas pode ser compensada pela persistência da validade de outra. Para a conservação de documentos particularmente importantes, é preferível apor diversas marcas temporais, de modo que a revogação (imprevisível, por natureza) de uma das mar-

Os documentos informatizados com firma digital autenticada por um notário, conforme disposto no art. 24 do DPR 445/2000, e as cópias informatizadas declaradas conformes, segundo o art. 20 do mesmo DPR 445/2000, na medida em que originadas por um oficial público, já contêm em si uma atestação temporal de eficácia jurídica *erga omnes*, sem necessidade de validação temporal. Por isso, uma assinatura digital autenticada por notário mantém sua eficácia até quando permanecer válida a assinatura do notário autenticador. De todo modo, a marca temporal (e sua renovação) seria sempre necessária para garantir a manutenção da eficácia probatória da assinatura do oficial público além do seu vencimento natural – ou eventual revogação ou suspensão –, de acordo com o mesmo mecanismo exposto acima. Naturalmente, a data do documento será provada pela atestação notarial e não pela marca temporal, que deverá, em todo caso, corresponder ou ser posterior à data indicada pelo notário, e decerto nunca anterior.

7. As certificadoras e os certificados

Entende-se por "certificação" "o resultado do procedimento informatizado, aplicado à chave pública e identificável pelos sistemas de validação, por meio do qual se garante correspondência biunívoca entre chave pública e titular a que pertence, identificando-se esse titular e atestando o período de validade da chave mencionada e o termo de vencimento do certificado correspondente" (art. 22, § 1.°, *f*, DPR 445/2000).

A "certificadora" (*Certification Authority*) é definida como "o sujeito público ou privado que efetua a certificação, emite o certificado da chave pública, e o publica juntamente com esta" (art. 22, § 1.°, *i*, DPR 445/2000).[25] O Decreto Legislativo 10/2002 de adoção da Diretriz CE, sem abrogação da definição acima transcrita, define de maneira mais ampla "certificadores, os que prestam serviços de certificação das assinaturas eletrônicas ou que fornecem outros serviços vinculados às assinaturas eletrônicas" (art. 2, § 1.°, *b*).[26] O certificado (*digital ID*) é um documento informatizado que essencialmente associa uma chave pública a uma identidade pessoal. Os dados contidos no certificado são eficazes e oponíveis a seu titular (art. 22, § 1.°, *n*, DPR 445/2000).[27]

cas não prejudique a validade do documento. É importante que a renovação aconteça antes do vencimento (ou, em todo caso, antes da cessação da validade) da última das marcas temporais apostas.

(25) A emissão do certificado pressupõe a fase preventiva de registro/cadastro do titular, que deve ser identificado com certeza pelo certificador (art. 28, § 2.°, *a*, DPR 445/2000 e art. 22, § 2.°, DPCM, de 08.02.1999).

(26) Por exemplo, entre os outros serviços, poderiam ser incluídos os serviços de validação temporal, os serviços de depósito facultativo da chave privada e de depósito dos documentos informatizados.

(27) Para permitir a interoperabilidade, ou seja, o reconhecimento recíproco entre os certificados emitidos por certificadores diferentes, adotaram-se formatos comuns,

A diretriz comunitária, obedecendo ao princípio de "acesso ao mercado", estabelece que, "para estimular a prestação em escala comunitária de serviços de certificação nas redes abertas" (Considerando n. 10), "os Estados-membros não subordinam à autorização preventiva a prestação de serviços de certificação" (art. 3, § 1.º; Considerando n. 21, segundo o qual "o reconhecimento jurídico das assinaturas eletrônicas deveria basear-se em critérios objetivos e não estar vinculado a uma autorização").

Aplicando exatamente tal princípio, o Decreto Legislativo 10/2002 de adoção da diretiva estabelece que "a atividade das certificadoras estabelecidas na Itália ou em um outro Estado-membro da União Européia é livre, e não necessita de prévia autorização" (art. 3, § 1.º). As funções de vigilância e controle do setor são atribuídas à presidência do Conselho de Ministros (Departamento de inovação e tecnologias que se pode valer inclusive da Autoridade para a informática na administração pública e de outras estruturas públicas especificadas por decreto do presidente do Conselho de Ministros, ou por delegação dele, do ministro da Inovação e Tecnologias, de acordo com os ministros interessados (art. 3, § 2.º, Decreto Legislativo 10/2002).

Embora excluindo a necessidade de uma autorização, a diretiva CE estabelece que "os Estados-membros podem introduzir ou conservar sistemas de credenciamento facultativos voltados para o fornecimento de serviços de certificação de nível mais elevado" (art. 3, § 2.º), aos quais os prestadores de serviços de certificação deveriam ter liberdade de adesão e de obtenção dos benefícios decorrentes (Considerando n. 11).[28]

Aplicando o exposto acima, o Decreto Legislativo 10/2002 de adoção da diretiva, define as "certificadoras credenciadas" (art. 2, § 1.º, *c*) e define como "credenciamento facultativo, o reconhecimento de posse, por parte da certificadora que o solicita, dos requisitos de nível mais elevado em termos de qualidade e segurança" (art. 2, § 1.º, *h*). Em seguida se disciplina o procedimento de credenciamento facultativo: "As certificadoras que pretendem conseguir do Departamento [de Inovação e Tecnologias] o reconhecimento de estarem em posse dos requisitos de grau mais elevado, em termos de qualidade e segurança, podem solicitar o credenciamento" (art. 5, § 1.º). Para ser credenciado, o requerente "deve estar dotado de requisitos adicionais, no plano técnico, bem como em termos de solidez financeira e honradez, com relação àqueles exigidos às outras certificadoras" (art. 5, § 2.º). A averiguação dos requisitos exigidos para

codificados na circular Aipa 24, de 19.06.2000, que trata das diretrizes para a interoperabilidade dos certificadores publicamente cadastrados, citada no art. 8.º, § 3.º, do DPR 513, de 10.11.1997.

(28) Ademais, conforme o art. 3.º, § 7.º, Diretriz CE, "os Estados-membros podem sujeitar o uso das assinaturas eletrônicas, no setor público, a eventuais requisitos suplementares". Essa discriminante, por exemplo, pode ser aplicada às assinaturas eletrônicas destinadas ao uso dos notários italianos no exercício de suas funções e às assinaturas eletrônicas no chamado processo telemático (DPR 123/2001).

o credenciamento facultativo é solicitada ao Departamento de Inovação e Tecnologias e aos mesmos órgãos aos quais, como se disse anteriormente, se atribuem funções de vigilância e controle no setor (art. 5, § 3.º). A certificadora credenciada é cadastrada numa "lista pública", que também pode ser consultada telematicamente e é administrada pelo próprio departamento (art. 5, § 4.º).

Além de distinguir entre assinatura eletrônica simples e avançada, a diretiva CE também diferencia o "certificado" (simples), "um atestado eletrônico que vincula os dados de averiguação da assinatura a uma pessoa, confirmando a identidade de tal pessoa" (art. 2, n. 9) do "certificado qualificado", "um certificado conforme os requisitos expressos no anexo I e fornecido por uma prestadora de serviços de certificação que satisfaça os requisitos expressos no anexo II" (art. 2, n. 10). A emissão de certificados qualificados, no entanto, não é reserva exclusiva das certificadoras credenciadas, mas é uma atividade que pode ser realizada por qualquer certificadora. Independentemente de eventuais sistemas de credenciamento facultativos, a Diretiva CE estabelece, ademais, que "cada Estado-membro providenciará a instituição de um sistema apropriado que possibilite a supervisão das prestadoras de serviços de certificação estabelecidas no próprio território e emita ao público certificados qualificados" (art. 3, § 3.º).

O Decreto Legislativo 10/2002 define os "certificados eletrônicos" simples (art. 2, § 1.º, *d*) e os "certificados qualificados" (art. 2, § 1.º, *e*), de modo plenamente conforme à diretiva CE. Estabelece, outrossim, que para a emissão de certificados qualificados não é necessária autorização ou credenciamento, mas tão-somente um "aviso, que pode ser enviado até telematicamente, anterior ao início das atividades, endereçado ao Departamento [de Inovação e Tecnologias]" (art. 4, § 1.º). Ainda em aplicação à diretiva CE, institui-se um sistema de fiscalização "que tem por objetivo verificar que a certificadora que emite certificados qualificados para o público satisfaça os requisitos técnicos e organizacionais previstos pelo regulamento expresso no art. 13", de alçada do departamento, que para esse fim pode valer-se dos órgãos previstos para a vigilância e controle com relação às certificadoras não-qualificadas (art. 4, § 2.º). Tais fiscalizações são efetuadas automaticamente ou por indicação motivada de sujeitos públicos ou privados (art. 4, § 3.º). O sistema italiano que deriva do decreto de adoção da diretiva CE prevê, portanto, três naturezas de certificação: a) emissão de certificados não-qualificados não requer nenhuma autorização prévia e não pressupõe nenhum aviso de início de atividade, mas está sujeita à vigilância e ao controle do Departamento de Inovação e Tecnologias; b) emissão de certificados qualificados não requer nenhuma autorização prévia, mas pressupõe um aviso de início de atividade ao departamento, está sujeita ao controle por parte do próprio departamento para averiguação dos requisitos prescritos; e c) emissão de certificados (qualificados e não) por parte de certificadoras credenciadas, depois do reconhecimento facultativo, por parte do departamento, de requisitos de qualidade e segurança mais elevados. O credenciamento é sempre facultativo, portanto, os certificados qualificados podem ser emitidos, quer por certificadoras credenciadas, quer por certificadoras não-credenciadas; parale-

lamente, as certificadoras credenciadas podem emitir tanto certificados qualificados quanto certificados não-qualificados.

À espera do Regulamento de coordenação previsto no art. 13 do Decreto Legislativo 10/2002, mediante norma transitória, fica desde já estabelecido que as certificadoras já inscritas na lista pública[29] da Aipa, conforme o regime anterior, serão automaticamente inscritas na nova lista pública das certificadoras credenciadas (art. 11, § 2.º, Decreto Legislativo 10/2002).

8. A certificação das chaves públicas dos notários italianos

A instituição de uma autoridade de certificação das chaves públicas dos notários italianos se insere na nova linha de política informática notarial traçada recentemente. Com ela, compartilha as mesmas motivações fundamentais que já levaram à decisão de realizar autonomamente um sistema telemático notarial, adotada pelo Consiglio Nazionale del Notariato, CNN,[30] com a Deliberação 1.317, de 30.01.1997. A RUN, Rete Unitaria del Notariato,[31] oferece já há alguns anos uma série de serviços que até há pouco eram totalmente impensáveis, mas que hoje estão se tornando um requisito indispensável para a atividade. A RUN surge e se desenvolve oferecendo, sobretudo, serviços de vistoria e consulta dos registros de publicações legais.[32] A assinatura digital era a peça fundamental que ainda faltava para possibilitar um passo à frente, de importância histórica, na gestão de tais registros, permitindo que se passe da simples consulta telemática à sua modificação à distância, mediante a produção de documentos informatizados autênticos dotados de sólidas garantias de segurança.

A escolha que os notários italianos fizeram, no sentido de prover-se de uma infra-estrutura de certificação (PKI) própria e autônoma, em vez de se apoiarem na certificação de outros sujeitos já atuantes no setor, foi determinada pela firme e precisa vontade de garantir a produção de documentos informatizados juridicamente válidos, dotados de elevadas garantias de segurança, no pleno e absoluto respeito do conteúdo normativo e do código, documentos esses idôneos para serem depositados nos registros de publicações legais de acordo com as exigências dos requisitos de forma.

(29) O cadastro público dos certificadores pode ser consultado no *site* <http://www.aipa.it>.

(30) Conselho Nacional dos Notários.

(31) Rede Unitária Notarial.

(32) Graças à conexão com a RUN, os notários italianos, já há alguns anos, podem, de seus próprios escritórios e por via telemática, consultar os cadastros imobiliários (para averiguar eventuais inscrições hipotecárias), os registros cadastrais, o registro das empresas (para averiguar a existência de uma sociedade e os poderes dos administradores) e o registro de veículos. Além disso, muitos outros serviços são disponibilizados do mesmo modo, como, por exemplo, os noticiários diários, revistas e bancos de dados jurídicos.

A infra-estrutura para a certificação das assinaturas digitais dos notários apresenta-se externamente como uma realização própria dos tabeliães, que autua autonomamente, de maneira plenamente conforme todas as normas e regras, técnicas e jurídicas, tanto nacionais quanto comunitárias. A certificação das chaves dos notários é única em seu gênero no panorama das certificadoras e das categorias profissionais italianas, pois se origina de uma entidade pública de categoria, nacional (o CNN), cadastrado como certificador credenciado de instância máxima,[33] que atua sem fins lucrativos. Por todas essas razões, sua completa realização foi particularmente complexa e trabalhosa, e empenhou por muitos meses, no âmbito da Comissão Informática do CNN e da Notartel,[34] um grupo de técnicos em informática e de notários que trabalharam em contato direto, para definição de objetivos e instrumentos e para predispor todos os documentos exigidos, entre os quais se destaca, por sua originalidade, o *Manual Operacional do Serviço de Certificação*.[35]

A certificação das chaves de assinatura dos notários é única em seu gênero mesmo porque, pela primeira vez, realiza a assim chamada "assinatura-função", ou seja, a conexão indissolúvel entre os procedimentos de emissão-gestão dos certificados e a função pública do titular, no caso específico em perfeita conformidade com a lei notarial – levando em conta nomeações, transferências, suspensões e outras causas de cessação do exercício.[36] Ao averiguarem uma assina-

(33) O CNN foi inscrito como certificador e incluído na lista pública específica Aipa, Autoridade para a Informática na Administração Pública, em 12.09.2002.

(34) Notartel s.p.a. é uma sociedade anônima de total participação acionária do Consiglio Nazionale del Notariato (Conselho Nacional dos Notários, órgão de classe) e da Cassa Nazionale del Notariato (Caixa Nacional dos Notários, instituto de previdência da classe notarial), que têm a função de gerenciar todas as estruturas informatizadas a serviço dos notários em geral. Notartel s.p.a. gerencia particularmente a RUN (Rede Unitária do Notariado).

(35) O *Manual operacional do serviço de certificação dos notários italianos* pode ser consultado no endereço <http://ca.notariato.it>, bem como na listagem pública dos certificadores: <http://www.aipa.it>.

(36) Nesse sentido, lê-se no manual operacional: "O CNN certifica exclusivamente as chaves públicas utilizadas pelos notários no exercício de suas funções em todos os casos em que a intervenção do notário é prevista em lei. Com essa finalidade exclusiva, o CNN emite assinaturas digitais ou outros tipos de assinaturas eletrônicas avançadas, baseadas num certificado e geradas mediante um dispositivo para a criação de uma assinatura. A eventual utilização para outros fins só é admitida, se for expressamente autorizada pelo CNN" (ponto 3.3, Tipologia dos usuários).

Noutros termos, isso significa que o CNN não certifica sujeitos outros que não os notários em exercício; que a cessação das funções notarias, por qualquer motivo, implica a revogação imediata do certificado emitido pelo CNN; que o certificado emitido pelo CNN não pode ser utilizado para finalidades estranhas ao exercício da função pública notarial; e que os certificados emitidos por certificadores outros que não o CNN não podem ser validamente utilizados no exercício da função pública notarial.

tura digital certificada pelo CNN, o cidadão ou a administração pública certificam-se não só da identidade do notário signatário como da sua própria qualificação de notário no momento da aposição da assinatura, conforme previsto pela Lei Notarial, sem ter de recorrer a fontes de averiguação extradocumentais – por exemplo, o exame do cadastro dos notários junto ao Consiglio Notarile Distrettuale.[37-38]

O art. 29, § 3.º, do DPR 445/2000,[39] com efeito, impunha aos notários a realização de um sistema de certificação autônomo em respeito às leis da ordem profissional. A infra-estrutura de certificação, portanto, foi realizada articulando-se os procedimentos de emissão e gestão dos certificados entre a sede central do CNN (certificador credenciado) e a ramificação dos distritos locais (autoridade de registro), servindo-se da estrutura homogênea, unitária e sólida da categoria e de seu número convenientemente controlável. O presidente do CNN certifica os presidentes dos conselhos notarias distritais cujos presidentes, com os certificados recebidos, autenticarão, por sua vez, os certificados de titularidade de cada notário, convocado à sede do distrito local;[40] os distritos locais autuam os procedimentos de certificação (além dos de revogação e de suspensão) em conexão telemática com o CNN (entidade central certificadora), por meio da RUN, Rete Unitaria del Notariato. Emissão e revogação do *smart card*

(37) Conselho Notarial Distrital.

(38) A exigência a ser resolvida, portanto, era a de estabelecer uma conexão biunívoca entre a assinatura digital do notário e a demonstração da subsistência da função notarial. As diferentes soluções dos certificados de qualificação e das extensões dos certificados regulares de identidade, nessa primeira fase, foram descartadas, porque ainda nos colocam diante de complexos problemas técnicos de interoperabilidade. A solução adotada, que interliga assinatura e função, com base na restrição contida no manual operacional (ponto 3.3), foi considerada a melhor para o notariado italiano, já que não oferece problemas de interoperabilidade e é mais simples de ser realizada, mesmo porque os notários italianos não estão organizados em posições hierarquicamente diferentes e constituem, em seu total, um número controlável a contento (cerca de 4.600 na Itália toda).

(39) O art. 29, § 3.º, do DPR 445/2000, prevê que "as chaves públicas dos oficiais públicos que não pertencem à administração pública são certificadas e publicadas autonomamente, conforme disposto nas leis e nos regulamentos que definem o uso das assinaturas autografadas no âmbito dos respectivos instrumentos jurídicos".

(40) A organização territorial dos notários articula-se em âmbito local, em cerca de cem Consigli Notarili Distrettuali (Conselhos Notarias Distritais) (art. 83 e seguintes, Lei 89/1913) e em âmbito nacional, no Consiglio Nazionale del Notariato (Conselho Nacional dos Notários) (Lei 577/1949). Todavia, conforme disposto na lei notarial, somente o presidente do Consiglio Notarile Distrettuale (Conselho Notarial Distrital) tem a faculdade de atestar que uma certa pessoa é notário atuante no respectivo distrito. A nomeação de notário implica, de fato, a inscrição num registro específico (o cadastro dos notários), guardado e assinado pelo presidente junto a cada distrito notarial local.

com a chave certificada pelo CNN ocorrem, portanto, paralelamente à entrega e exclusão da tradicional chancela notarial.[41]

O dispositivo de assinatura (*smart card*) do notário é estritamente pessoal e é terminantemente proibida sua utilização por parte de outrem que não o titular. Qualquer uso não-legitimado expõe o notário a todas as responsabilidades (civis, disciplinares e penais) que poderiam derivar da aposição de sua assinatura. A assinatura digital e o *smart card*, no que diz respeito a efeitos e responsabilidade, com efeito, não são apenas equiparáveis à simples chancela notarial, mas à própria assinatura do notário. As cópias informatizadas dos atos notariais a serem transmitidos ao registro das empresas e a outros registros públicos são cópias autênticas para todos os efeitos (art. 20, DPR 445/2000, que remete aos arts. 2.714 e 2.715 do CC) que, como tais, devem necessariamente ser firmadas com assinatura digital, pessoalmente, pelo notário titular do *smart card* correspondente, não sendo permitida nenhuma forma de delegação a funcionários do tabelionato ou a outros sujeitos. A próxima adoção de sistemas que identificam de modo seguro o notário titular do dispositivo de assinatura, com base em seus caracteres biométricos (impressões digitais, por exemplo), promete realizar, na melhor das hipóteses, a vinculação pessoal entre o próprio notário e sua assinatura, tornando muito difícil qualquer abuso.

A introdução da assinatura digital não atinge as normas que regulamentam a essência da atividade notarial. Nada mudou em relação ao modo de exercer a profissão de notário (indagação sobre a vontade das partes, controle da legalidade, presença das partes, leitura e conservação do ato etc.); os atos originais e as cópias são preparados como no passado, exceção feita ao âmbito limitado da produção e transmissão das cópias informatizadas destinadas à execução dos trâmites para os registros públicos (ou repartições públicas). A Lei Notarial ainda não foi tocada por nenhuma modificação, assim como não foram modificadas as normas que tratam dos requisitos da forma dos atos e dos princípios das publicações legais. Os instrumentos *hardware* e *software* necessários para criar os documentos nos formatos exigidos e para apor e verificar as assinaturas são bastante simples cuja utilização não é mais complicada do que a de um programa informatizado comum de gestão de escritório. Boa parte dos aparentes problemas jurídicos para a gestão das assinaturas digitais é de fácil resolução, em se recorrendo à equação de identidade entre assinatura digital e assinatura em suporte de papel.

(41) Na primeira fase de aplicação, a licitação foi adjudicada à sociedade BNL Multiservizi – atualmente *partner* tecnológico do notariado na gestão interna de *outsourcing* dos equipamentos técnicos do sistema –, mas essa relação não é evidente para o público, uma vez que, para todos os efeitos, os certificados aparecem como emissão do CNN. Os projetos de desenvolvimento a médio prazo, no entanto, prevêem que o notariado atraia para si a completa gestão técnica da infra-estrutura, valendo-se das estruturas de Notartel e dispensando de qualquer forma de *outsourcing*.

9. As aplicações da assinatura digital para os notários

O uso da assinatura digital está se tornando um requisito essencial e imprescindível para o exercício da atividade, a ponto de, em breve, o notário que não possuir os instrumentos necessários ou que não for capaz de utilizar o dispositivo de assinatura (*smart card*) já não poderá levar a termo os mais importantes procedimentos ligados à redação dos documentos adequados.

A primeira aplicação da assinatura digital que interessa aos notários por norma de lei é a transmissão informatizada dos documentos no registro das empresas. Com base na disposição do art. 31, § 2.°, da Lei de 24.11.2000, art. 340 (modificado pelo art. 3, § 13, da Lei 448, de 28.12.2001), desde 09.12.2002, é obrigatório apresentar ao registro das empresas "as solicitações, as denúncias e os atos que as acompanham" em formato eletrônico, com assinatura digital, conforme disposto pela lei.

Com base nas normas da lei e do Código Civil, os atos e documentos a serem registrados ou depositados no registro das empresas, exceto os que exigem a simples assinatura do interessado, devem consistir em atos públicos ou escrituras privadas autenticadas por um notário (art. 2.189 do CC; arts. 11 e 14 do DPR 581/95). Exclui-se a possibilidade de um requerimento ou um ato serem registrados ou depositados sem uma assinatura autêntica ou sem o respeito dos requisitos formais prescritos (escritura privada autenticada, cópia conforme de ato público, extrato autêntico). A revolução informática e as simplificações administrativas não modificaram – e nem poderia ser de outro modo – a estrutura de garantias do sistema de publicações legais do registro das empresas, que exige o depósito de documentos com sólidas características de segurança e legalidade.

Com base nas normas examinadas anteriormente, que para efeitos jurídicos equiparam os documentos informatizados aos documentos em suporte de papel, deriva a plena legitimidade da aquisição, por parte do registro de empresas, de documentos informatizados dotados de todos os requisitos prescritos. Quando se exige a apresentação de um simples documento assinado – por exemplo, para as solicitações de cadastramento, art. 2.189 do CC, arts. 11 e 14 do DPR 581/95 –, é perfeitamente válida a apresentação de um documento informatizado firmado com assinatura digital ou eletrônica avançada.[42] Quan-

[42] Conforme disposto no art. 23, § 2.°, do DPR 445/2000, "a aposição ou a associação da assinatura digital ao documento informatizado equivale à assinatura prevista para os atos e os documentos em forma escrita em suporte em papel".

Um documento informatizado com assinatura eletrônica (simples) não deveria ser idôneo para exibição ao registro das empresas. Uma assinatura eletrônica avançada ou uma assinatura digital se faz necessária, já que as garantias próprias desses tipos de assinatura são fundamento imprescindível de um sistema de publicação legal.

do se exige a apresentação de uma escritura privada autenticada – por exemplo, arts. 2.206, 2.296, 2.479 e 2.556 do CC, e art. 11, § 4.°, do DPR 581/95), ela pode ser substituída por um documento informatizado com assinatura digital autenticada conforme o art. 24 do DPR 445/2000.[43] Quando se exige a apresentação de ato público – por exemplo, art. 2.330 do CC, e art. 11, § 4.°, do DPR 581/95 –, é necessário apresentar uma cópia informatizada de ato público em suporte de papel produzida conforme o art. 20 do DPR 445/2000. Os notários deverão assinar os documentos correspondentes utilizando exclusivamente o certificado de assinatura emitido pelo Consiglio Nazionale del Notariato,[44] aplicando o art. 29, § 3.°, do DPR 445/2000, como explicado acima. A transmissão dos documentos informatizados nos formatos exigidos exclui que se tenha de apresentar posteriormente qualquer documento em suporte de papel – por exemplo, na prática, o notário pode estipular uma sociedade e inscrevê-la no registro das empresas em poucos minutos, diretamente de seu escritório, mediante uma conexão telemática, sem exibir posteriormente nenhum documento em suporte de papel.

Em certos aspectos análogos aos do registro das empresas, problemas e soluções apresentaram-se em matéria de transmissão telemática dos atos relativos aos direitos imobiliários (construções e terrenos). O Decreto Legislativo 9, de 18.01.2000, somado ao Decreto Legislativo 463, de 18.12.1997, e ao art. 3.° bis, prevê que "o registro de atos relativos a direitos sobre os imóveis, a transcrição, a inscrição e a averbação nos registros imobiliários, como também a matrícula no registro de imóveis, devem ser efetuados, a partir de 30.06.2000, com procedimentos telemáticos", por meio da transmissão de um "modelo único informatizado", que inclui as formalidades da solicitação do registro, a nota de transcrição e de inscrição, como também as solicitações de averbação e de matrícula no registro de imóveis). O denominado "modelo único informatizado" permite efetuar com uma única transmissão telemática três diferentes tarefas que cabem ao notário após a redação dos documentos: o registro fiscal, a transcrição (ou inscrição) nos registros imobiliários e a matrícula nos registros de imóveis. Ao invés de apresentar os documentos em papel a três diferentes repartições, regularmente situadas em lugares diferentes e distantes umas das outras, o notário transmite via telemática uma única operação que realiza as três formalidades supracitadas – por exemplo, na prática, o notário pode estipular um contrato de mútuo hipotecário e inscrever a hipoteca nos registros imobiliários em poucos minutos diretamente do seu tabelionato; ou estipular o ato de venda de um imóvel, pagando os impostos correspondentes mediante

(43) Com base no que foi exposto acima, a prescrição formal de uma escritura privada autenticada não pode ser legitimamente substituída pela exibição de um documento informatizado com assinatura eletrônica avançada (ou assinatura digital) não-autenticada; tal documento só aparentemente possui a mesma eficácia probatória, conforme disposto no art. 10, § 3.°, do DPR 445/2000.

(44) Conselho Nacional dos Notários.

uma transferência bancária pelo computador, via telemática; e transcrever o nome do comprador nos registros de imóveis e nos cadastros imobiliários, sempre via telemática.

Enquanto a transmissão ao registro das empresas está hoje em pleno funcionamento, o sistema do "modelo único informatizado" efetua-se, hoje, apenas parcialmente. Utiliza-se, de fato, um sistema elaborado pelo Ministero delle Finanze,[45] que não pode ser considerado assinatura digital conforme as normas, e como tal, para efeitos jurídicos, não substitui a assinatura em suporte de papel. Então, com o sistema atual, depois da transmissão telemática do modelo único informatizado e de cópia (informatizada) do ato, é necessária a apresentação do título em suporte de papel para a execução das formalidades junto aos registros imobiliários (art. 6, DPR 308, de 18.08.2000). Será relativamente simples, todavia, substituir o sistema atual pela assinatura digital certificada pelo CNN, na medida em que as técnicas específicas correspondentes já permitem tal possibilidade. Ao contrário, será necessário aguardar mais um pouco para que os sistemas de arquivamento dos cartórios se adaptem antes que seja possível a transmissão dos títulos apenas em formato informatizado autenticado, sem a necessidade de também se entregar o título em papel, para o cumprimento das formalidades relativas aos registros imobiliários (art. 6, DPR 308, de 18.08.2000). A despeito disso, o regulamento sobre a quitação única já prevê a transmissão de cópias integralmente predispostas com assinatura digital conforme a lei (art. 1, DPR 308/2000), sem a necessidade de posterior entrega de cópia autêntica em suporte de papel.[46]

A transmissão ao registro das empresas e aos registros imobiliários não esgota, obviamente, o âmbito de aplicação do dispositivo de assinatura digital do notário; esse dispositivo permite, com validade geral, a aposição de assinaturas digitais que, para todos os efeitos, equivalem à assinatura em suporte de papel bem como substituem a chancela notarial, sempre nos limites do exercício da função pública de notário, conforme a lei. A tendência atual é de que o formato informatizado e a transmissão telemática abrangerão um âmbito cada vez mais amplo de formalidades nas relações com os cartórios, na execução do projeto mais geral de modernização tecnológica dos órgãos da administração pública italiana, já que o notário constitui, desde sempre, um dos principais intermediários entre ela e os cidadãos.

Novas aplicações que compreendem o uso da assinatura digital, ainda em fase de estudo, concernem à transmissão de meros comunicados – por exemplo, às delegacias de polícia e aos prefeitos – e as solicitações de averbação e transcrição – por exemplo, ao registro civil e ao registro público automobilístico –,

(45) Ministério da Fazenda.

(46) Conforme disposto no art. 2.657 do CC, "a transcrição não pode ser efetuada a não ser por força de sentença, de ato público ou de escritura privada com assinatura autenticada ou averiguada judicialmente".

(escrituração) manutenção de livros e registros, como o repertório (ou registro) notarial, cuja "mecanização" num formato comum definido constituirá o banco de dados para o desenvolvimento de novos serviços. O trânsito dos documentos notariais por meio da rede telemática central de Notartel, por fim, abre perspectivas totalmente novas, ligadas à criação de um arquivo informatizado único de todos os atos dos notários italianos e à conseqüente gestão de vários instrumentos em modo centralizado. A RUN, há tempo, faz parte da Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione, Rupa.[47]

[47] Rede Unitária da Administração Pública.

2. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Seleção e organização

SÉRGIO JACOMINO

2.1

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1.1 PENHORA. Bem imóvel. Embargos do devedor. Inscrição no registro de imóveis. Prazo. Termo *a quo*. Arts. 659, § 4.°, 669 e 738, I, do CPC. Não conhecimento.

Ementa Oficial: 1. "A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro." (art. 659, § 4.°, do CPC).

2. "Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias." (art. 669 do CPC).

3. "O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados da juntada nos autos da prova da intimação da penhora." (art. 738, I, do CPC).

4. Da interpretação sistemática dos arts. 659, § 4.°, 669 e 738, I, do CPC, resulta que a inscrição do auto/termo no cartório de registro de imóveis não consubstancia ato integrativo da penhora, mas, sim, "ato independente a ser praticado, a posteriori, *pelo credor. Assim, a intimação do devedor para embargar a execução pode ser realizada tão logo lavrado o termo da penhora, independentemente do registro desta." (REsp 243.187-RS, 3.ª T., rela. Ministra Nancy Andrighi,* DJ *25.06.2001).*

5. Recurso não conhecido.

REsp 153.793-SP – 6.ª T. – STJ – j. 20.11.2001 – rel. Min. Hamilton Carvalhido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os ministros da 6.ª T. do STJ, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do senhor ministro relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o senhor ministro relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 20 de novembro de 2001 – FERNANDO GONÇALVES, presidente – HAMILTON CARVALHIDO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Hamilton Carvalhido*: Recurso especial contra acórdão da 4.ª Câm. do 2.° TACivSP que, negando provimento a agravo de instrumento interposto por Benedicto Leal e Inez de Freitas Leal, preservou a decisão de 1.° grau que, devido à não apresentação de embargos do devedor, determinou o prosseguimento da ação de execução movida por Gladston Azar.

Os recorrentes sustentam que o prazo para o oferecimento de embargos de devedor, na hipótese de a penhora recair sobre bem imóvel, somente se inicia após o aperfeiçoamento do ato constritivo, formalidade que se opera após a inscrição do respectivo auto/termo no cartório de registro de imóveis.

Violação dos arts. 659, § 4.°, e 669 do CPC funda a insurgência (Constituição da República, art. 105, III, *a*).

Recurso tempestivo (f.), respondido (f.) e admitido (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Hamilton Carvalhido* (relator): Senhor presidente, recurso especial contra acórdão da 4.ª Câm. do 2.º TACivSP que, negando provimento a agravo de instrumento interposto por Benedicto Leal e Inez de Freitas Leal, preservou a decisão de primeiro grau que, devido à não apresentação de embargos do devedor, determinou o prosseguimento da ação de execução movida por Gladston Azar.

Os recorrentes sustentam que o prazo para o oferecimento de embargos de devedor, na hipótese de a penhora recair sobre bem imóvel, somente se inicia após o aperfeiçoamento do ato constritivo, formalidade que se opera após a inscrição do respectivo auto/termo no cartório de registro de imóveis.

Lê-se na ementa do acórdão impugnado:

"Processual civil. Penhora. A regra do art. 659, § 4.º, do CPC condiciona a eficácia da penhora ao registro imobiliário somente para valer perante terceiros. Lavrado o auto de penhora, o prazo para a apresentação de embargos pelo devedor passa a fluir da juntada aos autos do mandado que o intimar a embargar a execução, conforme disciplina o art. 738, I, do CPC. A exigência do art. 659, § 4.º, *in fine* do CPC apenas condiciona a eficácia da penhora, a seu ingresso no registro imobiliário, para ter validade perante terceiros." (f.)

Estas, a propósito, as razões nele expendidas:

"(...)

O executado, ora agravante varão, e sua esposa, agravante varoa, foram, uma vez lavrada a penhora sobre imóvel de sua propriedade, em 06.12.1996 (f.), regular e pessoalmente intimados a apresentar embargos no dia 15 daquele mês e ano, tendo ambos inclusive assinado o auto respectivo (f.), que foi juntado aos autos no dia 17 daquele mês e ano (f.).

Como conseqüência dos fatos cronologicamente expostos acima, iniciou-se no dia primeiro dia útil seguinte ao da juntada aos autos da prova da intimação da penhora e o decêndio para que os executados, ora agravantes, ofertassem embargos a execução, por força do que dispõem os arts. 669 *caput* c/c o art. 738, I, ambos do CPC.

A tentativa dos agravantes de se forrar no § 4.º do art. 669 do CPC para sustentar não ter ainda se iniciado a contagem do prazo para apresentar embargos de devedor, porque não inscrita a penhora do registro imobiliário, não convence. E assim é porque aquela regra tem a evidente finalidade de condicionar, ao registro imobiliário, a eficácia da penhora apenas em relação a terceiros, mesmo porque não seria lógico, menos ainda jurídico, condicionar a validade e eficácia de um ato judicial praticado em um processo, entre partes legitimamente representadas e intimadas, a uma mera providência administrativa.

Acresce, ainda, que a interpretação preconizada pelos embargantes somente se sustentaria se o art. 738, I, do CPC tivesse também sido alterado, o que inocorreu. E se reza ele que o prazo para interposição dos embargos passa a fluir 'da juntada aos autos da prova da intimação da penhora', nada mais resta a discutir face à merediana clareza dessa norma processual.

A melhor doutrina não discrepa desse entendimento, sendo oportuno citar a propósito o Prof. Cândido Rangel Dinamarco, um dos artífices da Reforma do Código de Processo Civil, que assim comenta o § 4. do art. 659 do CPC:

'O mesmo § 4.º acrescido ao art. 659 do CPC estabeleceu ainda que a penhora de bens imóveis 'realizar-se-á mediante... a inscrição no respectivo registro'. Na justificativa do projeto que se converteu na Lei 8.953 (Proj. de Lei 3.810-A, da Câmara dos Deputados) ficou expressamente declarada a intenção com que essa exigência se positivava:

'prevenir futuras demandas com alegações de fraude de execução, como tão freqüentemente ocorre na prática forense atual.'

Dada sua clara finalidade em relação a terceiros, essa exigência não pode ser in-

terpretada como formalidade essencial à existência do ato jurídico penhora. Sem seu cumprimento, a penhora existe e será válida sempre que atenda às demais exigências formuladas em lei. Só poderá não ser eficaz em relação a terceiros.'

E conclui:

'Não sendo elemento constitutivo da penhora mas providência destinada a torná-la oponível a terceiros, o registro daquela não será necessariamente feito antes da intimação para embargar, nem a demora em registrar retardará o início desse prazo. Penhora-se, intima-se e o prazo flui. Pouco importa, para esse fim, se o registro foi feito de imediato, se está sendo feito paralelamente, se foi retardado ou mesmo se não foi feito. Lembrar que a Reforma veio para simplificar e acelerar, não para retardar e complicar.'

Pelo exposto, meu voto nega provimento ao agravo." (f.)

Confira-se ainda, porque imprescindível, a letra dos dispositivos de lei federal a que se teria contrariado:

"Art. 659 (...)

§ 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro." (Código de Processo Civil).

"Art. 669. Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias.

(...)." (Código de Processo Civil)

A questão está na definição do termo inicial da contagem do prazo para o oferecimento de embargos do devedor na hipótese de a penhora recair sobre bem imóvel.

A 3.ª T. deste STJ, por ocasião do julgamento do REsp 243.187-RS, da lavra da eminente Ministra Nancy Andrighi, em minudente e preciso trabalho, teve já a oportunidade de examinar a matéria, concluindo, como concluiu, no sentido de que a inscrição no registro de imóveis não consubstancia ato integrativo da penhora, mas, sim, ato independente a ser praticado, *a posteriori*, pelo credor, podendo o devedor, em conseqüência, ser intimado para embargar a execução tão logo lavrado o seu respectivo termo ou auto, e independentemente do registro.

Esta, a propósito, a ementa do referido precedente:

"Recurso especial. Processual civil. Art. 738, I, do CPC. Penhora de imóvel. Art. 659, § 4.º, do CPC. Embargos do devedor. Prazo. Termo *a quo*.

A inscrição da penhora no registro, a que se refere o art. 659, § 4.º, do CPC, não é ato integrativo da penhora, mas ato independente a ser praticado, *a posteriori* pelo credor. Assim, a intimação do devedor para embargar a execução pode ser realizada tão logo lavrado o termo da penhora, independentemente do registro desta." (*DJ* 25.06.2001)

E estes, acrescente-se, os bem lançados fundamentos do julgado:

"Conforme dispõe o art. 669, do CPC, 'feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de dez (10) dias'. Na hipótese de penhora de bem imóvel, o termo *a quo* do referido prazo consubstancia-se na 'juntada aos autos da prova da intimação da penhora'.

Ocorre que, com a nova redação do art. 659, § 4.º, do CPC, dada pela Lei 8.593/94, passou-se a exigir a inscrição da penhora do imóvel no respectivo registro. A doutrina e jurisprudência pátrias têm divergido na interpretação de tal dispositivo, destacando-se a discussão quanto à natureza da referida inscrição – se elemento constitutivo da penhora ou se ato independente destinado a produzir efeitos perante terceiros. Tal questão é de relevância à determinação do início da eficácia da penhora e do momento da intimação para a oposição dos embargos do devedor.

Com efeito, se considerado o ato de inscrição a que se refere o aludido dispositivo processual como integrativo, constitutivo, da penhora, somente após a concretização daquele ato estaria a penhora ultimada, quando, então poder-

se-ia proceder à intimação do devedor, máxime porque 'sem registro não há penhora, nem, *a fortiori*, quaisquer dos seus efeitos naturais'.[1]

Por outro lado, uma vez adotado o entendimento de ser tal ato independente, 'simples fator de eficácia',[2] o registro da penhora seria prescindível à intimação para a oposição dos embargos do devedor, a qual poderia ser realizada após a lavratura do termo de penhora.

Assim sendo, a questão federal suscitada cinge a verificar se, na hipótese de penhora de imóvel, a intimação do devedor para a oposição de embargos do devedor depende de prévia inscrição da penhora no registro, exigida nos termos do art. 659, § 4.°, do CPC.

Em sede doutrinária, esta Relatora assim se manifestou:

'A partir da modificação introduzida pela Lei 8.953, de 13.12.1994, o procedimento a ser seguido, quando a penhora recair sobre bem imóvel, é o seguinte:

a) lavrar-se-á o termo de penhora sobre o bem imóvel, nos termos do *caput* do art. 659 do CPC;

b) feita a penhora, intimar-se-á o devedor e seu cônjuge para embargar a execução no prazo de dez dias, nos termos do art. 669, par. ún.;

c) devolvido a cartório o auto de penhora acompanhada da prova da intimação desta, iniciar-se-á o prazo para o devedor opor embargos a partir da juntada aos autos da referida prova, nos termos do inc. I do art. 738, com a nova redação dada pela referida Lei 8.953/94;

d) o credor, pessoalmente ou por intermédio de representante, providenciará o registro da penhora, levando, para tanto, cópia autenticada do auto ou termo ao serviço registral competente, e efetuando, também, o pagamento das custas respeitantes à formalização do ato. Dispensa-se a expedição de carta precatória quanto à prática desse ato, ficando as tratativas para sua prática atribuídas exclusivamente ao cartorário e ao credor.

Do procedimento exposto, verifica-se que o registro da penhora não é ato integrativo do ato processual penhora, mas sim ato independente que o credor, *a posteriori*, deverá praticar.

O ato do registro da penhora visa a dar conhecimento, a terceiro, de estar aquele bem à disposição da Justiça, pendendo sobre ele gravame. Convém observar que a exigência imposta no § 4.° do art. 659 há de ser cumprida antes da realização da hasta pública, isto é, da praça, com o fim de evitar que a Justiça se desprestigie procedendo à alienação de bem que não mais pertença ao devedor e evitando, ainda, que terceiros possam vir a alegar boa-fé na aquisição de bem sobre o qual pende gravame de penhora, propiciando seja presumida a fraude de execução *iure et iure*.

Com a nova regra, fica definida a fraude de execução, pois, conforme o disposto no art. 240 da Lei dos Registros Públicos, "o registro da penhora faz prova contra qualquer transação posterior". A adoção do entendimento pretoriano que presume a fraude de execução quando o ato de alienação, ou oneração, ocorra após a penhora, considerado atentatório à dignidade da Justiça, por tornar inócuos os seus atos, sem tecer maiores questionamentos, é passível de causar injustiças, pois a ausência do registro da penhora, ainda se a alienação ocorreu após o gravame, impossibilita que o adquirente tenha informações seguras a respeito do desembaraço do imóvel.

A inovação encontra exemplo no Código de Processo Civil português, que, em seu art. 838 (efetivação da penhora de imóveis), n. 3, dita, *verbis*:

"3. Em relação a terceiros, a penhora só produz efeitos desde a data do registro, o qual terá por base uma certidão do respecti-

(1) ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 524.

(2) Op. cit., p. 398.

vo termo. Ao processo juntar-se-á certificado do registro e certidão dos ônus que incidam sobre os bens abrangidos pela penhora."

Verifica-se, portanto, que o registro da penhora em Portugal também não é ato integrativo desta, mas ato que deverá ser praticado para produzir efeitos contra terceiros, e de incumbência do credor.

Por fim, impende repisar-se que o registro não é ato de perfectibilização da penhora, pois, se assim compreendido, redundaria em atraso e até paralisação temporária do trâmite do processo de execução. Para exemplificar, basta ser lembrada a hipótese de penhora sobre bem imóvel localizado fora da comarca na qual tramite o processo de execução, caso em que se poderá fazer necessária, inclusive, a viagem do credor ou de seu representante no fito de providenciar a prática do ato processual; e frisado não ser admissível que, durante esse tempo, o processo fique paralisado, somente após o registro da penhora sendo o devedor dela intimado e, só então começar a fluência do prazo para oposição dos embargos do devedor.

Neste mesmo sentido a doutrina pátria vem firmando seu entendimento. É que se verifica das interpretações esposadas pelo em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ilustre condutor dos trabalhos da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil (*Código de Processo Civil anotado*, 6.ª ed., Saraiva). De forma idêntica expressam-se, em suas palestras pelo País, os proficientes juristas Donaldo Armelin, Humberto Theodoro Jr. e Theotonio Negrão, este último sem mencionar expressamente o registro, limitando-se a confirmar a contagem do prazo para embargos a partir da intimação da penhora.

Outra exegese não se pode conferir ao § 4.º do art. 659, porque todas as demais preconizadas se antagonizam com os princípios que nortearam a reforma, quais sejam os da efetividade, agilização e simplificação dos atos processuais.

A hermenêutica empregada na compreensão dos dispositivos reformados não deverá mais se distanciar dos referidos princípios, sob pena de negar-se a adequada utilização a esse instrumento idôneo de amoldamento da legislação processual civil, num esforço de modernização e de simplificação, às exigências dos novos tempos.'[3]

Nesse mesmo sentido o escólio de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

'De início, surgiu a dúvida a respeito da interpretação de tal dispositivo legal: por uma análise estritamente gramatical chega-se à conclusão de que o registro é ato constitutivo da penhora.

No entanto, a partir de uma interpretação histórica e lógico-sistemática, fixou-se o posicionamento correto no sentido de que a penhora de bens imóveis não se opera apenas com seu registro no cartório de imóveis.

A breve exposição de motivos do Projeto de Lei 3.810-A, da Câmara dos Deputados, que ulteriormente foi convertido na Lei 8.953, de 13.12.1994, declarou expressamente o escopo do legislador com a exigência do registro: "prevenir futuras demandas com alegações de fraude de execução, como tão freqüentemente ocorre na prática forense atual".

O objetivo apresentado pela Reforma do Código de Processo Civil, no que se refere à exigência do registro da penhora no cartório competente, não é suficientemente claro, pois o registro tem

(3) ANDRIGHI, Fátima Nancy. "O registro da penhora e a reforma do Código de Processo Civil". *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 811-813.

uma finalidade maior: a de evitar os casos de fraude de execução, tornando a penhora um ato oponível também a terceiros.

Assim, igualmente sucedia na sistemática anterior: o registro não tinha (e não tem) o mero objetivo de informar terceiros.

(...)

O registro imobiliário tem dois únicos objetivos: I) a constituição de direito real; II) dar publicidade ao ato. Para a fraude de execução interessa apenas o segundo objetivo, já que o registro não é medida necessária à constituição da penhora, contrariamente ao que ocorre em outros países como na Itália. Em Portugal, como no Brasil, o registro não é formalidade indispensável à efetivação da penhora, mas consoante o disposto no art. 838, 4, do CPC português, "em relação a terceiros, a penhora só produz efeitos desde a data do registro, o qual terá por base uma certidão do respectivo termo".'[4]

Tal entendimento é corroborado pelo Projeto de Lei 3.476/2000, que prevê a nova redação do referido dispositivo processual:

'Art. 659 (...)

§ 4.° A penhora de bem 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 parágrafo anterior, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizarem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu representante, e por este ato constituído depositário.'

A respectiva Exposição de Motivos (EM 276) está assim redigida:

'O atual art. 659, § 4.°, resultante da Lei 8.953, de 13.12.1994, de alto alcance na prevenção das fraudes e no resguardo dos direitos de terceiros de boa-fé que venham a adquirir imóvel já penhorado, suscita no entanto relevante dúvida: se o registro da penhora é "integrativo" do próprio ato complexo, o prazo para embargos somente terá início após tal registro; se, todavia, é requisito de eficácia, para oponibilidade da penhora perante terceiros, a intimação da penhora deverá fazer-se logo após lavrado o auto respectivo.

Na trilha da doutrina e da jurisprudência majoritárias, o projeto dilucida tal controvérsia, adotando a segunda orientação: a exigência do registro não impede a imediata intimação do executado, constituindo-se o registro em condição de eficácia plena da penhora perante os terceiros, cabendo ao exeqüente as devidas providências junto ao ofício imobiliário.'

A inscrição da penhora no registro, a que alude o art. 659, § 4.°, do CPC, não é ato integrativo da penhora, mas ato independente a ser praticado, *a posteriori*, pelo credor. Assim sendo, a intimação do devedor para embargar a execução pode ser realizada tão logo lavrado o termo da penhora, independentemente do registro desta."

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

[4] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora". *RePro* 25-98/169-172, abr.-jun. 2000.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – Certifico que a E. 6.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 senhor ministro relator."

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o senhor ministro relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Paulo Gallotti.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de novembro de 2001.

2.1.2 AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. Alienação de imóvel de fundação. Retorno de imóvel antes doado para o patrimônio do originário doador por procuração *in rem suam* e posterior alienação a terceiro. Impossibilidade. Ausência de autorização judicial.

Ementa Oficial: A procuração in rem suam *não encerra conteúdo de mandato, não mantendo apenas a aparência de procuração autorizativa de representação. Caracteriza-se, em verdade, como negócio jurídico dispositivo, translativo de direitos que dispensa prestação de contas, tem caráter irrevogável e confere poderes gerais, no exclusivo interesse do outorgado. A irrevogabilidade lhe é ínsita justamente por ser seu objeto a transferência de direitos gratuita ou onerosa.*

Para a validade da alienação do patrimônio da fundação é imprescindível a autorização judicial com a participação do órgão ministerial, formalidade que se suprimida acarreta a nulidade do ato negocial, pois a tutela do Poder Público – sob a forma de participação do Estado-juiz, mediante autorização judicial –, é de ser exigida.

REsp 303.707-MG – 3.ª T. – STJ – j. 10.11.2001 – rela. Ministra Nancy Andrighi.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a senhora ministra relatora.

Brasília-DF, 19 de novembro de 2001 – ARI PARGENDLER, presidente – NANCY ANDRIGHI, relatora.

RELATÓRIO – *A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi*: Cuida-se de ação anulatória cumulada com reintegração de posse, visando a anulação da escritura pública de compra e venda de imóvel de anterior propriedade da fundação recorrente, havido por doação de um de seus membros.

A sentença julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que a venda do imóvel foi aprovada pelo Conselho de Administração da fundação, e que a procuração foi outorgada muito antes da vigência do último estatuto da fundação, datado de 16.12.1993, que passou a exigir, para fins de alienação de imóveis, deliberação do Conselho Superior de Administração, por maioria absoluta, com clara e discriminada distinção de seu produto, além da autorização judicial, ouvido o representante do Ministério Público.

Foi interposta apelação, à qual se negou provimento, por maioria de votos, sendo vencedor o relator, que assim entendeu:

"Inicialmente é de se dizer que tem razão o ilustre sentenciante: trata-se de ação anulatória e não de nulidade.

Claramente o ato que se quer desfazer é anulável, não nulo. Não há aqui qualquer das hipóteses previstas no art. 145 do CC.

Verifica-se que o imóvel objeto da ação foi doado à Fundação São José que, após a escritura, não se interessando por ele, reverteu-o ao próprio doador através de procuração.

De se destacar este trecho da sentença recorrida:

'À minha ótica, a única ilação possível é que o idealizador e Presidente da Fundação da época – Dr. Pedro Aleixo, queria mesmo que o imóvel retornasse às mãos do doador, o que parece estar sendo olvidado pelos atuais representantes, o que, de alguma forma, se mostra costumeiro, em razão do tempo transcorrido e das mudanças que normalmente ocorrem nas administrações, com inúmeras particularidades e matizes, sendo certo que, segundo os autos, até uma intervenção judicial ocor-

reu na Fundação, nos idos de 1987, através do representante do Ministério Público e Curador das Fundações.

Analisando detidamente os documentos disponíveis no bojo dos autos e afora o pequeno deslize do Cartório de Notas, não me deparo, sinceramente, com qualquer mácula na transação, a não ser um desencontro seqüencial e fora do comum de datas para transcrição, em face, também, do registro serôdio da escritura de doação, não se vislumbrando, *venia data*, qualquer ofensa ao art. 82 do CC brasileiro.' (f.)

Concordo com o ilustre sentenciante.

Mas há outro ponto que não deve passar despercebido.

Dispõe o art. 1.317 do CC:

'É irrevogável o mandato:

I – Quando se tiver convencionado que o mandante não possa revogá-lo ou for em causa própria a procuração dada.'

Sabe-se que procuração em causa própria é aquela que no dizer de Plácido E Silva:

'É a escritura do mandato, subordinado à cláusula de *in rem propriam*, em virtude da qual o procurador passa a agir como dono do negócio.' (*Vocabulário jurídico*, 11. ed., Forense, vol. III, p. 462.)

Basta simples passada d'olhos na procuração de f., para se confirmar que se tratava de procuração em causa própria, tanto que impunha ao mandatário 'obriga-se a responder pela evicção de direito'.

E mais: consta da procuração que o mandatário poderia vender o imóvel 'pelo preço que contratar' (f.).

Sequer consta ali que o imóvel deveria ser vendido a determinada pessoa.

O Poder Judiciário não pode ficar insensível à posição da apelada, na questão ora examinada.

Agiu com absoluta boa-fé.

Na procuração da Fundação São José, ora apelante, foi ela representada por seu presidente o Dr. Pedro Aleixo.

Como se vê, o Estatuto, juntado pela própria apelante, dispõe em seu art. 20:

'Compete ao Presidente: representar a Fundação em juízo ou fora dele, nos atos e contratos de qualquer natureza ou finalidade, podendo constituir procurador.' (f.)

Ora! A apelada comprou, pagou e no imóvel foram construídas benfeitorias.

Tratando-se de procuração por instrumento público, nas condições em que foi outorgada, não concordando com os seus termos, caberia à apelante propor seu cancelamento. A procuração foi lavrada em 09.11.1973 e só em 27.09.1995, data da inicial, é que a apelante vem questioná-la.

Claramente não tem sentido alegar-se a morte do Dr. Pedro Aleixo, uma vez que assinou a procuração como representante de pessoa jurídica.

Não vejo como a apelante poderia pôr em dúvida qualquer irregularidade na procuração outorgada pelo Dr. Pedro Aleixo, conhecido jurista daquela época e de sempre. Válida a alegação da teoria da aparência.

Em resumo: não me parece nem razoável, nem justo, o pleito da apelante.

Com essas considerações, confirmo a sentença recorrida e nego provimento ao recurso."

Foram interpostos embargos infringentes, com o destaque de que se tratando de uma fundação, seus bens são inalienáveis e, por conseguinte, nula é a escritura de alienação, sobretudo porque foi lavrada sem aprovação do seu conselho de Administração, sem interveniência do Representante do Ministério Público e sem autorização judicial. Asseverou, ainda, que não pode prevalecer o entendimento de que a procuração outorgada ao primitivo doador do terreno para que o vendesse fosse um mandato *in rem propriam*, bem como não se pode aceitar que a detenção do imóvel, ainda que exercida durante anos, gerasse direito a usucapião, porque falta ao detentor o *animus domini* e o exercício da posse em seu próprio nome.

Os embargos infringentes foram rejeitados, entendendo o Tribunal *a quo* que a

escritura de f. caracteriza verdadeira reversão da doação que, até o dia 10.05.1992 não se completara pelo necessário registro imobiliário.

Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados.

Daí a interposição do presente recurso especial, fulcrado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, *apontando infringência aos arts. 82, 533, 856, 857 e 1.174 do CC, e 172 da Lei 6.015/73*, além de divergência jurisprudencial com julgado do TJRS.

Asseverou a recorrente:

"a) à época da lavratura da procuração de f., novembro de 1963, consoante o disposto no art. 4.º de seu Estatuto, o patrimônio da fundação era inalienável e impenhorável ou seja, a malfadada venda envolveu objeto ilícito, pois fora do comércio;

b) ainda que se considere a época da lavratura da escritura de 'compra e venda' realizada em fevereiro de 1992, o Estatuto da recorrente, que havia sido modificado em 10.12.1990, previa-o, expressamente, em seu art. 9.º, anulando e tornando sem efeito qualquer autorização anterior;

c) pela própria natureza da fundação, que tem finalidades específicas, nenhum ato de disposição de seu patrimônio pode ser praticado sem autorização judicial e sem a participação efetiva do MP;

d) a teor do art. 1.174 do CC, a reversão da doação é uma faculdade do doador, entretanto aquela haverá de ser expressa pela vontade dele, assim inviável afirmar-se que tal possa decorrer da intenção das partes ou pela interpretação do negócio da doação, haja vista que a reversão não se subentende também pouco se presume;

e) que a doação foi devidamente registrada no competente Cartório de Registro.

f) o acórdão extrapolou o entendimento sobre procuração em causa própria, invocando ao considerar como tal o instrumento constante à f., por meras deduções indiciárias, contexto do negócio ou intenção das partes;

g) a procuração em causa própria deve ser clara e específica, resultando absolutamente compreensível, inteligível, e indubidosa a intenção do mandante."

Foram apresentadas contra-razões, nas quais aponta-se óbice à Súm. 7/STJ.

O recurso foi inadmitido na origem porque as conclusões do acórdão assentaram-se em provas e fatos da causa, sendo aplicável à espécie a Súm. 7/STJ.

Foi acolhido o agravo de instrumento interposto contra a decisão de inadmissibilidade do recurso especial, determinando sua conversão na forma do art. 544, § 3.º, do CPC.

A douta Procuradoria-Geral de República opinou pela inadmissibilidade do recurso especial pela alínea *c* e pelo improvimento pela alínea *a* do permissivo constitucional, transcrevendo trecho do eminente desembargador relator, em embargos de declaração, e citando o precedente da lavra do eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no REsp 64.457.

É o relatório.

VOTO – *A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi* (relatora): Narram os autos que Antônio Cardoso Filho, sócio benemérito da fundação autora, e sua esposa doaram o imóvel descrito na petição inicial à Fundação São José, em 19.01.1961, e que, em 09.11.1973, por não ter sido destinado o imóvel à construção da sede da fundação, segundo dado do requerido, a fundação outorgou procuração pública ao doador para alienação do terreno a Paulo César Oliveira Gonçalves, em 30.04.1990, que recolheu o ITBI em 22.05.1990.

Como a doação feita por Antônio Cardoso Filho e sua esposa à fundação não tivesse sido inscrita no cartório competente, procederam-se aos atos notariais necessários para cumprimento dos requisitos cartorários. Assim, no dia 10.05.1990, a fundação registrou a escritura de doação, e, em 06.02.1992, a procuração outorgada pela fundação foi substabelecida a Vicente de Melo Araújo,

com poderes de alienação do imóvel para Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves, que por seu turno, autorizou a transferência do imóvel à ré Las Casas Empreendimentos Ltda., o que se concretizou em 18.02.1992, quando lavrada a escritura pública de compra e venda.

A ação de "anulação" de escritura pública de compra e venda, que na verdade não alega vícios sociais ou de consentimento, mas vícios procedimentais na alienação do imóvel, e, portanto, refere-se à nulidade da escritura pública, pontua que o patrimônio da fundação é inalienável e imprescindiria da autorização judicial, fiscalização do Ministério Público, bem como do Conselho de Administração Superior da fundação. Alega, ainda, que a outorga de poderes para alienação do imóvel antes doado não seria válida, porque o mandato se extinguiu com o falecimento do Presidente da fundação, que outorgou os poderes específicos, na representação desta, e que o posterior substabelecimento também seria inválido porque concernente à alienação apenas para Paulo Cesar de Oliveira, e não para a ré Las Casas Empreendimentos Ltda.

Repisados os fatos, aprecio o recurso.

Para a recorrente, o falecimento do mandante teria extinto a procuração, contudo, o mandante não faleceu, porque são distintos os conceitos de "mandato" e "representação". Quem faleceu foi o representante da Fundação São José, o seu presidente, e não o mandante que é a própria recorrente Fundação São José, que não se confunde com a pessoa natural que a representa.

Quanto aos demais pontos, o tema recursal trata da inalienabilidade do bem de fundação e validade da alienação de seu terreno, na ausência de intervenção ministerial ou autorização judicial.

O recurso especial alega ofensa aos arts. *82, 533, 856, 857 e 1.174 do CC, e 172 da Lei 6.015/73*, além de divergência jurisprudencial.

Em sede de recurso especial não cabe o exame da intenção das partes contratantes, porque encontra óbice na Súm. 7/STJ, portanto, não cabe perquirir se havia intenção das partes de reversão do bem ao doador, nem se a procuração outorgada com poderes específicos de alienação do terreno foi dada em causa própria ou não, até porque não se busca a recomposição do patrimônio da fundação por enriquecimento ilícito do doador que recebeu procuração para venda do bem antes objeto da doação, mas declaração de nulidade da escritura de compra e venda.

Ou seja, ainda que a procuração não fosse conferida em nome próprio, mas *ad negocia*, o negócio jurídico subjacente seria válido, preservada a boa-fé do terceiro adquirente. A única diferenciação seria o dever de prestar contas do mandatário ao mandante, do que não se cogita nos autos, porque interessa à Fundação São José a nulidade da escritura pública de compra e venda e a retomada do terreno. Seria imprescindível o cotejo da extensão dos poderes outorgados na procuração.

Por isso, *não está caracterizado o dissídio jurisprudencial* com o acórdão do E. TJRS, em cuja ementa constou:

"Agravo de instrumento. Procuração em causa própria. Deve ser específica, clara e não se confunde com procuração com poderes gerais.

É cediço que a procuração em causa própria é aquela outorgada no exclusivo interesse do mandatário, alcançando-se, com ela, efeito prático equivalente ao da cessão.

Em face da relevância desse efeito é que se exige que a natureza da procuração (*in rem suam*) resulte absolutamente clara e induvidosa do instrumento."

Para configuração do dissídio, além da necessidade do acórdão paradigma interpretar, diversamente, a lei federal, o que não ocorre na hipótese, o alegado dissenso deveria, por si só, ser apto para provocar a modificação do julgamento, e o recurso especial não esbarrar em óbices regimentais ou sumulares.

Mesmo a regularidade do substabelecimento outorgado a Vicente de Melo Araú-

jo, com poderes de alienação do imóvel para Paulo César de Oliveira, revolve o contexto fático-probatório, o que é vedado pela Súm. 7/STJ, e foi sujeito à decisão soberana do 1.º e 2.º graus de jurisdição.

Na r. sentença constou:

"Faz-se mister salientar, ainda, que a venda do imóvel foi aprovada pelo Conselho de Administração da Fundação, à unanimidade, conforme se depreende do documento acostado às f.

Acresça-se a isto o fato de *que a procuração foi outorgada muito antes da vigência do último Estatuto da Fundação (f.), datado de 16.12.193 [sic], que, para fins de alienação de imóveis, passou a exigir a deliberação do Conselho Superior de Administração, por maioria absoluta, com clara e discriminada distinção de seu produto, além de autorização judicial, ouvido o representante do Ministério Público.*

Até então, a única formalidade exigida era de que as disposições patrimoniais ocorressem com autorização do Conselho de Administração, em Assembléia Geral, o que, não é despiciendo repetir, acabou ocorrendo (f.); cabendo ao presidente representar a Fundação em juízo ou fora dele, nos atos e contratos de qualquer natureza ou finalidade, podendo constituir procurador, nos precisos termos do art. 20, *a*, do antigo estatuto (f.).

Daí, evidentemente, a razão de discordar do judicioso parecer ministerial de f.

À minha ótica, a única ilação possível é que o idealizador e presidente da Fundação da época – Dr. Pedro Aleixo, queria mesmo que o imóvel retornasse às mãos do doador, o que parece estar sendo olvidado pelos demais representantes, o que, de alguma forma, se mostra costumeiro, em razão do tempo transcorrido e das mudanças que normalmente ocorrem nas administrações, com inúmeras particularidades e matizes, sendo certo que, segundo os autos, até uma intervenção judicial ocorreu na Fundação, nos idos de 1987, através do representante do Ministério Público e Curador das Fundações." (Sem grifos no original.)

Para afastar a inalienabilidade do bem de fundação, a r. sentença se fundou no elemento temporal da modificação estatutária, que em sua redação anterior ao negócio jurídico não exigia deliberação do Conselho Superior de Administração da Fundação São José.

Já para o Tribunal estadual, a procuração outorgada pela Fundação São José representada pelo seu presidente ao doador e sócio benemérito daquela seria em "causa própria", independente de obrigação de prestar contas, ficando ao critério do mandatário, em seu interesse próprio, estipular o preço e responder pela evicção.

Também concluiu o E. TAMG que o imóvel doado, no ano de 1961, era terra nua, no qual, posteriormente, foram erguidas benfeitorias, que constaram como de propriedade do doador e mandatário Antônio Pio Cardoso Filho, e não da Fundação. Entenderam os nobres juízes do TAMG que o terreno não integrava o inventário de bens da fundação, que só registrou a doação do imóvel em momento posterior à alienação, que poderia ter sido feita diretamente pelo doador, uma vez que jamais teria se incorporado ao patrimônio da fundação, por falta de registro da doação, e sem sua expressa anuência.

Por estas razões, o recurso especial não merece ser conhecido por óbice da Súm. 7/STJ.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – Certifico que a E. 3.ª T. ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após os votos dos Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Ari Pargendler."

Aguarda o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 4 de setembro de 2001.

VOTO VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler*: O Tribunal *a quo* reconheceu os seguintes fatos:

O casal de Antônio Pio Cardoso Filho doou à Fundação São José a área de terras *sub judice* (19.01.1961, f.). Decorridos doze anos em que o imóvel fosse aproveitado, a Fundação São José, representada pelo seu Presidente, Dr. Pedro Aleixo, devolveu a propriedade a Antônio Pio Cardoso Filho, por meio de uma procuração em causa própria (09.11.1973, f.). Já favorecida por benfeitorias, a propriedade foi "vendida" a Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves, mediante simples recibo (30.04.1990, f.), quem chegou a pagar o imposto de transmissão (sentença, f.). Até então a doação originariamente feita pelo casal de Antônio Pio Cardoso Filho à Fundação São José não fora registrada no Ofício Imobiliário. Após esse registro (10.05.1990, f.), Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves prometeu vender o imóvel à Las Casas Empreendimentos Ltda. (17.02.1992, f.). A final, Fundação São José Ltda., representada por Vicente de Melo Araújo, substabelecido nos poderes outorgados a Antônio Pio Cardoso Filho (06.02.1992, f.), e devidamente autorizada por Paulo César de Oliveira Gonçalves (f.), alienou o imóvel, nos termos de escritura pública, a Las Casas Empreendimentos Ltda. (18.02.1992, f.).

Nessa linha, o que, segundo o Registro de Imóveis teria sido apenas uma doação à Fundação São José e uma venda posterior a Las Casas Empreendimentos Ltda. (f.), na verdade encobre (a) a reversão do imóvel a Antônio Pio Cardoso Filho (só a ele, e não à mulher, Hercília Anastasia Cardoso, que também doara o imóvel à Fundação São José, f.), por meio de procuração em causa própria, e (b) duas alienações sucessivas: (b.1) de Antônio Pio Cardoso Filho a Paulo César de Oliveira Gonçalves; e (b.2) de Paulo César de Oliveira Gonçalves a Las Casas Empreendimentos Imobiliários Ltda.

No plano fático, parece que aconteceu exatamente isso. O MM. Juiz de Direito, próximo das circunstâncias, foi enfático ao afirmar que "a única ilação possível é que o idealizador e Presidente da Fundação à época – Dr. Pedro Aleixo – queria mesmo que o imóvel retornasse às mãos do doador..." (f.). No Tribunal *a quo*, o eminente Juiz Brandão Teixeira, depois de anotar que "a Fundação era cognominada de 'A obra social de Pedro Aleixo', que a presidia e para ela efetuou a doação de sua própria residência" (f.), chegou a mesma conclusão – de resto adotada pelo próprio relator, o eminente Juiz Lopes de Albuquerque, *in verbis*: "Observe-se que o procurador constituído é a mesma pessoa que, anos antes, doara o terreno à entidade. Tratava-se de um membro ativo da instituição, seu sócio benemérito, componente, por diversos mandatos, do seu conselho e de sua administração, interessado no desenvolvimento de sua beneméritas finalidades. Observe-se que ele esperou, por mais de 21 (*sic*, 12 na verdade), de 1961 a 1973, que a Fundação desse destinação ao terreno que dele recebera em doação, ou nele fizesse alguma coisa. Mas a Fundação sequer registrou a escritura de doação, mostrando total desinteresse pelo terreno. Não é despropositada, portanto, a interpretação de que, mediante uma simples procuração, procedia-se, na verdade, à reversão do bem a seu doador" (f.).

Quid, no âmbito jurídico? A solução do acórdão recorrido, que resolveu a controvérsia identificando no instrumento de f. uma procuração em causa própria, o voto vencido do eminente Juiz Ernane Fidélis opôs duas objeções, a de que aquela peça não pode ser reconhecida como procuração em causa própria (f.) e a de que fundação alguma pode servir-se desse meio ou de outro qualquer para alienar bens sem autorização judicial (f.) – objeções que a eminente relatora deste recurso especial, Ministra Nancy Andrighi, elidiu ao argumento de que "(...) ainda que a procuração não fosse conferida em nome próprio, mas *ad negocia*, o negócio jurídico subjacente seria válido, preservada a boa-fé do terceiro adquirente".

A eminente Ministra Nancy Andrighi transpôs para as fundações a doutrina, amparada pela jurisprudência, de que os atos praticados por uma sociedade civil ou comercial com fins lucrativos obrigam-na perante terceiros, ainda que o respectivo representante legal exceda os poderes de representação conferidos pelo respectivo contrato social. *Data venia*, esse efeito não pode ser reconhecido em relação às fundações, sob pena de não terem proteção contra seus administradores.

Com razão, salvo melhor juízo, o eminente Juiz Ernane Fidélis, por ambos os fundamentos do seu judicioso voto.

Primeiro, porque os bens de fundações só podem ser alienados mediante autorização judicial.

Di-lo Pontes de Miranda, confortado por precedente do STF:

"Os bens da fundação, que não sejam destinados à alienação, são inalienáveis, por implícita ou explícita cláusula do ato fundacional (1.ª T. do STF, 25.01.1943, RT 153/324; 3.ª Câm. do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22.11.1938, 116, 651 e 120, 95)" – *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. I, p. 462.

Nesse contexto, é irrelevante que uma procuração em causa própria tenha sido o meio utilizado para o negócio jurídico indireto de reversão; não prevista a reversão na escritura pública de doação, a devolução do imóvel a um dos doadores, mediante esse expediente, constitui alienação pura e simples, que dependia de autorização judicial – nada importando que os estatutos sociais exigissem menos do que isso (sentença, f., a aprovação do Conselho de Administração, inicialmente, e a aprovação do Conselho Superior de Administração, depois).

Esse fato desqualifica a boa-fé objetiva do adquirente, afastando o direito de retenção pelas benfeitorias.

Segundo, porque o instrumento de f. não pode ser identificado como uma procuração em causa própria.

A procuração em causa própria, de fato, viceja no âmbito dos negócios indiretos (quando "as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas" – Ascarelli, "O negócio jurídico indireto", *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 94).

"Típicas a respeito" – escreveu o grande jurista – "são a história da cessão dos direitos, de início realizada por meio de uma procuração processual *in rem propriam* (no direito romano) e a da representação, de início realizada por meio da cessão (no direito germânico), alcançando, em ambos os casos, indiretamente, fins cuja licitude e utilidade é, hoje, correntemente reconhecida" (op. cit., p. 98).

O reconhecimento da procuração em causa própria, todavia, supõe, pelo menos, a manifestação expressa de sua irrevogabilidade (CC, art. 1.317, I) e a desobrigação de prestar contas – no caso, ausentes.

Decidindo que a procuração de f. encobriu uma reversão, o Tribunal *a quo* contrariou o art. 1.174 do CC, porque – admitida que fosse a reversão não prevista no ato da doação – a aplicação da respectiva norma só se daria em caso de morte do donatário, do que aqui não se trata.

A esse propósito, Pontes de Miranda sentenciou:

"não há reversão se não foi preestabelecida. A condição resolutiva é a premorte do donatário" (op. cit., t. XLVI, p. 237).

E, se correta a interpretação que lhe atribuiu a eminente Ministra Nancy Andrighi, a teor de cujo voto "para os eminentes juízes do TAMG, o bem não teria chegado a pertencer à Fundação", o julgado teria contrariado, ainda, o art. 533 do CC e o art. 172 da Lei 6.015, além de incorrer em manifesta contradição; teria contrariado os citados arts. 533 e 172, porque o registro da escritura de doação inequivocamente

transferiu o domínio do imóvel para a Fundação São José; e teria incorrido em manifesta contradição, porque ficaria inexplicável a circunstância de que a venda à Las Casas Empreendimentos Ltda. foi feita pela Fundação São José, desde essa perspectiva non domino – artigos esses expressamente referidos nos embargos de declaração (f.), acerca dos quais o voto condutor do respectivo acórdão disse: "Com a devida vênia do ilustrado patrono da embargante, tal conclusão não me parece infensa às normas de direito material invocadas nas razões destes embargos, mesmo porque não há como interpretá-las diante do quadro fático retratado pela prova dos autos, sem se levar em consideração o disposto no art. 82 do CC, com base no qual prevaleceu, no julgamento dos embargos infringentes, o entendimento de que a intenção das partes contratantes foi mesmo a de fazer a reversão da doação, através da procuração *in rem propriam*" (f.).

Por isso, a ação deve ser julgada procedente, circunstância que obriga o exame das denunciações da lide feitas ao tabelião Vicente Jaguarão Rosa de Queiroz, ao Espólio de Pio Cardoso Filho e a Paulo César de Oliveira Gonçalves (f.).

A denunciação da lide, ao tabelião, não é admitida pela Turma, tal qual decidido no REsp 109.175-SP, relatou o Ministro Waldemar Zveiter (*DJ* 24.05.1999). Já a denunciação da lide a Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves e ao Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho não se enquadra na previsão do art. 70, I, do CPC, *in verbis*:

"Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta."

Aqui o alienante é o autor da ação, de modo que eventual direito de Las Casas Empreendimentos Ltda. contra Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves e contra o Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho deve ser veiculado em ação autônoma.

Voto, por isso, no sentido conhecer do recurso especial e de lhe dar provimento (a) para julgar procedente a ação, anulando a escritura de compra e venda em que foi transmitente a Fundação São José e adquirente Las Casas Empreendimentos Ltda., lavrada no Livro 153, às f. 79, do Cartório do 2.º Ofício de Notas da Comarca de Betim, e determinando o cancelamento do respectivo registro no Ofício Imobiliário – condenada Las Casas Empreendimentos Ltda. ao pagamento das custas e dos honorários de advogado, estes arbitrados à base de dez por cento sobre o valor da causa, atualizado monetariamente; e (b) para julgar incabíveis as denunciações da lide a Vicente Jaguarão Rosa de Queiroz, ao Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho e a Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves, ressalvadas as ações autônomas que Las Casas Empreendimentos Ltda. lhes queira propor – condenada Las Casas Empreendimentos Ltda. ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios devidos ao patrono do Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho, fixados em dez por cento sobre o valor da causa, corrigidos monetariamente.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito*: Senhor presidente, recebi os memoriais e peço vênia à Sra. Ministra Nancy Andrighi para acompanhas às completas o voto de vossa excelência.

O que me chamou a atenção, basicamente, foi o ponto da reversão. Não se pode fazer uma procuração que encubra uma reversão, à medida que a doação não a previu. Como disse Vossa Excelência, o fato de haver, nos estatutos da Fundação, regras específicas para a venda de seu patrimônio não justifica que não possa existir, como de fato existe, um controle externo.

No caso concreto, parece-me fundamental o aspecto de que a venda mascarou uma reversão. Esta não é possível, a não ser quando expressamente prevista; no caso, isto não ocorreu, logo a venda não podia ter sido feita. Mais do que isso, a boa-fé ob-

jetiva não pode ser alegada porque, se esta alegação for feita, com relação a uma Fundação, evidentemente, a meu juízo, como disse vossa excelência muito bem, estaremos deitando por terra o próprio conceito de boa-fé objetiva.

Essas razões são as que me levam a acompanhar vossa excelência, incluindo a denunciação à lide, como demonstrado no voto que acabou de proferir, conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto vista do Sr. Min. Ari Pargendler, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, pediu vista o Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 2 de outubro de 2001.

VOTO VISTA – *O Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro*: Em assentada anterior, proferi voto acompanhando o prolatado pela ilustre relatora, no sentido de não conhecer do recurso especial. Assim procedi, porquanto se me afigurou não haver sido prequestionada a aplicação da **maior parte dos textos legais federais co**lacionados e, ainda, por envolver os temas controvertidos o reexame da prova, incabível na oportunidade.

No entanto, o voto vista do Min. Ari Pargendler, referendado pelo proferido pelo Min. Menezes Direito, provocou-me dúvidas quanto ao acerto da minha posição antes adotada, razão por que pedi vista dos autos, para melhor examinar a controvérsia.

Dos estudos a que procedi, chequei à conclusão de que havia me equivocado e de que corretas, *data venia* da ilustre relatora, são a fundamentação e conclusão do voto do Min. Ari Pargendler, que, após situar a matéria de fato, assim deslindou as questões jurídicas:

"*Quid*, no âmbito jurídico? À solução do acórdão recorrido, que resolveu a controvérsia identificando no instrumento de f. uma procuração em causa própria, o voto vencido do eminente Juiz Ernane Fidélis opôs duas objeções, a de que aquela peça não pode ser reconhecida como procuração em causa própria (f.) e a de que fundação alguma pode servir-se desse meio ou de outro qualquer para alienar bens sem autorização judicial (f.) – objeções que a eminente relatora deste recurso especial, Ministra Nancy Andrighi, elidiu ao argumento de que '... ainda que a procuração não fosse conferida em nome próprio, mas *ad negocia*, o negócio jurídico subjacente seria válido, preservada a boa-fé do terceiro adquirente'.

A eminente Ministra Nancy Andrighi transpôs para as fundações a doutrina, amparada pela jurisprudência, de que os atos praticados por uma sociedade civil ou comercial com fins lucrativos obrigam-na perante terceiros, ainda que o respectivo representante legal exceda os poderes de representação conferidos pelo respectivo contrato social. *Data venia*, esse efeito não pode ser reconhecido em relação às fundações, sob pena de não terem proteção contra seus administradores.

Com razão, salvo melhor juízo, o eminente Juiz Ernane Fidélis, por ambos os fundamentos do seu judicioso voto.

Primeiro, porque os bens de fundações só podem ser alienados mediante autorização judicial.

Di-lo Pontes de Miranda, confortado por precedente do STF:

'Os bens da fundação, que não sejam destinados à alienação, são inalienáveis, por implícita ou explícita cláusula do ato fundacional (1.ª T. do STF, 25.01.1943, RT, 153/324; 3.ª Câm. do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22.11.1938, 116, 651 e 120, 95)' – *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. I, p. 462.

No RMS 7.441-SP, o eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar se reportou a essa lição e aditou transcrição, no mesmo sentido, de doutrina de Washington de Barros Monteiro, de Marco Aurélio S. Viana, bem assim de trechos de sentença proferida pelo então Juiz Rafael de Barros Monteiro, mais tarde presidente do STF, mantida pelo TJSP (*DJ* 11.11.1996).

Nesse contexto, é irrelevante que uma procuração em causa própria tenha sido o meio utilizado para o negócio jurídico indireto de reversão; não prevista a reversão na escritura pública de doação, a devolução do imóvel a um dos doadores, mediante esse expediente, constitui alienação pura e simples, que dependia de autorização judicial – nada importando que os estatutos sociais exigissem menos do que isso (sentença, f., a aprovação do Conselho de Administração, inicialmente, e a aprovação do Conselho Superior de Administração, depois).

Esse fato desqualifica a boa-fé objetiva do adquirente, afastando o direito de retenção pelas benfeitorias.

Segundo, porque o instrumento de f. não pode ser identificado como uma procuração em causa própria.

A procuração em causa própria, de fato, viceja no âmbito dos negócios indiretos (quando 'as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado para alcançar; consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas' – Ascarelli, 'O negócio jurídico indireto', *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 94).

'Típicas a respeito' – escreveu o grande jurista – 'são a história da cessão dos direitos, de início realizada por meio de uma procuração processual *in rem propriam* (no direito romano) e a da representação, de início realizada por meio da cessão (no direito germânico), alcançando, em ambos os casos, indiretamente, fins cuja licitude e utilidade é, hoje, correntemente reconhecida' (op. cit., p. 98).

O reconhecimento da procuração em causa própria, todavia, supõe, pelo menos, a manifestação expressa de sua irrevogabilidade (CC, art. 1.317, I) e a desobrigação de prestar contas – no caso, ausentes.

Decidindo que a procuração de f. encobriu uma reversão, o Tribunal *a quo* contrariou o art. 1.174 do CC, porque – admitida que fosse a reversão não prevista no ato da doação – a aplicação da respectiva norma só se daria em caso de morte do donatário, do que aqui não se trata.

A esse propósito, Pontes de Miranda sentenciou:

'Não há reversão se não foi preestabelecida. A condição resolutiva é a premorte do donatário' (op. cit., t. XLVI, p. 237).

E, se correta a interpretação que lhe atribuiu a eminente Ministra Nancy Andrighi, a teor de cujo voto 'para os eminentes juízes do TAMG, o bem não teria chegado a pertencer à Fundação', o julgado teria contrariado, ainda, o art. 533 do CC e o art. 172 da Lei 6.015, além de incorrer em manifesta contradição; teria contrariado os citados arts. 533 e 172, porque o registro da escritura de doação inequivocamente transferiu o domínio do imóvel para a Fundação São José; e teria incorrido em manifesta contradição, porque ficaria inexplicável a circunstância de que a venda à Las Casas Empreendimentos Ltda. foi feita pela Fundação São José, desde essa perspectiva *non domino* – artigos esses expressamente referidos nos embargos de declaração (f.), acerca dos quais o voto condutor do respectivo acórdão disse: 'Com a devida vênia do ilustrado patrono da embargante, tal conclusão não me parece infensa às normas de direito material invocadas nas razões destes embargos, mesmo porque não há como interpretá-las diante do quadro fático retratado pela prova dos autos, sem se levar em consideração o disposto no art. 82 do CC com base no qual prevaleceu, no julgamento dos embargos infringentes, o entendimento de que a intenção das partes contratantes foi mesmo a de fazer a reversão da doação, através da procuração *in rem propriam*' (f.).

Por isso, a ação deve ser julgada procedente, circunstância que obriga o exame das denunciações da lide feitas ao tabelião Vicente Jaguarão Rosa de Queiroz, ao Espólio de Pio Cardoso Filho e a Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves (f.).

A denunciação da lide, ao tabelião, não é admitida pela Turma, tal qual decidido no REsp 109.175-SP, relator o Min. Waldemar Zveiter (*DJ* 24.05.1999). Já a denunciação da lide a Paulo César de Oliveira Gonçalves e ao Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho não se enquadra na previsão do art. 70, I, do CPC, *in verbis*:

'Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta.'

Aqui o alienante é o autor da ação, de modo que eventual direito de Las Casas Empreendimentos Ltda. contra Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves e contra o Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho deve ser veiculado em ação autônoma.

Voto, por isso, no sentido conhecer do recurso especial e de lhe dar provimento (a) para julgar procedente a ação, anulando a escritura de compra e venda em que foi transmitente a Fundação São José e adquirente Las Casas Empreendimentos Ltda., lavrada no Livro 153, às f. 79, do Cartório do 2.º Ofício de Notas da Comarca de Betim, e determinando o cancelamento do respectivo registro no Ofício Imobiliário – condenada Las Casa Empreendimentos Ltda. ao pagamento das custas e dos honorários de advogado, estes arbitrados à base de dez por cento sobre o valor da causa, atualizado monetariamente –; e (b) para julgar incabíveis as denunciações da lide a Vicente Jaguarão Rosa de Queiroz, ao Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho e a Paulo Cesar de Oliveira Gonçalves, ressalvadas as ações autônomas que Las Casas Empreendimentos Ltda. lhes queira propor – condenada Las Casas Empreendimentos Ltda. ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios devidos ao patrono do Espólio de Antônio Pio Cardoso Filho, fixados em dez por cento sobre o valor da causa, corrigidos monetariamente."

Adotando a transcrita fundamentação, retifico o meu voto anterior para acompanhar o voto dissidente do ilustre Min. Ari Pargendler.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª T. ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto vista do Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, reformulando seu pronunciamento para acompanhar a dissidência iniciada pelo Sr. Min. Ari Pargendler, pediu vista a Sra. Ministra Nancy Andrighi."

Ausentes, justificadamente, nessa assentada, o Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 12 de novembro de 2001.

RETIFICAÇÃO DE VOTO – *A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi*: Em melhor exame das razões do recurso especial, e após os ilustrados votos vista proferidos pelos eminentes Ministros Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro, conclui-se pela rejeição do óbice da Súm. 7/STJ.

Nestes termos, a apreciação do tema de direito federal deve ser devolvida ao e. Colegiado, para verificação da alegada nulidade da escritura pública de compra e venda e a retomada do terreno.

Como é cediço, pode o procurador transferir a outrem os poderes recebidos do outorgante. É a este ato de transferência que comumente se dá o nome de substabelecimento, podendo ser total ou parcial, com ou sem reservas. Mas de qualquer modo, só é possível a transferência dos poderes efetivamente outorgados ao mandatário, nos seus limites e conteúdo.

A procuração é autorização representativa, esta é a regra. Contudo, há um negócio jurídico que desnatura tal qualidade da procuração, mantendo-lhe apenas a aparência. A doutrina e a jurisprudência aceitam para designar tal negócio jurídico a denominação de cláusula ou procuração *in rem suam*.

Caracteriza-se a procuração *in rem suam* pela dispensa da prestação de contas, caráter irrevogável do mandato e conferição de poderes gerais, no exclusivo interesse do outorgado.

Acresça-se a tais considerações, o escólio de Orlando Gomes sobre o tema:

"A cláusula *in rem suam* desnatura a procuração, porque o ato deixa de ser autorização representativa. Transmitido o direito ao procurador em causa própria, passa este a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta.

Sendo o negócio translativo, há de preencher os requisitos necessários à validade dos atos de liberdade ou de venda. Transfere crédito, mas não a propriedade. Será, pois, em relação a esta, um título de transmissão, a ser transcrito para que se opere a translação. Quando tem por objeto bem imóvel, a procuração em causa própria exige a forma de escritura pública.

Intuitivamente, a procuração em causa própria é irrevogável, não porque constitua exceção à revogabilidade do mandato, mas porque implica transferência de direitos."[1]

No caso em tela, é de se reconhecer que o instrumento de procuração não continha cláusula de reversão e a sua utilização, por cláusula expressa ou não, representa, ao possibilitar o retorno do imóvel ao patrimônio do doador originário, alienação de patrimônio da fundação.

Para fins de alienação do patrimônio da fundação é imprescindível a autorização judicial com a participação do órgão ministerial, formalidade que foi suprimida e que acarreta a nulidade do ato negocial, pois a tutela do Poder Público – sob a forma de participação do Estado-juiz, mediante autorização judicial –, é de ser exigida.

A princípio, a existência da fundação na qualidade de massa patrimonial destinada à consecução dos fins institucionais postos em seus estatutos, pressupõe a seleção do patrimônio com um fim maior.

Portanto, a subtração de bem imóvel do montante de seu patrimônio só se justificaria quando voltado aos objetivos estatutários; tanto é assim que incumbe ao Ministério Público atuar como órgão fiscalizador das atividades, impondo, assim, o dever do alienante requerer autorização judicial para alienação de imóvel de fundação.

Forte nestas razões, *dou provimento* ao recurso especial, para julgar procedente o pedido e determinar o cancelamento do registro da compra e venda. Arcará a ré com as custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, bem como igual condenação honorária em relação ao litisdenunciado Antônio Pio Cardoso Filho – espólio, porque incabíveis as denunciações à lide.

É o voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Castro Filho*: Senhor presidente, em razão do reposicionamento da Sra. Ministra Nancy Andrighi, retifico o meu voto para conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após retificação do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e Castro Filho, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento."

Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a senhora ministra relatora.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 19 de novembro de 2001.

[1] *Contratos*, 8. ed., Forense, p. 425.

2.2

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4.ª REGIÃO

2.2.1 ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL. Cobrança de taxas condominiais. Proprietário. Possuidor. Multa convencional. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade.

Ementa Oficial: 1. A prestação condominial trata-se de obrigação propter rem *de natureza real, de sorte que o proprietário tem a obrigação de prestá-las, ainda que no momento da adjudicação existam parcelas em atraso.*

2. A ação de cobrança de quotas condominiais pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o possuidor, pois prevalece o interesse da coletividade de receber os recursos para o pagamento de despesas indispensáveis. Precedentes do STJ.

3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor para regular multa decorrente de inadimplemento de obrigação condominial, tendo em vista que não há relação de consumo caracterizada.

4. Recurso improvido.

ApCiv 2000.71.01.000283-6-RS – 4.ª T. – TRF 4.ª Reg. – j. 29.05.2002 – rel. Juiz Joel Ilan Paciornik.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, decide a 4.ª T. do Tribunal Federal 4.ª Reg., por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de maio de 2002 – JOEL ILAN PACIORNIK, relator.

RELATÓRIO – Trata-se de recurso de apelação contra sentença de f. que condenou a Caixa Econômica Federal ao pagamento de cotas condominiais vencidas e vincendas, incluído ao valor principal, juros e multa moratória, devidamente atualizados monetariamente até o efetivo adimplemento.

Irresignada, a CEF recorreu às f. alegando que os ex-mutuários continuam na posse do bem, com *animus domini*, devendo os mesmos arcar com as responsabilidades decorrentes de tal situação, adimplindo com as quotas de condomínio.

Diz ainda que a Convenção Condominial não foi registrada no Livro de Registro de Imóveis da Comarca de Rio Grande – RS. Afastando-se assim a incidência de qualquer ônus sobre as cotas condominiais.

Sustentou que a multa aplicada pelo juízo, ainda que prevista em lei, está em total desacordo com a ordem econômica atual, além de não poder ser responsabilizada pelos encargos moratórios decorrentes do não pagamento no prazo dos meses anteriores à adjudicação.

Contra-razões de f. pela manutenção do julgado.

É o relatório. Dispensada a revisão (art. 37, IX, RI).

JOEL ILAN PACIORNIK, relator.

VOTO – Pretende o recurso a reforma da sentença para desobrigar a CEF do pagamento de taxas condominiais em atraso pela arrematação de imóvel, sustentando que a obrigação de pagar o condomínio é de natureza pessoal.

As obrigações condominiais, ou seja, a taxa que se oferece pela manutenção e conservação de área comum em condomínio, caracterizam-se, conforme ensina a doutrina dominante, corroborada pela farta jurisprudência, como uma obrigação mista, também denominada de *propter rem*.

Orlando Gomes define a obrigação mista da seguinte forma:

"A natureza jurídica de tais obrigações *in rem scriptae*, *ob* ou *propter rem* não está definida. Para determiná-la, tomando posição de debate que se trava, necessário se faz defini-las. Tais obrigações existem quando o titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada prestação o direito de quem pode exigi-la é subjetivamente real. Quem quer que seja o proprietário da coisa, ou titular de outro direito real, é, *ipso facto*, devedor da prestação. Pouco importa, assim, a pessoa em que surgiu pela primeira vez. A obrigação está vinculada à coisa. Dentre outras, são obrigações *ob rem* ou *propter rem* as dos condôminos de contribuir para a conservação do bem comum (...)." (Orlando Gomes. *Direitos reais*. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1990. p. 13)

Segundo Venzi em *Sistema do direito civil brasileiro*, as obrigações *propter rem* possuem natureza híbrida, ou seja, possuem características ora de pessoalidade ora de realidade, havendo os que defendam ser uma obrigação puramente pessoal.

Os defensores da sua pessoalidade afirmam que a obrigação é pessoal, porquanto o objeto da relação jurídica é uma prestação, pouco importando que seja devida por pessoa indeterminada. No dizer de Orlando Gomes, na obra supra citada, "A circunstância de derivarem de uma condição de fato – a de alguém ser o titular atual de um direito real – não lhe tira o caráter de relação jurídica pessoal, uma vez que subsistirão sempre como um vínculo entre duas pessoas".

Apesar da discussão acerca da pessoalidade ou realidade das obrigações mistas, a posição que foi assimilada pelo direito brasileiro foi a de que as obrigações *in rem scriptae* possuem natureza real, acompanhando o bem a que estão agregadas.

Orlando Gomes caracteriza, concisamente, em seu livro sobre direitos reais, a natureza real de tais obrigações e a sua inserção ao direito pátrio, aduzindo que "Os adeptos da realidade emprestam maior significação ao aspecto real da relação jurídica, que reputam principal. Uma vez que existem por ser alguém titular de um direito real, a vinculação a este é de tal ordem que seu exercício, pressupondo a relação real, segue-lhe a sorte. Esta caracterização, hoje predominante na doutrina e nas legislações, foi aceita no direito pátrio".

Desta sorte, mais correto figura o entendimento de que as obrigações condominiais, caracterizadas como obrigações mistas ou *propter rem*, derivam da vinculação de alguém sobre certo imóvel, sobre o qual incidem deveres decorrentes de manter-se a coisa. Portanto, essas obrigações só existem em razão da situação jurídica do obrigado, de titular do domínio ou de detentor de determinada coisa. Caracteriza-se pela origem e transmissibilidade automática, originada da existência de um direito real, que se impõe ao seu titular.

Assim, se o direito que se origina é transmitido, a obrigação segue, seja qual for o título translativo.

Maria Helena Diniz em *Curso de direito civil brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 2, aponta certas características às obrigações *in rem scriptae*, que englobam a prestação condominial, vamos a elas:

"1.º) vinculação a um direito real, ou seja, a determinada coisa de que o devedor é proprietário ou possuidor;

2.º) possibilidade de exoneração do devedor pelo abandono do direito real, renunciando o direito sobre a coisa;

3.º) transmissibilidade por meio de negócios jurídicos, caso que a obrigação recairá sobre o adquirente. (...)

Do exposto poder-se-á dizer que a á obrigação *propter rem* é a que recai sobre uma pessoa por força de um determinado direito real, permitindo sua liberação pelo abandono do bem."

Desta forma, há que ser mantida a sentença singular, tendo em vista que as cotas condominiais são espécies de obrigações que acompanham o imóvel, e que são assumidas pelo proprietário, inclusive ha-

vendo débitos anteriores à arrematação, pois, mesmo após a modificação legislativa do par. ún. da Lei 4.591/64, o entendimento das Cortes, bem como da doutrina, é de que as cotas condominiais são obrigações *propter rem*, acompanhando o bem em que tem origem.

Neste sentido, tranqüila é a jurisprudência:

"Consignatória. Despesa de condomínio. Adjudicação. Execução extrajudicial. Obrigação *propter rem*.

1. O adquirente de unidade condominial, a qualquer título (compra e venda, adjudicação etc.) Deve responder pelos encargos junto ao condomínio. Mesmo aos anteriores a aquisição do imóvel, por constituírem-se esses em obrigações *propter rem*, de modo a acompanharem o imóvel.

2. Apelação improvida." (TRF 4.ª Reg., AC 0434522-7, 3.ª T., rel. Juiz Fábio Rosa, *DJ* 07.12.1994, p. 71.924.)

"Civil. Condomínio. Despesas. Obrigação *propter rem*. Adjudicação do imóvel em favor da Caixa Econômica Federal. Pagamento das taxas anteriores à adjudicação pela adjudicante. Lei 4.591/64.

O novo proprietário do imóvel é responsável pelas despesas condominiais anteriores ao registro de sua propriedade. Mesmo com a nova redação dada pelo par. ún. do art. 4.º da Lei 4.591/65 é responsável o adquirente da unidade autônoma, se tal, por acaso, não fosse diferentemente avençado, com a concordância do condomínio. O art. 4.º da Lei 4.591/65 impõe a necessidade da prova da quitação das obrigações do alienante para a transferência do imóvel. Na adjudicação há sucessão pelo adjudicante das dívidas de caráter real do antigo proprietário, chamadas obrigações *propter rem*.

Apelo improvido." (TRF 4.ª, AC 0425289-8, 4.ª T., rel. Juiz Dirceu de Almeida Soares, *DJ* 22.07.1998, p. 541.)

"Execução de quotas de condomínio. Natureza *propter rem*. Arrematante.

Tratando-se de natureza *propter rem*, as dívidas para com o condomínio se transferem para o arrematante do bem que passa a figurar no pólo passivo da demanda. Agravo improvido." (TRF 4.ª, AgIn 0405621-6, 3.ª T., rela. Maria de Fátima Freitas Labarrère, *DJ* 01.03.2000, p. 150.)

No que tange à responsabilidade do mutuário que se encontra na posse direta do imóvel, acertada foi à sentença singular que sustentou que "tal argumento não socorre a ré, uma vez que o fato de o apartamento estar ocupado por pessoa que é sua devedora não afasta a sua obrigação de pagar as quotas condominiais. Ora, a ré é proprietária do apartamento e do box, conforme comprovam os documentos de f. e, por isso, possui a obrigação de pagar a dívida. Aliás, o condomínio tem o direito de optar entre cobrar o débito do possuidor ou do proprietário do imóvel". Nesse sentido inúmeros são os precedentes do STJ (REsp 194481-SP, REsp 327699-RJ, REsp 223282-SC).

Também não merece prosperar a alegação de que a convenção condominial não está registrada no Registro de Imóveis da Comarca de Rio Grande, deixo de conhecer o recurso no tocante a esta parte, vez que "não pode o apelante impugnar senão aquilo que foi decidido na sentença, nem cabe à instância *ad quem* inovar a causa, com invocação de outra *causa petendi*" (*RTJ* 126/813).

Alega ainda a CEF que a multa aplicada pelo juízo singular não deve prosperar, tendo em vista que a conjuntura econômica atual não espelha o percentual de 20% sobre o valor da dívida, devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor para valorar a multa, além de não poder responder pelos encargos moratórios anteriores à ação, posto que não foi cientificada do débito para pagamento, porquanto não tendo dado azo ao atraso.

Cumpre ressaltar que não é cabível aplicar-se o Código de Defesa do Consumidor às prestações condominiais, pois em nada correspondem às relações de consumo, protegidas por aquele diploma.

Tal entendimento é esposado pelo STJ:

"Condomínio. Cobrança de taxas. Legitimação passiva. Litisconsortes. Multa. Código de Defesa do Consumidor. Cálculo de débito.

(...)

3. Os precedentes da Corte admitem, quando prevista na convenção de condomínio, a cobrança da multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor do débito. O Código de Defesa do Consumidor não interfere na lei especial de regência do condomínio, confinado que está aos limites das relações de consumo.

(...)." (REsp 203254-SP, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 28.02.2000.)

Posto isso, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

JOEL ILAN PACIORNIK, relator.

2.3

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.3.1 NEGÓCIO IMOBILIÁRIO. Compra sem a devida checagem dos antecedentes judiciários do vendedor. Falta de boa-fé objetiva do comprador para com a função social do contrato.

Ementa Oficial: Quem compra bens sem checar os antecedentes judiciários do vendedor, é mais do que um comprador precipitado; incorre em falta de boa-fé objetiva para com a função social do contrato, pois a fraude de execução da negociação imprudente trabalha contra a efetividade do processo civil dependente do patrimônio do alienante (art. 5.º, XXXV, da CF). Hipótese em que a falta de inscrição da citação da ação no registro imobiliário (arts. 167, I, e 21 da Lei 6.015/73) não poderá constituir salvo conduto para a dilapidação patrimonial consumada na fase de execução da sentença condenatória. Incidência do art. 593, II, do CPC. Improvimento.

ApCiv 179.991-4/8 – 3.ª Câm. Férias de Janeiro/2001 – j. 30.01.2001 – rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 179.991-4/8, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Ivanilde Bine Ferreira de Bastos, sendo apelados Mauro Luiz Costa Campello e outra:

Acordam, em 3.ª Câm. de Férias de Janeiro/2001 de Direito Privado do TJSP, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Desembargadores Flávio Pinheiro (presidente e revisor) e Alfredo Migliore.

São Paulo, 30 de janeiro de 2001 – ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, relator

Vistos.

Iniciou-se, em 20.09.1991, a caminhada judiciária de Mauro Luiz Costa Campello e Lizete Aparecido Verillo em busca de recomposição patrimonial (devolução das quantias pagas) de negócio imobiliário (construção de apartamento) descumprido pela Remal Construtora e Incorporadora Ltda.

A r. sentença condenatória saiu rápido, ou seja, em 20.05.1992 (f. do Proc. 2291/91, da 10.ª Vara Cível da Capital). O v. acórdão que a confirmou é de 22.03.1994 (f.). Em julho de 1994, começou a liqüidação por cálculos e, depois do retorno do processo ao Tribunal, finalmente em maio de 1996 (f.), homologou-se a conta que acusava, para abril/96, uma dívida de R$ 86.596,15 (f.).

Lavrou-se o arresto e penhora de três imóveis (que foram avaliados: por R$ 47.197,00, o da Rua Luis Pastorino; por R$ 31.396,00, o da Rua Padre Viegas de Menezes e por R$ 13.394,00, o da Rua Nossa Senhora das Candeias, segundo o laudo da f.). O mais valioso foi liberado da penhora por acordo nos embargos de Roberto Dogani Cazelato (apenso – n. 2920/97), e os exeqüentes receberam por conta R$ 1.200,00 (f.).

Pela terceira vez, o processo é remetido a esta Corte de Justiça, agora para reexame da r. sentença que rejeitou embargos de terceiro, ofertados por Ivanilde Bine Ferreira de Bastos, interpostos para liberação do imóvel da Rua Padre Viegas (Matrícula 73.289, do 9.º CRI da Capital), em face da aquisição, por escritura pública, de 27.10.1995 (f.).

Considerou a r. sentença que a alienação da executada para a embargante ocorreu em fraude à execução (art. 593, II, do CPC). A embargante, no entanto, argumenta que o ajuizamento da ação que deu origem ao título executivo não foi averbada

no Registro Imobiliário e utiliza o que chama omissão dos credores neste ponto para legalizar a aquisição pela sua boa-fé, notadamente quando a questão da solvibilidade da executada constitui, como na espécie, matéria controvertida.

Com este breve relatório, passa-se ao julgamento.

O fato mais marcante da evolução do Direito das Obrigações foi a mudança de seu caráter pessoal para impessoal, ou "ao invés da pessoa, o patrimônio da mesma veio a responder pelos débitos" (Rubens Limongi França, "Os alicerces do direito obrigacional", *Estudos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*, Forense, 1979, p. 21).

Da mesma maneira que o devedor obriga-se perante o seu credor, este, enquanto aguarda o cumprimento voluntário, confia na atitude do juiz para impedir o triunfo da insolvência fraudulenta. "Obtida a sentença judicial", esclareceu Sylvio Marcondes Machado, "com o reconhecimento da dívida e do inadimplemento, os bens do devedor, por efeito da condenação ao pagamento, ficam sujeitos à responsabilidade processual" (*Limitação da responsabilidade de comerciante individual*, São Paulo, 1956, p. 258).

Ao tomar para si o comando do encargo público de satisfazer o credor, o processo civil sofreu uma crise existencial diante da dilapidação, invariavelmente inescrupulosa, do patrimônio que constituía a esperança dos credores para uma execução perfeita. A vulnerabilidade do organismo forense incentivou as críticas de sua inoperância, exatamente porque o juiz é obrigado a encerrar, impotente e frustrado, suas funções diante da insolvência repentina do devedor.

Essa é uma velha e, ao que tudo indica, interminável história.

No fim do século XIX, por exemplo, a doutrina apostava que uma ação diferente seria solução para a tormentosa morosidade do processo tradicional, especialmente para os credores portadores de documentos de crédito perfeitos, tanto que, como estratégia da sua real magnitude cogitou-se, em página doutrinária adiantada para a sua época, da *disregard of legal intity*, na fase executória, uma verdade da jurisprudência contemporânea (A. de Almeida Oliveira, *A assignação de dez dias*, Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1883, p. 141):

"Extinta uma sociedade (comercial ou civil, não importa) que girou com firma social, podem os sócios da mesma, em seus próprios nomes, acionar e ser acionados por dez dias em razão de obrigações e direitos sociais? Parece à primeira vista que só a firma social pode estar em juízo por obrigações sociais. Mas assim não é nem pode ser, se a sociedade foi dissolvida e não está mais em liquidação. Entidade que já não existe, e portanto, não pode ser acionada, forçosamente há de ser substituída pelos indivíduos que a formavam."

Entramos no século XXI repetindo as lamentações de uma execução demorada, caríssima e – por que não afirmar – enigmática. O "processo executivo", afirmou Barbosa Moreira ("Notas sobre o problema da efetividade do processo", *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, Saraiva, 1982, p. 216) "em regra, ao menos nalgumas de suas modalidades, é complexo e moroso, presta-se em grau elevado às manipulações da chicana".

Falta, advertiu outro notável jurista, "vontade política e pressão social para introdução de regras práticas positivas", com o sentido publicista da citação da execução "para tornar ineficaz qualquer alienação subseqüente que deles faça o devedor" (Calmon de Passos, "A crise do processo de execução", *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*, Fabris, 1995, p. 198).

O art. 593, II, do CPC, ao estabelecer que "considera-se em fraude à execução a alienação de bens no curso de demanda

apta a conduzir o devedor à insolvência", inscreveu regra pela valorização ou prestígio da efetividade do processo ou garantia de perfeita executoriedade do título judicial. Segundo o STF, "para que se configure fraude à execução basta a existência de demanda pendente, quando a alienação do bem se consumou, não dispondo o executado de outros bens penhoráveis; não se faz necessária a inscrição da penhora" (*RTJ* 172/52, apud Theotonio Negrão, *CPC e legislação processual em vigor*, 30. ed., Saraiva, 1999, p. 625).

A venda de bens, pelo devedor já citado em ação capaz de comprometer seu patrimônio, é ineficaz para o direito posto no processo civil em curso, uma verdade que salva a execução do risco da frustração. Isso não é mais totalmente verdadeiro e urge resistir para o bem da jurisdição.

Os acontecimentos nessa área do direito estão sofrendo mutação por conta de uma jurisprudência que dignifica a boa-fé do terceiro adquirente dos bens do devedor insolvente e sua origem pode estar em antigo julgado do TAMG relatado pelo Juiz que hoje abrilhanta o C. STJ (Sálvio de Figueiredo Teixeira), citado no REsp 155.355-PE, *RSTJ* 115/298):

"Entre o exeqüente descuidado, e já diziam os romanos que *jus no securrit dormientibus*, e o terceiro de boa-fé que não adquiriu diretamente do executado (**uma vez que aí o descuido seria seu**), a toda evidência que o direito deve amparar o segundo, pois, como salientou Von Thur, a boa-fé é o elemento subjetivo que informa, estrutura, vivifica todas as relações. Como já tive oportunidade de afirmar, o interesse geral representado pelo anseio de infundir segurança aos negócios jurídicos, impõe-se que se prestigie a boa-fé."

A questão do registro da citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis (arts. 167, I, 21, da Lei 6.015/73) ganhou destaque na disputa entre a boa-fé do terceiro e do direito do credor de obter penhora para satisfazer-se, principalmente porque a Lei das Escrituras Públicas (n. 7.433/85) não exige que o comprador pesquise os antecedentes judiciais do vendedor como requisito de idoneidade do ato notarial.

E o próprio Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira anotou que "inexistindo registro da citação (hipótese dos incisos I e II do art. 593 do CPC) ou do gravame judicial, ao credor cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, adquirente ou beneficiário, da existência da demanda ou do gravame. Provada a ciência do terceiro, dispensável é a prova da má-fé, que aí se presume" ("Fraude de execução", *Ajuris* 37/236).

Tarefa espinhosa foi carreada ao credor, é de se convir. A prova é difícil, e isso se explica porque julgamentos afinados com essa tendência estão se multiplicando, o que inspirou o notável jurista, antigo Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Uberaba-MG, Humberto Theodor Júnior, a pontificar em parecer publicado pela *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 5/154, Porto Alegre, maio-jun. 2000:

"Fácil, portanto, é observar que, no atual estágio do Direito brasileiro há uma proteção dispensada ao terceiro que negocia com o litigante fraudador da execução. Isto porque não se pode ignorar tenha o adquirente agido de boa-fé, na ignorância da existência de uma ação e o de prejuízo **que este veio a sofrer, e à ordem jurídica** não apraz desprezar a boa-fé.

O fundamento para aludida proteção está em que a Lei já franqueia ao credor o acesso a instrumentos que visam à tutela de seus créditos, todos com eficácia *erga omnes*, tais como o registro das ações reais imobiliárias e das penhoras. De modo que, havendo o registro haverá a impossibilidade de que terceiros venham alegar a sua boa-fé, pois, *in casu*, a má-fé gozará de uma presunção absoluta. Todavia, se o credor não se mostra diligente no sentido de divulgação da existência da ação, o resultado será exatamente a atribuição do

ônus de comprovar estar o terceiro-adquirente obrando de má-fé. Sem o registro, o que há é a presunção de boa-fé do terceiro que deverá ser elidida pelo credor para o fim de lograr o reconhecimento da fraude à execução e, por conseguinte, a decretação da ineficácia do ato de alienação."

O histórico vazio da matrícula, portanto, está salvando os compradores de bens penhorados ou aptos à constrição (STJ, REsp 115.878-SP, Min. Cesar Asfor Rocha, *RT* 769/179 e REsp 145.296-SP, Min. Waldemar Zveiter, *RT* 779/184). O TJSP já aderiu a essa novidade, confirmando negócio realizado com imóvel de réu em ação em curso, por falta da inscrição da citação do vendedor no registro predial (Ap. 128.287.4/7, *RT* 776/222).

Indiscutível a utilidade dos arestos contemporâneos. Em alguns casos, o comprador age realmente de boa-fé e os julgados abrem a perspectiva de se fazer justiça a esse proceder digno de proteção jurídica. Imaginem, por exemplo, alguém adquirido um imóvel em Pirassununga, interior do Estado de São Paulo, de um cidadão que era sócio de uma empresa têxtil em Belo Horizonte-MG, fechada com dívidas trabalhistas e com execução voltada ao patrimônio do sócio pela aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica imposta na Justiça Trabalhista.

Como exigir do comprador, em situações do gênero, ciência do problema comercial da capital mineira ao adquirir imóvel, da pessoa física, em outro Estado? Afinal, não colocamos ao dispor do interessado um intercâmbio de dados cartorários de nossos Estados Federados e muito menos é permitido identificar, nas referências das pessoas jurídicas, os nomes dos sócios que as compõem.

Porém – e respeitosamente – o moderno conceito jurisprudencial deve ser aplicado com prudência para não se chegar ao absurdo de abandonar os autores de uma ação no anticlímax da esperada efetividade. E o que é pior: em uma situação em que a proximidade das informações não supera um quilômetro de distância dentro da imensidão da Capital paulista (os cartórios são praticamente centralizados). Para se ter idéia da facilidade com que se pode conhecer a fase de um processo, basta acessar o número da apelação e, de imediato, os computadores mandam imprimir as notas dos principais acontecimentos.

Não existe sigilo, de sorte quem compra um imóvel sem obter certidões cartorárias ou não quer conhecer os problemas do vendedor ou pouco se importa com as expectativas dos credores dele.

Facilita-se o conhecimento das atividades judiciárias para a segurança das relações negociais e, mesmo assim, continua a polêmica que tenta consolidar efeitos preponderantes em um negócio recente por faltar "publicidade" de uma sentença em fase de execução, como a que favorece os embargados e que demorou cinco anos até ser amoedada.

Os credores correm o risco da execução "infrutífera" pelo esvaziamento patrimonial do devedor, uma situação que Liebman considerou como "de absoluta impotência da organização jurídica da sociedade" (*Processo de execução*, Saraiva, 1968, p. 33).

A angústia do litigante que perde uma causa por um evento dessa ordem assemelha-se ao desespero dos sobreviventes do *Essex*, baleeiro do século XVIII destruído por ataques de uma cachalote (história real que inspirou o Moby Dick, de Melville) e que, prostrados por falta de alimentos e desidratados, encontram, depois de trinta dias, em um bote à deriva, uma ilha vulcânica desprovida de água doce e vida animal e que foi definida como "um grão de poeira desabitado, rodeado por um vasto oceano e todo feito de coral, dificilmente pode ser encarado como uma fonte de salvação para quem quer que seja" (Nathaniel Philbrick, *No coração do mar*, trad. Rubens Figueiredo, Cia. das Letras, 2000, p. 190).

Nada mais terrível para os que acreditam no trabalho prestado pelo Judiciário. Para evitar o estresse de uma longa, cara e estafante jornada, é mister esmiuçar bem

as circunstâncias globais do confronto entre o credor e o terceiro, que afirma agir de boa-fé na aquisição de bens de agentes processados na Justiça Cível.

Dá-se começo com o exame da insolvência da Remal – Construtora e Incorporadora Ltda., que não ostenta um único terreno ou um modesto apartamento remanescente de sua antiga atividade lucrativa, para que o Estado-juiz apanhe-o, venda-o pelo melhor preço e pague aos credores que buscam esse resultado há dez anos. Nesse particular os credores estão imunes do rigor da jurisprudência, porque a notoriedade da insolvência livra-os de produzir outras provas para essa finalidade (art. 334, I, do CPC). Sem o imóvel da Rua Padre Viegas, os embargados perdem o meio de restituição determinada pela sentença condenatória.

Agora, a interpretação da boa-fé. Necessário recordar que Erick Danz, Professor da Universidade de Jena, dizia que "o princípio da boa-fé aplica-se, pelo contrário, sempre que o sentido da declaração seja duvidoso; quando, por conseguinte, não possa determinar-se com segurança o seu significado, atendendo aos usos sociais. *Nestes casos, o juiz tem que interpretar a declaração de vontade das partes como a entenderiam as pessoas corretas*" (*A interpretação dos negócios jurídicos*, trad. Fernando de Miranda, Saraiva, 1941, p. 193, com grifos do relator).

Torna-se imperioso ressaltar que a tendência de hipervalorizar a inscrição da citação de uma ação no registro predial, cuja ausência está sendo considerada como fatal para o exeqüente surpreendido com a fraude no fim do percurso, necessita de um melhor enquadramento jurídico.

A inscrição no registro de imóveis, como também qualquer medida cautelar de efeito similar (protesto contra alienação de bens, seqüestro etc.) é facultativa porque sua conseqüência é gravíssima, uma típica restrição de direitos por via oblíqua que espanta interessados na aquisição de bens e compromete a expectativa creditícia do proprietário (imóvel com inscrições pendentes não são bons para cadastros patrimoniais e os bancos, por exemplo, refugam empréstimos nessas condições).

Parece temerário exigir do autor que, já no intróito da ação, realize a inscrição da citação e comprometa a livre disponibilidade da coisa imóvel. E se perder a causa? Certamente vai responder a um pedido de indenização por perda de chance e danos morais (arts. 159 do CC e 5.º, V e X, da CF)!!! Poder-se-ia exigir – quando muito – tal providência no fim do processo de conhecimento, o que reclamaria alteração do texto da Lei 6.015/73, incluindo a possibilidade de averbar citação da execução na matrícula.

Se vivemos o *boom* do acesso à ordem jurídica justa, incentivando cada vez mais as pessoas ao exercício da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CF), a imposição de uma atividade de risco para o autor, como a prévia inscrição imobiliária para não ser surpreendido na execução por um terceiro aparentemente de boa-fé, surge como um desestímulo ao exercício da cidadania ou direito de demandar.

Será difícil para o litigante entrar no Fórum já com a corda no pescoço. A exigência soa como método perverso (expressão de Cândido Dinamarco para cunhar os óbices ilegítimos contra a iniciativa, *Universalizar a tutela jurisdicional, Fundamentos do processo civil moderno*, Malheiros, 2000, II/857) com toda a pinta de "barreira ao acesso" (Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Fabris, 1988, p. 28).

A falta da inscrição da citação, portanto, é irrelevante no jogo das pretensões de terceiros que entram na história do processo na fase executória ou no momento de se realizar penhora de bens, uma neutralidade importantíssima para permitir a conclusão de que a embargante desonrou compromissos da boa-fé objetiva inerentes ao contrato de compra e venda.

É inadmissível, nos dias atuais, e mesmo no final de 1995, data em que se formalizou a escritura, com construtoras e incorporadores falindo e aplicando golpes nos compradores de apartamentos, alguém adquirir um bem de raiz de uma empresa do ramo, sem rastrear seus antecedentes judiciários, com tamanha facilidade na área da informática ou de acesso aos dados de atividades forenses. Ótimos negócios não se fecham com dispensa da conferência inibitória da fraude de execução.

A boa-fé do comprador não se exaure em etapas procedimentais direcionadas aos planos individuais do vendedor, porque interesses de terceiros (e do Estado-juiz) gravitam sempre em torno do patrimônio e, objetivamente, é dever de todo comprador correto ou bem intencionado dedicar um mínimo de trabalho de pesquisa a ações judiciais. Trata-se de um controle obrigatório para com a sociedade evoluída e que depositou no patrimônio da pessoa, a chave para a execução das obrigações. Ademais, também há o aspecto de solidariedade com o Judiciário, um órgão a serviço do povo e que depende da penhora eficaz para realizar a justiça que pacifica.

Evitar a ridicularização de sentenças é ônus do cidadão de boa-fé, homenagem ao organismo jurídico e social. É, pois, politicamente correto, garantir a perfeita execução de sentença e não a riqueza do patrimônio contemporâneo do investidor precipitado e que segue apenas e exclusivamente aos seus impulsos de consumo.

Se o contrato é visto como instrumento de socialização de direitos, a fraude de credores e de execução quebra a sua função porque fere direitos de terceiros. Juristas da atualidade pregam que a missão do negócio jurídico é "de colaboração entre os homens" (Antônio Junqueira de Azevedo, "Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia", *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, Saraiva, 1989, p. 20).

Antes, Frutuoso Santos afirmara:

"Se, pois, a boa-fé deve nortear, indistintamente, os atos de todos os indivíduos na vida em sociedade, deve a lei, com maior razão, amparar esses atos quando disserem respeito ao mundo dos negócios, porque as relações jurídicas entre as pessoas são hoje em dia de tal modo encadeadas que o rompimento de um simples elo pode acarretar, muitas vezes, por via reflexa, sérios prejuízos a outros membros da sociedade, também merecedores de proteção legal." (*Contrato de promessa de compra e venda de imóveis não loteados*, Rio de Janeiro: Casa do Estudante, com justificação do autor de 1951, p. 83.)

Quando a embargante adquiriu o imóvel da Rua Padre Viegas de Menezes, em 27.10.1995, já existia execução fluindo, e a insolvência da vendedora a Remal, era latente. Mesmo assim, a compradora desprezou as regras elementares de segurança imobiliária, omitindo-se na obrigação de vasculhar o passado financeiro de quem lhe vendia, confiando em que uma simples referência da escritura seria apta a consolidar o negócio. É o que consta do traslado oficial (f.): "declarando assim a outorgante (a Remal) na forma e sob as penas da lei, que não tem nenhuma ação judicial que possa prejudicar a transação que ora se realiza, pelo que ficam dispensadas as demais certidões de praxe".

Essa declaração foi introduzida no contrato mais para favorecer a compradora, ora embargante, e não a Remal, e, por tal sentido, sacraliza a falta de boa-fé de ambas. Na verdade, é a consagração da má-fé ou o manto ofertado e aceito para encobrir a fraude e que, de tão espesso ou surrado, permitiu desvendar o conchavo encenado diante do notário.

Impossível outorgar eficácia a um negócio fechado com tamanha imprudência diante de uma sentença majestosa ou, como preferia Pimenta Bueno, "monumento de justiça", síntese que usou para simbolizar as sentenças passadas em julgado (*Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*, Jacintho Ribeiro Ed., 1911, p. 250). Como admirar sua glórias monumentais, é de ser indagado, com um

sistema jurídico que não permite festejar o êxtase de sua conquista?

As partes, em verdade, sabiam que existiam ações em curso, inclusive esta que se encontrava apurando o valor exato da liquidação e, antevendo a alternativa da validade do negócio pela falta de inscrição ou de penhora, lançaram o mentiroso epíteto na escritura, como que acreditando que a transcrição da mensagem "de nada consta", pelo escrivão, seria suficiente para colorir de boas intenções um ato que tirou dos credores da Remal as perspectivas de êxito final da longa batalha jurídica.

Não fosse para esse fim, porque afirmar na escritura que não existiam ações judiciais em curso?

Equipara-se a alienação do imóvel da Rua Padre Viegas a uma tentativa infantil de superar o veto do art. 82 do CC. O patrimônio da Remal encontrava-se indisponibilizado pela atuação do Judiciário e, para contornar a proibição da venda de bens em fraude à execução, as partes fizeram declaração falsa ao tabelião, uma transgressão ética que repugna à mentalidade dos *bonus pater familias*. A embargante contrariou os bons costumes e, ao associar-se de forma temerária à inverdade do texto da escritura, fez natimortos os seus embargos, por defeito congênito.

Acolher os embargos seria o coroamento da malícia ou o reconhecimento de que a fraude, despudoramente aplicada diante do art. 593, II, do CC, prepondera diante de um casal que, vítima da inexecução contratual da incorporadora e construtora, assiste ao dissipar do projeto de restauração do direito no crepúsculo da demanda, apenas por não ter providenciado a inscrição da citação da devedora em todos os imóveis com registro válido ao tempo do ajuizamento.

Não é essa, naturalmente, a ideologia dessa moderna e bem intencionada jurisprudência, pelo que acertou a ilustre juíza em não a adotar quando rejeitou os embargos e manteve a penhora.

Nega-se provimento.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, relator.

2.3.2 REGISTRO DE IMÓVEIS. Retificação de área.

Ementa Oficial: Determinação de realização de perícia, a despeito da ausência de impugnação dos confrontantes e da apresentação de memorial e planta. Pertinência. Art. 213, § 2.°, da Lei de Registros Públicos. Dispensa, porém, das exigências do perito. Agravo provido em parte.

AgIn 196.440-4/9 – 2.ª Câm. de Direito Privado – TJSP – j. 07.08.2001 – rel. Des. J. Roberto Bedran.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de AgIn 196.440-4/9, da Comarca de São Miguel Arcanjo/Itapetininga, em que são agravantes Amália Nalesso Lemos e seu marido, Nereo Fagundes Lemos, sendo agravado o Juízo:

Acordam, em 2.ª Câm. de Direito Privado do TJSP, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Theodoro Guimarães (presidente, sem voto), Osvaldo Caron e Paulo Hungria.

São Paulo, 7 de agosto de 2001 – J. ROBERTO BEDRAN, relator.

1. O recurso investe contra decisão que, em ação de retificação de área promovida pelos agravantes, manteve a designação de perícia e determinou-lhes, na forma de solicitação do perito, a alteração do levantamento planimétrico trazido com a inicial, agora com menção de rumos e distâncias das divisas. Sustentam a desnecessidade da prova, por presentes os dados necessários e ausente qualquer impugnação ou contestação.

Regularmente processado o recurso, vieram as informações judiciais requisitadas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento.

2. Não bastasse questão preclusa, porque não atacada no momento oportuno, foi bem deferida a prova pericial na espécie.

É que, consoante tem reiteradamente proclamado esta Câmara, na linha de orientação dominante nesta Corte (*RJTJSP-Lex* 129/247), a despeito do teor do art. 213, § 2.°, segunda parte, da Lei 6.015/73, há a considerar a regra genérica inserta no art. 130 do CPC, armando o juiz do poder de determinar quaisquer provas para a melhor e livre formação de seu convencimento, como também o público interesse imperante em questões alusivas ao registro de imóveis, cujos assentamentos exigem seriedade, certeza e segurança.

Na hipótese, busca-se, além de alteração de considerável área de terras rurais, com cerca de 10 alqueires, nova descrição do imóvel, até mesmo das suas linhas divisórias, o que está a exigir maior rigor e cautela, que não poderiam ser assegurados pela unilateral documentação ofertada pela parte interessada.

De todo prudente, pois, a determinação de produção de perícia.

Não se deve olvidar que, segundo orientação firmada no C. STJ, "o juiz pode, a qualquer tempo, sob prudente discrição, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar anterior decisão que a havia dispensado" (REsp 5.268-SP, 4.ª T., rel. Min. Athos Carneiro, *DJU* 11.11.1991, p. 16.149).

O que não se justificava, no caso, era deferir a solicitação do perito, de prévia retificação do levantamento planimétrico trazido ao processo pelos agravantes, porquanto essas providências são próprias da perícia. Só neste ponto, portanto, prospera o inconformismo.

Adotam-se, no mais, os precisos fundamentos do parecer ofertado pelo Promotor de Justiça designado pela Procura-

doria-Geral, o Dr. Luiz Antonio Orlando, que merecem reproduzidos:

"Cumpre observar, em linha lógica, que a prova pericial foi determinada em momento anterior ao r. despacho agravado, que se limitou a exigir dos autores a prestação dos informes solicitados pelo perito. Ao que se nota das informações prestadas pelo d. magistrado, a deliberação judicial ordenadora da realização da vistoria técnica não experimentou qualquer ataque recursal, constituindo matéria preclusa. A r. decisão tida como agravada, convém enfatizar, se restringiu a deferir o pedido de esclarecimentos formulado pelo *expert*, a cargo dos promoventes, a respeito dos rumos e distâncias de algumas das linhas de divisa a serem inseridas na nova descrição pretendida.

De qualquer modo, o levantamento pericial afigura-se imprescindível no caso, nada autorizando sua dispensa.

Ressai do conjunto das peças formadoras do instrumento que a pretensão dos agravantes visa alterar substancialmente a precária descrição do imóvel de sua propriedade, objeto da Matrícula 39.717 do Registro de Imóveis da Comarca de Itapetininga, nele inserindo área de superfície e medidas perimetrais absolutamente desconhecidas do fólio.

Por isso, o levantamento pericial mostra-se necessário.

Com efeito, a grandeza geográfica da área rural retificanda (superior a 10 alqueires), a precariedade de sua descrição e o absoluto desconhecimento registrário de suas medidas perimetrais e área de superfície, reclamam a feitura de apuração pericial de sua real configuração geodésica, fins de ser preservada a segurança e a exatidão registrárias.

Ora, diante de tão vistosa transformação e inovação descritiva objetivadas, ensejadoras da inserção de elementos de especialização até então desconhecidos do fólio imobiliário, faz-se imperiosa a perícia ordenada, com o que será possível apurar, por estudo de títulos (e não mera posse física) a real conformação intramuros da área retificanda, em ordem a saber se as medidas de contorno do imóvel e sua atual confrontação são exatamente aquelas informadas pelos interessados. Somente a perícia poderá aclarar tais questionamentos, dissipando dúvidas e garantindo a segurança do sistema registrário.

Demais, não é de se perder de vista que o juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe verificar da necessidade ou não de sua produção para o enriquecimento de seu convencimento e conseqüente exatidão da prestação jurisdicional que lhe compete (inteligência do art. 130 do CPC). Não é o juiz mero homologador de provas unilateralmente oferecidas pela parte interessada. Para a formação de um juízo de absoluta certeza e firme convicção acerca da exata especialização objetiva do imóvel retificando, não está o magistrado impedido de promover a vistoria pericial do imóvel por profissional de sua confiança.

Neste sentido o magistério jurisprudencial emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado: AI 238.020-1, de Itatiba; AI 255.168-1/5, de Salesópolis/Santa Branca; MS 240.863-1/2, da Capital; AI 155.458-1/0, da Capital; AI 244.193-1, de São Bernardo do Campo; AI 109.913-4/6, de Mogi das Cruzes; AI 243.480-1/6, de Atibaia; MS 204.568-1/2, da Capital; AI 247.814-1, de Itaí; AI 106.138-4/7, de Araçatuba; AI 127.220-4/5, de Amparo.

Pouco importa, de outra parte, para a realização da perícia, a existência, ou não, de impugnação. É que no procedimento retificatório não se cogita de revelia. Menos ainda de seus efeitos, já que em matéria de registros públicos vinga a verdade real, prevalecendo o interesse público e a segurança registrária.

Desse modo, 'afigura-se secundário que algum interessado haja ou não rechaçado o pedido e até mesmo ser-lhe indiferente o resultado obtido, aumentando o *quantum* da área, pois o que justifica

a perfeita apuração dos dados, para constarem do registro imobiliário, é o interesse público que impera e envolve o assunto relacionado com os registros públicos.

Assim, desde que se façam lançamentos no fólio imobiliário, buscando a modificação de dados cadastrais nele contidos, é preciso que se revistam de seriedade, certeza e segurança, pois o registro imobiliário, como assinala Demburg, deve ser um fiel espelho da situação jurídica dos imóveis.

E a forma de garantir segurança consiste na efetivação de levantamento pericial, não podendo ser aceito o trabalho apresentado pelo requerente (f.), por maior idoneidade que possa ostentar o seu subscritor, valendo como contribuição da parte, isto é, como produto da assistência técnica' (TJSP, ApCiv 126.473-1, rel. Des. Silvério Ribeiro).

No mesmo sentido o magistério doutrinário de Narciso Orlandi Neto, na obra *Retificação do Registro de Imóveis*, 2. ed., Juarez de Oliveira, 1999, p. 152-153.

Pertinente, portanto, a prova pericial ordenada.

Já no que concerne aos esclarecimentos solicitados pelo perito, dizentes com o apontamento, pelos agravantes, dos rumos e distâncias de algumas das divisas do imóvel retificando, nenhuma providência é de lhes ser exigida a respeito, seja porque da planta que instruiu a petição inicial já consta todas as medidas que entendem corretas (f.), seja porque compete ao perito, e não às partes, em trabalho de campo e de pesquisa registrária, levantar as exatas medidas de contorno do imóvel retificando.

Nessa conformidade, tendo em consideração as razões expostas, uma vez mantida a ordem de realização da perícia, impõe-se afastar dos promoventes o ônus de prestar os esclarecimentos solicitados pelo perito." (f.)

3. Do exposto, para o fim assinalado, dá-se parcial provimento ao recurso.

J. ROBERTO BEDRAN, relator.

2.3.3 COMPRA E VENDA. Retificação de escritura e dos correspondentes registros.

Ementa Oficial: Pretensão deferida, já em ação própria, com vista a constar que o box *de garagem adquirido foi um determinado, e não outro, lançado erroneamente no instrumento negocial. Substituição da referência ao objeto, contemplada pela sentença favorável à demandante, que permite não só o registro da aquisição do bem substituto, em seu nome, como já ocorrido, mas também o retorno do bem substituído ao patrimônio dos alienantes, inclusive mediante a abertura de matrícula. Determinação do alcance objetivo da coisa julgada material, posto em sintonia com a disposição da sentença, além de com sua motivação, com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional e com a idéia concernente ao chamado "processo civil de resultados". Agravo provido.*

Ag 236.722-4/6 – 10.ª Câm. de Direito Privado – TJSP – j. 30.04.2002 – rel. Des. Quaglia Barbosa.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de AgIn 236.722-4/6-00, da Comarca de São Paulo, em que é agravante Dalva Menice Ayrosa, sendo agravados espólio de Boris Monastersky e outro representados por seu inventariante:

Acordam, em 10.ª Câm. de Direito Privado do TJSP, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o relatório e voto do relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Marcondes Machado (presidente, sem voto), Ruy Camilo e Roberto Stucchi.

São Paulo, 30 de abril de 2002 – QUAGLIA BARBOSA, relator.

1. É agravo tirado dos autos de ação inicialmente rotulada como anulação de ato jurídico, depois alterada para retificação de escritura de compra e venda de imóvel, acolhido esse pleito nos termos de sentença, cuja cópia vem exibida (f.), insurgindo-se a vencedora contra r. decisão, que inadmitiu pedido no sentido de que se determinasse a expedição de mandado, ao Registro de Imóveis competente, para os fins por ela detalhados (f.), o que foi recusado pelo MM. Juiz, sob fundamento de transcender o pleito "o objeto da ação e o limite da coisa julgada, motivo pelo qual deverá ser formulado pela via judicial adequada" (f.).

Mandado processar o agravo (f.), informou o MM. Juiz (f.) e silenciaram os agravados (f.).

É o relatório.

2. Efetivamente, logrou êxito a ora agravante, no sentido de definir-se o objeto da compra e venda, juntamente com o apartamento 121, do denominado Edifício Alamac, à Rua Pinheiros, 383, o *box*, ou garagem n. 3, e não o de n. 10, tal como se lançara na respectiva escritura, por erro assacado ao notário (f.).

Esse o sentido da sentença, em verdade, posto em sintonia com os respectivos fundamentos, embora se costume acatar que a motivação do ato decisório não faça parte dos efeitos decorrentes da coisa julgada; sem embargo, porém, na espécie, mais do que a fundamentação, conforta o dispositivo sentencial tornar-se inequívoco ter sido proclamado que à agravante fora alienada garagem n. 3, *e não a n. 10* (f.).

Logo, com a devida vênia e respeitado embora o entendimento do digno magistrado de 1.º grau, a subsistência de registro, em nome da agravante, como se ainda houvesse a propriedade alusiva à garagem n. 10, concomitantemente com a n. 3, se põe em descompasso com o alcance real da sentença proferida na ação retificatória; a persistir aquele registro, em nome da agravante, terá sido, na verdade, obtida como que "meia retificação", assegurado à recorrente o domínio do *box* n. 3, con-

soante Matrícula 73.012, do 10.º Registro de Imóveis da Capital (f.), todavia, coexistindo com a propriedade do *box* 10, em virtude de persistir atual a Transcrição 21.766, do 13.º Registro de Imóveis, lavrada enquanto não passara o subdistrito de Pinheiros a integrar, desde a vigência da Resolução 1/71, a área atribuída, agora, ao 10.º Registro Imobiliário, em cujo fólio real não ingressou transmissão alguma, concernente ao referenciado *box* 10.

A disposição da sentença favorável à ora agravante há de ser compreendida e aplicada em sintonia com o próprio pedido inicial, que a autora cuidara de formular, de molde a que se atenda, por inteiro, ao pleito de quem, em última análise, se divisou ter razão, quando pleiteava, afinal, se lhe reconhecesse o domínio da garagem n. 3, e não o da garagem n. 10, em suma, que no registro imobiliário, assecuratório da aquisição da propriedade, fosse substituído o segundo bem pelo primeiro (f.).

Para definição dos limites objetivos da coisa julgada, não há perder de vista que o posicionamento moderno da doutrina processual, acha-se "agora girando em torno da idéia do *processo civil de resultados*", sendo certo que "consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. *Na medida em que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber* (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social" (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I, n. 40, p. 108).

Isso é perfeitamente válido, na espécie, quando a sentença, afinal, na leitura adequada de seu dispositivo, atendeu ao pedido da autora, para que se lhe atribuísse a propriedade de um determinado bem, *e não de outro*, resultado que não compadece com a outorga do desejado, mantendo-se o indesejado.

Tenha-se sob foco de rememoração que "evitar *conflitos práticos do julgado* é o resultado que se coaduna com o escopo pacificador da própria jurisdição, a qual não se exerce para fixar teses jurídicas nem para a descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio. O que importa é pacificar pessoas e eliminar seus conflitos mediante a definição de direitos, obrigações e comportamentos a adotar, sem deixar resíduos de insegurança jurídica que instabiliza relações (...); a descoberta da verdade mediante a instrução e a cognição realizadas no processo, é mero instrumento para a busca da justiça das decisões. Existe *um eixo imaginário que liga o pedido posto na demanda inicial e a parte dispositiva da sentença*, de modo que o autor *pede* determinada providência em relação a determinado bem da vida e o juiz lhe responde *concedendo ou denegando essa providência*" (Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., vol. III, n. 960, p. 314).

Ora, na espécie, desde que a motivação da sentença, mas não só esta, senão que também sua própria disposição, mediante adequada leitura, revelam ter sido concedida a providência que a autora pediu, por inteiro e não, parcialmente, qual o sentido lógico de se lhe negue a efetividade plena da tutela jurisdicional, preferindo-se remetê-la à propalada "via judicial adequada" (f.)?

Não há duvidar que, perfilhando o alvitre, correria a agravante até o risco de trancamento da futura ação, por falta de inte-

resse processual, na linha do implemento peculiar da necessidade, dentro do binômio consagrado para essa condição da ação, ausentando-se, *data venia*, obstáculo à abertura da matrícula perseguida, desde logo, na medida em que isso ocorreria por não menos que "ordem judicial proferida em ação própria" (f.), como preconiza o MM. Juiz, originando-se aquela ordem da sentença já proferida, em favor da autora, nos moldes em que o foi (arts. 221, IV, 228, 229 e 233, II, da Lei 6.015/73).

Nem há dizer, respeitado embora o entendimento do magistrado, como o externa em suas informações, de que "a abertura de matrícula para o *box* de garagem n. 10, (*omissis*), não foi objeto de ação judicial e nem da coisa julgada" (f.); porque, diversamente, *data venia*, o foi, como acima demonstrado e corolário a abertura da matrícula de preservado o aludido bem, a integrar o patrimônio dos vendedores, não o da adquirente, no qual *substituído* pelo congênere n. 3.

3. Na expedição do mandado, tornar-se-ão em conta a especificação do bem destacado, na forma descrita para o chamado "*box* ou lugar n. 10" (f.), assim como a titularidade, constantes da Transcrição 21.766, do 13.º Registro de Imóveis, sem prejuízo do endereçamento do mandado ao 10.º Registro de Imóveis, por força da transferência administrativa antes mencionada.

4. Diante do exposto e para os fins explicitados, dou provimento ao agravo.

QUAGLIA BARBOSA, relator.

2.4

SEGUNDO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.4.1 PENHORA. Registro. Prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.

Ementa Oficial: No art. 240 da Lei de Registros Públicos, ao estipular que o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior, o legislador demonstra que depois de efetuada a inscrição da penhora o terceiro adquirente (ou contratante) não poderá alegar falta de conhecimento das condições legais da fraude. A inscrição da penhora faz pressupor a scientia fraudis, *que, em caso de inexistência de registro, deve ser devidamente comprovada. É esse o efeito da inscrição da penhora.*

Ap s/ Rev 615.512-0/8 – 11.ª Câm. – 2.º TACivSP – j. 12.07.2001 – rel. Juiz Mendes Gomes.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, os juízes desta Turma Julgadora do 2.º TACivSP, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 11.ª Câm.: Juiz Relator: Mendes Gomes; 2.º Juiz: Clovis Castelo; 3.º Juiz: Melo Bueno; Juiz Presidente: Mendes Gomes.

Data do julgamento: 12.07.2001 – MENDES GOMES, relator.

A r. sentença de f., com o relatório adotado, acolhendo o pedido de retomada, por denúncia vazia, promovido por arrematante do imóvel locado, decretou o despejo da ré, fixando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária e impondo-lhe os ônus da sucumbência.

Apela a vencida, objetivando a reforma do julgado (f.) e, para tanto, argumenta:

"(...) *desde 01.02.1991*, vem mantendo relação *ex locato* sobre a loja 25 situada no Shopping Center Matarazzo, empreendimento, então, de propriedade da S.A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo, administrado com anuência desta, por empresa do grupo denominada Real State Participação Consultoria e Administração Ltda., através de contratos sucessivos e ininterruptos, tendo em *01.06.1966* [*sic*] firmado contrato de locação pelo *prazo de 60 (sessenta) meses com início em 01.06.1996 e término previsto para 31.05.2001, no qual inserida cláusula de vigência na hipótese de alienação do imóvel. Referido contrato encontra-se averbado à margem da matrícula do imóvel conforme R. 188/15.483* (...)".

E prossegue afirmando que:

"Acontece no entanto que, opõe-se, a apelada, a manutenção da locação supra citada, em razão de ter procedido a arrematação de todo o complexo comercial em *11.03.1997* perante os autos da Execução Fiscal 193.888.642 que a Fazenda Estadual promove contra S.A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo.

Contudo, não obstante ter sido o empreendimento arrematado em *11.03.1997*, foram interpostos pela executada (Matarazzo) diversos recursos que conferiram duplo efeito a apelação. Porém, em razão de acordo firmado entre a executada e a arrematante, do qual participou a sublocatária do imóvel – Real State – (f.) no qual a executada desistiu expressamente do apelo, concordando com a liberação do

imóvel à favor da arrematante; foi em *12.08.1998* autorizada a expedição da carta de arrematação levada à registro em *26.08.1998*.

Entretanto, contendo o contrato de locação da apelante *cláusula de vigência*, encontrava-se registrado na matrícula do imóvel desde *24.03.1997*, ou seja, *16 (dezesseis)* meses antes do registro da carta de arrematação.

Esta precedência registral tem sido ignorada pela apelada, que imediatamente após o registro de seu título aquisitivo (carta de arrematação) providenciou a notificação de todos os lojistas à fim de que procedessem a desocupação do imóvel no prazo de 90 (noventa) dias, quedando-se inertes, propôs o presente procedimento embasada no art. 8.° e seus parágrafos da Lei Inquilinária.

(...)

Ora, o contrato de locação da apelante preenche todos os requisitos legais de oponibilidade: encontra-se em pleno vigor, até 31.05.2001; contém expressa cláusula de vigência, e, por fim, está regularmente averbado à margem da matrícula do imóvel, em data anterior a sua aquisição.

Dessarte, procedendo a apelante o assentamento do contrato no registro imobiliário, poderá opô-lo a terceiros, uma vez que passou a gerar efeitos reais, obrigando o adquirente do domínio respeitá-lo, constituindo-se óbice à denúncia da locação tal como formulada."

O recurso foi regularmente processado, anotando-se o preparo (f.).

É o relatório.

A procedência da ação, não obstante o brilhantismo do articulado nas razões do inconformismo, é inarredável.

Com efeito, o último contrato de sublocação do salão comercial, celebrado pela sublocadora com a sublocatária, tendo como anuente a locadora, teve seu início em 01.06.1996 e término previsto para 31.05.2001 (f.), sendo a cártula levada à averbação junto à matrícula do imóvel aos 24.03.1997, conforme faz certo o documento de f.

Por outro lado, embora o imóvel no qual se localiza a loja retomanda tenha sido arrematado aos 11.03.1997 (f.), o certo é que a carta de arrematação somente foi expedida em data de 12.08.1998 (f.), tendo sido registrada aos 26 de agosto seguinte (f.).

Não obstante a averbação do contrato locatício tenha precedido o registro da carta de arrematação, o certo é que desde 27.10.1995 estava registrada, à margem da matrícula do imóvel, a sua penhora levada a efeito nos autos da ação de execução fiscal requerida pela Fazenda do Estado de São Paulo contra S.A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo (Proc. 103.888.643 e apensos).

O julgador monocrático acabou por acolher a pretensão evacuatória da loja, por entender que:

"(...) a simples penhora judicial do imóvel em processo executivo, de conhecimento público, tinha o condão legal de inquinar de ineficácia, ainda que de boa-fé, de alienação ou de simples oneração do imóvel ou de suas partes, considerados como de fraude de execução (art. 593 do CPC). Se o ordenamento jurídico procura prestigiar o instrumento legal satisfativo, substitutivo à atuação das partes, de forma a preservar o monopólio da soberania e da Justiça, inquinando de ineficácia mesmo atos de oneração, ainda que de boa-fé, desde o ajuizamento da ação judicial, em que há penhora e arrematação, não há como agasalhar pretensão contrária a todo este sistema de direito, em face do simples registro posterior à arrematação judicial, feita de *má-fé*, unicamente para tolher o arrematante e, em síntese, desprestigiar a Justiça."

Correto o entendimento do julgador de 1.° grau.

Ora, não se pode negar que a publicidade que naturalmente envolve os atos dos registros públicos, principalmente na seara da sua atuação imobiliária, tem por

mira oportunizar a terceiros interessados uma ciência completa de todos os fatos que, de algum modo, digam pertinência a um imóvel e possam afetá-lo. Bem por isto que a sua matrícula deve, naturalmente, refletir a sua verdadeira situação, com indicação precisa de todas as alterações a que possa ter sido submetido e, também, aos gravames que tenha eventualmente sofrido.

Por certo que a Lei 6.015, de 31.12.1973 (Registros Públicos), não instituiu a obrigatoriedade do registro da penhora. Contudo, em seu art. 240 estabelece que, se efetivado, "faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior".

Na lúcida ensinança de Arnaldo Marmitt,[1] "ao estipular que o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior, o legislador demonstra que depois de efetuada a inscrição da penhora o terceiro adquirente (ou contratante) não poderá alegar falta de conhecimento das condições legais da fraude. A inscrição da penhora faz pressupor a *scientia fraudis*, que, em caso de inexistência de registro, deve ser devidamente comprovada. É esse o efeito da inscrição da penhora".

Por aí, bem se vê, o registro da penhora é de vital importância para os credores, ao seu direito e à boa-fé de terceiros.

Comentando a disposição inserta no art. 593, *caput*, do Código de rito, Alcides de Mendonça Lima[2] escreve que "de dois modos, o proprietário se pode despojar de um bem: a)... ou b) onerá-lo, ou seja, sem perder o domínio, gravá-lo com um dos direitos reais (art. 674 do CC e legislação especial), criando, assim, um privilégio a favor de terceiro, que, se for um dos direitos reais de garantia, poderá resultar em alienação, se a obrigação garantida não for solvida. Em todo o direito de garantia existe, aliás, uma alienação potencial, para o caso de inadimplemento pelo dono do bem que se obrigou. Não se trata, evidentemente, em nenhuma das hipóteses acima, de destruição física do bem, mas, simbolicamente, de destruição jurídica. Tais atos equivalem ao desaparecimento dos bens do patrimônio do proprietário, pois o credor os procurará e não mais os encontrará, se alienados; ou os procurará, mas não os encontrará livres, se onerados, e, conforme o gravame, a caminho da alienação".

No caso dos autos, sem sombra para dúvida, está-se frente a fraude à execução, na medida em que o imóvel no qual situase a loja reclamada estava penhorado, com a penhora devidamente registrada desde *27.10.1995*. No entanto a renovação do pacto locatício celebrado pela sublocadora com a sublocatária-apelante, para vigorar a partir de 01.06.1996 até 31.05.2001, somente foi averbada aos *24.03.1997*, com isso onerando o imóvel penhorado, o que caracteriza, como se disse, fraude à execução, fazendo com que a averbação seja tida como ato ineficaz, como afirma Alcides de Mendonça Lima,[3] com o apoio de Pontes de Miranda: "enquanto, pois, os atos afetados pela fraude contra devedores são anuláveis, os atos visados pela fraude de execução são ineficazes".

Reconhecida a ineficácia da averbação do contrato de locação da apelante, o pleito da apelada encontra guarida no permissivo do art. 8.º do Estatuto Inquilinário.

À lide o julgador monocrático deu adequada solução, pela que a r. sentença hostilizada fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, o voto nega provimento ao apelo.

MENDES GOMES, relator.

---

(1) *A penhora – Doutrina e jurisprudência*, 1. ed., Aide, 1986, p. 83.

(2) *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Forense, vol. VI, t. II, p. 537.

(3) *Comentários*, vol. 6, p. 495.

2.4.2 EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. Ação de execução. Locação de imóveis.

Ementa Oficial: Os embargos à arrematação têm o seu cabimento restrito nos termos do art. 746 do CPC. Matéria já discutida nos embargos ao devedor. Inadequação do procedimento. Recurso não conhecido.

Ap c/ Rev 617.513-00/4 – 12.ª Câm. – 2.º TACivSP – j. 22.11.2001 – rel. Juiz Gama Pellegrini.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, os juízes desta Turma Julgadora do 2.º TACivSP, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, não conheceram do recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 12.ª Câm.: Juiz Relator: Gama Pellegrini; Juiz Revisor: Palma Bisson; 3.º Juiz: Romeu Ricupero; Juiz Presidente: Romeu Ricupero.

Data do julgamento: 22.11.2001 – GAMA PELLEGRINI, relator.

Trata-se de embargos à arrematação opostos por Hans Johann Kuhn e s/m, em face de Pires Participações Imobiliárias S/C Ltda., alegando, em síntese, não poder prevalecer a arrematação do bem, não só por preço vil, mas, igualmente, pela inúmeras nulidades absolutas de ordem pública ocorridas no processo. O imóvel, por ser bem de família, é impenhorável. A fiança se extinguiu. Dizem sobre a manutenção da fiança por força de lei, a iliquidez dos aluguéis, a potestatividade dos aluguéis, o excesso de execução. Reclamam pronunciamento sobre a exoneração da fiança e sobre a extinção da fiança e sobre a ilegalidade do valor dos aluguéis. Tratam, novamente, do preço vil. Aguardam, ao final, a procedência dos embargos.

O embargado apresenta sua impugnação às f., dizendo ter sido oferecido valor superior a 50% do que vale o bem, rebate as demais teses, ressaltando o caráter procrastinatório dos embargos, que devem, por isso mesmo, ser rejeitados.

A r. sentença monocrática de f., cujo relatório adoto, julgou improcedentes os embargos.

Os embargantes, às f., opuseram recurso de embargos de declaração contra a r. sentença, sendo rejeitado pelo MM. juiz às f.

Apelaram os embargantes, às f., sustentando a nulidade da r. sentença, face a ofensa direta ao art. 535, II, do CPC e Súm. 211 do STJ, a fim de que outra seja proferida, com o exame completo da matéria levantada nos embargos, inclusive porque há matéria de ordem pública de ordem pública. Alegam, ainda, a impenhorabilidade do imóvel residencial, de acordo com a Lei 8.009/90, inexistência de título certo e líquido. Insistem, ainda, na nulidade da r. decisão, por manter a fiança, sem o consentimento dos recorrentes, por potestividade do valor dos alugueres e excesso de execução. Aduzem, ainda, a aplicação do art. 1.491 do CC e, por fim, insurgem-se contra os valores dos alugueres. Pretendem, assim, a reforma da r. sentença de 1.º grau.

Recurso processado e com contra-razões, alegando, em preliminar, intempestividade do recurso (f.).

É o relatório.

Primeiramente no tocante à preliminar suscitada em contra-razões esta não procede, uma vez que o presente recurso de apelação foi interposto dentro do prazo legal, através do protocolo integrado, conforme se vê às f., em data de 27.04.1999 – TJ Depri.

Quanto ao recurso de apelação de f., este não pode sequer ser conhecido, senão vejamos.

O recurso em tela para sua interposição deve se ater necessário e obrigatoriamente aos termos do art. 746 do CPC, ou seja, ao seu âmbito de abrangência.

A doutrina ao definir a abrangência dos embargos à arrematação e conseqüente-

mente do recurso daí advindo estabelece que:

"Embargos à arrematação e à adjudicação. Os embargos, de que se cuida este art. 746, representam um segundo tempo no aspecto das impugnações cometidas ao executado para defesa de seus interesses no curso do processo executivo. 'Na execução por quantia certa, o executado tem dois tempos para oferecer embargos: a) dentro de dez dias contados da intimação da penhora (arts. 669 e 738, I); b) depois de assinado o auto de arrematação, ou de concedida a adjudicação, ou a remição, dentro também de dez dias, sem dependência de intimação. E o sentido do art. 746 é o de estabelecer que, no segundo tempo, não pode ser articulada matéria que deveria ser alegada nos dez dias subseqüentes à penhora, e nessa oportunidade não fora. A cláusula restritiva "desde que superveniente à penhora" não se refere apenas à prescrição, mas a todos os substantivos antecedentes e também à prescrição' (Amilcar de Castro, op. e vol. cits., p. 412-413)". (Idêo Batista Neves, *O processo civil na doutrina e na prática dos tribunais*, 8. ed., Freitas Bastos, 1995, vol. V.)

E ainda:

"Limitação objetiva dos embargos à arrematação e à adjudicação. Pressuposto essencial desses embargos está na superveniência, à penhora, dos fatos jurídicos apontados como suscetíveis de constituir matéria de ataque à arrematação e à adjudicação. Os vícios que porventura ocorram no processo de execução, até a penhora, esses constituem objeto dos embargos à execução. Os que, subseqüentemente à oposição dos embargos à execução e nos termos do art. 738, deverão ser oferecidos no prazo de 10 dias – contados, ou da intimação da penhora (art. 669), ou do termo do depósito (art. 622), ou da juntada aos autos do mandado, seja de imissão de posse, seja de busca e apreensão (art. 625), seja de citação, nas execuções das obrigações de fazer ou não-fazer – desde que se encartem no elenco do art. 746, podem ser opostos para arredar, ou a arrematação, ou a adjudicação. Todos esses casos assentam na ocorrência de fatos extintivos do direito de crédito, tal como vem invocado no processo executório, com a eficácia de determinar a sua extinção. Todos – salvo no caso de prescrição – concernem a negócios jurídicos processuais, dotados dessa eficácia a que acabamos de aludir." (Celso Neves, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed., Forense, 1993, vol. VII.)

E a jurisprudência não discrepa desse entendimento, conforme se vê da nota de rodapé n. 11-a ao art. 746, do CPC, Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nos seguintes termos:

"Embargos à arrematação. Têm seu cabimento restrito, nos termos do art. 746 do CPC, à alegação de fatos supervenientes à penhora. O vício desse ato constritivo, consistente em eventual impenhorabilidade, pode ser deduzido na própria execução, não sendo tema adequado aos embargos (STJ, 3.ª T., REsp 37.433-2-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.10.1993, negaram provimento, v.u., *DJU* 22.11.1993, p. 24.952)." (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 31. ed., Saraiva, 2000, p. 750.)

No mesmo sentido decisão deste E. Tribunal figurando como relator o Juiz Magno Araújo, cuja transcrição parcial da Ap c/ Rev 550.463/8, passamos a transcrever como parte integrante deste voto, a saber:

"Embargos à arrematação.

Os embargos à arrematação têm natureza restrita, não se prestando ao exame de questões que deveriam ter sido alegadas nos embargos do devedor. Inteligência do art. 746 do CPC.

Edital onde constou o valor da avaliação do imóvel fornecida pelo laudo pericial, com a advertência de que seria atualizado até a data da praça. Inexistência de nulidade. Preenchimento do requisito do art. 686, n. II, do CPC.

Preço vil. Inocorrência. Arrematação por preço superior à metade do valor indicado pela embargante e superior a 60% do encontrado na avaliação judicial.

Relatório – Apelo formulado contra a r. sentença de f., que julgou improcedentes embargos à arrematação interpostos em ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança, em fase de execução. Reitera, a embargante, os argumentos deduzidos nos embargos no sentido de não poder responder pelas condenações sofridas pela inquilina em decorrência da ação de despejo que lhe moveu o locador, por não ter sido parte no referido processo. E insiste, igualmente, no excesso de execução relativamente ao valor do aluguel, às multas moratória e compensatória, cláusula penal, honorários advocatícios e custas processuais. Ainda em preliminar, aduz nulidade da primeira praça e dos atos subseqüentes, bem como da arrematação porque ofertado o imóvel por preço vil. Meritoriamente, repete as alegações preliminares e reitera o pedido de substituição do bem penhorado por pedras preciosas.

Tempestivo, o apelo foi recebido e respondido (f.).

Voto (n. 8.086) – A recorrente encontra-se desassistida de razão.

Em se cuidando de embargos à arrematação bem de ver que o seu cabimento é restrito, a teor do disposto no art. 746 do CPC, vale dizer, somente podem ser alegados fatos supervenientes à penhora.

Como expõe o insigne Sérgio Sahione Fadel, 'nos embargos dos arts. 741 e 745 discutem-se as questões anteriores à penhora, ou a própria penhora; nos do art. 746, só as questões posteriores a ela. De forma que, toda a matéria anterior preclui nos embargos do devedor, e não pode ser reaberta nem apenas alegada nos embargos à arrematação ou á adjudicação' (*Código de Processo Civil comentado*, 3. ed., José Konfino Editor, t. IV, p. 138).

O posicionamento jurisprudencial, também é no mesmo sentido:

'Embargos à arrematação. Têm seu cabimento restrito, nos temos do art. 746 do CPC, à alegação de fatos supervenientes à penhora. O vício desse ato constritivo, consistente em eventual impenhorabilidade, pode ser deduzido na própria execução não sendo tema adequado aos embargos (STJ, 3.ª T., REsp 37.433-2-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.10.1993, negaram provimento, v.u., *DJU* 22.11.1993, p. 24.952).' (Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 30. ed., Saraiva, p. 730.)

'Os embargos à arrematação não se prestam ao exame das matérias previstas no art. 741 do CPC, que devem ser alegadas tempestivamente, através de embargos do devedor. Se o devedor não ingressa a tempo com os embargos, não pode deduzir sua defesa quando do oferecimento doas embargos à arrematação, que tratam de nulidades posteriores à penhora (Ac. un. da 1.ª T. do TJDF na Ap 28.925, rel. Des. Jerônimo de Souza; *DJ* de 30.06.1993; *ADV*, de 05.09.1993, n. 62.907).' (Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil anotado*, 7. ed., RT, vol. 3, p. 3.131.)

Na hipótese sub examine, a embargante suscitou vários temas que desbordavam dos lindes legais, corretamente afastados pelo douto magistrado singular, ao observar que tais questões (validade do contrato de locação, valor do débito, validade da fiança, multa, cláusula penal, honorários de advogado e custas do processo) se relacionavam com a própria existência do débito e deveriam ter sido argüidas em sede de embargos do devedor.

Daí porque a reiteração de tais pontos descomporta apreciação nesta oportunidade, por se tratar de matéria preclusa.

Conveniente observar, outrossim, que a substituição do bem penhorado igualmente não enseja reexame, na medida em que a decisão de f., dos autos de execução, transitou em julgado.

Por conseguinte, os únicos aspectos que comportam análise são os que res-

peitam à nulidade da primeira praça e arrematação por preço vil.

E no que concerne a esses temas, nada há a retificar, mostrando-se absolutamente correto o r. *decisum*, eis que inocorreu a pretendida nulidade, posto que no edital constou expressamente o valor da avaliação fornecida pelo laudo pericial, com a advertência de que seria atualizado até a data da alienação judicial (f.).

Foi atendido, destarte, o requisito do item II do art. 686 do CPC.

De outra parte, não há de se falar em alienação por preço vil, pois o *quantum* alcançado foi superior à metade do valor indicado pela embargante e superior a 60% do obtido na avaliação judicial.

Confira-se, a propósito, o entendimento pretoriano:

'O critério do preço vil não é estabelecido em lei, devendo ser examinado caso a caso. Irrelevante que o lanço baste para cobrir crédito. O que se examina é o injusto enriquecimento em cotejo com a satisfação do credor. Esse o sentido colimado pela lei. (Ac. un. da 5.ª Câm. do 1.º TACivSP de 31.05.1995, na Ap 601.113-0, rel Juiz Sílvio Venosa; *JTACivSP* 153/73.)

Se o lanço ofertado corresponde a 68% do preço da avaliação, descabe repudiá-lo, sob o fundamento da vileza da oferta. Reconhece-se o fenômeno da insignificância do lanço quando muito abaixo do valor praticado no comércio (Ac. un. da 7.ª Câm. do 1.º TACivSP de 30.04.1996, no Ag 678.992-8, rel. Juiz Ariovalvo Santini Teodoro; *RT* 731/319).' (Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil anotado*, 7. ed., RT, vol. 3, p. 2.869.)

Ante o exposto, não conheceram de parte do recurso e, no remanescente, negaram-lhe provimento.

Justino Magno Araújo, relator."

Consoante se verifica as razões de apelação não apenas versam sobre matéria que não condizem com os embargos à arrematação, bem como nada fazem do que rediscutir matéria já alegada nos embargos ao devedor.

Desta forma, o recurso não prospera, razão pela qual, e considerando tudo o quanto mais consta dos autos, não conheço do recurso de apelação.

GAMA PELLEGRINI, relator.

2.4.3 LOCAÇÃO. Execução. Imóvel dado em caução registrada no cartório competente. Arts. 38, § 1.º, da Lei 8.245/91, 167, II, n. 8, e 172 da Lei 6.015/73. Posterior penhora por terceiro credor. Preferência do titular do direito real. Arts. 619 e 698 do CPC. Notificação do credor. Obrigação imposta ao terceiro credor e não ao titular do direito real de garantia.

Ementa Oficial: Estando o imóvel gravado com ônus real – caução, devidamente registrada antes da penhora efetivada por terceiro credor –, é este quem deve observar o cumprimento dos arts. 619 e 698 do CPC e proceder à intimação do titular do direito real de garantia, e não o inverso.

Recurso desprovido.

Ap c/ Rev 637.304-00/7 – 3.ª Câm. – 2.º TACivSP – j. 03.09.2002 – rel. Juiz Cambrea Filho.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, os juízes desta Turma Julgadora do 2.º TACivSP, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma julgadora da 3.ª Câm.: Juiz relator: Cambrea Filho; Juiz revisor: Ferraz Felisardo;

3.º Juiz: Henrique Nelson Calandra; Juiz Presidente: Ferraz Felisardo.

Data do julgamento: 03.09.2002 – CAMBREA FILHO, relator.

Vistos etc.

Giulio D'Ippolito ajuizou ação de execução contra José Carlos Damiani e sua mulher, Maria Yone Pereira Damiani, fiadores em contrato de locação firmado com Tecnoplug Componentes Eletro Mecânicos Ltda., com objetivo de receber R$ 26.512,72 (vinte e seis mil, quinhentos e doze reais e setenta e dois centavos), decorrentes do inadimplemento de acordo homologado pela 3.ª Vara Cível de Barueri, alugueres vencidos de 31.12.1995 a 10.05.1996, despesas com depositário e conta de fornecimento de água vencida em 30.12.1996, já acrescidos de juros de mora e correção monetária (f.).

Pela r. sentença de f., a execução foi julgada extinta, com fundamento no art. 794, I, CPC.

Apela Itamaracá Empreendimentos e Construções Ltda. (f.) alegando que:

1) é parte legítima para interpor o presente recurso, uma vez que possui penhora anterior, devidamente registrada, incidente sobre o imóvel adjudicado pelo apelado;

2) não foi observado o disposto nos arts. 619 e 698 do CPC, já que não foi notificada da realização da praça, de modo que a venda judicial é ineficaz em relação a ela.

Preparado (f.) e respondido (f.), subiram os autos.

Já nesta Corte, o apelado juntou documentos que noticiam a efetivação do levantamento da penhora efetuada pela apelante (f.), sobre os quais esta se manifestou (f.) e, mais uma vez, o apelado (f.).

É o relatório.

Nega-se provimento ao recurso.

Citados os réus da presente execução, em 26.08.1997 foi penhorado o lote de terreno n. 10, quadra "D", Rua 3, loteamento Jardim Espacial, bairro das Toninhas, Ubatuba, ofertado em *caução, devidamente registrada em 15.08.1995 à margem da Matrícula 2.263 do Cartório de Registro de Imóveis de Ubatuba* (f.).

Registrada a penhora em 11.08.1998 (f.) e realizadas as praças (f.), o apelado requereu sua adjudicação (f.) por R$ 59.582,67 (cinqüenta e nove mil, quinhentos e oitenta e dois reais e sessenta e sete centavos).

Já com a carta de adjudicação expedida em 11.10.1999, a favor do apelado (f.), *a apelante ingressou nos autos, noticiando ser credora dos executados*, no montante

de R$ 141.543,33 (cento e quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e três reais e trinta e três centavos), a respeito do qual também ajuizou execução *e procedeu à penhora sobre o mesmo imóvel, registrada em 24.09.1996* (f.), antes da penhora do apelado, pelo que requereu a instauração de concurso de credores (f.).

A apelante juntou, ainda, auto de adjudicação do bem, registrado em 10.11.1999, e sentença homologatória (f.).

O apelado interpôs agravo de instrumento nos autos da execução ajuizada pela apelante contra os executados, contra a adjudicação do bem, pelo que o nobre magistrado reconsiderou a decisão homologatória e determinou o levantamento da penhora (f.)

Contra esta decisão não se tem notícia de interposição de recurso.

A apelante se rebela pelo fato de não terem sido observados os arts. 619 e 698 do CPC, que assim dispõe:

"Art. 619. A alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado."

"Art. 698. Não se efetuará a praça de imóvel hipotecado ou emprazado, sem que seja intimado, com dez dias pelo menos de antecedência, o credor hipotecário ou o senhorio direto, que não seja de qualquer modo parte na execução."

Em que pese o empenho da apelante, sua insurgência não comporta guarida.

A obrigação imposta pelos dispositivos legais se justifica para proteção do crédito do credor com garantia real ou direito de preferência sobre os demais credores quirografários.

No presente caso, o apelado é o titular de direito real sobre o imóvel, devidamente registrado em 15.08.1995 perante o Cartório de Imóveis competente, nos termos do art. 167, II, n. 8, da Lei 6.015/73, o que torna o ato de conhecimento *erga omnes* (art. 172 da Lei 6.015/73).

Aliás, assim ensina Francisco Carlos Rocha de Barros, *Comentários à Lei do Inquilinato*, Saraiva, p. 156:

"Todavia, se a caução recair sobre imóvel e for averbada no Cartório de Imóveis, alguns efeitos decorrerão, necessariamente, desse ato. Em primeiro lugar, porque a Lei dos Registros Públicos prevê a hipótese de averbação de caução de direitos relativos a imóveis (art. 167, II, n. 8). Tal lei, em seu art. 172, atribui à averbação do ato jurídico, entre outros efeitos, o de torná-lo válido em relação a terceiros."

Também Maria Helena Diniz, *Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada*, 4. ed., Saraiva, 1997, p. 157-158:

"A publicidade do contrato constitutivo da garantia real é dada pelo seu registro no Cartório de Títulos e Documentos, se móvel. (...) A caução em bem imóvel, por sua vez, além de escritura pública, para valer perante terceiros requer sua averbação à margem da respectiva matrícula.

Tanto a especialização como a publicidade são requisitos imprescindíveis para que a caução real tenha valia contra terceiros, caracterizando-se juridicamente como um direito real pela sua oponibilidade *erga omnes*."

Assim, em 24.09.1996, quando a apelante registrou sua penhora sobre o imóvel, já era sabedora do ônus incidente.

Sendo o apelado titular de direito real sobre o imóvel penhorado, era a apelante quem tinha a obrigação de observar o cumprimento dos arts. 619 e 698 do CPC, e não o contrário.

Como o direito real do apelado era de conhecimento público, não lhe era imposto intimar quem quer que fosse.

Aliás, o direito real do apelado tem preferência sobre o crédito do apelante. Neste sentido leciona Maria Helena Diniz, op. cit., p. 158:

"A caução real em móvel ou imóvel terá por escopo garantir ao locador o inadimplemento das obrigações decorrentes da locação, por vincular determinado bem per-

tencente ao inquilino. Se a locação for assegurada pela caução real, o locador terá preferência sobre o preço que se apurar na venda judicial do bem gravado, devendo ser pago prioritariamente. Havendo inadimplemento, a coisa móvel ou imóvel dada em garantia será oferecida à penhora, e o produto, por ela alcançado em praça, será destinado, de preferência, ao pagamento da obrigação garantida; logo, pagar-se-á, primeiramente, o locador."

Finalmente, os editais de realização das praças do imóvel também dão conhecimento público acerca da alienação judicial, de modo que, também por meio deles a apelante tomou ciência da execução do direito (art. 687, CPC).

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença, por seus próprios e mais estes fundamentos.

CAMBREA FILHO, relator.

2.4.4 CONDOMÍNIO. Utilização de garagem. Convenção que indistintamente prevê vaga para até dois veículos.

Ementa Oficial: Unidade prejudicada pela designação de vaga diferenciada das demais. Sentença que ordena observância do tratamento igualitário e para isso o remanejamento de vagas. Solução que se confirma, ampliado, porém, o prazo para o cumprimento da obrigação. Recurso parcialmente provido.

Ap s/ Rev 752.855/1 – 12.ª Câm. – 2.º TACivSP – j. 19.09.2002 – rel. Juiz Arantes Theodoro.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, os juízes desta Turma Julgadora do 2.º TACivSP, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento parcial ao recurso, por votação unânime.

Turma julgadora da 12.ª Câm.: Juiz Relator: Arantes Theodoro; 2.º Juiz: Ribeiro da Silva; 3.º Juiz: Campos Petroni; Juiz Presidente: Palma Bisson.

Data do julgamento: 19.09.2002 – ARANTES THEODORO, relator.

Cuida-se de apelo contra sentença que condenou condomínio em edifício de apartamentos a permitir aos co-titulares de uma daquelas unidades o estacionamento de um segundo veículo na garagem do prédio devendo para isso promover, em quinze dias e sob pena de multa diária, nova delimitação na totalidade das vagas de modo a assegurar aquele mesmo direito aos demais condôminos, e impôs ao réu o ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo autor, fixados em percentual sobre o valor da contribuição condominial desde abril de 1995.

O requerido apela e insiste em sua ilegitimidade para a demanda, já que diz ela respeito às áreas de propriedade individual dos condôminos. Diz ter a sentença, ademais, decidido *extra petita* ao obrigá-lo a proceder à redisposição das vagas de garagem, o que exige modificação da convenção condominial; fixar multa diária para forçar o cumprimento dessa determinação e limitar a responsabilidade dos autores pelas despesas condominiais a percentual inferior ao indicado na convenção, providências que na inicial não foram pleiteadas. Por outro lado, pede a inversão do resultado de mérito ao argumento de a cada unidade já corresponder uma vaga determinada na garagem, cuja dimensão é proporcional ao tamanho das unidades de modo que cada uma delas corresponde igual fração ideal sobre o todo, situação preexistente à aquisição feita pelos autores. Enfatiza ter a sentença, ao ignorar esse fato, ofendido o direito de propriedade e os princípios que regem o condomínio.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

I – Reputa-se competente esta Corte para conhecer do apelo, registre-se, à vista do art. 2.º, IV, da Resolução 108/98 e do Provimento 51/98.

II – Os autores se debatem contra o fato de a vaga que lhes foi atribuída na garagem do edifício possuir área inferior às demais, apesar de sua unidade concorrer na mesma medida das outras para as despesas comuns, e pedem, por isso, que o julgador lhes garanta tratamento igualitário de modo a que possam estacionar dois veículos na garagem como anunciado na convenção condominial.

Vê-se, pois, que se cuida de demanda relacionada à amplitude do direito de uso da vaga de garagem, supostamente mitigado pelo condomínio apesar da igualdade formal assegurada pela convenção às unidades. Não se tratando, pois, de litígio fundado na atuação de um condômino em particular e nem se pretendendo com a ação suprimir ou reduzir o direito dos demais comunheiros ao uso da garagem, havia

mesmo de ser a demanda proposta contra a massa condominial, cuja legitimidade fica então reconhecida.

III – A sentença decidiu *extra petita* ao ordenar remanejamento das vagas de garagem, fixar prazo para essa providência e quantificar as perdas e danos em um percentual sobre a cota cabente à unidade dos autores nas despesas comuns.

Satisfazer o direito dos autores ao estacionamento de dois veículos por unidade dependia da remarcação das vagas na garagem, obrigação de fazer imputada ao réu, estando, então, o juiz nesta hipótese autorizado pelo art. 461 do CPC a determinar as providências tendentes a assegurar o resultado prático da sentença, bem como a fixar multa diária para compelir o réu a cumprir a obrigação no prazo assinalado.

Por outro lado, a sentença não modificou o critério convencional de determinação da quota-parte cabente aos autores nas despesas comuns mas, para fins de recomposição dos prejuízos advindos da indevida mitigação do direito ao uso da garagem, reputou razoável fixar indenização tendo por base um percentual da área total da unidade, refletido então sobre o valor das contribuições pagas pelos autores ao longo de certo período.

Não se identifica, em suma, hipótese de julgamento *extra petita*.

IV – Quanto ao mais, adianta-se, o apelo comporta apenas parcial provimento, isto é, para se ampliar para noventa dias o prazo destinado ao cumprimento da sentença, prazo esse que se reputa necessário para que o réu adote as providências tendentes a satisfação do direito dos autores, tema compreendido na objeção ampla dos apelantes à sentença.

Descabida, no entanto, a inversão do resultado de mérito.

E isto porque, conquanto a cada uma das unidades tenha sido relacionada vaga numerada na garagem coletiva do edifício, certo é que a essas vagas não foi destacadamente atribuída fração ideal no terreno e nem foram elas previamente demarcadas na especificação condominial (f.), na convenção de condomínio (f.) ou no projeto constitutivo (f.). Por outro lado, o contestante admitiu o fato de as unidades contribuírem em igual medida para as despesas comuns, já que apresentavam identidade quanto à área total (f.), segundo previsto na convenção (art. 7.º).

Daí ter o magistrado, com acerto, concluído que não se justificava designar às unidades vagas de estacionamento diferenciadas quanto à área, devendo sim o condomínio assegurar a identidade de tratamento entre os autores e os demais companheiros.

Note-se, com efeito, que como coisa acessória da unidade há de ser tratada a vaga de garagem a qual não corresponda fração ideal específica no terreno e, nesta hipótese, duas são as possibilidades antevistas pela doutrina: a) pode propiciar simples direito de estacionamento no local que estiver desocupado à chegada do veículo ou b) pode ser individualizada e demarcada para uso privativo do titular da unidade habitacional a que se vincula (J. Nascimento Franco, *Condomínio*, RT, 1997, p. 174).

Em qualquer dos casos, contudo, evidente está que a identidade de tratamento há de ser observada entre os condôminos e que eventual diferenciação só pode advir da convenção condominial, negócio jurídico ao qual todos se vinculam.

Argumentou o contestante, é certo, que unidades do tipo A teriam área inferior às unidades do tipo B, ficando por isso àquelas atribuídas, a título de compensação e de modo a que todas alcançassem a mesma área total, vaga de estacionamento maior.

Ocorre, porém, que a essa alegação se contrapôs o fato de as unidades de ambos os tipos terem sido atribuídas vagas menores, isto é, semelhantes em área a dos autores, segundo revelado pela perícia

(f.). Por outro lado, a atribuição de vagas diferenciadas como forma de compensação não foi anunciada na convenção, que aliás previu, bem ao contrário, indistinto direito ao estacionamento de no máximo dois veículos por unidades (cláusula 9.ª), sem referência ao tipo da unidade. De todo modo e como salientado pelo magistrado, provada não foi a diferenciação de área quanto às unidades.

Ora, a prova pericial confirmou estarem os autores se utilizando de vaga inferior a dos demais (f.), enquanto que a própria assistente técnica do réu admitiu que condôminos não respeitavam nem mesmo a demarcação de suas próprias vagas (f.).

Incensurável, pois, à vista desse quadro, a ordem do sentenciante para que aos autores o réu ofereça tratamento idêntico ao dos demais comunheiros, possibilitando-lhes então o estacionamento de dois veículos. E para isso, como enfatizado pelo perito, havia necessidade de ser alterada a demarcação das vagas na garagem para melhor aproveitamento dos espaços, podendo ou não o condomínio, para esse fim, valer-se do plano de distribuição sugerido pelo *expert* que importaria porém, na eliminação de vaga hoje destinada a locação.

Da assembléia não foi subtraída, pois, a prerrogativa de decidir como será a nova demarcação das vagas, desde que atente para aquele desiderato, pelo que não se identifica violação da sentença ao regramento da Lei 4.591/64 ou ao direito de propriedade. Cuidando-se, por outro, de provimento ajustado à previsão da própria convenção condominial, dele tampouco decorre ofensa ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido dos demais condôminos.

O pleito indenizatório, por fim, havia mesmo de ser acolhido ante a induvidosa restrição ao direito dos autores, e razoável se mostrou o critério judicial de quantificação da indenização, isto é, tendo por base o percentual que na fração ideal corresponderia à área utilizada pelo segundo veículo.

Salvo no tocante ao prazo para cumprimento da obrigação, pois, não se justifica reparo na sentença.

Dá-se em suma parcial provimento ao recurso.

ARANTES THEODORO, relator.

2.4.5 CONDOMÍNIO. Cobrança de despesas. Arresto. Registro. Recusa do oficial. Violação ao princípio da continuidade. Imóvel registrado na ocasião da apresentação da certidão de arresto em nome da Caixa Econômica Federal, estranha ao processo. Pedido de expedição de mandado para o registro do arresto. Indeferimento sob o fundamento de que tal pedido deve ser formulado ao MM. Juiz Corregedor do aludido Cartório. Decisão reformada.

Ementa Oficial: Não compete ao MM. Juízo Administrativo da Corregedoria Permanente do Cartório Imobiliário decidir sobre a efetivação do registro do arresto do imóvel que não mais estava registrado em nome do executado, porque não lhe cabe interferir na condução da execução em andamento, mas, sim, ao MM. Juízo da execução decidir expressamente sobre os efeitos a terceiros da responsabilidade patrimonial, que não o devedor obrigado. Recurso provido.

AgIn 763.053-0/4 – 8.ª Câm. – 2.º TACivSP – j. 12.09.2002 – rel. Juiz Walter Zeni.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, os juízes desta Turma Julgadora do 2.º TACivSP, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 8.ª Câm.: Juiz Relator: Walter Zeni; 2.º Juiz: Renzo Leonardi; 3.º Juiz: Ruy Coppola; Juiz Presidente: Ruy Coppola.

Data do julgamento: 12.09.2002 – WALTER ZENI, relator.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo exeqüente contra decisão que, nos autos da ação de cobrança de despesas condominiais, em fase de execução, indeferiu a expedição de mandado ao 11.º Cartório de Registro de Imóveis, desta Capital, para o registro do arresto realizado junto à Matrícula 22.982.

Alega o agravante que, em execução de sentença, foi arrestado 50% do imóvel pertencente ao réu. Apresentada a respectiva certidão para registro do arresto ao 11.º Cartório de Registro de Imóveis, a Serventia a devolveu porque o imóvel fora arrematado à Caixa Econômica Federal e em nome da arrematante está registrado. O pedido de expedição de mandado foi indeferido pelo MM. Juiz da causa sob o fundamento de que tal pedido deve ser formulado ao MM. Juiz Corregedor do aludido Cartório. Sustenta o agravante que a competência para apreciar a possibilidade ou não do registro do arresto, e posterior conversão em penhora do imóvel, não é questão a ser apreciada pelo MM. Juízo Corregedor do cartório, mas do Juízo que constituiu o título judicial exeqüendo e determinou o arresto do imóvel (art. 87 do CPC). A obediência ao princípio da continuidade (art. 195 da Lei 6.015/73), não é questão a ser apreciada pela Corregedoria do Cartório, pois não se trata de procedimento administrativo ou interpretação da Lei de Registros Públicos, mas sim exceção à sua aplicação. Sendo o bem imóvel, objeto do arresto e nele fundando-se a obrigação, é clara a obrigação *propter rem*. Ademais, além da prestação condominial ser uma obrigação, cuja garantia de cumprimento é a própria coisa, o par. ún. do art. 4.º da Lei 4.591/64, prevê a responsabilidade do adquirente de unidade condominial, quanto às prestações condominiais vencidas, anteriores à aquisição. Esclarece que só tomou conhecimento da transferência de domínio para a Caixa Econômica Federal, após o julgamento da ação de cobrança ajuizada contra o agravado, quando apresentada a certidão ao registro do arresto junto ao cartório imobiliário. Tal fato, não impede o registro do arresto e posterior conversão em penhora, podendo a

arrematante participar na fase executiva do processo, como parte interessada. Requer o provimento do recurso para reformar a r. decisão, considerando competente o juízo *a quo* para resolver a questão e expedir o mandado reclamado.

Recurso regularmente instruído.

Deixo de ordenar o cumprimento do disposto no inc. V, do art. 527, do CPC, porque revel o réu.

É o relatório, no essencial.

O presente recurso comporta imediato julgamento, por desnecessárias informações do MM. Juiz da causa, como também, a comprovação do cumprimento do art. 526 do CPC, ante o que dispõe o seu parágrafo único, acrescentado por força da Lei 10.352, de 26.12.2001.

Expedida e apresentada a certidão de arresto do imóvel, o Serventuário do 11.º Registro de Imóveis da Capital recusou o registro por ofensa ao princípio da continuidade, porque na ocasião da apresentação do título a registro, outra pessoa (Caixa Econômica Federal), alheia ao processo de cobrança, já figurava na matrícula como proprietária do imóvel, como arrematante (f.).

Diante da recusa, o agravante postulou ao MM. Juízo da causa a expedição de mandado de registro do arresto (f.). O pedido foi indeferido, sob o fundamento de que tal pedido deve ser formulado ao MM. Juiz Corregedor do aludido Cartório (f.). Contra essa decisão insurge-se o agravante, por entender que compete ao MM. Juiz que constituiu o título judicial exeqüendo e determinou o arresto do imóvel apreciar e decidir a efetivação do registro imobiliário e não o MM. Juízo da Corregedoria Permanente do cartório aludido.

A recusa do Oficial de registrar o arresto mediante a certidão – e não mandado judicial, f. – apresentada pelo agravante por ofensa ao princípio da continuidade, mostra-se correta (Lei 6.015/73, art. 195).

Cumpre ao oficial a verificação de todos os requisitos legais, indispensáveis ao registro do título, com análise dos vícios extrínsecos ou intrínsecos impedientes ao registro.

Se o imóvel, na ocasião da recepção do título (certidão para fins de registro de arresto) no cartório respectivo, não mais estava inscrito no nome do executado, ora agravado, sem expressa decisão no feito jurisdicional que determinasse o registro do arresto ainda que o bem não mais pertencesse ao agravado, não poderia o registrador inscrevê-lo sob pena de ofensa ao princípio registrário da continuidade.

Walter Ceneviva, ao comentar o art. 239 da Lei dos Registros Públicos, que trata do registro de penhoras, arrestos e seqüestros em cumprimento de mandado ou à vista de certidão do escrivão, lembra que: "O mandado determinará o registro. A certidão dará todos os demais elementos de informação, para que a ordem judicial seja devidamente cumprida. Se esses elementos forem insuficientes ou se o imóvel não estiver registrado em nome do devedor, pode o oficial recusar cumprimento à ordem, disso dando ciência, por ofício, ao próprio juiz que a expediu ou, preferindo, pode socorrer-se da orientação de seu corregedor" (*Lei dos Registros Públicos comentada*, 3. ed., Saraiva, p. 521).

A respeito, o E. Conselho Superior da Magistratura firmou entendimento que é estranha à esfera de atribuições do Juízo administrativo da Corregedoria Permanente, a questão concernente a se saber se foi – ou não – devida a extensão dos efeitos da execução à pessoa que é mencionada no título, sendo-lhe, ademais, defesa indagação, sob pena de intromissão indevida na órbita soberana da atuação jurisdicional (ApCiv 12.807-0/6-Limeira, rel. Des. Onei Raphael).

Bem por isso, é necessária decisão expressa do Juízo da execução, a respeito de seus efeitos a terceiros com responsabilidade patrimonial, que não o devedor obrigado. Havendo tal decisão, cuja cor-

reção não cabe ao registrador discutir, colmatada estará lacuna existente entre o título e o registrado, assim como preservado restará o princípio da continuidade (E. CSM, ApCiv 34.336-0/7-Limeira, citada na ApCiv 67.864-0-Campinas, *JTJ-Lex* 234/390-395).

Em suma: afastada a competência carreada ao MM. Juízo administrativo da Corregedoria Permanente do Cartório aludido, porque não lhe cabe interferir na condução da execução em andamento, compete ao MM. Juízo da execução decidir expressamente sobre os efeitos a terceiros da responsabilidade patrimonial, que não o devedor obrigado.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para os fins supra dimensionados.

WALTER ZENI, relator.

3. JURISPRUDÊNCIA NOTARIAL E REGISTRAL

Seleção e organização

ADEMAR FIORANELLI

3.1

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SÃO PAULO

3.1.1 DÚVIDA. Penhora sobre o direito de exercício de usufruto. Registro negado por se tratar de direito pessoal. Apelação desprovida.

Ementa da Redação: A confusão conceitual diante da decisão proferida nos autos de execução é do apelante, não sendo exata a assertiva de que o usufruto recaiu sobre o imóvel e não sobre o direito pessoal do exercício que competia ao devedor.

ApCiv 95.768-0/4 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 29.11.2002 – rel. Corregedor-Geral da Justiça Luiz Tâmbara – *DOE-SP* 19.12.2002.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 95.768-0/4, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante Carlos Eduardo Oliveira Salomão e apelado o 2.º Oficial de Registro de Imóveis 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 Sergio Augusto Nigro Conceição, presidente do Tribunal de Justiça, e Luís de Macedo, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 29 de novembro de 2002 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Contra sentença, cujo relatório adoto, que julgou improcedente dúvida inversamente suscitada, recorre o vencido pretendendo a reforma do julgado, para que se proceda o registro da Carta de Constituição de Usufruto, expedida nos autos da execução que o recorrente promove em face de Roberval Cautella, perante a 3.ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto.

Sustenta, em síntese, ser possível o acesso do título ao fólio, em face do que decido nos autos da execução, em sentença copiada às f. destes autos e do disposto no § 3.º do art. 722 do CPC, mormente por tratar-se de direito real e não pessoal.

Argumenta que o oficial incidiu em confusão conceitual, assim como o digno juiz prolator da decisão atacada, passando a discutir a natureza do usufruto judicial forçado, que lhe foi concedido, asseverando que embora temporário, recaiu sobre o imóvel e não sobre o direito pessoal de exercício que competia ao devedor.

Entende ser absolutamente lícito e necessário o registro, como forma de prevenir o desconhecimento de terceiros que eventualmente adquiram a nua propriedade do imóvel, ou, ainda, o direito de exercício do usufruto.

A Procuradoria-Geral da Justiça se manifesta pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

Inversamente suscitada a presente dúvida, foi ela julgada "improcedente", mantida a recusa de acesso ao fólio de carta de constituição de usufruto, expedida nos autos da execução que Carlos Eduardo Oliveira Solomão move em face de Roberval Cautella, perante a 3.ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto. Inconformado o interessado interpõe apelação insistindo na registrabilidade do título, com fundamento no disposto no § 3.º do art. 722 do CPC, bem como nos termos da decisão proferida nos autos da execução, copiada às f. do presente feito.

Pondere-se inicialmente que o procedimento de dúvida, estabelecido na Lei de Registros Públicos nos arts. 198 e seguintes, se destina ao exame do dissenso verificado entre o registrador e o interessado, no momento da apresentação do título, vale dizer, no processo é apreciado o acerto ou não dos óbices levantados pelo registrador quando da qualificação, impedindo o acesso do título ao registro. Verificada a pertinência da exigência, reconhecida a inviabilidade do registro, é a dúvida julgada procedente, a teor do que estabelece o art. 203, I, da mencionada lei, sendo os documentos restituídos ao interessado, dando-se ciência ao oficial para que consigne no Protocolo e cancele a prenotação.

Idêntica é a situação se a dúvida for inversamente proposta, isto é, se a parte interessada se dirige diretamente ao Juízo competente para manifestar seu inconformismo em relação as exigências formuladas e a conseqüente recusa de registro do título. Assim a dúvida, ainda que inversa, com alteração do procedimento estabelecido na Lei 6.015/73, admitida pela jurisprudência, será julgada procedente, restituindo-se os documentos ao interessado, independente de traslado, cientificando-se o oficial para que cancele a prenotação, esta obrigatoriamente feita pelo registrador quando das informações que presta por ordem do Juízo assim que ajuizada a dúvida inversa.

Assevera o apelante que tanto o oficial de registro quanto do digno juiz corregedor permanente demonstraram confusão conceitual a respeito da natureza do usufruto judicial forçado, concedido ao recorrente nos autos da execução, discorrendo sobre a natureza do instituto, invocando em favor de sua tese lições de doutrina.

Em que pese os argumentos expendidos nas razões de recurso, no sentido de que a lei processual civil disciplinou o usufruto judicial como forma de satisfação de crédito em execução, reconhecendo a doutrina tratar-se direito real de percepção das utilidades e frutos de uma coisa, temporariamente destacado da propriedade, no caso em tela não aproveitam o apelante, isto porque do exame da documentação acosta resta evidente que o exercício do direito de usufruto é que foi objeto da constrição, não o usufruto, direito real sobre coisa alheia, destacado da propriedade.

O devedor executado, nos termos do que consta da certidão do registro juntada às f. , doou o imóvel objeto da Matrícula 23.725 do 2.º Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão Preto, reservando para si e esposa Márcia Maria de Oliveira Cautella o usufruto do imóvel, nos termos do R/7, ou seja, destacou da propriedade o usufruto, portanto, a nua propriedade foi transmitida aos donatários mencionados no registro.

No juízo em que se processa a execução, por decisão copiada às f., restou firmado o entendimento de que a constrição recaíra sobre o exercício do direito real de usufruto, posto que, por ser direito personalíssimo não comporta alienação e, portanto, não pode ser penhorado, tendo sido determinada a retificação da penhora, para ficar constando que a constrição recai sobre o exercício do direito de usufruto.

Desnecessária qualquer outra ponderação para afastar a pretensão do apelante, mesmo porque a questão foi decidida pelo juízo da execução, que claramente deixou assentado tratar-se de direito pessoal por

recair a constrição sobre o exercício do direito, reconhecendo a impossibilidade de penhora sobre usufruto, não se tendo notícia de qualquer ataque a tal decisão.

A confusão conceitual alegada nas razões recursais, diante da decisão proferida nos autos da execução, *data venia*, é do apelante não do Juízo e do oficial de registro, não sendo exata a assertiva de que o usufruto, embora temporário, recaiu sobre o imóvel e não sobre o direito pessoal de exercício que competia ao devedor.

A sentença hostilizada adotou correto fundamento para negar o acesso do título apresentado, acolhendo as razões expostas pelo senhor oficial do Registro de Imóveis.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

LUIZ TÂMBARA, relator.

3.1.2 PARCELAMENTO DE SOLO. Aprovação e prazos. Renovação pela municipalidade.

Ementa Oficial: Comprovada a renovação da aprovação do parcelamento pela municipalidade, razoável concluir renovados os prazos a que o loteador está obrigado nos termos do inc. V do art. 18 da Lei 6.766/79.

ApCiv 96.712-0/7 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 06.02.2003 – rel. Corregedor-Geral da Justiça Luiz Tâmbara – *DOE-SP* 18.03.2003.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 96.712-0/7, da Comarca de Palmital, em que é apelante Hitesa Construtora e Empreendimentos Ltda. 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 Sergio Augusto Nigro Conceição, presidente do Tribunal de Justiça, e Luís de Macedo, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2003 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça e relator

VOTO – Pretende a apelante a reforma da sentença, cujo relatório adoto, proferida nos autos de dúvida suscitada pelo senhor oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Palmital, que manteve recusa de registro do loteamento denominado Leone Park, a ser implantado em área objeto da Matrícula 12.316 da Serventia. Afastando algumas das exigências levantadas, reconheceu corretas aquelas que dizem respeito a necessidade de adequada comprovação de nova aprovação do cronograma físico-financeiro visto que vencido o prazo de quatro anos previsto em lei, bem como apresentação de termo de verificação das obras de infra-estrutura por parte da municipalidade, além de constatar irregularidades no memorial descritivo em relação aos lotes e quadras que aponta que por falta de pontos de amarração com referência à esquina gera a imprecisão das medidas apresentadas. Ressalta, ainda, que a interessada não demonstrou satisfatoriamente a sua solvabilidade diante da existência de vários processos apontados pelo suscitante.

Sustenta a apelante, em síntese, que se houve a digna magistrada com muito rigor formal na medida que adotou, sem concessões, o princípio da estrita e fria legalidade, ante a inegável presença de elementos suficientes para a improcedência da dúvida, a rápida ou demorada execução das obras de infra-estrutura está garantida por hipoteca de determinados lotes a favor da municipalidade, que se o caso servirão para o ressarcimento ao Poder Público pelos eventuais gastos para a conclusão das mencionadas obras, se porventura o loteador não as concluir.

Argumenta, ainda, que se fosse o caso de exigir a modificação dos memoriais para inclusão de dados perfeitamente dispensáveis durante o processo de registro do loteamento, nada impediria, viesse essa determinação com prazo marcado, evitando o grave e óbvio prejuízo, especialmente financeiro, decorrente da baixa da prenotação e retorno ao estado original. Conclui que não é isso que interessa à segurança registrária e ao atendimento de *mens legis* que emana da Lei 6.766/79.

A E. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta às f., opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Suscitada dúvida a pedido da apelante diante da recusa manifestada pelo senhor oficial de Registro de Imóveis e Anexos da

Comarca de Palmital em promover o registro de loteamento denominado Leone Park, a digna juíza corregedora permanente, afastando parte dos óbices levantados, julgou procedente a dúvida, entendendo necessária adequada comprovação de nova aprovação do cronograma físico-financeiro, bem como apresentação de termo de verificação das obras de infra-estrutura por parte da municipalidade.

Ressaltou que os lotes irregulares que relaciona na r. sentença (f.) a falta de pontos de amarração com referência à esquina gera a imprecisão das medidas apresentadas no memorial.

Basicamente estes os fundamentos para a negativa do registro pretendido, que coincide com a posição adotada pelo Ministério Público que, embora tenha se manifestado pela improcedência da dúvida, condicionou o registro a apresentação da documentação relativa a execução das obras de infra-estrutura e a complementação das plantas para suprir as falhas apontadas.

Após afastar alguns dos óbices impostos pelo registrador, os fundamentos para a negativa de registro do loteamento adotados pela digna juíza corregedora permanente, ressalvado o respeito que merece o posicionamento, não devem prosperar.

Demonstrado e até mesmo admitido na r. sentença que a apelante logrou obter junto a municipalidade renovação da aprovação do loteamento, por meio de alvará expedido em 11.08.2000, juntado às f., diante de tal fato, razoável considerar igualmente renovado o cronograma físico-financeiro que fora apresentado no procedimento inicialmente aprovado, além de ser igualmente razoável concluir renovado o prazo de quatro anos estabelecido no inc. V do art. 18 da Lei 6.766/79, bem como do instrumento de garantia para a execução das obras.

A insegurança afirmada na sentença, decorrente da falta de ponto de amarração dos lotes irregulares de esquinas, fica afastada se examinada a descrição dos lotes contíguos, em que há menção a medida de distância destes da esquina, que corresponde exatamente as medidas atribuídas aos fundos dos lotes de esquina. Saliente-se que no memorial as medidas estão bem indicadas, mencionando-se a medida do raio da curva e a extensão desta, não gerando qualquer imprecisão, mormente se confrontadas com a planta do loteamento.

A existência de processos em curso, mencionados pelo suscitante, por si só, como expresso na Lei de Parcelamento de Solo Urbano, não inviabiliza o registro especial previsto no art. 18 da referida lei. No caso em exame, as várias certidões juntadas pela apelante quanto a acordos celebrados em diversas das ações indicadas, a comprovação da existência de vários imóveis de sua propriedade, autoriza a conclusão de que o patrimônio da apelante se mostra suficiente a suportar valor de eventual responsabilidade advinda das demandas em curso, não se vislumbrando dano potencial aos futuros adquirentes dos lotes que justifique a negativa de registro do loteamento.

Neste sentido bem observou o Promotor de Justiça da Comarca que: "atualmente, pela prova produzida nos autos, demonstra a suscitada situação econômica estável, não evidenciando risco aqueles que futuramente adquirem seus imóveis".

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida.

LUIZ TÂMBARA, relator.

3.1.3 LOTEAMENTO. Perigo potencial aos futuros adquirentes diante de eventuais condenações da loteadora.

Ementa Oficial: Existência de ações em face da loteadora e dos antecessores. Análise do potencial perigo aos adquirentes e do patrimônio da loteadora. Inteligência do art. 18, § 2.º, da Lei 6.766/79.

ApCiv 96.814-0/2 – Conselho Superior da Magistratura de São Paulo – j. 06.02.2003 – rel. Corregedor-Geral da Justiça Luiz Tâmbara – *DOE-SP* 13.03.2003.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 96.814-0/2, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante Empreendimentos Imobiliários Pirâmide Ltda. 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 Sergio Augusto Nigro Conceição, presidente do Tribunal de Justiça, e Luís de Macedo, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2003 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Trata-se de apelação (f.) interposta contra r. sentença (f.) que julgou procedente dúvida suscitada, mantendo a recusa oposta contra o registro de loteamento denominado Residencial Monte Belo, localizado no município de Valentim Gentil, comarca de Votuporanga, referente à gleba objeto da Matrícula 31.934 do Serviço de Registro de Imóveis de Votuporanga.

A sentença atacada entendeu que há perigo potencial aos futuros adquirentes dos lotes, em razão da existência de ações em face da loteadora e de seus antecessores, cujo montante não é possível aferir no momento, sendo o patrimônio da recorrente insuficiente para garantir o cumprimento de eventuais condenações advindas dessas ações.

A recorrente alegou afronta ao art. 5.º, LIV e LV, da CF, sustentou que a aquisição da área objeto do loteamento deu-se de forma condicionada, só se aperfeiçoando com a implantação do loteamento. Em seguida, fez uma análise pontual de cada uma das ações relacionadas pelo registrador, alegou a existência de patrimônio suficiente para garantir o eventual resultado desfavorável nas ações mencionadas e invocou o art. 18, § 2.º, da Lei 6.766/79 para pedir a reforma do julgado.

O Ministério Público, em segunda instância, opinou pelo não provimento ao recurso interposto (f.).

É o relatório

O recurso comporta provimento.

Inicialmente, vale ressaltar que em momento algum se verificou a alegada afronta aos princípios constitucionais referidos pela recorrente, observado que foi o devido processo legal, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Todavia, não obstante o entendimento da ilustre julgadora e da representante do Ministério Público em 2.º grau, a análise detida da documentação trazida aos autos autoriza o registro perseguido.

Foram relacionadas pelo registrador seis ações em face da loteadora e sete óbices em face dos antecessores (f.).

A primeira ação em face da loteadora é a referente ao Processo 2001.61.08.008422-2, que trata da ação civil pública em curso pela 2.ª Vara da Justiça Federal, em Bauru, SP, movida em face da recorrente e da Caixa Econômica Federal.

Vê-se que a pretensão naquela demanda é a revisão de cláusulas contratuais, a redução do valor da hipoteca e do financiamento, bem como a devolução dos valo-

res cobrados a mais dos mutuários (cópia da inicial a f.).

Da leitura da inicial depreende-se que há, no caso, 180 famílias de mutuários, pessoas de baixa renda, que residem no Conjunto Habitacional Jardim Bela Vista, em Promissão, SP, sendo que a recorrente teria construído 87 unidades habitacionais, sobre as quais teria havido sobre preço que totaliza R$ 125.681,07 (f.).

O pedido naquela demanda compreende a revisão dos contratos e a condenação das rés, solidariamente, à devolução em dobro das quantias cobradas a mais (f.).

Assim, na hipótese de condenação da ré naquela demanda, é possível estimar ao menos a ordem de grandeza dos valores que terá que despender.

A segunda ação referida pelo registrador refere-se ao Processo 1190/99, em trâmite perante a 2.ª Vara Judicial de Votuporanga, na qual a recorrente foi condenada, solidariamente aos co-réus, a pagar a indenização de R$ 45.000,00, estando os autos no E. Tribunal de Justiça, em grau de recurso.

A terceira ação mencionada a f., cuida-se de monitória julgada procedente, que se encontra em grau de recurso, sendo o valor do título R$ 3.723,65.

A quarta ação diz respeito a ação de indenização, no valor de R$ 10.000,00 que, conforme documento de f., foi julgada improcedente em primeira instância.

A quinta ação cuida-se de ação civil pública, em trâmite perante a 9.ª Vara da Fazenda Pública da Capital, figurando a recorrente como co-ré.

Referida demanda visa anular contrato decorrente de licitação pública, na modalidade concorrência, com o objetivo de construção de casas populares.

Depreende-se que, não obstante o valor elevado dado à causa (R$ 7.078.616,86), o que busca o Ministério Público é a condenação dos réus, solidariamente, ao pagamento do valor correspondente ao alegado superfaturamento do terreno onde deu-se a construção das casas populares. Esse valor, segundo estimativa do Ministério Público, seria de aproximadamente R$ 35.411,21 (f.). O pedido de condenação consta a f. (g.1 e g.2) e compreende as despesas geradas pelo contrato que se pretende anular, os danos decorrentes da diferença da gleba (valor estimado acima) e do reajuste pelo índice Fipe.

Assim, também é possível ter uma ordem de grandeza da eventual responsabilidade patrimonial da recorrente, na hipótese de condenação na referida demanda.

A sexta ação mencionada pelo registrador, a f., é aquela movida pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano – CDHU, em trâmite perante a 6.ª Vara Cível do Foro Central da Capital. A inicial desta demanda está copiada a f. e o valor pretendido pela autora é R$ 134.663,69. Consta, porém, que há pedido de natureza reconvencional da recorrente, cujo feito tramita em apenso aos autos da ação movida pela CDHU e, tramitando ambas as ações em conjunto, foi feita perícia que apurou crédito da recorrente no valor de R$ 168.649,33 (f.).

Essas as ações existentes em face da loteadora.

Agora, a análise dos óbices em face dos antecessores.

A sétima ação noticiada cuida-se de execução fiscal no valor de R$ 4.537,20, constando que há bens penhorados dos devedores e já houve depósito em favor da exeqüente (f.).

A oitava ação cuida-se de execução no valor de R$ 74.790,35, já havendo penhora dos bens dos devedores (f.), estando os autos no E. 1.º TACiv, em grau de recurso (f.).

A nona ação mencionada refere-se também a uma execução, no valor de R$ 134.063,89, que também está em grau de recurso no E. 1.º TACiv (f.), também havendo penhora de bens dos devedores (f.).

A décima ação noticiada diz respeito àquela movida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em face de José Pe-

reira, em trâmite perante a 9.ª Vara da Justiça Federal. Verifica-se que o réu naquela demanda é homônimo do antecessor da recorrente, o que se verifica pela divergência dos números das respectivas cédulas de identidade (f.) sendo, de qualquer forma, pequeno o valor da demanda em questão (R$ 1717,00 – f.).

A décima primeira ação referida cuida-se de ação penal movida em face de Manoel Aparecido Marques e sua mulher Maria de Fátima Pereira Marques, por infração ao art. 183 da Lei 9.742/97, cujo tipo diz: "Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais)". Portanto, ressalvada a hipótese de responsabilidade patrimonial dos referidos réus em relação a terceiros, de que não se tem notícia, não representa tal ação perigo potencial para os futuros adquirentes dos lotes, até porque não se indeniza dano remoto ou potencial.

O item 12.º levantado pelo registrador compreende quatro alíneas, a seguir analisadas:

a) execução em face de Maria Elza Sio Dorian, no valor de R$ 2.375,77. Cuida-se de execução fundada em dois cheques emitidos pela executada em agosto de 2001, quando a alienação da parte ideal da executada sobre o imóvel, correspondente a apenas 50% de 1/20, foi feita em 15.12.1997. **Note-se que o valor é pequeno e já consta** arresto de bens da devedora (f.).

b) execução em face de Maria Elza Sio Dorian, no valor de R$ 7.777,20. Também aqui vale dizer que se cuida de execução fundada em um cheque de emissão da executada em 21.08.2001 (f.), valendo as considerações acima acerca da data da alienação da parte ideal pela executada, de sua pequena proporção sobre o todo do imóvel e o pequeno valor da execução, que está suspensa (f.).

c) dez títulos protestados perante o 1.º Tabelião de Protestos de Votuporanga, no valor total de R$ 11.258,46.

d) três títulos protestados perante o 2.º Tabelião de Protestos de Votuporanga, no valor total de R$ 5.451,66. Os protestos referidos na alínea anterior e nesta alínea, num total de 13, são de títulos de responsabilidade de Maria Elza Sio Dorian (f.). Os títulos foram emitidos em 2001 e, como já dito acima, a alienação da parte ideal da emitente dos títulos deu-se em 15.12.1997, de sorte que tais protestos não representam óbice ao registro.

Por fim, o óbice de n. 13 levantado pelo registrador, que diz respeito a execução fiscal movida pelo Iapas em face de Vera Lúcia Alves Pereira (f.). Aqui a recorrente trouxe certidão comprobatória de que a referida antecessora encontra-se com sua situação regular perante a autarquia, bem como certidão negativa de tributos e contribuições federais (f.).

Em contrapartida, a recorrente fez prova de seu patrimônio (f.).

Os imóveis objetos das Matrículas 35.231 (f.), 35.433 (f.) e 35.432 (f.), todas do Serviço de Registro de Imóveis de Votuporanga, são 28 apartamentos de propriedade da recorrente, sobre os quais não constam ônus ou gravames.

Quanto ao imóvel objeto da Matrícula 30.887 do Registro de Imóveis de Votuporanga (f.), houve equívoco da ilustre julgadora, pois a hipoteca constante da averbação número 9 da matrícula recaiu sobre o imóvel objeto da Matrícula 16.548 e não sobre o imóvel objeto da Matrícula 30.887 (f.).

No tocante ao imóvel objeto da Matrícula 35.195, também de Votuporanga, representa 11 apartamentos igualmente livres e desembaraçados, de propriedade exclusiva da recorrente (f.).

Há ainda uma frota de automóveis em nome da recorrente, sobre os quais não consta ônus (f.).

Ainda que se considere unilateral a avaliação feita do patrimônio da recorrente (f.), a ordem de grandeza pode ser

aferida, tanto do valor de seu patrimônio quanto da potencial responsabilidade acaso advinda das demandas em curso, de sorte que, sob essa óptica, não se vislumbra dano potencial aos futuros adquirentes dos lotes que justifique a negativa de registro do loteamento, em razão do disposto no art. 18, § 2.º, da Lei 6.766/79.

Portanto, o registro do loteamento em questão, na forma pretendida, é possível, afastados que foram os óbices levantados pelo senhor oficial, nos termos acima.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida.

LUIZ TÂMBARA, relator.

3.1.4 FORMAL DE PARTILHA. Registro de imóveis. Inviabilidade.

Ementa Oficial: Pretendido registro parcial e relativo ao quinhão de apenas um herdeiro. Não há como manter um estado de indivisão limitado. Registro inviável.

ApCiv 96.477-0/3 – Conselho Superior da Magistratura – j. 06.02.2003 – rel. Corregedor-Geral da Justiça Luiz Tâmbara – *DOE-SP* 13.03.2003.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 96.477-0/3, da Comarca de Catanduva, em que é apelante Jair Mantovani e apelado o 2.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 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 Sergio Augusto Nigro Conceição, presidente do Tribunal de Justiça, e Luís de Macedo, vice-presidente do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2003 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Cuida-se de recurso de apelação tempestivamente interposto por Jair Mantovani contra r. decisão prolatada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 2.º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Catanduva, que julgou procedente dúvida suscitada e manteve a recusa ao registro de formal de partilha extraído dos autos do Processo 45/99 do r. Juízo de Direito da 3.ª Vara local, relativo ao imóvel sito na Rua Santa Catarina, 220, Município e Comarca de Catanduva, matriculado sob o número 12.295 junto ao ofício predial acima referido.

A decisão atacada fundou-se (f.) na inviabilidade da pretensão formulada pelo apelante no sentido de que seja efetuado o registro apenas com respeito a uma parte ideal de 12,5% (doze e meio por cento) do bem em apreço, visto ser imprescindível, para assegurar o respeito ao princípio da continuidade, o registro de todas partes ideais dispostas na partilha julgada.

O recorrente argumenta (f.) que não há fundamento legal para a recusa do registro apenas e tão somente da parte ideal em questão, relativa ao pagamento feito a um único herdeiro, apresentado requerimento de parte interessada. Pede seja reformado o *decisum* e permitido o registro desejado.

O Ministério Público, em segunda instância, opinou (f.) seja negado provimento ao apelo.

É o relatório.

A recusa deduzida merece ser mantida.

É sabido ser o formal de partilha um título de natureza judicial que, após julgamento dotado de definitividade, instrumentaliza a atribuição de quinhões aos sucessores e, em conseqüência, confere eficácia à extinção de um estado de indivisão patrimonial.

Decorre da própria essência do ato, a persistência de transferências inseparáveis quando incidentes sobre um mesmo imóvel, pois não há como manter um estado de indivisão limitado, ou seja, parcela de um mesmo bem foi atribuída a um sucessor e o restante permanece, fictamente, compondo um monte já desfeito.

A inscrição analisada ostenta, por isso, natureza múltipla, não se admitindo o registro isolado de apenas uma das transmissões, ainda que só um dos sucessores requeira o registro.

Há, em outras palavras, uma interdependência das estipulações constantes do título judicial de maneira que todas

devem ser levadas, acopladamente, ao fólio real.

O registro isolado poderia ser admitido se um mesmo formal reunisse atos não conjugados pelo seu vínculo de inter-relacionamento, mas justapostos, independentes entre si e separáveis um do outro.

Tal hipótese, na espécie, porém, não se materializa, em se cuidando de um formal de partilha relativo a partes ideais de um mesmo imóvel.

É preciso ter em mente que, caso um formal de partilha diga respeito a vários imóveis, atribuindo, individualizadamente, cada um deles a um sucessor diferente, remanesce presente a cindibilidade proposta pelo apelante. Situação diversa, porém, se concretiza quando a inscrição é considerada com respeito a um único bem.

Isto posto, nego provimento ao recurso interposto.

LUIZ TÂMBARA, relator.

3.1.5 USUFRUTO. Registro. Instituição em favor do promitente-comprador.

Ementa Oficial: Existência de registro de instituição de usufruto em favor do promitente-comprador. Exigência indevida de retificação do compromisso ou renúncia ao usufruto. Dúvida improcedente. Recurso provido.

ApCiv 97.891-0/0 – Conselho Superior da Magistratura – j. 27.02.2003 – rel. Corregedor-Geral da Justiça Luiz Tâmbara – *DOE-SP* 28.03.2003.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 97.891-0/0, da Comarca da Capital, em que é apelante Henrique Gudin Filho e apelado o 14.º Oficial de Registro de Imóveis 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 Luís de Macedo, presidente do Tribunal de Justiça, em exercício, e Adalberto Denser de Sá, vice-presidente do Tribunal de Justiça, em exercício.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2003 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça e Relator

VOTO – Trata-se de apelação (f.) interposta da sentença (f.) que julgou procedente dúvida imobiliária relativa a compromisso de venda e compra de imóvel urbano, objeto da Matrícula 58.853 do 14.º Registro de Imóveis da Capital. Entendeu o magistrado que a existência de usufruto em favor do promitente-comprador, já registrado, impede a alienação da plena propriedade por quem detém apenas a nua-propriedade.

O apelante, por seu turno, persegue o registro do contrato, dizendo que a promessa de venda é da coisa e não da propriedade, distinguindo esses conceitos. Disse haver limitação à propriedade, mas não existir em nosso ordenamento nenhum dispositivo que exija que se mencione nos títulos de venda de imóveis, ou de seu compromisso, a existência de ônus reais gravando-os. Disse ser possível o registro, até porque o adquirente é o usufrutuário, tendo havido ofensa ao art. 5.º, II, da CF e ao art. 167, n. 9, da Lei 6.015/73.

Processado o recurso, manifestou-se a Procuradoria-Geral da Justiça pelo não provimento (f.).

É o relatório.

Observo que o título original teve seu desentranhamento deferido (f.), sendo juntada cópia (f.).

O usufruto é um direito real temporário de desfrutar um bem alheio como se fosse próprio, sem alterar, contudo, sua substância, expressamente contemplado no art. 674, III, do CC de 1916.

Trata-se de direito oponível *erga omnes* que, todavia, está limitado no tempo, não podendo superar a vida do usufrutuário e, não obstante seu exercício possa ser cedido, o direito em si é intransmissível.

A função econômica do usufruto é precipuamente assegurar meios de subsistência a certas pessoas.

Havendo a instituição do usufruto, ocorre um destaque na propriedade.

Surgem duas ordens de direitos na mesma coisa: (a) os direitos do usufrutuário e (b) os direitos do proprietário, do dono da coisa usufruída pelo outro. A este chama-se nu-proprietário porque seu direito de propriedade se despe dos principais atributos enquanto perdura o usufruto.

Quem antes tinha a propriedade plena, passa a ter apenas a nua-propriedade, obrigando-se a respeitar o usufruto da coisa pelo usufrutuário.

Não obstante seja fato que a promitente-vendedora instituiu usufruto em

favor do promitente-comprador, não há porque obstar o acesso do contrato ao registro.

O que está havendo, no caso, é a consolidação da propriedade plena em mãos do usufrutuário, hipótese albergada pelo nosso ordenamento, na regra do art. 739, V, do CC de 1916, repetida no art. 1.410, VII, da Lei 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil em vigor).

Desta forma, deve-se interpretar o título levado ao registro de forma a se compreender que o fim buscado é a extinção do usufruto pela consolidação.

Assim, não se afigura correta a recusa.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e, uma vez juntado o título original, determinar o seu registro.

LUIZ TÂMBARA, relator.

3.1.6 USUFRUTO *DEDUCTO* (RETIDO). Doação. Alienação da nua-propriedade. Questionamento da necessidade do registro do usufruto reservado. Interpretação dos arts. 715 do antigo CC e 1.391 do novo Código. Recurso desprovido.

Ementa Oficial: O usufruto sempre depende, por sua instituição, do registro, ainda que se tratando de simples reserva. Interpretação do art. 1.391 do novo CC. O imóvel deve ser tido como gravado por uma limitação, um ônus correspondente ao usufruto, uma servidão pessoal, e, para ser constituído e produzir toda sua eficácia, precisa ser inscrito.

ApCiv 99.458-0/9 – Conselho Superior da Magistratura – j. 27.02.2003 – rel. Corregedor-Geral da Justiça Luiz Tâmbara – *DOE-SP* 14.05.2003.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 99.458-0/9, da Comarca de Barretos, em que são apelantes Antonio Ribeiro Machado e outras 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 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 Sergio Augusto Nigro Conceição, presidente do Tribunal de Justiça, e Adalberto Denser de Sá, revisor convocado.

São Paulo, 27 de março de 2003 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Cuida-se de apelação tempestivamente interposta por Antonio Ribeiro Machado e sua mulher Maria Flávia Nogueira Ribeiro Machado contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Barretos, que julgou procedente dúvida suscitada e manteve a recusa ao registro de escritura pública de doação lavrada nas notas do 2.º Tabelião local (L. 578, f. 349) e datada de 28.06.2001, outorgada pelos apelantes e onde constam, como outorgados, Jorge Moyses Dib Filho, Maria Augusta Nogueira Machado Dib, Maria Cristina Nogueira Ribeiro Machado, Maria Heloisa Nogueira Ribeiro Machado, referente à nua-propriedade do imóvel matriculado sob o n. 837 do ofício predial referido acima, correspondente ao apartamento n. 1 do Edifício Linda Saigh, situado na Praça Francisco Barreto, 213, Município e Comarca de Barretos, apresentado requerimento expresso no sentido de que seja feito apenas o registro da referida alienação de direito real.

A decisão atacada fundou-se (f.) na necessidade de ser realizado, em conjunto, o registro de usufruto, previsto no art. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/73.

Os apelantes argumentam (f.) que foi alheada apenas a nua-propriedade, não se podendo transformar a simples reserva em direito real sobre coisa alheia.

O Ministério Público, em segunda instância (f.), opinou seja dado provimento ao recurso interposto.

É o relatório.

Lavrada escritura pública de doação, onde os doadores dispuseram da nua-propriedade de vários imóveis, alienando-a em favor de donatários individualizados, e pretenderam, com relação a um único imóvel (Matrícula 837), levá-la a registro, surgindo, então, a questão controvertida, referente à necessidade de simultâneo registro da instituição do usufruto reservado.

A matéria enfocada já foi objeto de apreciação no âmbito deste Conselho Superior, quando do julgamento da ApCiv 23.526-0/9, da Comarca de Guarulhos (rel. Des. Alves Braga, j. 11.05.1995), quando, então, restou

fixado que, por aplicação do art. 715 do então vigente Código Civil, ressalvado o gravame derivado de relação de família, o usufruto sempre depende, para sua instituição, de registro, seja qual for a forma voluntária escolhida (alienação ou retenção).

A interpretação de tal dispositivo de lei culminou, quando da qualificação, na recusa atacada, resultado que, mesmo diante do texto do art. 1.391 do novo CC, seria idêntico.

A nua propriedade deve ser tida como gravada por uma limitação, um ônus correspondente ao usufruto, uma servidão pessoal, e, para ser constituído e produzir toda sua eficácia, precisa ser inscrito.

Em suma, a pretensão deduzida é inviável, justificando-se a recusa oposta.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

LUIZ TÂMBARA, relator.

3.2

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3.2.1 REGISTRO DE IMÓVEIS. Hipoteca incidente sobre gasoduto.

Ementa Oficial: Registro feito com respaldo em interpretação analógica do art. 852 do CC de 1916, correspondente ao art. 1.502 do vigente CC. Ato peculiar às vias férreas (art. 171 da Lei 6.015/73 RRP). Possibilidade de averbação *noticiadora da instituição da hipoteca nas demais Circunscrições Imobiliárias onde o gasoduto adentra, lastreada no disposto no art. 246 do mesmo RRP.*

Processo 309/03 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – Comarca de Rio Claro – j. 14.04.2003 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Marcelo Fortes Barbosa Filho.

Excelentíssimo senhor Corregedor-Geral:

Cuida-se de recurso administrativo interposto por Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. – TBG contra r. decisão prolatada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 2.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Rio Claro (f.), que, no âmbito de reclamação ajuizada, manteve a recusa à prática de averbação noticiadora da instituição de hipoteca incidente sobre o próprio Gasoduto Bolívia-Brasil, considerada a inviabilidade da instituição do gravame proposto, dada a impossibilidade da venda forçada do bem conferido em garantia, não se podendo aplicar, analogicamente, o regime das ferrovias, considerada a conferência de simples servidão administrativa à recorrente.

A recorrente argumenta (f.) que a averbação pretendida é plenamente admissível, não resultando em prejuízo para quem quer que seja, já tendo sido realizado o ato de registro da hipoteca questionada. Pede a reforma do *decisum*.

Relatados.

Opino.

O recurso, s.m.j., merece provimento.

De acordo com o constante do traslado juntado a f., foi instituído, em favor da Petrobrás, o direito real de hipoteca, tendo por objeto o Gasoduto Bolívia-Brasil, "com todas as suas partes integrantes e pertenças, os seus acessórios, dependências e benfeitorias, inclusive instalações e servidões de passagem, ditos de transporte, dutos de transporte, estações de compressão e armazenagem".

Como o dito gasoduto adentra o território brasileiro pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na Comarca de Corumbá, conforme o constante a f., foi promovido o registro de dita hipoteca, junto à Matrícula 19.274 do ofício predial da 1.ª Circunscrição da Comarca de Corumbá, no mês de janeiro de 2002.

A hipoteca foi instituída com respaldo em interpretação analógica do art. 852 do CC de 1916, correspondente ao art. 1.502 do vigente CC, equiparada a instituição do gravame sobre gasoduto àquela peculiar às vias férreas.

Ora, pretende-se, agora, a efetivação de averbação, com a função de dotar tal direito real de plena e completa publicidade, vez que ele já foi constituído, existe e ostenta eficácia.

Nesse sentido, não se concebe a renovação de todas as discussões próprias à viabilidade do registro feito, o que foge às atribuições conferidas ao registrador cuja circunscrição está sediada na Comarca de Rio Claro e, por reflexo, ao seu Juízo Correge-

dor Permanente. O registro da hipoteca está consolidado e, ainda que possam ser questionadas suas premissas, sob um ponto de vista sistêmico, o registro imobiliário constitui uma totalidade, concebida a necessária integração dos atos do registro (registros em sentido estrito e averbações) constantes dos assentamentos de cada um dos registradores, não ostenta viabilidade, a cada averbação noticiadora da hipoteca instituída, rediscutir a idoneidade do registro precedente, que lhe constituiu.

A ausência de atribuição permeia a recusa formulada, pois sua fundamentação não se limita à apreciação da pertinência do ato averbatório pretendido, mas do ato de registro realizado na Comarca de Corumbá.

Assim, entendo seja necessário afastar tal recusa, permitindo-se a averbação desejada, lastreada no disposto no art. 246 da Lei de Registros Públicos (Lei Federal 6.015/73), que só terá a função de conferir publicidade mais adequada a registro precedente.

Isto posto, o parecer, que submeto ao elevado critério do STF (art. 102, II, CF).

Cabe ao RO ao STF em:

a) HC, MS decididas em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão.

Tribunais superiores: TSE, TST, STJ. Não há RO para o STF de decisão de tribunais não superiores. Só cabe RO das decisões de competência originária dos tribunais superiores.

A preocupação é não deixar as decisões dos tribunais superiores irrecorríveis. Só cabe RO quando a decisão dor denegatória. Em caso de concessão de segurança ou concessão da ordem só caberá RE se estiverem presentes os seus requisitos.

Vossa excelência, é no sentido de que seja dado provimento ao recurso interposto.

Sub censura.

São Paulo, 14 de abril de 2003 – MARCELO FORTES BARBOSA FILHO, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

3.2.2 CDHU. Construções unifamiliares de padrão econômico destinadas a uso próprio. Certidão Negativa de Débito do INSS. Necessidade de apresentação, uma vez não concedida a isenção.

Ementa da Redação: O art. 82 do Dec. 356/91, ao tratar da matrícula exigida para a isenção de contribuições, faz referência à empresa que, como é intuitivo, não poderia construir "residência unifamiliar destinada ao uso próprio". Não teria sentido, pois, conceder a isenção ao construtor com capacidade para adquirir o domínio do terreno e erguer a própria residência.

Processo 2.230/2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – j. 07.08.2002 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria João Omar Marçura.

Excelentíssimo senhor Corregedor-Geral da Justiça:

Trata-se de recurso (f.) interposto pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional do Estado de São Paulo – CDHU contra a r. decisão de f. proferida pela MMa. Juíza Corregedora Permanente do 1.º Registro de Imóveis da Comarca de Bauru, que entendeu correta a exigência de apresentação de certidão negativa de débito para com a Previdência Social (CND/INSS) para o registro do Conjunto Habitacional Avaí "A".

Embora tenha sido formulado o pedido como consulta, foi decidido como dúvida inversa, não obstante a ausência de título a ser registrado.

Entendeu a r. decisão que a interessada está sujeita às exigências da Lei 6.766/79, havendo inclusive ação civil pública em curso para compeli-la a tal, sendo necessário que a interessada se enquadre nos casos previstos no art. 30, VIII, da Lei 8.212/91 e art. 278 do Dec. 3.048/99, onde se trata de prédio com área máxima de 70 m², destinado ao uso próprio daquele que requer a dispensa, desde que executado sem mão de obra assalariada.

Sustenta o recurso que a CDHU está dispensada da observação do disposto nos arts. 18 e 19 da Lei 6.766/79, dadas sua natureza e finalidade.

É o relatório.

Opino.

Inicialmente, observo que há um equívoco na r. decisão atacada, pois não há como receber o pedido inicial como dúvida inversa.

Note-se que o rótulo dado pelo interessado à inicial subordina-se ao pedido. E o pedido vem sob a forma de indagação ao magistrado sobre a necessidade de apresentação do CND ao INSS em construções por regime de mutirão fornecidas por Companhias de Habitação Popular.

Assim, não se admitindo a dúvida gnosiológica, mas apenas a jurídico registral em nosso direito positivo (Benedito Silvério Ribeiro e Ricardo Henry Marques Dip, "Algumas linhas sobre a dúvida no registro de imóveis", *RDI* 23/7), termos que o pedido deveria ter sido conhecido como consulta, ou melhor dizendo, como representação.

Além disso, deixou a recorrente de apresentar o seu título a registro, o que inviabilizaria a análise de sua qualificação completa pelo julgador e sua prenotação pelo registrador.

Quanto à matéria de mérito, não é demais lembrar o parecer emitido no Processo CG 278/92, que versava sobre o tema e lá foi dito pelo eminente Juiz Eduardo Loureiro, *verbis*:

"No que toca a questão de fundo, necessário se faz o resumo dos dispositivo legais e regulamentares em vigor, acerca da necessidade de se apresentar a certidão negativa de débitos (CND) quando da averbação de construções unifamiliares de padrão econômico.

Dispõe o art. 30, VIII, da Lei Federal 8.212, de 24.07.1991:

'VIII – nenhuma contribuição à Seguridade social é devida se a construção residencial unifamiliar, destinada a uso próprio, de tipo econômico, for executada sem mão-de-obra assalariada, observadas as *exigências do regulamento* (grifo nosso).'

O Dec. 356, de 07.12.1991, que regulamentou a Lei de Organização e Custeio da Seguridade Social, nos limites delegados pelo registrador, tratou do tema em seu art. 44, criando as seguintes exigências para a dispensa da contribuição:

'*a)* a área total da edificação não deverá ultrapassar 70 (setenta) metros quadrados;

b) a obra deverá ser matriculada no INSS segundo o estabelecido no art. 82;

§ 1.º A comprovação da área total da edificação, a destinação e a forma de execução referidas no *caput* serão comprovadas por ocasião da matrícula da obra, segundo orientações administrativas fiscais estabelecidas pelo INSS.

§ 2.º Será admitida a construção em regime de mutirão, total ou parcial, desde que informada no ato da matrícula da obra e comprovada pelo INSS na forma da parágrafo anterior.

§ 3.º Comprovado o descumprimento de qualquer das disposições deste artigo, tornam-se devidas as contribuições previstas neste Regulamento, sem prejuízo das cominações legais cabíveis.'

A Ordem de Serviço 32, de 25.03.1992, que dispõe sobre o formulário de certidão negativa de débito – CND – também tratou da matéria, nos seguintes termos:

'8. Não será exigida a apresentação de CND para:

(...)

f) concessão de "Habite-se" e "Averbação" de construção residencial unifamiliar, destinada a uso próprio, com área construída não excedente a 70 m² (setenta metros quadrados), executada ou reformada sem mão-de-obra assalariada, *bastando que da concessão e do registro conste a declaração sob as penas da lei*, de que o imóvel objeto da averbação se enquadra nas condições estabelecidas no art. 44 do Dec. 356 de 07.12.1991' (grifo nosso).

III – A questão posta pela recorrente, examinada sob o prisma da legislação em vigor e das normas administrativas que a regulamentam deve ser solucionada mediante mera declaração de que estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Dec. 356, de 07.12.1991.

É o que dispõe o art. 8.º da Ordem de Serviço 32, que regula a emissão de CNDs. Verificados pelo registrador os requisitos objetivos que levam à dispensa da certidão, qual seja, que se trata de construção residencial com área de superfície inferior a 70 m² (setenta metros quadrados), as demais exigências ficam supridas mediante mera declaração do interessado.

Isso, porque não há como se fazer prova documental dos eventos fenomênicos do uso próprio ou unifamiliar, ou a não utilização de mão de obra assalariada.

Lembre-se de resto, que nos exatos termos da alínea *b*, § 1.º, do art. 44 do Dec. 356/91, a comprovação dos requisitos da isenção da contribuição será feita por ocasião da matrícula da obra, e segundo as orientações administrativas fiscais estabelecidas pelo INSS.

Via de conseqüência, temos que o próprio decreto regulamentador, remeteu a questão probatória ao momento da matrícula da obra e relegou os meios de prova a orientações administrativas fiscais do INSS.

Ora, a referida 'orientação administrativa fiscal do INSS' está consubstanciada na Ordem de Serviço 32, em seu art. 8.º, *f*, que preenchendo a norma em branco do decreto diz, com todas as letras, a forma de prova dos requisitos da isenção.

'*bastando que da concessão e do registro conste a declaração, sob as penas da lei*, de que o imóvel objeto da averbação se enquadra nas condições estabelecidas no art. 44 do Dec. 356 de 07.12.1991' (grifo nosso).

IV – Não se está aqui dizendo que, no caso concreto, preenche a obra os requisitos do art. 44 do Dec. 356/91.

Apenas e tão-somente se afirma que a prova a ser exigida pelo registrador para a almejada averbação é a contida no art. 8.°, *f*, da Ordem de Serviço 32, qual seja, a declaração de que a obra se enquadra nas condições estabelecidas no art. 44 do Dec. 356/91.

Poder-se-ia indagar: e se a declaração não corresponder à realidade? A resposta vem pronta no § 3.° do decantado art. 44 do Dec. 356/91:

'Comprovado o descumprimento de qualquer das disposições deste artigo, tomam-se devidas as contribuições devidas neste regulamento, sem prejuízo das cominações legais cabíveis.'

Em resumo, ao registrador basta a prova aludida no art. 8.°, *f*, da Ordem de Serviço 32, de 25.03.1992 – declaração do interessado – para a dispensa de apresentação de certidão negativa de débito. Claro, porém, que poderá haver a desqualificação do título se patente a desconformidade entre a declaração e requisitos objetivos da isenção, que não exijam a perquirição de aspectos fenomênicos.

V – No mais, merecem algumas considerações certas, assertivas contidas nas caprichadas informações prestadas pelo Oficial do 1.° Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Rio Claro.

Não vejo incompatibilidade entre a dispensa de apresentação de CND mediante declaração nos moldes do art. 8.° da Ordem de Serviço 32 e o fato de a CDHU ser mera empreendedora das construções populares.

Objeta o serventuário que a expressão 'residência unifamiliar destinada a uso próprio'. Contida no Dec. 356/91 impede a construção e domínio por parte de quem não seja o beneficiário.

Não é bem assim. O próprio art. 82 do Dec. 356/91, ao tratar da matrícula exigida para a isenção de contribuições faz referência à empresa que, como é intuitivo, não poderia construir 'residência unifamiliar destinada ao uso próprio'.

Mais ainda. Não teria sentido conceder a isenção ao construtor com capacidade bastante para adquirir o domínio do terreno e erguer a própria residência, mas retirá-la daqueles menos favorecidos, que necessitam da intervenção e fomento estatal para obterem o mesmo desiderato.

É preciso entender que eventuais encargos previdenciários seriam repassados aos beneficiários finais das unidades. Logo, a população de baixa renda, destinatária da isenção prevista no art. 44 do Dec. 356/91, seria afetada em razão de má interpretação teleológica da norma.

Em resumo, o só fato de a atual e transitória titular do domínio dos imóveis ser empresa estatal de fomento à construção popular não impede, segundo penso, a incidência da isenção prevista no art. 44 do Dec. 356/91.

VI – Resta o exame do disposto nas Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, em seu Cap. XX, item 157, alínea *g*, que exige a apresentação de certidão negativa de débito para com a Previdência Social para a averbação da construção de unidades habitacionais.

Tal exigência foi inserida nas Normas por força do Prov. CGJ 18/83, que por seu turno buscou fundamento nos Decretos-lei 2.038, de 29.06.1983, e 1.958, de 09.09.1982. Ambos os textos legais tratavam da exigência de apresentação da CND por parte de construtores e responsáveis pela execução da obra quando da averbação do prédio (art. 2.°, II, com a redação dada pelo Dec.-lei 2.038/83).

O Prov. 18/83 e a redação das normas de serviço, porém, foram elaborados tomando como base situação legal radicalmente distinta da hoje em vigor.

À época não se levou em conta, na redação do Provimento 18/83, o disposto no Dec.-lei 1.976/82, que tratava exatamente da isenção de contribuição previdenciá-

ria no caso de construção residencial unifamiliar. Logo, não se pode afirmar que as Normas sempre exigiram a apresentação da CND, apesar da exceção elencada no Dec.-lei 1.976/82.

Temos, assim, que, como as Normas de Serviço não poderiam revogar a lei, a isenção do reconhecimento da contribuição previdenciária nos casos de construção unifamiliar com área inferior a 70 m² já existia antes mesmo da atual Lei 8.212/91."

O caso presente não difere, na essência, daquele versado no r. parecer acima.

Atualmente a Ordem de Serviço do INSS é a de n. 207, a qual, no seu item II, letra *d*, menciona os casos de não exigibilidade da prova de inexistência de débito.

A tese esposada pelo registrador e albergada pela r. decisão hostilizada não pode, *data venia*, subsistir. Não há a necessidade do imóvel estar em nome daquele que pede a dispensa, ou seja, não se pode exigir que o construtor seja apenas o proprietário individual de construção unifamiliar.

Ou seja, o só fato de a atual e transitória titular do domínio dos imóveis ser empresa estatal de fomento à construção popular não impede, segundo penso, a incidência da isenção prevista no art. 45 do Dec. 2.173/97, regulamentado pelas Ordens de Serviço do INSS/DAF 16/97 e 207/99.

Verifica-se, pelo item 156 do Capítulo XX, das Normas de Serviço, que não se aplica o disposto no art. 18 da Lei Federal 6.766/79 para averbação dos conjuntos habitacionais erigidos pelas pessoas jurídicas referidas no art. 8.º da Lei 4.380, de 21.08.1964, salvo se o exigir o interesse público ou a segurança jurídica.

Assim, respeitado o entendimento da MMa. Juíza Corregedora Permanente, penso que o recurso merece provimento.

Ante o exposto, o parecer que submeto ao elevado critério de vossa excelência, é no sentido de se prover o recurso, acolhendo a representação formulada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano, com aplicação do disposto no art. 8.º, *f*, da Ordem de Serviço 32, de 25.03.1992, "bastando que do registro conste a declaração sob as penas da lei", que o imóvel objeto da averbação se enquadra nas condições estabelecidas no art. 44 do Dec. 612, de 21.06.1992, atualizado pelo Dec. 2.173/97 e a Ordem de Serviço INSS/DAF 207, de 08.04.1999.

É o parecer.

Sub censura.

São Paulo, 7 de agosto de 2002 – JOÃO OMAR MARÇURA, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

3.2.3 CANCELAMENTO DE PENHORA. Pedido colocado em certidão elaborada pelo Ofício Judicial em que se processou a execução. Recusa. Ato determinado.

Ementa Oficial: O cancelamento de registro de penhora depende de determinação do Juízo em que promovida a execução, com a apresentação de mandado judicial *ou* certidão. *O que importa é a determinação do Juízo que poderá estar embasada em título judicial (mandado ou certidão).*

Processo 2.524/2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – j. 01.10.2002 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Oscar José Bittencourt Couto.

Excelentíssimo senhor Corregedor-Geral da Justiça:

Trata-se de recurso interposto por Lucinda Giro Reggiani contra decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 2.º Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e 2.º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Guarulhos, que manteve recusa de averbação de cancelamento de penhora, pedido calcado em certidão elaborada pelo Ofício Judicial em que se processou a execução, extinta por sentença, na qual foi determinado o levantamento de penhora, com expedição de mandado para o cancelamento.

Sustenta a recorrente que a questão central do presente recurso é reconhecer ou não a certidão extraída dos autos da ação de execução que tramitou perante a 9.ª Vara Cível de Guarulhos como hábil para o ato pretendido.

Argumenta que a certidão constitui título hábil ao registro, sendo irrelevante para o direito se essa notícia é levada ao oficial registrador por mandado ou por certidão, o que não pode é o terceiro ficar a mercê do credor, já satisfeito, que não apresenta o mandado a registro.

É o relatório.

Opino.

A recorrente apresentou requerimento ao senhor 2.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e 2.º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Guarulhos, para averbação de cancelamento de penhora junto a Matrícula 8.632 daquela Serventia, instruído com certidão expedida pelo 9.º Ofício Cível da Comarca de Guarulhos (f.), em que está certificado "que os autos encontra-se aguardando a retirada do mandado de registro de cancelamento de penhora para posterior arquivamento, sendo negada a averbação do cancelamento pelo senhor oficial, que em manifestação nos autos ratificou seu posicionamento, exigindo a apresentação de mandado, prestigiando, assim, a determinação contida na sentença de extinção da execução.

A documentação apresentada pela recorrente demonstra, sem possibilidade de incerteza, que o juízo da execução movida por Jereminsz Korber em face de José Antonio Tavares da Silva e sua mulher Maria Aparecida Oliveira da Silva em que se procedeu a penhora objeto da Matrícula 8.632 do Registro de Imóveis de Guarulhos, o mesmo imóvel constrito em execução que a recorrente promove em face dos mesmos executados, foi extinta face a cumprimento de acordo extrajudicial, levantada a penhora com expedição do mandado de cancelamento.

O óbice imposto pelo registrador e acolhido pela decisão hostilizada, se afigura de extremo rigor, ainda que em prestígio do decidido pelo MM. Juiz de Direito que determinou a expedição de mandado de cancelamento do registro da penhora do imóvel, posto que certidão extraída de autos de processo, a teor do que estabelecido no inc. IV do art. 221 da Lei de Registros Públicos, está incluída no catálogo dos títulos admitidos a registro.

Fato é que da certidão apresentada pela interessada, expedida nos autos da execução em que foi determinada a expedição de mandado de cancelamento do registro da penhora levantada, menciona, expressamente, que foi expedido o mandado, porém não foi retirado pelas partes, estando os autos aguardando a retirada para posterior arquivamento.

Evidente que, no caso em exame, o rigor formal está gerando insegurança e não a certeza e estabilidade que constituem objetivos da Lei de Registros Públicos.

O cancelamento do registro de penhora, como em inúmeras decisões desta E. Corregedoria-Geral da Justiça, depende de determinação do Juízo em que promovida a execução, com apresentação de mandado judicial ou certidão oriundos daquele, mencione-se ao Proc. CG 1.400/2000 (Capital) e Proc. CG 2.413/99 (Comarca de Jacareí), em atenção ao disposto no art. 250 da Lei 6.015/73, exatamente a situação demonstrada pela recorrente com a apresentação da certidão extraída dos autos da execução.

Importa que houve a determinação de cancelamento do registro pelo Juízo competente, com observância do art. 250 da Lei de Registros Públicos, bem com a apresentação de título que a referida lei inclui dentre aqueles poucos admitidos como hábil para acesso ao fólio.

Assim, o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada apreciação de vossa excelência é no sentido de ser dado provimento ao recurso, para que se proceda o cancelamento do registro da penhora feita sob n. 04 da Matrícula 8.632 do 2.° Registro de Imóveis da Comarca de Guarulhos, tendo como lastro na certidão extraída dos autos de execução em que ordenado o cancelamento, juntada às f., que deverá ser desentranhada dos autos e encaminhada ao Registro de Imóveis, sendo após a prática do ato restituída à recorrente.

Sub censura.

São Paulo, 1.° de outubro de 2002 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

3.2.4 LOTE. Desdobramento. Restrição contratual. Autorização, no entanto, de tal prática por lei municipal em casos semelhantes. Princípio da isonomia a ser respeitado.

Ementa da Redação: Não obstante entendimento majoritário do Conselho Superior da Magistratura, que veda o desdobramento de lotes quando haja cláusula neste sentido em contrato já registrado, a situação versada difere das demais, haja vista a existência de lei municipal autorizadora da averbação em casos semelhantes.

Processo 2.566/2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – j. 04.10.2002 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria João Omar Marçura.

Excelentíssimo senhor Corregedor-Geral da Justiça:

Trata-se de recurso (f.) interposto por Adelgício Alves Lima e sua mulher Adriana Aparecida de Silva Lima contra a r. decisão de f. dos autos, proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Serviço de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Indaiatuba, que indeferiu pedido de averbação de desdobro de lote e construção em loteamento no qual existe restrição convencional a novos desmembramentos.

Funda-se a r. decisão atacada na existência de cláusula vedando novos desdobros de lotes, constante de contrato padrão de compromisso de compra e venda.

Alegam os interessados, em síntese, haver lei municipal autorizadora do desdobro e ocorrer violação ao princípio da isonomia, na medida em que outros lotes do loteamento foram desdobrados e registrados.

O Curador de Registros Públicos apresentou parecer contrário ao recurso (f.) e a Procuradoria de Justiça também opinou pelo não provimento. (f.)

É o relatório.

Opino.

Discute-se acerca da impossibilidade do desmembramento de lote, em respeito a cláusula contida em contrato-padrão de loteamento.

A cláusula geral inserta em contrato-padrão arquivado no registro imobiliário ganha foro de realidade, o que permite concluir que a sua eficácia é de ser atendida *erga omnes*. Na precisa lição de Pontes de Miranda, "se teve, segundo a lei, registro para efeito quanto a terceiros, essa eficácia opera, a respeito de não ser real o direito" (*Tratado de direito privado*, RT, t. 13, § 1.539, n. 2).

As chamadas restrições convencionais de loteamento têm natureza jurídica controvertida e sofreram profunda evolução nas últimas décadas.

Entendeu-se, inicialmente, seriam tais restrições singelas obrigações de não fazer, de cunho personalíssimo, que vinculariam apenas o loteador e o primeiro adquirente. Necessitariam de inscrição no registro imobiliário, para que ganhassem o *status* de direito real de servidão (cfr. Arruda Alvim, *RDI* 3; também *RT* 380/44, 382/135, 384/109).

Em um segundo momento, passou a se entender constituírem as mencionadas restrições limitações convencionais de ordem urbanística, impostas pelo loteador em proveito da coletividade, atuando além das posturas municipais (Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, 4. ed., RT, p. 62).

Já decidiu o Conselho Superior da Magistratura, apoiado em forte doutrina, prevalecer restrição convencional inscrita de loteamento, que veda o desdobro, não obstante esteja aprovado pela Prefeitura Municipal. Reconheceu, pois, a supremacia dos limites convencionais, cujas regras são supletivas da legislação urbanística (ApCiv 22.300-0/0 da Comarca de Barra Bonita, rel. Des. Alves Braga).

Não poderia, aliás, ser de outra forma. Se as restrições convencionais são aque-

las que o loteador estabelece no plano de loteamento, arquiva no registro imobiliário e têm natureza de cláusulas urbanísticas em proveito da coletividade, dotadas de certa realidade, devem ser por todos observadas, aí incluída a Prefeitura que as aprovou (cfr. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 123).

No caso em exame, todavia, a aprovação de desdobro se deu por lei municipal (f.).

Assim, a situação versada nesses autos difere daquela já apreciada por vossa excelência nos autos do Proc. CG 2355/2002, também de Indaiatuba, pois lá não constava haver lei municipal autorizando o desdobro.

O caso presente se aproxima daquele apreciado no Proc. CG 1993/95, da Comarca de Rio Claro, em que foi autorizada a averbação pretendida em decorrência da existência de lei municipal autorizadora.

Entendeu-se, na época, que o interesse público expresso na norma legal urbanística suplanta o interesse particular do loteador e dos adquirentes dos lotes.

Assim, opino seja dado provimento ao recurso para o fim de deferir o pedido de averbação de desdobro de lote na Matrícula 9.794 do Registro de Imóveis de Indaiatuba.

É o parecer que submeto à elevada consideração de vossa excelência.

Sub censura.

São Paulo, 4 de outubro de 2002 – JOÃO OMAR MARÇURA, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

3.2.5 LOTEAMENTO. Desmembramento. Unificação das partes de lotes contíguos. Desestruturalização urbanística. Vedação por meio de cláusula contratual apresentada ao Registro de Imóveis. Decisão mantida.

Ementa da Redação: Apesar de entender possível o desdobramento de lote para a sua imediata unificação com o terreno contíguo, mesmo existindo restrições urbanísticas, há que se respeitar cláusula contratual apresentada no Registro de Imóveis que veda tal unificação.

Processo CG 2.731/2002 – Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo – j. 29.11.2002 – Parecer do Juiz Auxiliar da Corregedoria Oscar José Bittencourt Couto – *DOE-SP* 14.01.2003.

Excelentíssimo senhor Corregedor-Geral da Justiça:

Parecer 642/02-E

Contra decisão proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Registro de Imóveis da Comarca de São Carlos, que manteve recusa do senhor Oficial de Registro Imóveis local, em dar acesso ao fólio a desmembramento de lote e posterior unificação das partes a lotes contíguos, foi interposto o presente recurso, pretendendo-se a reforma do julgado, sob o argumento de que nenhum prejuízo à estrutura urbanística do loteamento ocorrerá, mesmo porque o contrato padrão veda o desmembramento, nada especificando quanto a fusão de lotes.

Argumentam os recorrentes que a pretensão deduzida não implica em criação de novos lotes, o que, eventualmente, acarretaria a desvalorização do loteamento, mas sim o desaparecimento de um lote, fato que no entender dos recorrentes valorizou urbanisticamente os demais lotes e o próprio loteamento.

Processado como dúvida inversa, apresentada apelação, houve manifestação da E. Procuradoria-Geral da Justiça às f., opinando pelo improvimento do apelo.

Afastada a competência do C. Conselho Superior da Magistratura por despacho de f., vieram os autos para apreciação do recurso pela E. Corregedoria-Geral da Justiça.

É o relatório.

Opino.

O senhor Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Carlos, considerando o teor de cláusula vedando desdobro de lote, expressa em contrato padrão, arquivado na Serventia por ocasião do registro do loteamento denominado Residencial Convívio Dom Bosco, bem como por entender que os imóveis a serem unificados são de diferentes proprietários, indeferiu requerimento apresentado para o desdobro do lote 9 da quadra 1 do mencionado loteamento, em duas outras iguais (9A e 9B) e a fusão da parte 9A ao lote 8 e da parte 9B ao lote 10, todos da mesma quadra, matriculados na Serventia sob ns. 73.371, 73.372 e 73.373.

Suscitada dúvida inversa, o digno Juiz Corregedor Permanente manteve a recusa reconhecendo correto o posicionamento adotado, à espécie, pelo Oficial do Registro local.

Sem embargo do acerto das várias assertivas feitas pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, pelo digno representante do Ministério Público e pelo Senhor Oficial de Registro de Imóveis quanto a prevalência das cláusulas restritivas urbanísticas impostas pelo loteador, voltadas a preservação de características urbanísticas do parcelamento, padronizando o local e, eventualmente, evitando a desvalorização do lote, mencionando precedentes do E. Conselho Superior da Magistratura, a hipótese em exame encerra peculiaridades que acabam por autorizar abrandamento do rigor da solução adotada.

Consta da vestibular que Ciro Koizimi e sua mulher Sandra Aparecida Rodrigues

Koizimi, proprietários dos lotes 9 e 10 da quadra 1 do Loteamento Residencial Convívio Dom Bosco, e Murilo Bruno Ruggiero e sua mulher Sandra Maria Lotumulo Ruggiero, proprietários do lote 8 da mesma quadra do referido loteamento, por instrumento particular de compromisso de venda e compra negociaram a metade ideal do lote 9 da quadra 1, posteriormente logram junto a Prefeitura Municipal de São Carlos a aprovação do desdobro do referido lote, bem como a de unificação da parte cabente a cada um dos requerentes ao lote de sua propriedade, conseqüentemente aumentando a área dos lotes 8 e 10 em 50% (cinqüenta por cento), desaparecendo o lote 9 da quadra.

As restrições urbanísticas convencionais, como ressaltado em várias oportunidades nos presentes autos, sendo mesmo intuitivo, visam assegurar qualidade urbanística ao loteamento, garantido ao adquirente, consumidor, o padrão do local e a preservação das características de urbanização do parcelamento, bem como a valorização do lote.

Cumpre, entretanto, examinar se o rigor, se a inflexibilidade na observância das restrições urbanísticas impostas no contrato padrão arquivado quando do registro do loteamento, atende efetivamente os objetivos almejados e acima apontados, mormente a que trata da vedação de desdobro de lotes.

A análise de tal aspecto, em situações como a do caso em comento, leva inexoravelmente à conclusão de que prejudicial aos objetivos pretendidos pelas cláusulas restritivas estabelecidas para o empreendimento o rigorismo e a inflexibilidade. Nenhuma dúvida pode haver no sentido de que a pretensão dos interessados manifestada no presente feito implicaria o aumento da área de dois lotes, decorrente da unificação da parte desdobrada ao lote contíguo, o que, em tese, acarreta melhora das características do lote no que pertine às suas dimensões, diminuição do adensamento populacional no loteamento, além da manutenção ou melhora da qualidade urbanística do empreendimento.

A conclusão exposta encontra eco tanto na própria Lei de Parcelamento do Solo quanto na Lei de Registros Públicos, que não contemplam qualquer dispositivo vedando a unificação de lotes, que é exatamente a intenção manifestada nos autos, ainda que decorrente de prévio desdobro de um para unificação com outros dois a ele contíguo.

A dificuldade para a realização dos atos de desdobro e de unificação, tal como exposta pelo senhor Oficial de Registro de Imóveis, ou seja, decorrente da inexistência de identidade dos titulares de domínio da parte desdobrada e do lote a que seria unificada e da existência de restrição convencional, é superável. Basta para solucionar o problema que haja a venda da fração ideal de 50% (cinqüenta por cento) do lote a ser desdobrado ao titular do lote lindeiro, formando assim um condomínio civil. Após, providenciado o necessário para aprovação junto a Municipalidade do desdobro e da unificação, lavrar escritura pública para a extinção do condomínio, com atribuição de parte certa a cada um dos co-proprietários e, no mesmo instrumento, requerer ao registro de imóveis a unificação da parte que lhe foi atribuída ao lote contíguo de sua propriedade, atendendo, desta maneira os requisitos legais para a unificação, e respeitadas, ainda, as restrições urbanísticas convencionais.

No caso em exame, apresentado ao Registro de Imóveis requerimento acompanhado do instrumento particular de compromisso de venda e compra, bem como a documentação relativa a aprovação do desmembramento e unificação, com as plantas e memoriais descritivos para a prática dos atos necessários ao desmembramento e unificação aprovados pela Municipalidade local, foi este indeferido pelas razões antes resumidamente expostas, que foram acolhidas pelo digno Juiz Corregedor Permanente.

O indeferimento diante da documentação apresentada naquela oportunidade era mesmo de rigor, até porque não constava dos assentos registrários a aquisição da metade ideal do lote 9 por Murilo Bruno Ruggiero e sua mulher, o que impediria a unificação de parte dele, ao lote 8, contíguo registrado em nome destes.

Assim, sem embargo de entender possível o desdobro de lote para imediata unificação com lote contíguo, mesmo existindo restrições urbanísticas convencionais, uma vez observado o procedimento acima explicitado, de rigor no caso em exame, à vista da documentação apresentada ao Registro de Imóveis, a manutenção da decisão hostilizada.

Ante o exposto o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada apreciação de vossa excelência, é no sentido de negar provimento ao recurso.

Sub censura.

São Paulo, 29 de novembro de 2002 – OSCAR JOSÉ BITTENCOURT COUTO, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

DECISÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar e por seus fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso interposto. Publique-se, inclusive o parecer.

São Paulo, 18 de dezembro de 2002 – LUIZ TÂMBARA, Corregedor-Geral da Justiça.

3.3

1.ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DE SÃO PAULO – CAPITAL

3.3.1 MANDADO DE PENHORA. Constrição incidindo sobre usufruto vitalício. Bem impenhorável por força de lei (arts. 1.393 do novo CC e 717 do antigo de 1916).

Ementa Oficial: O direito de usufruto não pode ser objeto de penhora, como conseqüência de sua inalienabilidade. O exercício *desse direito pode, porém, ser penhorado, desde que tenha expressão econômica. A penhora recairá sobre a faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, sobre a sua utilidade em suma. Mas a penhora, quer recaindo sobre o direito real do usufruto (por ser inalienável), quer como* exercício, *por ser pessoal, não pode alcançar o registro imobiliário.*

Processo 000.02.121477.8 – j. 06.08.2002 – Juiz Venício Antonio de Paula Salles.

Vistos etc.

Cuida-se de procedimento administrativo de dúvida registral, formulada nos termos dos arts. 198 e seguintes da Lei de Registros Públicos, suscitada pelo Oficial do 9.º Registro de Imóveis da Capital. Destacou, em síntese, que foi apresentado para registro o mandado de penhora extraído dos autos da execução movida em face de Plínio Vicentini e sua mulher, Aparecida Valério Vicentini. A constrição incidiu sobre usufruto vitalício, tendo havido a recusa, conquanto se trata de direito impenhorável. Ademais, o auto de penhora não foi apresentado. Apresenta documentos e pugna pelo processamento.

Os suscitados deixaram de apresentar impugnação.

O Ministério público se pronunciou pela procedência da dúvida registral.

É o relatório.

Decido:

Pretendem os suscitados, o registro de mandado de penhora tirado em face de direito de usufruto.

A questão da validade da constrição judicial sobre os direitos de usufruto, apresenta certa controvérsia e um conteúdo de incertezas, conquanto se trata de direito insuscetível de alienação, decorrendo desta restrição, a aparente impossibilidade de penhora.

A inalienabilidade encerra restrição à penhora, na medida em que esta representa uma transferência coercitiva, determinada por ordem judicial. Assim, não havendo disponibilidade sobre um imóvel, por força da existência de cláusula de inalienabilidade, a impenhorabilidade seria desta decorrente, em função de uma postura de ordem lógica/jurídica.

Entretanto, nossos tribunais, de maneira não unânime, para predominante, vêm repudiando este entendimento, admitindo a constrição sobre tais direitos. Nesse sentido:

"Direito real sobre coisa alheia. Usufruto. Penhora do exercício. Possibilidade com limitações, ligada à expressão econômica do bem. Utilização do imóvel pelo próprio usufrutuário, de forma indispensável. Ausência de conteúdo econômico. Recurso não provido. Usufruto não comporta alienação, como direito é inacessível. Mas seu exercício pode ser concedido a título gratuito ou oneroso. Nada impede, assim, que o usufrutuário em vez de utilizar pessoalmente a coisa frutuária, a alugue ou a empreste a outrem. Da inalienabilidade, resulta a impenhorabilidade

do usufruto; apenas seu exercício pode ser objeto de penhora, desde que tenha expressão econômica." (AgIn 243.837-1-Marília, rel. Cunha Cintra, CCIV, v.u., 23.03.1995.)

"Penhora. Usufruto. Caráter vitalício. Constrição que atinge somente a nua-propriedade e não o direito de permanecer no imóvel dos usufrutuários." (TJMG – *RT* 733/330)

"Usufruto. Incidência de penhora sobre seu exercício. Admissibilidade. Embargos improcedentes. Inteligência do art. 673 do CPC." (2.º TACivSP – Ement. – *RT* 573/196)

"Penhora. Imóvel objeto de usufruto. Incidência admissível em tese sobre o respectivo exercício, desde que tenha expressão econômica, e não sobre o próprio direito. Necessidade de que se demonstre não se encontrar o usufrutuário utilizando pessoalmente a coisa frutuária ou, se alugada, não constituir renda para sua própria manutenção. Inteligência dos arts. 647, III, c/c o art. 620, 649, I, e 650, I, do CPC e 717 do CC e aplicação do art. 5.º da LICC." (1.º TACivSP – *RT* 638/123.)

Em que pese a contundência destes precedentes jurisprudenciais, não compartilhamos do mesmo entendimento. O usufruto enquanto direito de natureza real e intransferível, não pode ser penhorado. A oneração pode incidir sobre eventuais frutos decorrentes do uso, mas não sobre direitos do usufruto.

Se o imóvel estiver arrendado ou locado, os frutos do arrendamento ou da locação podem ser penhorados, porquanto o "dinheiro" é o primeiro bem na escala de prioridades de penhora indicado por nosso estatuto processual.

Se o imóvel estiver sendo utilizado para fins rurais, por exemplo, a safra pode ser objeto de penhora, não ocorrendo restrição alguma decorrente do fato do uso decorrer de direito de usufruto.

Nesses casos, no entanto, o auto de penhora e o mandado, devem ser tirados em face de tais bens, e não em função do direito de usufruto, conquanto este é insuscetível de oneração desta natureza.

O posicionamento registral se encontra correto e adequado, não havendo respaldo jurídico para o registro do mandado de penhora tirado em face de direito de usufruto.

Por oportuno, registramos decisão no mesmo sentido, prolatada frente a esta Vara Correcional e Censória:

"Trata-se de dúvida levantada em função do pedido de registro imobiliário de mandado de penhora, extraído dos autos de uma ação judicial de despejo. O ato constritivo foi expedido para gravar o direito real de usufruto do imóvel objeto da Matrícula 37.029 do 5.º CRI. O acesso ao fólio real foi negado, sob alegação de impenhorabilidade do direito real foco da constrição.

A disponibilidade imobiliária, que é o direito que encerra todas as regalias e liberdades que decorrem da fruição da propriedade, pode ser cindida em uso direto e direito de disposição estrito senso, representando o direito de transmissão de propriedade.

O uso direito ou o exercício da posse é exercido sob a denominação de usufruto. Trata-se de um direito personalíssimo, na medida em que deve ser exercido diretamente pelo usufrutuário. Há a possibilidade de transmissão temporária do usufruto, conforme prescreve expressamente o art. 717 do CC brasileiro.

O Código permite apenas a venda do usufruto, quando esta venha a prestigiar o titular do domínio ou detentor da nua-propriedade. Esta previsão é coerente com a natureza e o sentido dos institutos considerados, pois fosse o usufruto passível de venda, e teríamos a possibilidade de se aniquilar o próprio direito de propriedade ou o direito do nu-proprietário.

A legislação civil determinou a extinção do usufruto com a morte do usufru-

tuário (art. 739, I), deixando patente que se trata de direito personalíssimo e intransmissível. Esta conclusão se confirma pelo próprio teor do inc. VII do art. 739, que determina a extinção do usufruto quando objeto da alienação.

Assim, se o usufruto se extingue com a alienação, patente que não pode ser transmitido por venda (salvo ao nu-proprietário), não podendo ser atingido por penhora.

Os suscitados entendem, no entanto, que tendo o usufruto conquistado por alienação onerosa, nos termos do Registro 5, da Matrícula Predial 37.029, não ostentaria natureza própria de usufruto, ante a vedação legal (art. 717).

A colocação apresentada na impugnação, ao reverso da conclusão apresentada, não revela a existência de qualquer vício ou irregularidade. Como expressamente destacado nos ensinamentos da Profa. Maria Helena Diniz, trazidos no próprio ato de resistência dos suscitados, o usufruto pode ser constituído por ato ou contrato gratuito ou oneroso, o que significa que pode ser objeto de venda.

O que a lei civil veda é a venda pelo usufrutuário e não a venda pelo nu-proprietário. É o usufrutuário quem não pode dispor livremente do direito conquistado, a não ser para o titular do domínio. Este tem plena liberdade para a cessão temporária do exercício do direito, mas não tem qualquer autorização ou permissão para a sua transmissão, tanto que se assim proceder, provocará a extinção do usufruto e não sua transmissão.

Sendo inalienável, não pode o usufruto ser objeto de constrição judicial, tendo o oficial, por ocasião da qualificação registral, obstado corretamente o acesso do título ao fólio real."

Ante o exposto, julgo procedente a dúvida.

Oportunamente, arquivem-se.

P.R.I.

São Paulo, 6 de agosto de 2002 – VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES, Juiz de Direito Titular.

3.3.2 DÚVIDA REGISTRAL NOS TERMOS DO ART. 198 DA LEI 6.015/73. Registro de compromisso de venda e compra. Instrumento particular. Interpretação dos arts. 108, 134, 1.417 e 1.418 do atual CC.

Ementa Oficial: Registrabilidade dos compromissos de compra e venda, formalizados por instrumento particular, independentemente do valor. Distinção entre o instrumento preliminar *ou preparatório e o título definitivo de transferência da propriedade.*

Processo 000.03.036748-4 – j. 13.05.2003 – Juiz Venício Antonio de Paula Salles.

3.3.2.1 Dúvida.

Excelentíssimo senhor doutor Juiz de Direito da 1.ª Vara de Registros Públicos desta Capital e Corregedor Permanente deste Oficial de Registro de Imóveis.

MM. Juiz Corregedor.

Prenotado sob 446.891 em 27.02.2003, no livro um, o incluso instrumento particular de compromisso de venda e compra de bem imóvel e outras avenças, datado de 11.02.2003, tendo como promitentes vendedores, Andzia Laks Ludmer, viúva; Jairo Moris Ludmer, solteiro, e Paulo Ludmer e sua mulher Esther Golda Baum Ludmer, e **como promitente comprador, Francisco** José Alves de Sampaio, casado com Beatriz André Cury de Sampaio, e que tem por objeto o imóvel situado na Rua Comissário Gastão Moutinho 132, antiga Rua A, 122, esquina com a Rua B, no Morumbi, 30.º Subdistrito Ibirapuera desta Circunscrição, matriculado sob n. 166.369 neste Registro.

O ingresso do título teve seu acesso denegado pelo seguinte motivo:

"O presente compromisso de venda e compra deverá ser feito através de escritura pública, nos termos do art. 108 do CC."

No presente instrumento particular de compromisso, o valor do imóvel prometido a venda é de R$ 350.000,00 (trezentos e cinqüenta mil reais).

O art. 108 do CC em vigor reza: "Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País".

A Serventia entende, s.m.j., e, baseado também na conclusão do estudo sobre o tema realizado na Capital entre os dias 20 e 21 de fevereiro p.p., reunindo registradores no IRIB – Anoreg – SP, Boletim Eletrônico publicado em 26.02.2003, que o instrumento particular só é admissível em se tratando do imóveis de valor igual ou inferior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente do País, ou havendo previsão em lei extravagante, que seriam, o art. 11 do Dec.-lei 58/37 e art. 26 da Lei 6.766/79, § 5.º do art. 61 da Lei 4.380, e o art. 38 da Lei 9.514.

Em 25.03.2003, o título foi reapresentado a Registro, com a prenotação em vigor, acompanhado do requerimento de suscitação de dúvida.

Pelas razões e os fundamentos expostos, e a requerimento do suscitado, suscitei a presente dúvida que vossa excelência decidirá o que for de direito, a teor do procedimento definido no art. 198 da Lei 6.015/73.

São Paulo, 26 de março de 2003 – ROSVALDO CASSARO, oficial.

3.3.2.2 Sentença.

Vistos etc.

Cuida-se de procedimento administrativo de dúvida registral, aparelhada nos termos do art. 198, da Lei de Registros Públicos, suscitada pelo 15.º Registro de Imóveis da Capital. Destacou o Oficial suscitante, que conferiu a qualificação nega-

tiva ao compromisso de compra e venda apresentado por Francisco José Alves Sampaio e Beatriz André Cury de Sampaio, destacando que nos termos do art. 108 do novo estatuto civil, o compromisso deveria vir formalizado por escritura pública, conquanto o valor do negócio foi ajustado em R$ 350.000,00. Apresentou os documentos necessários e úteis e pugnou pelo processamento.

Notificado, o suscitado apresentou impugnação, destacando que a forma dos compromissos de compra e venda sempre despertaram grandes controvérsias. Com o Dec.-lei 58/37, a questão relativa aos imóveis loteados restou superada, diante de seu art. 11. Com a edição da Lei 649/49, que conferiu nova redação ao art. 22 do Dec.-lei 58/37, a questão foi superada, e não alterada em função do novo Código, mormente em função do disposto no seu art. 1.417. Pugnou pela improcedência da dúvida.

O Ministério Público em seu parecer opinou pela improcedência da dúvida.

É o relatório.

Decido.

Cuida-se de dúvida suscitada a partir da qualificação negativa conferida ao período de registro de compromisso subscrito pelos suscitados, formalizado em "documento particular". O acesso ao fólio real foi obstaculizado sob a alegação de que, em face do novo Código Civil, em especial, do seu art. 108, os compromissos de compra e venda de imóveis "não loteados" deveriam vir instrumentalizados por escritura pública.

A dúvida, em que pese o zelo e a preocupação do oficial registrador, como destacado pelo *Parquet*, não comporta acolhimento.

Para o deslinde da questão, necessária a reprodução do invocado art. 108, do novo estatuto civil, assim como a transcrição do correspondente dispositivo do Código Civil superado (art. 134).

Código Civil de 1916:

"Art. 134. É, outrossim, da substância do ato a escritura pública:

I – (...)

II – Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr$ 50.000, excetuado o penhor agrícola."

Novo Código Civil:

"Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o mais salário mínimo vigente no País."

A redação de primitivo estatuto civil, foi alterada, e diga-se, que foi melhorada e aperfeiçoada, contudo, o sentido e o alcance do transcrito texto normativo permaneceu incólume, inalterado, salvo, evidentemente, no que afeta ao valor utilizado declinado. Envolvendo atos translativos ou de transferência de direitos reais, os dispositivos de legislação superada e da atual, aparentemente contemplaram todo e qualquer instrumento contratual, de índole definitiva ou de natureza provisória, desde que venha a envolver direitos reais.

Destaque-se que a "propriedade" somente se transfere com o registro imobiliário da escritura ou do contrato *definitivo*, que estampem a devida comprovação do cumprimento de todas as obrigações pactuadas (*quitação do preço ajustado*). Entretanto, precedentemente este ajuste definitivo, o compromisso de compra e venda, quanto registrado, também envolve direito real sobre o bem corpóreo descrito e caracterizado, entretanto, não representa a constituição, a transferência ou a modificação da titularidade dominial. Isto é certo e definitivo, sendo proprietário, aquele que assim é titulado nos assentos registrais.

Portanto, a "propriedade" somente passa a operar "efeitos" translativos, constitutivos ou modificativos, com o registro do compromisso de compra e venda. O direito real que o compromissário comprador conquista é o direito "*à aquisição da coi-*

sa", como expressamente estabelece o art. 1.417 do NCC.

Existe uma nítida distância eficacial entre a "transferência de um direito real" e a "transferência de um direito real à aquisição do imóvel".

Promitente comprador, portanto, não se torna titular do domínio, possui apenas um "pré-ajuste" ou um contrato preliminar, que somente se aperfeiçoa ou se transforma no direito perseguido (propriedade), com a quitação das obrigações e com a outorga do documento definitivo e seu registro.

Assim, entre o instrumento definitivo que transfere a propriedade e o instrumento provisório ou preliminar que dá início à transferência imobiliária, existe uma enorme distância eficacial que não pode ser desconsiderada ou desprezada.

Tanto o art. 108 do atual estatuto, como o art. 134, do Código ultrapassado, tinham como foco principal o documento definitivo, que confere a transferência efetiva da propriedade. Em absoluto contemplaram o pacto inicial e preliminar, que não tem aptidão para transferir o direito todo, mas apenas para transferir o direito de aquisição.

Essa realidade não passou despercebida do legislador ordinário que, ao disciplinar os compromissos envolvendo "imóveis loteados", acenou a aceitação de contratos particulares na formalização dos compromissos de compra e venda. O art. 11 do Dec.-lei 58/37 apresenta redação singela neste sentido:

"Art. 11. Do compromisso de compra e venda a que se refere esta lei, contratado por instrumento público ou particular constarão sempre as seguintes especificações:"

Observe-se, entretanto, que o dispositivo transcrito não possui uma redação muito clara e objetiva nesse sentido, no entanto, mesmo em face desta lacônica redação, não existiram dúvidas de que, para os "lotes" decorrentes de fracionamento do solo, o contrato particular era admitido, independentemente do valor envolvido.

Efetivamente que a raiz deste entendimento consolidado, não se encontrava no próprio art. 11 do Dec.-lei 58/37, mas, sim, no art. 134 do CC, que sempre considerou a diferença eficacial entre o pré contrato e o contrato definitivo, entre o princípio de acordo e o acordo concluído, entre a manifestação de intenções e a conclusão do negócio, exigindo escritura pública apenas para a transferência do domínio.

O art. 22, também do Dec.-lei 58/37, ao reverso do que alega o suscitante, não introduziu qualquer novo componente à discussão. Seu longo texto, nada esclarece a este respeito. Abaixo a transcrição:

"Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direito de imóveis não loteados, cujo preço tenhar sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos do art. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil."

Portanto, ao aludir a "contrato" e se reportar ao art. 16, que trata da adjudicação compulsória, este art. 22 não introduziu qualquer nova perspectiva à discussão, mas apenas veio a confirmar que o "pré-contrato" ou o início da transferência que se opera com a "promessa de compra e venda", pode ser viabilizado, em qualquer caso, independentemente do valor, por instrumento particular. Fosse o compromisso de venda instrumento bastante para operar a transferência do domínio, e certamente o dispositivo em tela deveria escolher outra redação, bem mais precisa e objetiva, estabelecendo de forma expressa a superação da exigência apresentada no art. 134 do CC brasileiro.

Aliás, quando o legislador assim quis proceder, excluindo a aplicação do art. 134, assim agiu objetivamente. Assim, o fez no § 5.º do art. 61 da Lei 4.380/64, e no art. 38 da Lei 9.514/97, que estabelecem que nos casos de compromissos vinculados ao Sis-

tema Financeiro de Habitação, ou os contratos destinados às aquisições imobiliárias com "alienação fiduciária". Nesse caso, de forma expressa, determinou a superação da exigência prevista no inc. II do art. 134 do CC.

A grande distância entre a situação prevista e disciplinada no art. 22 do Dec.-lei 58/37 e os casos contemplados pelas Leis 4.380/64 e 9.514/97, reside justamente na "diferença eficacial", pois nestes últimos casos, o contrato, com a prova de quitação, e sem novo instrumento, é apto a operar a transferência da propriedade, ao passo que o compromisso de compra e venda de lote, reclama e exige (*ou exigia, antes da Lei 9.785/99*) a celebração de um novo contrato, firmado por escritura pública, sem o qual, o compromissário não se torna proprietário.

O art. 108 do novo estatuto civil, em compasso com o disposto no art. 1.417, do mesmo instrumento, exigem escritura pública para a transferência de domínio, mas não o exige tal formalidade para a conquista do direito ainda em formação, em que pese desenvolver, já nesta fase, caráter de direito real.

O art. 1.418 do novo CC bem anota a exata natureza jurídica do contrato firmado pelo promitente comprador, indicando que este representa *instrumento preliminar*, ou preparatório, para o desate final, que se consolida com a passagem definitiva do domínio. Como instrumento preliminar, não se mostra apto a transferir o direito transacionado, não exigindo a sua formalização por escritura.

Portanto, em resposta à dúvida registral levantada, é de se afirmar a registrabilidade dos compromissos de compra e venda, formalizados por instrumento particular, independentemente do valor.

Ante o exposto, julgo improcedente a dúvida. Cumpra-se o disposto no art. 203 da Lei de Registros Públicos.

P.R.I.C

São Paulo, 13 de maio de 2003 – VENÍCIO ANTONIO DE PAULA SALLES, Juiz de Direito Titular.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

A

Adjudicação
- cautelas na expedição, 124
- CND do INSS e RF, 124

Anulabilidades ou nulidades no registro – efeitos, 90

Arrematação
- carta – cautelas na expedição, 123
- locação, 298
- locação – caução – execução, 302

Arresto – condomínio – execução – continuidade, 308

Assinatura digital – atos notariais, 239

Assinaturas eletrônicas
- certificação de chaves, 230
- validação temporal, 245

Assinaturas eletrônicas e assinatura digital, 232

Averbação – finalidades, 118

B

Boa-fé do adquirente – fé pública registral, 92

C

Cancelamento de registro de penhora – mandado ou certidão, 332

Cancelamento de registro no Peru, 91

Carta de adjudicação – cautelas na expedição, 123

Caução
- intimação do credor em execução diversa, 302
- locação – execução – arrematação, 302

CDHU – construções unifamiliares – CND do INSS e RF, 328

Certificação de chaves assimétricas – assinaturas eletrônicas, 230

Certificação digital, 247

Chamamento à autoria – escritura pública, 145

Chaves públicas – certificação – notários italianos, 250

Cindibilidade de formal de partilha – indivisão, 320

Circunscrição – princípio de territorialidade, 118

Citação em ação real – registro – aquisição de imóvel, 282

Cláusula de incomunicabilidade, 123

CND do INSS e RF
- adjudicação, 124
- construções unifamiliares, 328
- mutirão, 328

Código de Eurico, 100

Código de Hammurabi, 111

Código de Justiniano, 111

Código Teodosiano, 112

Compromisso de c/v – instrumento público ou particular?, 342

Condomínio
- execução – arresto – continuidade, 308
- separação judicial, 124
- taxas condominiais – convenção não registrada, 278
- taxas condominiais – obrigações *propter rem*, 278
- vagas de garagem – remanejamento, 302

Constituto possessório – escritura pública, 144

Continuidade
- infringência – determinação judicial – arresto, 308
- princípio de, 119

Contrato – função social – boa-fé objetiva – aquisição de imóvel, 282

Contrato-padrão – restrição urbanística convencional – desdobro de lotes, 334, 336

Cópia reprográfica – títulos judiciais, 117

Corregedoria-permanente – atividade administrativa – título judicial, 308

D

Denunciação à lide – escritura pública, 145

Desdobro de lotes – restrição urbanística convencional – lei urbanística, 334, 336

Direito notarial, 157

Direito penal disciplinar
- notários e registradores, 31
- notários e registradores – prescrição, 29

Direito urbanístico e registral, 34

Doação
- promessa – separação judicial, 124
- separação judicial – aceitação tácita, 124

Doação a cônjuge – inventário, 123

Doação a descendentes – separação judicial – título judicial, 124

Documentos
- eficácia probatória – assinatura informatizada, 235
- provas – *lex visigothorum*, 99

Documentos eletrônicos – validação temporal, 245

Documentos informatizados – cópias e duplicatas, 243

Dúvida gnosiológica, 328

E

Eficácia legitimadora do registro, 88

Empresa e sociedade – distinções, 205

Eqüidistribuição – inscrição registral do projeto, 59

Eqüidistribuição urbanística – papel do registro, 53

Escreventes – habilitação, 115

Escritura pública
- ação anulatória – procuração *in rem suam*, 266
- anulação – vícios procedimentais, 266
- chamamento à autoria, 145
- constituto possessório, 144
- denunciação à lide, 145
- evicção, 145
- intervenção de terceiros, 145
- redação – técnicas, 133
- testemunhas, 144

Escrituras na época visigótica, 99

Especialidade – princípio, 119

Evicção – escritura pública, 145

Execução
- arresto – continuidade – juízo corregedor X juízo executivo, 308
- caução – intimação do credor, 302
- locação – caução – arrematação, 302

F

Fé pública notarial, 165

Fé pública registral
- aquisição de imóvel – certidões negativas, 282
- boa-fé do adquirente, 92
- eficácia, 92
- urbanismo, 40

Ferrovias – hipoteca sobre vias férreas e gasodutos, 326

Firmas digitais – *vide* Assinatura digital

Foro extrajudicial
- anexos, 115
- atividade notarial, 155

Fotocópia de título judicial – qualificação registral, 117

Fraude à execução – registro da penhora – efeitos, 259

Função social da propriedade, 41

Fundação – alienação do patrimônio – autorização judicial, 266

G

Gasoduto – hipoteca, 326

H

Hipoteca de vias férreas – gasoduto, 326

Hipoteca sobre gasoduto, 326

I

Inalienabilidade e incomunicabilidade, 123

Incomunicabilidade – cláusula, 123

Incomunicabilidade e inalienabilidade, 123

Inoponibilidade do não-inscrito, 86

Inscrição – publicidade – efeitos, 86

Instrumento particular e o NCC – compromisso de compra e venda, 342

Intervenção de terceiros – escritura pública, 145

Inventário
- comunicação – meação, 122
- doação a cônjuge, 123
- meação – partilha, 123

Itália – assinaturas eletrônicas – certificação – notários, 230

J

Juízo corregedor X juízo executivo – princípio de continuidade – infringência, 308

Jurisdição voluntária – atividade notarial, 177

Justiça e segurança jurídica, 14, 23

L

Legitimação registral – princípio, 89

Lex visigothorum, 99

Liber iudicium, 99

Liberalismo econômico e registro de imóveis, 41

Locação
- caução – execução – arrematação, 302
- execução – arrematação, 298, 302

Lote – unificação – restrições urbanística convencionais, 336

Loteamento
- ações – responsabilidade patrimonial, 316
- aprovação municipal – prazos – renovação, 314
- desdobro – restrição urbanística convencional – lei urbanística, 334
- restrição urbanística convencional – contrato-padrão, 336

M

Matrícula, 118

Meação
- inventário, 122
- inventário – partilha, 123

México – registros públicos – modernização, 224

Mutirão – construção – CND do INSS e RF, 328

N

Normas legais e segurança jurídica, 14

Notariado – origem e desenvolvimento, 158

Notários
- assinaturas eletrônicas – certificação, 254
- atividade, 155
- certificação de chaves – assinaturas eletrônicas, 230
- função notarial, 162
- jurisdição voluntária, 177
- pré-notariado – *lex visigothorum*, 100
- prevenção de litígios, 171
- serviços, 157
- serviços auxiliares da justiça, 156

Notários e registradores
- direito penal disciplinar, 31
- direito penal disciplinar – prescrição, 29

Novo Código Civil – pessoas jurídicas, 187, 205

Nulidade ou anulabilidade no registro – efeitos, 90

O

Oponibilidade
- eficácia registral, 86
- inscrição – efeitos, 86
- publicidade registral – efeitos, 86

P

Parcelamento do solo urbano – ações – responsabilidade patrimonial, 316

Parcelamento do solo urbano – aprovação – prazos, 314

Partilha – cindibilidade do título – indivisão, 320
- meação – inventário, 123
- separação judicial, 124

Penhora
- cancelamento – mandado ou certidão, 332
- intimação do cônjuge, 129
- locação – caução, 302
- reforma da reforma (Lei 10.444/2002), 130

Penhora – registro
- ato integrativo?, 259
- cautelas, 128
- efeitos, 295

Penhora – usufruto, 339

Penhora do direito de exercício do usufruto, 311

Pessoa jurídica – qualificação, 121

Pessoas jurídicas no NCC, 187, 205

Prescrição – direito penal disciplinar – notários e registradores, 29

Prescrição e segurança jurídica, 29

Princípio da inoponibilidade do não-inscrito, 86

Princípio de legalidade – qualificação registral, 118

Princípio de legitimação registral, 89

Princípio de prioridade, 121

Princípio de sub-rogação real, 45

Princípio de territorialidade, 118

Prioridade, 85

Prioridade – princípio, 121

Procuração em causa própria – negócio jurídico dispositivo, 266

Procuração *in rem suam* – escritura pública – anulação, 266

Promessa de doação – separação judicial, 124

Propriedade – função social, 41

Protesto de títulos – tabelião, 180

Publicidade – voluntariedade – rogação, 39

Publicidade notícia-pura, 38, 49

Publicidade registral, 84, 94
- disciplina urbanística, 69
- inscrições e anotações preventivas, 67
- notas marginais, 74
- oponibilidade – efeitos, 86
- processo contencioso-administrativo, 72

Publicidade registral e urbanismo, 38

Q

Qualificação registral, 88, 118, 120
- independência do registrador, 32
- título judicial – decisão administrativa de juiz corregedor, 308
- títulos judiciais, 114

R

Registradores – independência, 31

Registro
- aquisição de imóvel – fé pública registral, 280
- efeitos, 116
- eficácia legitimadora, 88
- finalidade, 118
- nulidade ou anulabilidade – efeitos, 90
- pessoa jurídica – qualificação, 121

– qualificação registral, 120

Registro civil de pessoas jurídicas e o NCC, 187

Registro de imóveis – liberalismo, 41

Registros públicos
– México, 224
– segurança jurídica, 30
– serviço público, 31

Restrição urbanística convencional – desdobro de lote, 334, 336

Retificação de registro
– alteração do objeto, 292
– citação de confrontantes não-proprietários, 125
– inexatidões, 90
– perícia obrigatória, 289

Retificação de registro no Peru, 89

Retificação de registro pelo registrador, 90

Rogação – publicidade – voluntariedade, 39

S

Segurança jurídica, 11, 16

Separação judicial
– condomínio ordinário, 124
– doação – aceitação tácita, 124
– doação a descendentes – título judicial, 124
– partilha, 124
– promessa de doação, 124

Serviços auxiliares da justiça – atividade notarial, 156

Sociedade e empresa – distinções, 205

Sociedade simples e sociedade empresária, 207

Sociedades no NCC – registro de pessoas jurídicas, 187, 205

Sub-rogação real, 45, 123

T

Tabelião – *vide* Notário

Terceiro registral – definição, 84

Território – princípio – circunscrição, 118

Testemunhas – escritura pública, 144

Título – cópia reprográfica, 117

Título judicial – corregedoria-permanente – atividade administrativa, 308

Título judicial
– especialidade objetiva, 120
– especialidade subjetiva, 120
– exame pelo registrador, 119
– obrigatoriedade de registro, 116
– qualificação das partes, 122
– qualificação registral, 114
– qualificação registral – juízo corregedor, 308
– separação judicial – doação a descendentes, 124

Título judicial e o registro, 114

Títulos – classificação, 117

U

Unificação de lote – restrições urbanísticas, 336

Urbanismo – inoponibilidade – fé pública registral, 40

Urbanismo e publicidade registral, 38, 55

Urbanismo e registro de imóveis, 34

Usufruto
– instituição em favor de compromissário-comprador, 322
– penhora, 339
– penhora do exercício, 311

Usufruto *deducto* – registro, 324

Usufruto retido – registro, 324

V

Vias férreas – hipoteca, 326

Visigodos – escrituralidade, 99

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 de 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-chave (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 – Delinqüência 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.

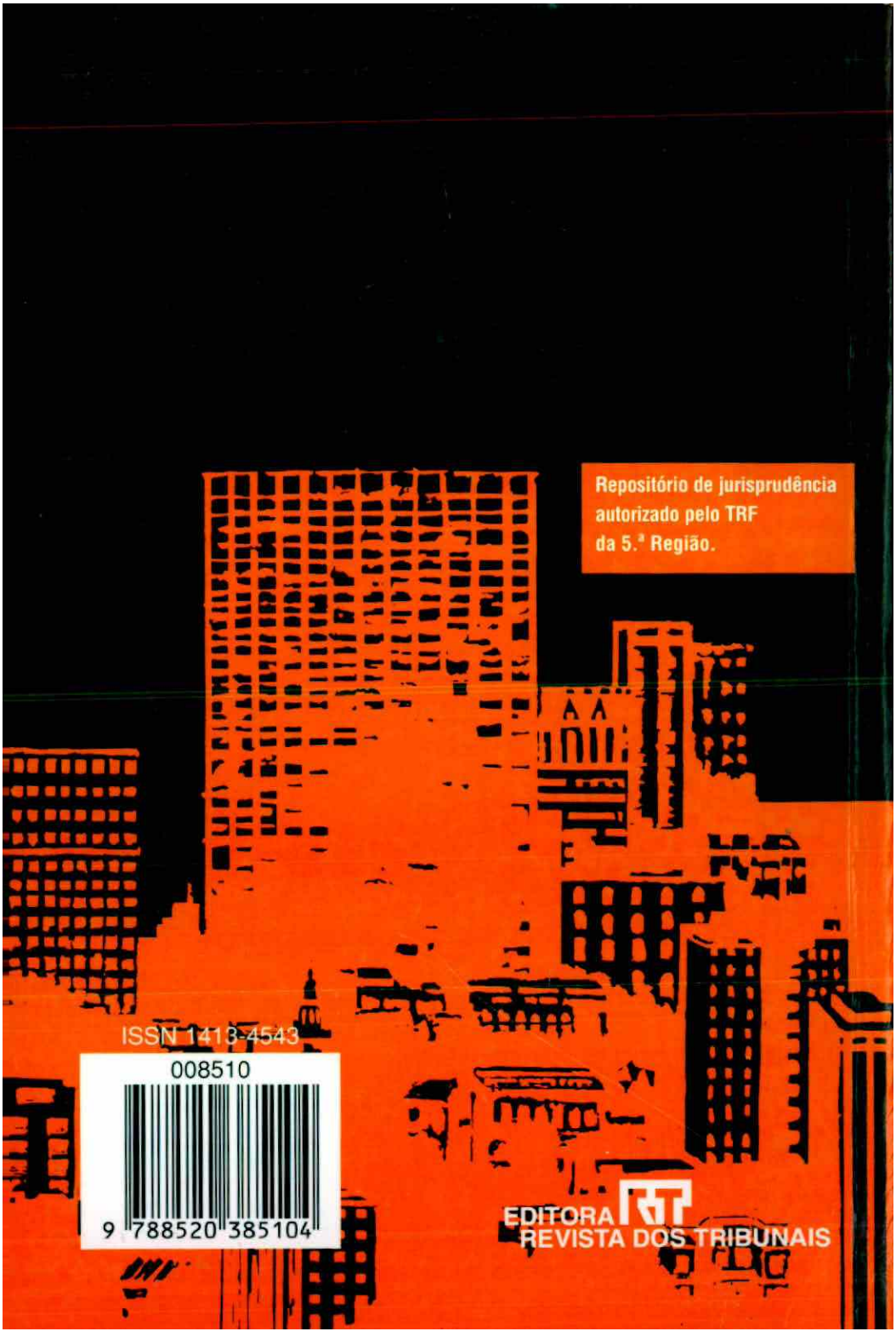
9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos em nossas revistas, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (internet, CD-Rom, *e*-book etc.). O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

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.

12. A remessa de trabalhos pode se dar por meio postal, para a Editora Revista dos Tribunais, aos cuidados do Editorial de Revistas, na Rua do Bosque, 820, Barra Funda, São Paulo, SP (CEP 01136-000) ou pelo correio eletrônico, para o endereço *editorial.revista@rt.com.br*.

A.S. R0622



Repositório de jurisprudência autorizado pelo TRF da 5.ª Região.

ISSN 1413-4543

008510

9 788520 385104

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS